

CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA



**ENTIDADE MANTENEDORA:
INSTITUTO FILADÉLFIA DE LONDRINA**

Diretoria:

Sra. Ana Maria Moraes Gomes Presidente
Sr. Edson Aparecido Moreti Vice-Presidente
Dr. Claudinei João Pelisson 1º Secretário
Sra. Edna Virgínia C. Monteiro de Melo ... 2ºVice-Secretário
Sr. Alberto Luiz Candido Wust 1º Tesoureiro
Sr. José Severino 2º Vice-Tesoureiro
Dr. Osni Ferreira (Rev.) Chanceler

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

Órgão de Divulgação Científica do Curso de Direito da UniFil - Centro Universitário Filadélfia

COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO:

Prof. Ms. Osmar Vieira da Silva

COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS:

Prof. Ms. José Valdemar Jaschke

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares

SUPERVISORA EDITORIAL:

Prof^a. Ms. Érika Juliana Dmitruk

REVISORA:

Prof^a. Dra. Maria Cristina Viecili

BIBLIOTECÁRIA

Neiva Correa França Nakai

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares	Prof ^a . Ms. Érika Juliana Dmitruk
Prof. Ms. Osmar Vieira da Silva	Prof. Ms. José Valdemar Jaschke
Prof. Ms. César Bueno de Lima	Prof ^a . Dra. Rozane da Rosa Cachapuz
Prof. Dr. Everaldo Pinto Conceição	Prof. Ms. Ademir Simões
Prof ^a . Dra. Maria Cristina Viecili	Prof ^a . Ms. Renata Cristina O. Alencar Silva
Prof. Ms. Antonio Carlos de Oliveira Araujo	Prof. Ms. Antonio Carlos Lovato
Prof ^a . Ms. Maria de Fátima Garbuio Rossetto	Prof ^a . Dra. Valkiria Lopes Ferraro
Prof ^a . Ms. Sandra Cristina M. N. G. de Paula	Prof. Ms. Mario Sergio Lepre
Prof ^a . Ms. Luciana Mendes Pereira Roberto	Prof ^a . Ms. Heloisa Helena de Almeida Portugal

CONSELHO CONSULTIVO

Min. José Augusto Delgado (UFRN)	Prof. Dr. Gilberto Giacóia (FANORPI)
Prof. Dr. Luiz F. Bellinetti (UEL)	Prof ^a . Dr ^a . Maria de Fátima Ribeiro (UEL)
Prof ^a . Dr ^a . Giselda Hironaka (USP)	Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)
Prof. Dr. Arnaldo de M. Godoy (UEL)	Prof ^a . Dr ^a . Jussara S. A. B. N. Ferreira (UEL)

CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA

REITOR:

Dr. Eleazar Ferreira

PRÓ-REITOR DE ENSINO DE GRADUAÇÃO:

Prof. MSc. José Gonçalves Vicente

COORDENADORA DE CONTROLE ACADÊMICO:

Prof^a. Esp. Josseane Mazzari Gabriel

COORDENADORA DE AÇÃO ACADÊMICA:

Prof^a. Dra. Damares Tomasin Biazin

PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO:

Prof. MSc. Nardir Antonio Sperandio

COORDENADOR DE PROJETOS ESPECIAIS E ASSESSOR DO REITOR:

Prof. MSc. Reynaldo Camargo Neves

COORDENADOR DE PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS:

Prof. Dr. Leandro Henrique Magalhães

COORDENADORES DE CURSOS DE GRADUAÇÃO:

Administração	Prof. MSc. Luís Marcelo Martins
Arquitetura e Urbanismo	Prof. MSc. Ivan Prado Junior
Biomedicina	Prof. Esp. Eduardo Carlos Ferreira Tonani
Ciências Biológicas	Prof. Dr. João Antônio Cyrino Zequi
Ciências Contábeis	Prof. Esp. Eduardo Nascimento da Costa
Direito	Prof. MSc. Osmar Vieira da Silva
Educação Física	Prof. MSc. Pedro Lanaro Filho
Enfermagem	Prof ^a . MSc. Maria Lúcia da Silva Lopes
Farmácia	Prof ^a . Dra. Lenita Brunetto Bruniera
Fisioterapia	Prof ^a . Dra. Suhaila Mahmoud Smaili Santos
Nutrição	Prof ^a . Msc. Ivoneti Barros Nunes de Oliveira
Pedagogia	Prof ^a . Msc. Marta Regina Furlan de Oliveira
Psicologia	Prof ^a . Dra. Denise Hernandez Tinoco
Secretariado Executivo	Prof ^a . Msc. Izabel Fernandes Garcia Souza
Sistema de Informação	Prof. Msc. Adail Roberto Nogueira
Teologia	Prof. Dr. Joaquim José de Moraes Neto
Turismo	Prof ^a . Esp. Michelle Ariane Novaki

Rua Alagoas, nº 2.050 - CEP 86.020-430
Fone: (0xx43) 3375-7400 - Londrina - Paraná

www.unifil.br

SUMÁRIO

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: A POSSE DE ESTADO DE FILHO COMO CRITÉRIO INDICADOR DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA 11

Adauto de Almeida Tomaszewski
Manuela Nishida Leitão

INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE MULTA ISOLADA COM BASE EM PRESUNÇÃO DE FATOS E PARA ATINGIR FATOS PRETÉRITOS: VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, TIPCIDADE, ANTERIORIEDADE, IRRETROATIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA. 24

Antonio Carlos Lovato

DO ESCRAVISMO COLONIAL AO TRABALHO FORÇADO ATUAL 34

Cristiane Sabino Silva
Renata Cristiane de Oliveira Alencar Silva

EXCEÇÃO OU OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE 46

Demétrius Coelho Souza

QUE É O ABOLICIONISMO PENAL? 59

Erika Juliana Dmitruk

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESCLARECIMENTO OU ILUMINISMO NO PENSAMENTO DE KANT 66

Gustavo Silveira Siqueira

ESTADO E JURISDIÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 70

João Luiz Martins Esteves

ENSAIO ACERCA DAS ANTINOMIAS E DEVER DE COERÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 81

Juliana Kiyosen Nakayama
Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 89

Letícia de Souza Baddauy
Janaína Braga Norte

CLASSIFICAÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS: PARTE II 97

Luciana Mendes Pereira Roberto

BEIRA-MAR E OS PRESÍDIOS BRASILEIROS 108

Ludmila Sarita Rodrigues

7



JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO: DUAS FUNÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL 114
Marcos Antônio Striquer Soares

A PESQUISA JURÍDICA COMO UM INSTRUMENTO FUNDAMENTAL NA PRÁTICA DOCENTE-DISCENTE 122
Maria Cristina Vecili

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA COMO LIMITE AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA 128
Valkíria A. Lopes Ferraro
Adriana Adelis Aguilar da Costa
Antonio Augusto da Costa
Edson Mitsuo Tiujo
Luciane Wambier

RESENHA

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: TEORIA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO, ANÁLISE DE TEXTO DE WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO 138
Márcia Regina Pitta Lopes Aquino



EDITORIAL

Dando continuidade ao processo de reformulação, a Revista Terra e Cultura: Cadernos de Ensino e Pesquisa chega ao seu número 41. Na edição anterior, realizamos mudanças em seu aspecto físico, com alterações no formato, capa e tipo de papel. Após participação no II Encontro de Autores e Editores, quando tivemos contato com editores e profissionais que atuam em diversas instituições do Brasil, avançamos na modernização do periódico, que agora conta com ficha catalográfica e sumário em inglês, objetivando ampliação do público leitor. Além disso, seguindo os parâmetros estabelecidos pelos editores presentes no evento, dividimos os artigos por núcleo, respeitando as especificidades do Centro Universitário Filadélfia – UniFil. Com isso pretendemos aproximar os pesquisadores, autores e leitores que atuam em áreas afins, além de estreitar os vínculos entre publicações e produção científica institucional, ao respeitar a divisão proposta pela Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação e aprovada em reunião do CONSEPE. O próximo passo será a reformulação do Conselho Editorial, que terá como papel definir os parâmetros de qualidade da revista.

Em relação aos artigos publicados, o turismo está representado com dois trabalhos, um dos quais aborda os fatores de hospitalidade em estabelecimentos de saúde e o outro a constituição do conceito no capitalismo e seus vínculos com o mundo do trabalho. Seguindo esta linha, temos o resultado de pesquisa da Profa. Angela Maria de Sousa Lima, que trata da crise do sindicalismo no mundo contemporâneo. No núcleo de Estudos e Pesquisas em Desenvolvimento Tecnológico e Empresarial – NEPDTE, encontramos artigos variados: um voltado para a análise da importância do capital humano nas organizações, outro que avalia a importância do sub-sistema físico nas organizações e, por fim, uma análise do desenvolvimento de softwares a partir de padrões de projetos da plataforma J2EE.

A área de educação está representada por resultados de projetos desenvolvidos na instituição: as experiências com o Núcleo de Apoio Pedagógico e com o Projeto de Educação Básica do Instituto Filadélfia, confirmando o papel do periódico como meio de divulgação dos resultados de pesquisa desenvolvidas na UniFil. Temos ainda um artigo que vincula a literatura infantil e a matemática e um estudo sobre os vínculos entre distribuição de renda e criminalidade.

No Núcleo de Estudos e Pesquisas em Saúde e Qualidade de Vida – NEPSV, há um artigo que aborda as dificuldades encontradas por portadores de necessidades especiais no âmbito profissional e familiar. Há ainda uma pesquisa sobre a dependência em relação ao tabagismo e um estudo introdutório, realizado pelas professoras Jocelaine Martins da Silveira e Simone Aparecida Marton, a respeito da terapia comportamental. Completamos este conjunto com um artigo que aborda a prevenção da lombalgia em gestantes a partir da fisioterapia aquática. Para finalizar, apresentamos um trabalho que aborda a importância de se investir em jardins botânicos, vinculado ao Núcleo de Estudos e Pesquisas em Arquitetura e Urbanismo – NEPAU.

Esperamos que a nova disposição dos artigos e as mudanças que vem acontecendo possibilitem uma leitura ainda mais agradável. E preparem-se, pois em breve estaremos levando a público a edição de número 42.

Conselho Editorial

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: A POSSE DE ESTADO DE FILHO COMO CRITÉRIO INDICADOR DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

*Adauto de Almeida Tomaszewski¹
Manuela Nishida Leitão²*

RESUMO

O presente artigo analisa a posse de estado de filho como instrumento hábil para indicar a filiação socioafetiva e os efeitos jurídicos de sua aplicação, uma vez que a família estabelecida exclusivamente no casamento, cedeu espaço para a família estabelecida nos laços de afeto. Reflete sobre os progressos científicos no âmbito da reprodução assistida e da determinação da origem genética.

Palavras-Chave: Paternidade Socioafetiva. Maternidade Socioafetiva. Filiação Socioafetiva. Posse de Estado de Filho. Reprodução Assistida.

FILIATION SOCIOAFETIVA: THE OWNERSHIP OF SON STATE AS INDICATING CRITERION OF RELATION PATERNO-FILIAL AND THE RIGHT TO THE GENETIC ORIGIN

ABSTRACT

The present article analyses the descendent's possession state as a capable instrument to indicate the socioaffective filiations and the juridical effects an it's application, in occasion that family exclusively stabilished on marriage opened space to the family stabilished on affect's lace. It reflects about the cientifics progresses in the reproduction assistance compass and the determination of the genetic origin.

11

Keywords: Socioaffective Paternity. Socioaffective Maternity. Socioaffective Filiation. Descendent's Possession State. Reproducion Assistance.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano se relaciona com outras pessoas, em diferentes graus de união, como pai e filho, marido e mulher, irmãos, amigos, etc. O ordenamento jurídico, através de suas regras e princípios, busca tutelar a pessoa humana e seus relacionamentos de forma compatível com a realidade.

Com o passar dos anos, devido a grandes mudanças sociais, políticas e culturais, houve uma reformulação do conceito de família. O modelo tradicional de família, baseado no matrimônio, perde cada vez mais espaço para a nova família que vem surgindo, firmada no afeto.

Tal superação de valores foi feita de forma gradativa, sendo que a Constituição Federal, ao admitir que a família possa surgir tanto do casamento, como da união estável e da monoparentalidade, desvincula a filiação como decorrência exclusiva da existência de núpcias entre os pais. Isto foi a principal responsável por essa transformação.

1 Orientador: Mestre em Direito pela UEL e Doutor pela Pontifícia Universidade de São Paulo – PUC/SP.

2 Graduanda em Direito pela UEL.



Rose Melo Venceslau (2004, p. 45) afirma que:

o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos.

A família passou a ser fruto de uma comunhão de afeto recíproco, independente de imposição legal ou vínculo genético, tendo por fim o desenvolvimento e a felicidade de seus membros.

Para José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 23) “sob a concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais – como apoio indispensável para sua formação e estabilidade na vida em sociedade”.

A Constituição Federal de 1988, ao inaugurar um rol de princípios constitucionais de Direito de Família, como a proteção de todas as espécies de família (art. 226, *caput*, § 3º e § 4º), igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento (art. 227, § 6º) e proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), estabeleceu linhas mestras de interpretação e validade de qualquer norma jurídica desse campo. Assim, o Direito Civil não é apenas aquilo que está previsto no Código Civil, é também formado pela Carta Magna que impõe os seus preceitos em todo o ordenamento jurídico.

2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

12

A filiação é uma qualificação jurídica atribuída a alguém e que representa uma relação existente entre um filho e seus pais, do qual se originam efeitos e conseqüências jurídicas por compreender um complexo de direitos e deveres recíprocos. Essa relação de parentesco pode ser estabelecida por um critério biológico (existência de vínculo sanguíneo) ou não. Assim como o filho é titular do estado de filiação, o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade respectivamente.

Até algum tempo atrás, a maternidade era considerada como certa, diante da visibilidade da gravidez e do parto, mas teve o seu estabelecimento abalado com o avanço da ciência, principalmente no que se refere à reprodução assistida. Além disso, com o advento dos exames de DNA, que indicam a origem genética de uma pessoa com um percentual de probabilidade próximo a 100% (cem por cento), tornou-se possível a identificação do pai biológico e a atribuição de suas responsabilidades. Porém, ser pai ou mãe não significa ser a pessoa que gerou, mas ser a pessoa que desempenha tal função.

Para Pedro Belmiro Welter (2004, p. 285) “os pais são aqueles que amam e dedicam a sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem”.

Por isso o critério biológico tornou-se insuficiente, sendo necessário o reconhecimento da chamada paternidade socioafetiva, que não implica no desprezo do liame genético (presente na maior parte das relações familiares), mas demonstra a necessidade de se inserir a filiação socioafetiva.

A paternidade socioafetiva satisfaz o princípio constitucional da paternidade responsável almejado pela Carta Magna, em seu art. 226, § 6º. Ademais, a presença de posse de estado de filho serve como critério indicador da paternidade socioafetiva, obedecendo, assim, à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da Constituição Federal). É importante ter em mente que tal princípio não é uma recomendação, mas uma regra que deve ser observada nas relações da criança e do adolescente com sua família, sociedade e Estado.



Rose Melo Venceslau (2002, p. 391) entende que:

pai, ou pais, para a Constituição Federal é aquele que assume a paternidade responsável, que, juntamente com a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com a absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Tudo isso pode ser oferecido por quem não é biologicamente o pai.

Antigamente o filho era tido como um objeto que estava sob o poder dos pais e não como um sujeito de direitos, por isso, no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica, predominava o interesse dos pais biológicos em detrimento da conveniência do filho. Contudo, diante do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, impõe-se que, diante do caso concreto, predomine o interesse do filho e não dos pais biológicos ou dos pais socioafetivos.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 457) entende que “como pessoas humanas em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores de condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas”.

O ideal seria que a paternidade socioafetiva coincidisse com a paternidade biológica, pois verificar-se-ia a paternidade responsável exigida pelo ordenamento. Todavia deve-se salientar que nem sempre o genitor se interessa pela sua prole. Entretanto a convivência familiar é prioridade absoluta do filho.

3 AS VERDADES JURÍDICA, BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

Existem três verdades referentes ao estudo da filiação: a verdade jurídica, a biológica e a socioafetiva.

Pela verdade jurídica, pais são aqueles que a lei considera como tais, sendo de grande relevância o sistema de presunções que foi acolhido pelo Código Civil de 1916.

Como a maternidade é, normalmente, demonstrada por sinais exteriores (gravidez e parto) e o mesmo não ocorre com a paternidade, diante da carência de prova direta e aos óbices fundados em preconceitos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonial, a lei elevou as probabilidades à categoria de presunção, surgindo assim: a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant* (o pai é aquele que as núpcias demonstram, ou seja, o pai é o marido da mãe), a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa, o que resultava em impedimento à investigação de maternidade contra mulher casada de prole considerada ilegítima), a presunção de paternidade atribuída a quem, provavelmente, teve relações sexuais com a mãe da criança na época da concepção, e a presunção *exceptio plurium concumbentium* (a mãe da criança manteve relações sexuais com homens diferentes na época da concepção, e, por causa dessa incerteza de paternidade, esta não era reconhecida).

A busca pela verdade biológica tornou-se possível com os avanços científicos, que possibilitaram a identificação do genitor e, conseqüentemente, do pai do ponto de vista biológico, não sendo mais admissível a *exceptio plurium concumbentium*.

Os benefícios advindos com o aparecimento do exame de DNA foram de grande importância no estabelecimento da filiação, mas não podemos nos esquecer que essa técnica pericial não leva em consideração o fato da relação paterno-filial ser baseada também no afeto e na história pessoal de cada um. Surge assim a verdade socioafetiva, porque a filiação não é um determinismo biológico, ela surge com a convivência diária, o carinho e os cuidados dispensados pelo pai ao seu filho.

Apesar de tal observação, toda criança tem o direito de ter um pai e uma mãe, sendo que seu bem-estar pode ficar prejudicado quando um dos pólos não está estabelecido, tornando-se necessário, nesses casos, ao menos, o estabelecimento da paternidade biológica. Por isso,



apesar da investigação de paternidade priorizar o vínculo biológico, não se deve retirar a importância da paternidade biológica, principalmente, porque, a partir dela, pode surgir uma relação de afeto com alguém antes desconhecido. E se isso não ocorrer, pelo menos serão conferidos ao pai os deveres de assistência material inerentes à paternidade, como a pensão alimentícia e herança.

A verdade socioafetiva se apresenta como um critério tão relevante ao estabelecimento da paternidade quanto as verdades jurídica e biológica, pois o filho que recebe tal tratamento terá uma base emocional capaz de garantir-lhe um desenvolvimento pleno e diferenciado. A criança necessita de amor e não apenas de um elo biológico.

Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 282) observa:

lembramos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética. A matéria é muito mais sociológica e psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas.

A falta de coincidência entre as verdades jurídica, biológica e socioafetiva pode provocar dúvidas sobre a prevalência da consangüinidade, da afetividade ou da definição legal diante de um eventual conflito de paternidade, pois todas elas servem para garantir o respeito ao melhor interesse da criança. Entretanto, como critérios orientadores não podem ser tomados como absolutos. Podem, em determinadas situações, ser desconsiderada uma delas em favor de outra.

Vale a pena ressaltar que não contemplar as dimensões existenciais e estabelecer a filiação somente nos laços sanguíneos, sem se importar com todo e qualquer laço do coração, faz com que as relações paterno-filiais se transformem num determinismo biológico, podendo ser a pior solução dada ao caso concreto. Se o afeto foi capaz de superar a ausência de vínculo biológico, não seria justo desconstituir tal união, pois a criança que convive com uma família afetiva, tendo sido abandonada pelos pais biológicos, terá encontrado o amor que precisa em outra família. Seria insensato retirar essa criança da família que a criou para entregá-la a totais desconhecidos.

14

4 POSSE DE ESTADO DE FILHO

Pelo fato da posse de estado de filho revelar a paternidade socioafetiva, a relevância do seu estudo recai mais sobre o fim pretendido do que ao instrumento em si. A maior parte da doutrina sugere a presença de três elementos que caracterizam a posse de estado de filho: nome (*nomem*), trato (*tractatus*) e fama (*fama*).

No entanto, Luiz Edson Fachin (1992, p. 161) alerta que:

não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. [...] a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus e fama), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos.

Apesar de não ser um rol exaustivo, é inegável a importância desses três elementos clássicos, por apontarem as circunstâncias que normalmente sugerem a presença da posse de estado de filho, sendo revelados pela convivência existente entre pai e filho.



O nome sugere a utilização do nome da família, porém, o fato do filho nunca tê-lo usado não implica na descaracterização da posse de estado de filho, desde que sejam observados os outros elementos. O trato é o tratamento dispensado pelo suposto pai em relação ao suposto filho, criando-o e educando-o como tal.

A reputação e o tratamento de filho, segundo Eduardo dos Santos: (2003, p. 157-158)

dependem da personalidade de cada pessoa, do seu temperamento e caráter, da sua categoria e condição social, situação econômica e familiar, grau de educação e instrução e hábitos, isso porque se pode chamar alguém de filho sem lhe dar, entretanto, o tratamento de filho. Para o jurista, o tratamento de filho é (des)velado através de duas condutas: a primeira, pelos atos de proteção e amparo econômico (sustento, vestuário, educação ou colocação); a segunda, pela afetividade por parte dos pretensos pais (carinho, ternura, desvelo, amor, respeito). [...] Não basta a prática de um ato isolado, com sentido incerto, isto é, não são suficientes meros fatos episódicos, sem relevância. Exige-se reiteração, regularidade e seqüência. Os atos equívocos, clandestinos, esporádicos, avulsos e isolados não revelam tratamento.

Por fim, a fama é a exteriorização dessa realidade para o público, diante de atitudes do hipotético pai para com o hipotético filho, levando terceiros a acreditar que exista uma relação paterno-filial entre eles. Ressalva-se que é necessária a convicção dessa relação paterno-filial. Não basta que a pessoa ache, é preciso que ela acredite nisso. Também não é suficiente o fato de alguém ter ouvido falar, ela precisa ter vivenciado algum momento de afeto e preocupação entre o pai e o filho, pois os boatos e a má língua não servem para comprovar a reputação.

Pedro Belmiro Welter (2004, p. 288) alerta que a doutrina é contra a fixação de um prazo mínimo para a configuração da posse de estado de filho, pois é necessário que sejam examinadas as singularidades de cada caso. O legislador pode estabelecer vários prazos para esse estabelecimento, mas

15

[...] não pode ser estabelecido qualquer lapso prazal para a configuração da paternidade e da maternidade, porque, com isso, se estará, na verdade, ocultando, e não (re)velando, a verdadeira filiação, que somente pode ser vislumbrada na singularidade do caso, no momento em que a questão é posta em juízo, debruçando-se nos fatos postos no agora, na hora, no instante em que são debatidos.

Assim sendo, esse mínimo de duração deve ficar sob o domínio da atuação discricionária do juiz, que decidirá sobre a pertinência das provas e apreciará os fatos que lhe foram apresentados. E no que se refere ao exame das circunstâncias fáticas, devem ser sopesados: o amor e a preocupação dispensados ao filho; um ambiente tranquilo e saudável que propicie à criança uma boa formação moral e a sua integridade física; a habitualidade no oferecimento de alimentação, vestuário, assistência médica e odontológica, educação e abrigo; relacionamento baseado no respeito; a idade da criança; o bem estar do menor; as condições materiais e pessoais dos pais; e qualquer outro fato que demonstre qual é o melhor interesse da criança.

A despeito de não estar expressamente previsto na legislação brasileira, a doutrina e a jurisprudência tentam inserir a posse de estado de filho no ordenamento jurídico.

O Código Civil de 1916 admitia a posse de estado de filiação, de forma implícita, apenas para fins de prova e suprimento do termo de nascimento se os pais fossem casados. Portanto, só beneficiava a filiação considerada legítima.

Ainda que o atual Código Civil não consagre expressamente a posse de estado de filho, o seu art. 1.605, II, manteve praticamente a mesma redação do art. 349, II, do Código Civil anterior, só que o seu enunciado é mais genérico, podendo abranger todas as hipóteses que apre-



sentem a posse de estado de filho, ante a falta ou defeito da certidão de nascimento.

A jurisprudência vem conferindo maior valor probatório à posse de estado de filho de maneira, às vezes, acanhada, como prova subsidiária, ou seja, vem sendo utilizada apenas como elemento de convicção do julgador a respeito de certa paternidade, e não como prova suficiente para determinar a paternidade de alguém. Portanto a posse de estado de filho vem exercendo um papel valioso e indispensável na solução de conflitos, informando positiva ou negativamente uma paternidade, pelo fato do afeto indicar a relação paterno-filial que mais atende aos preceitos constitucionais da paternidade responsável e à proteção integral da criança e do adolescente.

O Código Civil de 2002 não reproduziu a regra do Código Civil de 1916 (art. 363) que enumerava taxativamente os casos que permitiam a investigação de paternidade, levando à interpretação de que a ação de investigação de paternidade é livre e tornando possível sustentar que a posse de estado de filho pode dar ensejo a um reconhecimento judicial forçado. Ademais, o art. 227 da Constituição Federal e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente não permitem qualquer restrição quanto ao reconhecimento da paternidade.

Embora o Código Civil de 2002 não reconheça explicitamente o estado de filho afetivo como causa suficiente para demandar a investigação de paternidade, o seu texto legal possibilita uma interpretação que acolha a filiação socioafetiva, como pode ser observado nos seguintes artigos: a) art. 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”; art. 1.596, pois que reafirmada a igualdade entre a filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988); art. 1.597, V, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim socioafetivo, já que o material genético não é do(s) pai(s), mas, sim, de terceiro(s); d) art. 1.603, visto que, enquanto a família biológica navega na cavidade sangüínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e maternidade responsável; e) art. 1.605, II, em que filiação é provada por presunções – posse de estado de filho (estado de filho afetivo).

Todavia, isto não é uma opinião unânime, visto que parte da doutrina declara que acolher a posse de estado de filho, sem previsão legal expressa, seria atribuir poder legiferante ao juiz, o que não pode ser aceito, diante da teoria da tripartição dos poderes.

Apesar da grande importância que deve ser dada a noção de posse de estado de filho e, conseqüentemente, a filiação socioafetiva, não se pode esquecer que, às vezes, é necessária a inquirição do vínculo biológico, seja por necessidade psicológica, médica ou jurídica (impedimentos matrimoniais).

16

5 DIREITO À ORIGEM GENÉTICA X DIREITO À INTIMIDADE

Pelo fato do vínculo biológico ter deixado de ser fator predominante no estabelecimento da filiação devido aos avanços científicos, surge o chamado “direito à origem genética”, que decorre da necessidade de alguém conhecer suas origens genéticas com o intuito de satisfazer os seus anseios de se conhecer melhor e obter respostas a eventuais dúvidas existenciais que tenha. O problema surge quando o pai socioafetivo não é o genitor, como é o caso do doador de sêmen. Nessa hipótese, torna-se necessário o envolvimento de uma terceira pessoa, que tem o seu direito à intimidade garantido pela Constituição (art. 5º, X), surgindo, deste modo, um conflito de direitos.

Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p. 340) expõe que a pessoa que já desfruta do estado de filiação tem o direito ao conhecimento de sua origem genética, e com isso, identificar sua ascendência genética, sendo que:

o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. [...] O objeto da tutela do direito ao conhecimento



da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Não há regra expressa, no ordenamento jurídico, que permita a uma pessoa exigir de outra o seu reconhecimento genético, no entanto, a doutrina vem sugerindo o uso da ação investigatória de paternidade (que com a descoberta do exame de DNA, geralmente, busca o vínculo biológico entre o investigante e o investigado) e o remédio constitucional do *habeas data* (previsto no art. 5º, LXXII, “a”, da Carta Magna, e que visa assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público), pois,

ainda que se considere que o vínculo de paternidade não possa se estabelecer com o genitor, há legítimo interesse em conhecer a origem biológica. Com efeito, qualquer um, independentemente de ter seu status de filho estabelecido, que não conheça sua origem genética, em respeito à tutela da dignidade da pessoa humana, faz jus a ver reconhecida tal proteção. (ROSE MELO VENCESLAU, 2004, p. 125).

Nas técnicas de inseminação artificial heteróloga, o material genético não é do pai e/ou da mãe jurídica, mas sim de terceiro. Parte da doutrina defende o anonimato do doador de sêmen (ou doadora de óvulo), e que a revelação de ter sido a criança gerada através de técnica de reprodução assistida não implica em divulgar a identidade do doador.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº. 1.358/92, regulou a reprodução humana assistida e optou pela obrigatoriedade do sigilo dos doadores e dos receptores, mas prevê uma exceção, ao possibilitar o fornecimento de informações acerca do pai biológico, em situações especiais, ao médico que as requisitar, resguardando-se a identidade civil do doador³.

Dessa maneira, em que pese o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, a questão em torno do sigilo das informações pode tolher o concebido de conhecer seu pai biológico, ferindo de morte o disposto nos arts. 26 e 27, do ECA. O direito de identificação da filiação biológica e a busca da gênese humana são direitos fundamentais, sendo impassíveis de restrições. Logo, há de prevalecer o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Justifica-se adicionalmente essa postura pelo fato de que os filhos devem ter acesso aos dados biológicos do doador para a descoberta de possível impedimento matrimonial, pois em se mantendo esse sigilo de forma absoluta, isso poderia redundar, futuramente, em relações incestuosas. (ALMEIDA JÚNIOR, 2005).

A pessoa assim gerada não tem nenhum tipo de vínculo em relação aos doadores ou aos pais biológicos, com exceção dos impedimentos matrimoniais, que traduzem preocupações e, conseqüentemente, proibições de ordem religiosa, moral, social e biológica com relação ao tabu do incesto, assunto tão arraigado na civilização e na cultura contemporânea.

Outro problema que surge é a recusa do suposto genitor em se submeter ao exame de DNA. A jurisprudência vem se posicionando pela impossibilidade de se conduzir o réu “debaixo de vara”, em virtude da inexistência de lei que obrigue o investigado a realizar o exame, mesmo contra a sua vontade, e pelo fato que constranger alguém a fornecer material para um exame viola o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X). A solução encontrada para essa negativa é aplicar os mesmos efeitos da confissão ficta, surgindo, assim, a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo investigante, o que favorece o estabelecimento da paternidade.

3 IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIOS [...] 2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. [...]

Contudo, quando se visa adquirir o conhecimento da ascendência genética, e não a busca por um *status* de filho, o exame de DNA é uma prova insubstituível, pois somente por seu intermédio é que se pode excluir ou afirmar uma paternidade biológica. A confissão ficta, decorrente da recusa do investigado em realizar o exame de DNA, inviabiliza o exercício do direito ao reconhecimento da origem genética.

A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pode ser utilizada na solução desse tipo de conflito de valores fundamentais. Esse é o entendimento adotado por Luiz Roberto de Assunção (2004, p. 170), ao dizer que:

sua utilização para a solução da colisão de direitos fundamentais tem, em sua essência, o critério de valorização dos interesses envolvidos, cedendo espaço o menos lesivo, o de menor sacrifício, em favor do mais prioritário, ou seja, determinados valores, quando colidentes com outros, são priorizados, como o do filho em reconhecer o seu estado de filiação em relação ao do suposto pai de evitar a extração de material genético de seu corpo para a realização da prova científica da paternidade.

Sendo admitida a perquirição da ascendência genética, não poderá ser estabelecido novo estado de filiação, devendo ter apenas a finalidade de atender uma necessidade psicológica, resguardar os impedimentos matrimoniais e proteger a vida do filho e dos pais biológicos.

6 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

São espécies de filiação socioafetiva: a adoção judicial (verdadeiro ato de amor, que não se baseia na existência de laços sanguíneos), filho de criação (que ocorre quando alguém assume uma criança como seu filho, inexistindo vínculo jurídico ou biológico entre eles), a adoção à brasileira (que consiste em registrar uma criança como se fosse seu filho, sem observar as exigências e formalidades legais da adoção), o reconhecimento de filho (que é a declaração de existência de filho havido fora do casamento), a reprodução humana assistida (que com os avanços científicos estabeleceram-se novas bases para o estabelecimento da filiação) e a presunção *pater is est* (na qual o marido da mãe age como pai, independentemente de ser ou não o genitor).

A adoção à brasileira é uma conduta tipificada como crime pelo Código Penal, em seu art. 242⁴, e consiste no comparecimento espontâneo de uma pessoa ao cartório, que registra o filho de outrem como se fosse seu, aproveitando-se da falta de necessidade de comprovação do nexu biológico para ter a sua declaração admitida, porque ao oficial compete apenas o recolhimento de uma manifestação de vontade, e não a manifestação de um acontecimento biológico.

Contrariamente à lei, a sociedade não repele tal conduta; exalça-a. Nessas hipóteses, ainda que de forma ilegal, atende-se ao mandamento contido no art. 227 da Constituição, de ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito “à convivência familiar”, com “absoluta prioridade”, devendo tal circunstância ser levada em conta pelo aplicador, ante o conflito entre valores normativos (de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para que tal se dê, que não foram atendidos). Igualmente, a invalidade do registro assim obtido não pode ser considerada quando atingir o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar (LÔBO, 2004, p. 329).

Seria injusto permitir-se que os pais viessem a juízo e intentassem ação de impugnação de paternidade mediante prova de inexistência de vínculo biológico, pois os interesses dos “adotantes” prevaleceriam sobre os do “adotado”, que teria toda a sua história de vida apagada

4 Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (sem destaque no texto original)

com a desconstituição da relação paterno-filial, desrespeitando, assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Deve-se aplicar ao caso o princípio do *venire contra factum proprium*, o qual sustenta que a ninguém é permitido agir contra seus próprios atos, diante da impossibilidade de aceitação de dois comportamentos distintos e contrários de uma mesma pessoa. “Se o comportamento contraditório provoca danos em virtude da expectativa ou da aparência jurídica que o primeiro causou, não poderá ser tutelado. Preserva-se, assim, o comportamento anterior” (VENCESLAU, 2004, p. 202). Ou seja, no caso em questão, significa que aquele que “adotou”, conscientemente, uma criança como filho sem ter nexos biológico, não poderá ter a sua ação de impugnação de paternidade julgada procedente.

O mesmo pode ser dito a respeito da presunção *pater is est* quando está acompanhada da posse de estado de filho, porque o exercício imprescritível da impugnação de paternidade pelo marido da mãe depende da demonstração, além da inexistência do vínculo genético, de que nunca tenha sido constituído o estado de filiação, pois os interesses da criança devem ser considerados mais relevantes.

Em suma, embora a lei confira ao pai presumido direito de contestar a presunção, o seu comportamento contraditório de quem amou e cuidou do filho que sabia não ser genitor, enfim, reconhecendo-o como filho, este direito se limita à hipótese de vício na manifestação de vontade.

Trata-se da aplicação da vedação ao *venire contra factum proprium* em matéria de filiação. A proibição ao *venire contra factum proprium* decorre do princípio da boa-fé, com maior aplicação no direito obrigacional. Porém, sendo um princípio geral de direito, incide em todas as searas, embora tenha maior guarida neste ou naquele segmento (VENCESLAU, 2004, p. 164 seg.).

Em relação à filiação, as novas técnicas de reprodução humana assistidas ocasionaram a modificação das bases que estabeleciam a filiação, tanto no que se refere à paternidade como à maternidade, é o caso da inseminação artificial heteróloga, com o uso de sêmen e/ou óvulo de terceiro (a), e gestação substituta (comumente chamada de “barriga de aluguel), a solução a ser dada ao caso concreto deve levar em consideração o melhor interesse da criança.

19

7 CONCLUSÃO

Aceita a possibilidade de estabelecimento de filiação exclusivamente nos laços afetivos emanariam direitos e deveres recíprocos entre pai e filho socioafetivos, de natureza tanto moral como patrimonial, nos mesmos moldes da filiação jurídica e biológica, como: estabelecimento de parentesco com os parentes dos pais socioafetivos, irrevogabilidade da filiação socioafetiva, exercício do poder familiar, dever de guarda e sustento, direito a herança e alimentos, entre outros.

Dessa forma, quando o filho afetivo busque a desconstituição da sua filiação, estabelecida por muitos anos, com fins meramente patrimoniais, não deve ser reconhecido o direito ao patrimônio do pai biológico, porque a verdade socioafetiva não pode ser afastada para se obter vantagens econômicas. Só é admitido o conhecimento de sua origem genética, pois se trata de um direito que diz respeito a sua identidade como ser humano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão. **A reprodução humana assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 17 set. 2005.



ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 632, abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>>. Acesso em: 24 set. 2005.

ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida.** in: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55-72.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade:** posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. in: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional (Caderno 3).** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 315-334.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Senado Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade Mecum Saraiva.** São Paulo: Saraiva, 2006.

20 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade Mecum Saraiva.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (colab.). **Vade Mecum Saraiva.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Resolução CFM nº. 1.358, de 11 de novembro de 1992. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm1358_1992_tm>. Acesso em: 09 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 3.638, de 29 de março de 1993. **Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19976>. Acesso em: 29 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 2.855, de 13 de março de 1997. **Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=18719>. Acesso em: 29 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 6.613, de 23 de abril de 2002. **Alterando o art. 1.601 do novo Código Civil brasileiro, Lei nº. 10.406 de 11 de janeiro de 2002.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=49786>. Acesso em: 30 abr. 2006.



BRASIL. Projeto de Lei nº. 6.960, de 12 de junho de 2002. **Alterando o novo Código Civil.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 29 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 1.184, de 03 de junho de 2003. **Dispõe sobre a reprodução assistida.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275>. Acesso em: 29 abr. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** v. 5. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Rodrigo Collares. **Desbiologização da paternidade e a falta de afeto.** Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 481, out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5845>>. Acesso em: 02 out. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. in: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 111-126.

FERREIRA, Fábio Alves. **Vivendo sem respirar, morrendo sem chance de nascer.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3544>>. Acesso em: 29 maio 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Das relações de parentesco. in: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 83-109.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito ao pai. **Igualdade: Revista trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente.** Curitiba, v. 8, n. 26, p. 34-36, jan./mar. 2000.

_____. **Dos filhos havidos fora do casamento.** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

_____. **Se eu soubesse que ele era meu pai...** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=529>>. Acesso em: 24 set. 2005.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, I, 11 a 13 de setembro de 2002, Auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília – DF), **Enunciados aprovados.** Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, III, 1º a 3 de dezembro de 2004, Auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília – DF), **Enunciados aprovados.** Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2006.



LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais** – v. 4. São Paulo: RT, 1999. p. 188-221.

LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). **O Novo Código Civil – Do Direito de Família (Livro IV)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Filiação e princípio da afetividade. **Igualdade: Revista trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente**. Curitiba, v. 8, n. 26, p. 45-46, jan./mar. 2000.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 02 out. 2005.

_____. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 323-345.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 – STJ. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, Ano X, n. 223, p. 282-314, 30 abr. 2006.

LOPES, Antônio Eduardo Lanna. **Legitimidade do filho adotivo nas ações de investigação de paternidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2565>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

22

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à identidade genética**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 02 out. 2005.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias**. 5. ed. atual. Londrina: Eduel, 2003.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. **Vademecum do Direito de Família à Luz do Novo Código Civil**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Reflexos da constitucionalização nas relações de família. in: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. Caderno 3, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 282-314.

PAULILLO, Sérgio Luiz. **A desbiologização das relações familiares**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>>. Acesso em: 02 out. 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 3. Parte Especial, arts. 184 a 288. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do Século XXI. in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Direito Civil: atualidades** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 231-239.

_____. Pai, Por que me abandonaste? in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 383-393.

SANTOS, Elaine Silva dos. **A paternidade sócioafetiva**. Monografia (Graduação em Direito) – Fundação Universidade Federal do Rio Grande. Direitonet, Sorocaba, 19 nov. 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/textos/x/81/55/815/DN_a_paternidade_socioafetiva.doc>. Acesso em: 03 jul. 2005.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENCELAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. in: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379-400.

_____. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial. in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 277-308.

INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE MULTA ISOLADA COM BASE EM PRESUNÇÃO DE FATOS E PARA ATINGIR FATOS PRETÉRITOS: VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, TIPICIDADE, ANTERIORIEDADE, IRRETROATIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.

*Antonio Carlos Lovato**

RESUMO

As necessidades públicas são cada vez mais crescentes, e na mesma proporção crescem as necessidades de recursos, que têm como fonte principal a arrecadação tributária. Com a necessidade de mais recursos, agravada pela má gestão na administração pública, bem como pela existência da corrupção e da sonegação fiscal, o Estado cria novos tributos e aumenta os já existentes, fomentando a utilização de instrumento para economia lícita de tributos (elisão fiscal), bem como a evasão fiscal das mais variadas formas, pela simples inadimplência ou pela evasão fraudulenta (sonegação fiscal). O binômio carga tributária excessiva em relação à elisão e evasão fiscal geram inúmeros conflitos entre as entidades tributantes e os sujeitos passivos da relação tributária, gerando a famosa ciranda tributária: necessidade de mais recursos, que gera mais elisão e evasão fiscal, que por sua vez vão gerar mais necessidades de recursos, e, portanto, mais oneração tributária, e assim por diante. Como medidas para conter as formas utilizadas pelos sujeitos passivos, lícitas e ilícitas, para evitar a tributação, nos últimos anos têm sido intensificadas as alterações na legislação tributária, permitindo-se a quebra do sigilo bancário, estabelecendo-se a possibilidade da descon sideração de determinados atos jurídicos, a restrição da compensação tributária, bem como estabelecendo-se a previsão de penalidades gravíssimas, como é o caso da multa isolada de 150% para os casos de compensações tributárias consideradas não-declaradas, entendendo-se tratar de fraude fiscal. Contudo, trata-se de presunção legal de fraude, que, em hipótese alguma, poderia ser imputada sem a comprovação da existência de ato doloso, e de forma alguma pode ser considerada absoluta. Essas práticas advindas de entidades tributantes nem sempre atendem aos pressupostos que norteiam o exercício da tributação, especificamente, as limitações do exercício do poder de tributar, e estão amparadas nos princípios da legalidade, tipicidade, anterioridade, irretroatividade e segurança jurídica que protegem os contribuintes contra as investidas ilegais e inconstitucionais do Estado.

24

Palavras-Chave: Compensação Considerada Não-declarada. Presunção de Fraude. Multa Isolada. Violação aos Princípios Constitucionais Tributários.

UNCONSTITUTIONALITY OF THE IMPOSITION OF ISOLATED FINE ON THE BASIS OF SWAGGERER OF FACTS AND TO REACH PAST FACTS: BREAKING OF THE PRINCIPLES OF THE LEGALITY, VAGUENESS DOCTRINE, ANTERIORIEDADE, IRRETROATIVIDADE AND LEGAL SECURITY.

ABSTRACT

The public necessities are each time growing bigger and also at the same proportion grow the resource necessities, which have in its main source the income taxation. With the necessity of acquiring more resources, harmed by the mal-function of public administration, as well as the existence of corruption and the fiscal tax exemption, the State creates new taxes and increases the existing ones, fostering the use of instruments for the economy exempt from taxes (fiscal exemption),

* Professor de Direito Tributário na Universidade Estadual de Londrina e do Centro Universitário Filadélfia-UniFil - Advogado Tributarista - Mestre em Direito Negocial pela UEL.



as well as the fiscal evasion in its various forms, by the mere non-payment of taxes or by illegal and fraudulent tax evasion. The binary: excessive income taxation in relation to the fiscal evasion creates various conflicts among the taxed entities and the ones who are tax exempted, creating the never ending taxation circle: the necessity of more resources, which generate more tax and fiscal evasion, that on the other hand are going to generate more resource necessities, and, therefore, more expensive fiscal taxation, and so forth. As a way to reduce the existing methods by the non-tax payers, real or unreal, in order to avoid the taxation, in the last few years, it has been intensified the alteration in the tax legislation, allowing bank account secret interference, establishing the possibility of not taking into consideration some judiciary acts, the restricted tax compensation, as well as establishing the possibility of very high penalties, as it is in the case of isolated fines of 150% as in cases of tax compensations which are considered not declared, understood as fiscal fraud. Therefore, it is believed to be legal fraud, that in any way it could be given without existing evidence of a harmful act, and without any doubt it can be considered as absolute. These practices, which come from taxing entities, sometimes do not give the ones who show the exercise of taxation, specifically, the limitations of the tax exercising power and are supported by legal principles, typical, background, retroactivity and juristic safety which protect the tax payers against the illegal attacks and unconstitutional of the State.

Keywords: Considered Compensation Non-declared. Fraud Presumption. Isolated Fine. Violation of the Constitutional Principle Taxation.

1 INTRODUÇÃO

No Estado fiscal, o recurso destinado à satisfação das mais diversas necessidades públicas provirá da própria sociedade, através da exigência de tributos junto às pessoas físicas e pessoas jurídicas. Nesse mister, em busca de recursos, muitas vezes com destinação vinculada ao oferecimento de um benefício à sociedade, perfeitamente justificável; outras vezes, sem qualquer vinculação ou sustentação, seja essa que âmbito for, no político, no econômico, no social ou no jurídico.

É inegável que a sociedade depende da atuação do Estado, cada vez mais, notadamente num país como o Brasil, no qual se verifica uma população crescente, com necessidade de recursos públicos em todas as frentes: na implementação do desenvolvimento com a finalidade de ampliar a oportunidade de trabalho, na educação, desde o ensino fundamental até o superior, na saúde com a ampliação da necessidade de tratamentos preventivos e ostensivos, nos transportes, na segurança, na agricultura, na economia. Enfim, as necessidades são inúmeras.

A situação vem-se agravando em decorrência dos processos migratórios do campo para as cidades e das pequenas cidades para os grandes pólos urbanos, gerando uma maior demanda dos equipamentos públicos das mais diversas espécies, além dos problemas de segurança e dos conflitos que requerem a efetivação do Poder Judiciário. Verifica-se que o volume de demanda de recursos somente aumenta e, em contrapartida, também o volume de recursos, devendo ser ressaltado que, paralelamente às necessidades reais de recursos, existem os desvios da má administração dos recursos públicos ou os desfalques praticados pelos mais diversos meios de corrupção.

Essa necessidade crescente de recursos faz com que o Estado abocanhe, cada vez mais, o patrimônio particular mediante a criação de tributos novos ou o aumento dos tributos existentes, acirrando o conflito secular entre Estado e contribuinte. Diante da rejeição natural das normas tributárias, rejeição que será mais elevada à medida que ocorrerem os aumentos exorbitantes dos tributos ou a má aplicação dos recursos arrecadados, a satisfação dos tributos somente será obtida através do “terror fiscal” refletido na imposição de penalidades crescentemente opressivas. Nesse contexto, nunca poderá ser menosprezado o conjunto de garantias individuais que devem preponderar em todos os estados que optaram por um sistema democrático e de obediência ao Estado de Direito, que consagra o direito de propriedade, a legalidade absoluta em matéria de imposições tributárias, pelo respeito aos princípios da anterioridade e da irretroatividade das nor-



mas impositoras de tributos e de sanções tributárias, que asseguram a certeza e a segurança jurídica ao cidadão.

Na contramão das normas basilares que protegem o cidadão, os órgãos federais encarregados da fiscalização e imposição de penalidade por infração à legislação tributária federal, representada pelas delegacias da Receita Federal, vêm aplicando a multa isolada de 150% sobre o valor das compensações tributárias não-homologadas pela Administração Pública Federal, que, por presunção, são consideradas não-declaradas. Os fundamentos para imposição de tal penalidade estão centrados nas disposições contidas no artigo 44, II, da Lei 9.430/96, combinada com as disposições contidas no art. 18, da Lei 10.833/03 e no art. 90, da Medida Provisória nº. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, com as alterações introduzidas pelas Leis 11.051/2004 e 11.196/2005.

Ocorre que, para enquadramento dos acusados nas disposições citadas, os respectivos órgãos fazendários amparam-se em presunções de fraude fiscal; além disso, aplicam a mencionada multa agravada para atingir fatos que ocorreram antes da vigência da norma instituidora da mencionada penalidade. Essa prática não é compatível com o sistema de garantias consolidado no ordenamento jurídico que protege os contribuintes, pessoas físicas ou pessoas jurídicas.

2 PREVISÃO NORMATIVA A RESPEITO DA MULTA ISOLADA

A previsão legal da multa isolada em casos de fraude incontestável está disposta no art. 44, inciso II, da Lei 9.430/1996, ao estabelecer:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:
I -.....
II – 150% (cento e cinquenta por cento), nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.
.....”

26

Por sua vez, a Medida Provisória nº. 2.158, de 24.08.2001, traz no art. 90 a seguinte disposição:

Art. 90. Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Diante da ausência de disposição legal específica que estabeleça essa modalidade de imposição tributária nessas situações, sobre fatos que ocorreram antes do advento da Lei 11.051, de 29 de dezembro de 2004, que alterou as disposições contidas no art. 18 da Lei 10.833/2003, os órgãos da Receita Federal vinham estabelecendo imposições de penalidades mediante presunção de fraude com fundamento no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 17, de 03/10/2002, que está assim disposto:

Art. único. Os lançamentos de ofício relativos a pedidos ou declarações de compensação indevidos sujeitar-se-ão à multa de que trata o inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, por caracterizarem evidente intuito de fraude, nas hipóteses em que o crédito oferecido à compensação seja:
I – de natureza não-tributária;



- II- Inexiste de fato;
 - III- não passível de compensação por expressa disposição de lei;
 - IV – baseado em documentação falsa.
- Parágrafo único. O disposto nos incisos I a III deste artigo não se aplica às hipóteses em que o pedido ou a declaração tenha sido apresentado com base em decisão judicial. (grifou-se)

O suprimento da disposição legal somente adveio com a edição da Lei nº. 11.051/2004, que deu nova redação ao art. 18 da Lei 10.833/03, citada no enquadramento legal, ao dispor:

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão da não-homologação de compensação declarada pelo sujeito passivo nas hipóteses em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964.

§ 1º Nas hipóteses de que trata o caput, aplica-se ao débito indevidamente compensado o disposto nos §§ 6º a 11 do art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso II do caput ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme o caso, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

§ 3º

§ 4º A multa prevista no caput deste artigo também será aplicada quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Deve-se ressaltar que as disposições contidas nas normas supra-relacionadas foram introduzidas pela Lei 11.051 de 29 de dezembro de 2004.

Da mesma forma, a proibição de algumas modalidades de compensação tributária somente fora introduzida pela mesma Lei, ao estabelecer alterações, com a inclusão do parágrafo 12 ao artigo 74, da Lei nº 9.430/96, ao dispor:

27

Art. 74.....

.....

§ 12 Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

I – previstas no § 3º deste artigo;

II – em que o crédito:

a)- seja de terceiros;

b)- refira-se a 'crédito-prêmio' instituído pelo art. 1º do Decreto-lei nº. 491, de 5 de março de 1969;

c)- refira-se a título público;

d)- seja decorrente de decisão não transitada em julgado; ou

e)- não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal – SRF.

Portanto, somente com o advento da Lei 11.051/2004 passou a existir uma relação expressa a respeito das vedações à compensação nos casos de crédito de terceiros, refira-se ao crédito-prêmio, refira-se a título público e não se refira a tributos a contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Vale dizer, a respeito dos fatos que ocorreram até 31 de dezembro de 2004, não havia qualquer amparo legal para restrições à compensação e, tampouco, para imposições de penalidades. Conseqüentemente, não há como imputar quaisquer penalidades aos contribuintes, que fizeram as compensações em vista de qualquer um dos itens abordados, acusando-os de terem efetuado a compensação de forma temerária e de, ao efetuá-la, terem cometido um ato doloso, ou seja, uma fraude fiscal, uma vez que os atos praticados foram realizados em conformidade com a legislação existente à época da compensação, mediante o cumprimento de todas as obrigações acessórias inerentes.



Mas o vínculo normativo entre as compensações com as limitações, e, por essa razão consideradas não declaradas, e a imposição de penalidades, no caso da multa isolada de 150%, até 21 de novembro de 2005, vinham sendo estabelecidos com fundamento na Instrução Normativa SRF nº. 534/2005, passando a ser disciplinada por lei através da edição de Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, fator que vem reforçar a tese de que, em relação aos fatos ocorridos antes da vigência dos mencionados diplomas legais, não havia tipificação legal para o enquadramento dos contribuintes que exerceram o direito à compensação.

Portanto, para aplicação da penalidade pertinente à multa isolada de 150%, tomava-se como fundamento uma combinação de várias instruções normativas, sem qualquer base legal, ressaltando-se que somente através de Lei nº. 11.196, de 21 de novembro de 2005, com vigência iniciada em 01.01.2006, também de constitucionalidade duvidosa, foi introduzida no ordenamento jurídico a possibilidade da aplicação da multa isolada de 150% sobre o valor compensado, caso a compensação realizada esteja enquadrada no rol de restrições.

3 IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DE PENALIDADES COM FUNDAMENTO EM PRESUNÇÃO DE FRAUDE – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA

A realização de compensação em qualquer uma das hipóteses mencionadas no art. 74, § 12, inciso II, da Lei 9.430/96, com as alterações introduzidas pela Lei 11.051/2004, antes da vigência dessas normas, não caracteriza fraude fiscal e, tampouco, o dolo, já que não há que se falar em fraude se não houver dolo. Sonegação, fraude e conluio são formas diversas de evasão de divisas de forma ilícita, e em todas essas hipóteses deverá estar presente o dolo.

Para configuração da SONEGAÇÃO FISCAL, o ato praticado pelo agente deverá estar acoimado de dolo conforme enfatiza Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 512): “O infrator haverá de proceder dolosamente, dirigindo sua vontade à materialização do fato infringente, impedindo que os agentes da Fazenda Pública tomem conhecimento ou retardem a identificação se sua ocorrência”.

FRAUDE, segundo o citado autor (2005, p. 513), configura-se pelo,

comportamento do infrator caracterizado pelo esforço deliberado no sentido de retardar ou impedir o acontecimento tributário, ou, ainda, tentando modificar ou excluir os traços peculiares à identificação daquele evento, tudo dirigido ao escopo de não pagar a quantia devida a título de imposto, de pagá-lo com redução, ou de diferir, no tempo, a prestação pecuniária.

CONLUIO demanda a “presença de dois ou mais agentes, com personalidades jurídicas distintas – pessoas físicas ou jurídicas, que concertam praticar a sonegação e a fraude, em benefício de uma, de algumas, ou de todas”(CARVALHO, 2005, p. 513).

Em obra clássica a respeito do tema, Sampaio Dória (1997, p. 38-39) estabeleceu uma diferença fundamental entre a economia ilícita, que ele denomina de EVASÃO ILÍCITA, da econômica lícita, a qual ele denomina de EVASÃO LÍCITA, ao enfatizar:

Conceitua-se a evasão ilícita como a ação consciente e voluntária do indivíduo tendente a, por meios ilícitos, eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo efetivamente devido.

Lícita a evasão concretizada na conduta individual preventiva tendendo a, por processos sempre lícitos, afastar, reduzir ou retardar a ocorrência do próprio fato gerador.

Na evasão ilícita, ou fraude em sentido genérico, atinge-se o resultado econômico colimado mas, a meio caminho de sua exteriorização efetiva ou após esta, o contribuinte se vale de artifício doloso para, distorcendo-a, produzir as conseqüências tributárias acima indicadas, afastando-se aquelas

que, segundo a lei, tal realidade econômica, assim juridicamente vestida, deveria provocar.

Na evasão legítima, ou *stricto sensu*, que melhor soaria como elisão ou economia fiscal, o agente visa a certo resultado econômico mas para elidir ou minorar a obrigação fiscal que lhe está legalmente correlata, busca, por instrumentos sempre lícitos, outra forma de exteriorização daquele resultado dentro do feixe de alternativas válidas que a lei lhe ofereça, prevendo não raro, para fenômenos econômicos substancialmente análogos, regimes tributários diferentes, desde que diferentes as roupagens jurídicas que o revestem.

Em síntese, tanto na fraude como na elisão idênticos são as intenções e os fins. Diferem os meios e o momento de sua efetivação.

O que se verifica como pressuposto em comum em todas as hipóteses abordadas é a existência de dolo, não podendo a presença deste elemento imprescindível ser identificada através de presunção, mas através de prova, conforme enfatiza Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 514-515) ao dizer: “É justamente por tais argumentos que as presunções não devem ter admissibilidade no que tange às infrações subjetivas. O dolo e a culpa não se presumem, provam-se.”

Na essência, o que se pretende com as práticas que vêm sendo realizadas pela Receita Federal, é a imposição de penalidades calcadas em presunção absoluta, ou mediante ficção jurídica, contrariando a doutrina e a jurisprudência inerentes ao direito tributário. Além disso, cumpre destacar que nem mesmo embasamento legal existe, já que o suporte normativo utilizado para fundamentar a decisão está sedimentado em meras instruções normativas. Como se disse essa forma de imposições de penalidades não é compatível com o direito tributário, conforme ensina Fabiana Del Padre Tomé (2005, p. 139-140) ao observar:

Vimos que as chamadas presunções legais são costumeiramente classificadas em relativas e absolutas, conforme admitam prova em contrário ou não. As denominadas presunções absolutas, entretanto, não caracterizam presunção, mas disposição legal de ordem substantiva, estabelecendo a existência de fato jurídico sem que se possa provar o contrário. São, por isso, de inadmissível utilização para fins de determinar a ocorrência de fato jurídico tributário e os elementos definidores da correspondente obrigação. O mesmo se pode dizer das ficções, cujo regime jurídico, no âmbito tributário, é idêntico ao das presunções absolutas, destas se distinguindo de forma muito tênue: enquanto na presunção absoluta a relação causal e sua consequência estão previstas na lei, na ficção o enunciado normativo constrói o próprio fato jurídico, independentemente de relação de causa e efeito, ainda que artificiais, como ocorre na presunção absoluta. Essas distinções, porém, são de ordem pré-legislativa, de modo que, introduzidas no ordenamento, o tratamento jurídico conferido a ambas é o mesmo.

Portanto, não há como agasalhar os atos praticados pela Receita Federal com fundamento no ato interpretativo SRF nº. 17/2002, e em instruções normativas da SRF, destacando-se que, nem mesmo a lei poderia estabelecer uma imposição penalizadora com base em presunção absoluta, para estabelecer uma espécie de presunção legal de fraude e com base nela enquadrar os contribuintes.

Como se disse anteriormente, na imposição da penalidade consistente da multa agravada, houve enquadramento para que os contribuintes, ao efetuarem a compensação em vista de qualquer um dos motivos relacionados no § 12, do art. 74, da Lei nº. 9.430/96, teriam praticado uma fraude fiscal. Chega-se a essa conclusão, com base em mera presunção, posição que não se coaduna com as normas e princípios inerentes ao direito tributário. A tributação por esse sistema choca-se com as diretrizes estabelecidas pelos princípios basilares norteadores e limitadores do exercício do poder de tributar, como os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação.



Fazem-se oportunos, nesse aspecto, os ensinamentos de Alberto Xavier (1978, p. 37):

No Direito Tributário, o princípio da Legalidade revestiu sempre um conteúdo bem mais restrito. Com vista a proteger a esfera de direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do órgão de aplicação do direito – juiz ou administrador – e, portanto, a prevenir a aplicação de ‘tributos arbitrários’, optou-se neste ramo do Direito por uma formulação mais restritiva do princípio da legalidade, convertendo-o numa reserva absoluta de lei, no sentido de que a lei, mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da administração, mas também o próprio critério de decisão no caso concreto.

Nessa linha, Yonne Dolácio de Oliveira (1980, p. 24) exara:

o que põe em relevo o caráter do tipo cerrado é a sua limitação precisa, o que se obtém, como no conceito abstrato, por meio da determinação exaustiva de suas características consideradas sempre necessárias. como expõe Larenz, no tipo cerrado, mediante a fixação das suas notas constitutivas, a mesma regra é estabelecida para todos os casos, de modo que ela funciona como o conceito abstrato e, nesta hipótese, haverá ou não subsunção: ou o individual oferece todas as características do tipo cerrado, cai dentro do tipo, ou não é afetado por ele.

Diante desses princípios, não há como prevalecer uma imputação duvidosa. Neste caso, não se aplica a regra da tributação por presunção, que é incabível quando o fato é conhecido e certo, conforme enfatiza José Eduardo Soares de Melo (1995, p. 99), ao dizer: “Inaplicável - como regra- a figura da presunção como resultado do processo lógico, e mediante o qual do fato conhecido, cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável.”

No Sistema Tributário Brasileiro, não há lugar para a imputação das chamadas “infrações presumidas”, segundo ensina Sacha Calmon Navarro Coelho (1998, p. 52-53), ao dizer:

não basta aludir-se ao primado da legalidade, no que tange ao exame dos ilícitos tributários. é imprescindível que as infrações fiscais sejam estudadas segundo as determinações da teoria da tipicidade. tal providência elimina as chamadas infrações presumidas, em que, por meio de singelos indícios, chega o fisco a considerar ocorridos fatos ilícitos, cominando multas e outras sanções administrativas.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DA MULTA ISOLADA SOBRE FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DAS LEIS Nº. 11.051/2004 E Nº. 11.196/2005 POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE, DA IRRETROATIVIDADE E DO DIREITO ADQUIRIDO, PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

À luz dos mencionados princípios constitucionais, não é aceitável que uma lei publicada no final de 2004, para entrar em vigência no dia 01.01.2005, e uma outra publicada no final de 2005, para entrar em vigência no dia 01.01.2006, possam atingir fatos já consumados, sob pena de violar frontalmente os institutos do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, garantidos pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, violando, além disso, os

princípios da irretroatividade previstos no art. 150, III, 'a', e os da anterioridade previsto no art. 150, III, 'b' da Constituição Federal.

Além disso, o Código Tributário Nacional, que, por tratar-se de norma geral de direito tributário, não poderia ser alterado por uma lei ordinária, somente permite a retroatividade de uma lei para beneficiar o contribuinte, conforme dispõem os arts. 105 e 106, assim descritos:

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do art. 116.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a)- quando deixe de defini-lo como infração;

b)- quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento ou não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c)- quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

5 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA POR IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE PARA ATINGIR FATOS PRETÉRIDOS

É evidente que a imposição da penalidade na forma pretendida pela Receita Federal, além de violar os princípios da legalidade, da tipicidade, da anterioridade e da irretroatividade, viola os princípios da segurança e da certeza jurídica.

O Direito com sua positividade deve conferir segurança às pessoas, isto é, criar condições de certeza e igualdade, dando ao cidadão solidez para que este se sinta senhor de seus próprios atos, respeitando os atos dos demais membros da sociedade, pois a certeza jurídica figura como uma das funções mais relevantes do direito (CARRAZZA, 1951, p. 208).

A certeza jurídica, na visão de Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 149), figura como um “sobrepincípio”, já que sua presença é assegurada em toda unidade normativa, observando-se que “A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deontico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica”

Partindo-se desse prisma, observa-se que, na proposição normativa ou deontica, o dever-ser apresenta-se nas modalidades O, P, V (obrigatório, permitido e proibido) (VILA NOVA, 1977, p. 30). Constata-se que cada pessoa deve ver no sistema jurídico os elementos necessários para conhecer, previamente, o que deve ou não fazer e a consequência dos seus atos.

Em matéria tributária, principalmente em relação às obrigações impostas pelo Estado ao contribuinte, a certeza do direito está calcada na necessidade da existência de previsão legal, de forma objetiva, para criar obrigações impostas aos contribuintes. Acontecidos os fatos previstos na norma, eles trarão como consequência ao contribuinte o cumprimento de determinadas obrigações (CARRAZZA, 1991, p. 208).

No plano de aplicação do Direito, no âmbito do Poder Judiciário, deverá o magistrado decidir sobre uma dentre todas as alternativas propostas, como imperativo da certeza jurídica (CARVALHO, 2005, p. 149), embora o princípio da certeza jurídica, ao lado do princípio da igualdade, seja indispensável ao alcance da segurança jurídica, conforme observa Roque Carrazza (1991, p. 208). Mas o autor estabelece uma distinção entre o princípio da certeza jurídica, e o princípio da segurança. O princípio da certeza jurídica que é o meio para alcance da segurança jurídica, está vinculado e figura como atributo essencial à produção de enunciados normativos com “sentido deontico”. O princípio da segurança jurídica decorre de fatores sistêmicos, ou seja, conjunturais e utiliza-se do princípio da certeza jurídica de forma racional e objetiva, com a destinação específica de propagar no seio da sociedade o sentimento da previsibilidade dos efeitos jurídicos da regulação da conduta (CARVALHO, 2005, p. 150151).



A segurança jurídica, assim definida, está na tranquilidade que têm os cidadãos quanto à prática de suas ações, ao saberem previamente o alcance normativo e a forma de aplicação da norma, e está inserida na intocabilidade das ações passadas e garantida pelos institutos do direito adquirido e da coisa julgada, e pelo princípio da irretroatividade da lei (CARVALHO, 2005, p. 150-151).

Pelas lições de Lúcia Figueiredo (apud CAIS, 1993, p. 17-18) é possível aferir que segurança jurídica e certeza jurídica traduzem-se na mesma garantia, figurando como princípios dos princípios, ou seja, estão na base de todo o sistema.

Para Yonne Dolácio de Oliveira (1980, p. 75), os valores certeza e segurança são distintos, porém se interligam. Por essa visão, a certeza liga-se à existência do Direito que seria a norma. A segurança seria sua realização, o conteúdo da lei, os limites, a forma de aplicação.

Em matéria tributária, o princípio da segurança jurídica garante ao contribuinte o conhecimento prévio, de forma objetiva, dos seus direitos e deveres tributários, garantindo-lhe que somente tenha de cumprir as obrigações exigíveis através de lei, impostas a todos igualmente e de caráter irretroativo (CARRAZZA, 1991, p. 211).

Dessa forma, não é aceitável que o contribuinte venha a ser penalizado, de forma exorbitante, pela prática de um fato sobre o qual, à época de sua realização, não havia qualquer norma que estabelecesse de forma clara qualquer obrigação ou proibição, vale dizer, uma norma editada após a realização do ato não poderia retroagir para atingi-lo sem macular a norma constitucional não só por ferir o próprio princípio da irretroatividade, mas também por caracterizar violação ao princípio da segurança jurídica.

6 CONCLUSÕES

É fato incontestável que a cada dia cresce a necessidade de mais recursos para atendimento das necessidades públicas. Sem deixar de ressaltar que grande parte dos recursos é desviada pela prática de corrupção ou pela administração, em decorrência de vícios da administração pública, haverá sempre a necessidade de mais recursos, que se extraem mediante tributos novos ou pelo aumento dos já existentes, gerando uma constante relação conflituosa entre os poderes fiscais e os contribuintes. O ciclo torna-se vicioso: o Estado cria ou aumenta tributos porque precisa de recursos e o contribuinte deixa de cumprir suas obrigações, utilizando-se de meios lícitos ou ilícitos (sonegação) porque a carga tributária é extremamente onerosa. Com a elisão e a evasão fiscal, o Estado cria novos aumentos que vão gerar novos conflitos, mantendo sempre viva essa ciranda conflituosa.

Com o objetivo de estancar o aumento da sonegação fiscal instituem-se penalidades cada vez mais graves, como é o caso da multa isolada no patamar de 150%. Trata-se de um percentual extremamente alto, mesmo em se tratando de evasão mediante fraude, pois acaba configurando-se um confisco.

Além de configurar-se um confisco, e essa já seria uma forte razão para decretação de sua inconstitucionalidade, em hipótese alguma poderia ser instituída a multa com fundamento em presunção de fraude, uma vez que fraude supõe ato doloso, e ato doloso não se presume, requer prova.

Ademais, deverão ser respeitados os princípios constitucionais que protegem o contribuinte contra o exercício do poder tributário de forma exorbitante e desordenada. Assim, com fundamento nos princípios da legalidade e da tipicidade não se poderão exigir tributos ou penalidades tributárias que não correspondam ao princípio da estrita legalidade, vale dizer, os fatos a serem atingidos deverão estar previstos expressamente na lei e em perfeita consonância com esta. Portanto, não há lugar para tributação ou estabelecimento de penalidades fundamentado apenas em presunção de fatos.

Pelo conteúdo dos princípios da anterioridade e da irretroatividade, uma lei nova tipificadora de infração tributária e que venha a estabelecer penalidades não poderá atingir fatos já consumados, pois os fatos praticados no tempo em que inexistia qualquer restrição legal não poderia ser atingido pela nova lei, sob pena de caracterizar violação aos citados princípios e também ao da segurança jurídica.

Assim, não poderá haver presunção de fraude estabelecida pelo § 12, art. 74, da Lei 9.430/96, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 11.051, de 29 de dezembro de 2004, visto que esta deverá ser provada e caberá prova em contrário. E mesmo que se admita a possibilidade de enquadramento das compensações relativas aos fatos mencionados no citado dispositivo legal, em hipótese alguma ele poderá atingir fatos praticados antes da vigência da Lei, vale dizer, fatos que ocorreram até 31.12.2004.

Superada a questão a respeito da tipificação, a imposição da multa isolada no patamar de 150% não poderá atingir os fatos que ocorreram até o dia 31.12.2005, porque o vínculo jurídico entre esta modalidade de penalidade, referente às compensações consideradas não declaradas, somente foi estabelecido pela Lei nº. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Porquanto, pela combinação dos princípios da legalidade, tipicidade, anterioridade e irretroatividade, que resultam no princípio da segurança jurídica, não haveria como surpreender um contribuinte que praticou um fato que não sofria qualquer restrição no momento em que fora praticado, sem macular a norma constitucional.

REFERÊNCIAS

- CAIS, Cleide Previtali. *O Processo Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e Prática das Multas Tributárias – Infrações Tributárias e Sanções Tributárias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 1995.
- OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. *A Tipicidade no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. *Elisão Fiscal e Evasão Fiscal*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1977.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.



DO ESCRAVISMO COLONIAL AO TRABALHO FORÇADO ATUAL - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais -

Cristiane Sabino Silva¹
Renata Cristiane de Oliveira Alencar Silva²

RESUMO

Este artigo trata do trabalho escravo colonial e do trabalho forçado atual, estabelecendo suas principais semelhanças no que se refere ao aliciamento dos trabalhadores, à falta de condições físicas e sanitárias do local de labor e das hospedarias, e, principalmente, em relação à supressão dos direitos fundamentais sociais. Outrossim, ressalta as soluções que o Poder Público, representado pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, tem aplicado aos casos de trabalho compulsório ainda existentes na sociedade brasileira, entre eles a criminalização da exploração de formas de trabalho análogas a de escravo e as ações cíveis responsáveis por ressarcir os trabalhadores pelos prejuízos financeiros e morais decorrentes da exploração.

Palavras-Chave: Trabalho Forçado. Direitos Sociais. Ministério Público.

OF THE COLONIAL SLAVERY TO THE FORCED WORK CURRENT - The Suppression of the Basic Social Rights -

ABSTRACT

This article deals with to the colonial enslaved work and the forced work current, establishing its main similarities as for the allurement of the workers, to the lack of physical and sanitary conditions of the place of work and the inns, and, mainly, in relation to the suppression of the social basic rights. Moreover, stands out the solutions that the Public Power, represented for the Ministry of the Work and Job - MTE, has applied to the still existing cases of obligatory work in the Brazilian society, between them the crime of the exploration of analogous forms of work of slave and the action responsible civil court jurisdiction for repaying the workers for current the financial and moral damages of the exploration.

Keywords: Forced work. Social Rights. Public Prosecution Service.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem vivido um surto de prosperidade. Os índices econômicos não param de ser anunciados nos jornais diariamente. A exportação aumentou, a indústria se fortaleceu, os investimentos externos bateram recordes, a dívida caiu, o PIB aumentou. Em que pese o progresso, o Brasil é um dos países com maior desigualdade social do mundo. Na esteira da desigualdade, encontram-se profissionais liberais e empresários bem sucedidos e, no contraposto, centenas de pessoas vivendo sob o regime de trabalhos forçados. Estas, sem nenhum amparo da sociedade e das políticas públicas, vivem à margem dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal em seus Arts. 6º e 7º, principalmente. Estão relegados dos principais direitos humanos, dentre eles o da liberdade, o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

1 Bacharel em Direito pela UniFil.

2 Orientadora: Mestre, Advogada, Professora, Renata Cristiane de Oliveira Alencar Silva.



O trabalho escravo não é só um evento do passado, mas também um problema mundial que atinge, principalmente, os países subdesenvolvidos. Na tentativa de exterminá-lo e de restabelecer os direitos sociais para as pessoas submetidas a esse regime de trabalho, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem frequentemente lançado mão de Convenções Internacionais. O Brasil tem sido signatário de todos eles, entretanto o trabalho forçado é um problema que tem raízes profundas e antigas no regime escravista colonial, que, apenas em tese, foi abolido pela Lei Áurea.

Importantes legislações trabalhistas foram criadas na tentativa de frear as consequências desastrosas do trabalho escravo no mundo do trabalho. No Brasil, em 1946, a Constituição Federal, promulgada por Getúlio Vargas, acrescentou importantes direitos, como a obrigatoriedade de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), férias, décimo terceiro salário, aviso prévio, limitação da jornada de trabalho, entre outros. Infelizmente, observa-se que, apesar do esforço mundial, o trabalho escravo ainda persiste.

Comparativamente, o escravismo colonial e o trabalho forçado atual guardam inúmeras semelhanças, principalmente no que concerne à supressão dos direitos dos trabalhadores, que serão neste artigo discorridos.

2 O TRABALHO FORÇADO ATUAL

Atualmente, os trabalhadores envolvidos em casos de trabalho forçado são, normalmente, pessoas simples, pobres, de pouca cultura e informação, que precisam de um trabalho e que se deixam enganar facilmente.

Os grandes proprietários de terras que pretendem utilizar a mão-de-obra forçada contratam os gatos, que são os recrutadores de trabalhadores. Esses aliciadores percorrem regiões distantes, em que os ciclos agrícolas são diferentes dos do local onde irão trabalhar. Lá, fazem promessas de bom pagamento e boas condições de trabalho. Para prender os recruta, utilizam-se de mecanismos de endividamento, como retenção de documentos, cobrança de despesas de viagem, alimentação, hospedagem, adiantamentos para a família, compra de equipamentos para o trabalho, entre outras coisas.

O transporte de trabalhadores de um Município a outro ou de um Estado a outro não é proibido, mesmo porque há locais onde há mais mão-de-obra que outros ou que necessitam de um serviço especializado inexistente na região. No entanto, para proceder tal deslocamento, é necessária a adoção de algumas regras previstas na Instrução Normativa Intersecretarial MTB nº. 1 de 24 de março de 1994³, como: portar uma Certidão Liberatória emitida pela Delegacia Regional do Trabalho mediante comprovação da regularidade da contratação, registro da Carteira de Trabalho e Previdência Social e apresentação do contrato que discipline a duração do trabalho, salário, alojamento, alimentação e condições de retorno à localidade de origem. Para burlar a lei, os aliciadores têm deixado de fazer o transporte em carrocerias de caminhão. Utilizam-se, agora, vias secundárias, uso de linhas de ônibus intermunicipais ou interestaduais e fretamento de ônibus de turismo.

Ao chegarem ao local de trabalho, propriamente dito, os trabalhadores se deparam não só com hospedarias coletivas inadequadas, como também com péssimas condições de higiene e alimentação, uma vez que, na maioria das vezes, lhes são destinados barracos improvisados incrustados no meio do mato, tendas cobertas com lona preta ou precários galpões de madeira. Há relatos de superlotação, em local onde não havia espaço suficiente para que todos pudessem se

3 II- DOS PROCEDIMENTOS: 1. Para o Recrutamento de MÃO-DE-OBRA

As DRT(s) deverão orientar os empregadores e entidades sindicais sobre a forma de deslocamento de trabalhadores de uma localidade para outra e encaminhar à Polícia Rodoviária Federal ou Estadual comunicado no sentido de exigir que seja apresentada Certidão Liberatória para o transporte de trabalhadores recrutados para localidade diversa da sua origem, na forma que vier a ser disciplinada em Portaria Interministerial.

No caso de recrutamento de mão-de-obra, as DRT(s) exigirão do empregador a comprovação de uma contratação regular que consiste em: assinatura das Carteiras de Trabalho; contrato escrito que discipline a duração do trabalho, salário, alojamento, alimentação e condições de retorno à localidade de origem do trabalhador.

Após expedida a Certidão Liberatória serão comunicadas através de ofício, às DRT(s), Subdelegacias ou Postos do Trabalho locais, para onde estejam sendo transportados os trabalhadores recrutados, a fim de que, através de ações fiscais, haja o devido acompanhamento.

O empregador responsável pelo recrutamento de mão-de-obra deverá dar ciência aos Sindicatos de Trabalhadores Rurais do local de origem e aos do destino dos recrutados.



deitar ao mesmo tempo; em outros alojamentos não havia iluminação, nem vaso sanitário. Há relatos de trabalhadores que afirmam que a água que bebiam vinha de uma poça, que não era oferecida nem aos animais; a mesma água era utilizada para banho, cozimento de alimentos. Em suma, a maioria dos lugares não tem condições sanitárias para fazer a higiene pessoal e a alimentação, e os trabalhadores ficam expostos às intempéries, sem nenhuma proteção contra vento, chuva e animais silvestres, e, igualmente, porque manuseiam agrotóxicos sem qualquer equipamento de proteção.

Ao se depararem com a realidade, é instintiva à vontade de retorno ao local de origem; fato que os fazendeiros tornam impossível em razão da ostensiva vigilância, ameaça e pressão, posto que é inculcado aos trabalhadores que eles estariam descumprindo o contrato. Destarte, a fuga representaria um roubo ao patrão se o indivíduo não pagasse as dívidas.

Instrumento de usurpação da liberdade dos trabalhadores, resultante e indicador da superexploração que lhes é imposta, a dívida está em muitos casos incorporada à percepção que os trabalhadores têm da relação com os patrões. Nesses casos, eles não questionam a idéia de dívida como parte da relação e, sim, a falta de controle sobre as contas, o montante e a composição da dívida; e, como um ponto de honra, esses trabalhadores preferem 'não sair devendo' (ESTERCI, 1999, p. 102).

A dívida, todavia, nem sempre é material, podendo ser moral, consubstanciada no dever de compromisso e lealdade com o patrão.

Entretanto, como nenhuma relação de exploração e dominação pode manter-se por muito tempo, baseada exclusivamente no uso da força, o que se observa em todas as situações, passadas e contemporâneas, é a associação entre o uso da força e a busca de alguma forma de compromisso e legitimação: os mecanismos falaciosos de criação de dívida material; a eficácia da dívida moral; a violência simbólica e a imposição de condições de degradação, que concorrem para manter os dominados submissos. O uso da força é tanto mais freqüente quanto menor é a legitimidade atribuída à relação e menor o trabalho investido em legitimá-la (ESTERCI, 1999, p. 103).

Essa é uma das razões que mais segura o trabalhador, pois ele se considera devedor e incapaz de violar os princípios morais que apóiam sua relação de trabalho.

3 TRABALHO ESCRAVO E TRABALHO FORÇADO

Os Direitos Sociais, dentre todos os direitos constitucionais, são dos mais importantes, uma vez que tratam diretamente das condições de vida e de sobrevivência da sociedade. Tais direitos foram usurpados desde os primórdios, quando o trabalho escravo fora utilizado como forma de dominação entre os povos e são até hoje, em razão da precariedade nas relações de trabalho, já que os trabalhadores passaram a se sujeitar a quaisquer condições para poderem sobreviver, até ao trabalho escravo. Mas essa não é a única semelhança entre o escravismo colonial e o trabalho escravo atual.

O aliciamento de escravos negros no continente africano era feito compulsoriamente pelos comboeiros, europeus que se infiltravam nos países, aproveitando-se de conflitos internos ou provocando-os, de forma a desestabilizar a população e deixá-la vulnerável a sua captura. A desestruturação configurava-se não só em relação ao aspecto político, mas também econômico e psicológico, de forma que potencializava ações dos próprios africanos na entrega de seus conterrâneos para serem escravizados.

Atualmente, o arremetimento é feito por ‘gatos’, que igualmente se aproveitam da desestrutura social e econômica das famílias. É por essa razão que o maior número de pessoas exploradas se concentram nas regiões Norte e Nordeste, onde a pobreza, a miséria, a fome e o desemprego fazem com que as pessoas estejam mais suscetíveis a serem enganadas por eles. E são. Ao contrário do escravismo de outrora, em que o aliciamento era feito pela força, neste caso é feito pelo ludibriamento, consubstanciado em promessas de emprego que, na verdade, não se consumarão.

Frágeis, as pessoas aceitam as condições de trabalho que, apesar de distantes das de sua família, posto que, geralmente, os postos de trabalho se localizam em regiões distantes, lhes parecem vantajosas diante do nada que é a situação por que estão passando. Ressalta-se o fato de que as pessoas procuradas pelos “gatos” são sempre de nível cultural muito baixo, muitas vezes analfabetas e totalmente ignorantes de seus direitos.

Os negros africanos eram transportados ao Brasil por meio dos navios negreiros, onde eram abarrotados dentro dos porões, sem as mínimas condições de conforto, higiene e alimentação. Significa que não havia espaço para que todos pudessem dormir ao mesmo tempo, nem local apropriado para realizar a higiene pessoal. Hoje em dia, o transporte dos aliciados não desrespeita tanto os direitos humanos quanto desrespeita a lei, uma vez que há disposição legal expressa sobre a exigência do cumprimento de certos requisitos para o transporte de trabalhadores. Até bem pouco tempo atrás, também colocava em risco a saúde e a vida dos trabalhadores, porque eram feitos em caminhões abertos e sem a segurança devida. Entretanto, em razão da fiscalização ostensiva do Ministério do Trabalho e Emprego, foram obrigados a transportá-los em ônibus apropriados ao transporte intermunicipal ou de turismo, no intuito de despistá-los.

Acima de tudo, é fundamental ressaltar a semelhança das condições em que vivem nos locais de trabalho. Tanto antigamente quanto atualmente, a concentração da exploração da mão-de-obra se situa no meio rural e, principalmente, em grandes fazendas. As senzalas eram casas precárias situadas longe da casa principal, em que morava o fazendeiro, mas não por isso havia risco de fuga. Ao contrário, os escravos eram vigiados durante o dia todo, não só no local de trabalho, para evitar a desídia e garantir a alta produtividade, como também nas horas de descanso, para evitar a fuga. Em casos de desrespeito às regras, os escravos eram submetidos a torturas, castigos ou até levados a morte, o que era assistido por todos com o objetivo de servir de exemplo e coibir a rebelião dos negros.

A senzala era desprovida de qualquer conforto, não havendo local apropriado para dormir, fazer refeições ou realizar a higiene pessoal. O local de trabalho também não era propício às condições sanitárias, uma vez que não eram concedidos equipamentos para que os obreiros pudessem se proteger do sol, da chuva, dos animais silvestres, ou de qualquer outra intempérie, ou ainda fazer uma pausa em meio à jornada extenuante que alcançava até 18 horas por dia.

Com essas jornadas excessivas, era comum ficarem sonolentos e se deixarem mutilar pelas máquinas que manipulavam. Encontravam-se negros manetas, com tocos de braço.

Acontece muitas vezes que esse esgotamento provoca desastres. Pode ocorrer que a mão ou a roupa do negro encarregado de colocar a cana entre os cilindros seja presa; o braço, às vezes o corpo inteiro, é então esmagado, a menos que tenha socorro imediato. Em algumas fazendas vê-se, ao lado da máquina, uma grossa barra de ferro para parar os cilindros ou separá-los em caso de perigo. Entretanto, muitas vezes o único meio de salvar o infeliz é cortar-lhe imediatamente a machado o dedo, a mão ou o braço presos nos cilindros (RUGENDAS apud GORENDER, 2001, p. 221).

É de bom alvitre ressaltar que, hordienamente, a segurança do trabalho tem buscado mecanismos para evitar os acidentes ao invés de simplesmente repará-los. Não se pode perder de vista que o trabalhador acidentado sofre abalos morais e psíquicos muitas vezes irreparáveis, principalmente quando os abalos físicos também o são. É bem verdade que as conseqüências de um acidente de trabalho atingem a sociedade como um todo.

Os inválidos para o trabalho normal, aquele que na sua linguagem rude o

povo chama de 'aleijado', recebendo pensões exíguas da Previdência Social, tendem à marginalidade social, trabalhando em atividades em que o esforço físico é menor, e suas condições de portadores de defeitos os põem a coberto da repressão policial.

[...]

Do conjunto de medidas preconizadas pela segurança e medicina do trabalho e das que visam à prevenção dos acidentes resultará, sobretudo, um benefício maior para a sociedade, porque não há indenização ou pensão que sane o imenso dano social que é a existência de mutilados cujos defeitos e moléstias poderiam ter sido evitados (SÜSSEKIND. 2005 p.923-924).

A senzala moderna pode ser assim chamada por possuir as mesmas características da senzala do período colonial. São feitas de madeira, lona ou barro, em meio ao mato, para dificultar a descoberta por agentes do Ministério do Trabalho. Também não possuem banheiro ou cozinha ou espaço adequado para o descanso dos obreiros, como também não possuem, na maioria das vezes, ventilação adequada ou iluminação. No local de trabalho, estão igualmente sujeitos às intempéries e à vigilância ostensiva dos capatazes, sendo castigados quando não executam o trabalho corretamente, quando querem fugir ou quando desrespeitam a lei do patrão.

O trabalhador não se torna outra coisa que não seja propriedade do seu senhor; daí ser tão pertinente a comparação entre o escravismo colonial e o trabalho forçado atual, tendo em vista que, na antiguidade, filósofos e pensadores já discorriam sobre esta relação de subordinação.

Propriedade é uma palavra que deve ser entendida como se entende a palavra parte: a parte não se inclui apenas no todo, mas pertence ainda, de maneira absoluta, a uma coisa outra que ela mesma. Assim a propriedade: o senhor é simplesmente o senhor do escravo, porém não pertence a este essencialmente; o escravo, ao contrário, não só é do senhor, como ainda lhe pertence de um modo absoluto (ARISTÓTELES apud GORENDER, 2001, p. 46-47).

38

Verdade seja que os empregadores de hoje tentam se eximir das responsabilidades, afirmando que cumprem a legislação trabalhista e pagam salário, mas que, em contrapartida, os empregados acabam devendo mais do que recebem. Não é verdade, a legislação trabalhista não prevê descontos nos salários, a menos os previstos em lei e em limite máximo de 30%. Ora, é ingenuidade pensar que essa desculpa seria admitida pelo Ministério do Trabalho, por ser totalmente descabida, posto que não é apenas a falta de pagamento de salário que configura o trabalho forçado, mas também a ausência de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, de concessão de repouso semanal remunerado, de férias, de pagamento de gratificação natalina, de recolhimento de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, de concessão de equipamentos de segurança de trabalho, de condições de higiene e saúde no trabalho, entre outros, e porque os fatos elucidam a negação desses direitos.

4 SUPRESSÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

No que se refere ao trabalho forçado, nem é necessário dizer que há a ausência completa de direitos trabalhistas. Em um primeiro momento, não existe anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social, uma vez que o empregador não quer deixar registrado qualquer indício da ilegalidade que comete em razão da exploração da mão-de-obra. E, também, em razão de que o empregador age com violência, cometendo não apenas crimes contra o trabalho, mas crimes contra a vida. Nessa relação em que impera a violência e a coação, não há qualquer possibilidade do empregado requerer seu registro sem que sofra sérias consequências, quiçá a morte.



Outrossim, uma vez que não há registro em Carteira, tampouco há pagamento de salário. O empregado é direcionado a entrar em um ciclo de endividamento que se inicia em sua viagem até o posto de trabalho e vai aumentando com gastos referentes à alimentação e hospedagem, a que é obrigado a contrair do patrão. Dessa forma, os empregadores se defendem da ausência da contraprestação pecuniária pelos serviços realizados, alegando que os gastos dos subordinados superam os ganhos salariais, de forma que, ao final do mês, nada têm a receber.

O pagamento do salário em utilidade é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro no Art. 458 da CLT, conquanto obedeça a limitação de 30%. Isso significa que o empregador que oferece habitação, alimentação, e/ou vestuário ao seu funcionário está impedido de efetuar descontos superiores a 70% do salário. Como se observa o salário utilidade não tem a finalidade de ser utilizado no local de trabalho para a prestação dos serviços contratados. Ao contrário, se a utilidade for necessária ou conveniente à execução dos serviços, ela torna-se uma obrigatoriedade do empregador, porque, segundo Sussekind (2005, p. 360) estará sendo concedida “para o trabalho e não pelo trabalho”, equiparando-se aos “maquinismos e instrumentos de trabalho, indispensáveis ao funcionamento da empresa”.

O mesmo artigo (Art. 458 CLT) estabelece que o valor descontado deve ser razoável e justo. Portanto, não pode o empregador impor ao funcionário que adquira diretamente dele os produtos de que necessita, muito menos a preços exorbitantes, que é o que, geralmente, ocorre. Nesta esteira, é brilhante a alusão que Delgado (2005, p. 723) faz a época da servidão:

A Constituição não quer retornar à escuridão feudal, em que as retribuições aos servos eram estritamente em serviços e bens (moradia e proteção, essencialmente), ela, ao revés, instiga à elevação das condições da pactuação da força de trabalho no mercado capitalista, de modo que o empregado receba, em moeda corrente, valor monetário que seja suficiente para atender a um patamar que considera mínimo de necessidades básicas suas e de sua família.

Destarte, como bem exemplifica a doutrina de Maurício Godinho Delgado não será salário-utilidade o bem ou serviço essencial para tornar viável a própria prestação de serviço, como o fornecimento de alimentação em trabalhos em plataformas marítimas.

Sob o aspecto da jornada de trabalho, deve-se destacar que esta supera em muito a jornada legal prevista, caracterizando, por vezes, jornadas de cerca de 18 horas diárias em alguns tipos de cultura e, principalmente, em época de safra. O que se observa da situação social atual do Brasil, é que muitos trabalhadores aceitam realizar jornadas extraordinárias indeterminadamente para obterem melhores salários. “Daí por que, em nosso país, o trabalho extraordinário vem sendo desmensuradamente utilizado, concorrendo para agravar o desemprego, ampliar os infortúnios do trabalho, tornar o trabalhador um aposentado precoce e reduzir-lhe o tempo de convívio familiar” (SÜSSEKIND, 2005, p.833).

No âmbito do trabalho obrigatório, a ausência do repouso semanal é uma arma importante contra o empregador que quer limitar a liberdade de ir e vir de seus subalternos. A existência de um dia semanal de folga em que o empregado pudesse fazer o que bem entendesse, seria um óbice à fiscalização dos capatazes responsáveis pela vigia e pelo castigo, e propiciaria a fuga. Ademais, diante da ânsia pela produtividade, um dia de inatividade traria prejuízo demasiado. Em razão disso, aqueles que se sujeitam ao trabalho escravo costumam trabalhar de sol a sol, sem pausas em sábados, domingos, feriados ou qualquer outro dia da semana.

Como se há de verificar, os trabalhadores reduzidos à condição análoga a de escravo sequer usufruem o repouso semanal remunerado, tampouco se diga em relação às férias. Nas propriedades, geralmente grandes latifúndios, em que pese à safra das culturas se restrinjam a poucos meses do ano, a co-existência delas faz com que os trabalhadores se ocupem o ano todo. E quando não é assim, realizam-se atividades de limpeza e infra-estrutura das propriedades. Ademais, a concessão de férias é inviável aos exploradores de mão-de-obra. Se parados, os trabalhadores só causam prejuízos, pois demandam gastos; ociosos, geram risco de fuga; fugindo, deixam de pagar as dívidas que contraem nos armazéns com alimentação e equipamentos de trabalho e



põem os patrões em risco de serem descobertos pela polícia. Igualmente, não há qualquer infraestrutura que possibilite o lazer ou o mínimo de condições de visitarem suas famílias que moram, geralmente, em outros Estados. Em síntese, a entrada no mercado ilegal de trabalho gera um círculo vicioso que culmina em mais ilegalidade, como a supressão das férias anuais remuneradas.

Imperativo se torna dizer que há o total desrespeito às leis de segurança do trabalho. Primeiro, porque se não são oferecidos os instrumentos básicos para o trabalho com enxadas, machados, rastelos, quiçá os equipamentos de segurança individuais para o trabalho como luvas, bonés, máscaras, botas, entre outros utensílios ou coletivos como mecanismos de proteção em máquinas e equipamentos. Como já mencionado alhures, os trabalhadores têm que adquirir os equipamentos de trabalho no armazém do patrão, configurando, assim, um dos mecanismos de endividamento, opressão e restrição à liberdade, típicos da relação de trabalho compulsório. Dessa maneira, ainda que estivessem disponíveis à compra os equipamentos de proteção, seria um abuso obrigar os trabalhadores a comprarem. Em que pese o uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) seja obrigatório, isso não pode constituir um ônus financeiro para o empregado, porque é dever do empregador fornecê-lo.

É sobretudo importante frisar que não obstante a existência de leis que regulamentam as instalações físicas dos locais de trabalho, não há qualquer preocupação dos empregadores de mão-de-obra compulsória no sentido de aplicá-las. À guisa de exemplo pode-se citar que não há local apropriado para se proteger da chuva, para fazer as refeições ou realizar a higiene pessoal.

Nessa esteira chega a ser ingenuidade tratar do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) quando se fala em trabalho escravo. Primeiro, porque se não há anotação na CTPS, nem há o que se falar em contagem de tempo de serviço. E, finalmente, porque em uma situação em que não há a concessão de qualquer dos direitos trabalhistas, nem o mais primordial, que é o pagamento de salário, nem se diga quanto ao FGTS.

É proveitoso elencar que a doutrina estipula várias naturezas ao FGTS, como tributo, salário diferido para ser gozado no futuro, indenização, contribuição previdenciária, entre outros. Ora, se o empregador de mão-de-obra gratuita sequer paga a contraprestação mínima, que é o salário, quanto menos pagaria um tributo proveniente da relação de emprego ou depositaria um salário futuro, ou uma contribuição previdenciária, ou uma indenização, enfim qualquer valor que fosse, de qualquer natureza, a título de FGTS.

40

Registra-se ainda que a exploração do trabalho compulsório encerra seu ciclo com a fuga do empregado, com sua morte, seja ela em razão de doença, castigo ou acidente de trabalho, ou com a ação do Ministério Público do Trabalho, mediante autuação do empregador infrator e libertação dos empregados. No primeiro caso, de fuga, verifica-se que mesmo que houvesse algum pagamento a título de FGTS, não haveria o pagamento da multa de 40%; a fuga poderia ser considerada como pedido de demissão ou abandono de emprego. Já no caso de morte do trabalhador, raramente a família tem conhecimento. Apenas nos casos em que o trabalho compulsório é descoberto pelo Ministério Público, está havendo o pagamento de verbas trabalhistas, entre elas o FGTS, cuja prescrição é trintenária (Lei nº 8.036/90 Art. 23 §5º) e é devida também nos casos em que o contrato de trabalho é nulo, por força da súmula 363 do TST⁴.

A dignidade do trabalhador, como ser humano, segundo Süsskind (1999, p. 58), “deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho”. Na seqüência, Süsskind transcreve a expressão de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, procurador do trabalho, quanto à dignidade ferida do trabalhador:

Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade. Quando se fala em trabalho em que há a redução do homem à condição análoga à de escravo, dessa feita, é imperioso considerar que violado o

4 TST Enunciado nº 363 - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo Art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.



princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há trabalho decente se o homem é reduzido a essa condição. Como entende, com perfeição, a OIT: o controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente.

Não resta dúvida de que o trabalho forçado fira a dignidade do trabalhador, em razão da ‘coisificação’ do homem, advinda da supressão de sua liberdade, de sua vontade e de sua honra. O homem não pode ser usado como meio para obtenção de lucros e sim como um fim em si mesmo. A escravidão é, portanto, um crime contra a liberdade individual e contra a dignidade humana, porque, segundo Castilho (1999, p. 93), “a dignidade abrange tudo, e a escravidão tira tudo”.

De tudo que foi discorrido, não restam dúvidas de que a exploração do trabalho humano fere todos os direitos sociais fundamentais, quiçá todos os direitos trabalhistas e humanos.

5 POLÍTICAS DE COMBATE AO TRABALHO FORÇADO

Durante muito tempo foi difícil coibir a prática do trabalho compulsório, principalmente em razão de sua concentração maior nas regiões Norte e Nordeste, pela extensão das propriedades rurais e pela influência dos latifundiários.

Normalmente, o detentor de grande propriedade na zona rural é também um homem de forte influência política, ou seja, tem vínculos estreitos com o poder político local. Daí, usualmente, contar com a indiferença das autoridades policiais da região, que não manifestam qualquer reação ao exercício desta abusividade. Pior ainda, costumam contar com seu beneplácido para trazer de volta o trabalhador fugitivo, a fim de que ele possa ‘honrar’ os compromissos provenientes da dívida não adimplida (MELO, 2004, p. 23).

41

O Governo Brasileiro decidiu criar, em junho de 1995, o Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF), estrutura operacional em que o Procurador do Trabalho acompanha os Auditores Fiscais do Trabalho durante as inspeções, dando celeridade aos casos que necessitam de medidas judiciais urgentes. De acordo com a coordenação do programa, o Procurador, além de dar suporte aos Auditores Fiscais, pode promover in loco a coleta de dados indispensáveis à propositura de eventual ação para a tutela dos interesses envolvidos.

Visava-se, assim, centralizar o comando para diagnosticar e dimensionar o problema; garantir a padronização dos procedimentos e supervisão direta dos casos fiscalizados; assegurar o sigilo absoluto na apuração das denúncias; deixar a fiscalização local livre de pressões e ameaças... Além disso, as ações de Fiscalização Móvel sendo extra-rotineiras, possibilitam o levantamento preliminar de dados para depurar o conteúdo das denúncias, permitindo um planejamento e uma execução mais cuidadosos, sempre em parceria com a Polícia Federal – parceria que, em alguns casos, inclui os ministérios públicos, o Ibama e a Funai (VILELA & CUNHA, 1999, p. 36).

O Ministério Público do Trabalho, através dos Grupos de Fiscalização Móvel, tem tentado pôr fim ao trabalho escravo no Brasil, por meio da fiscalização ostensiva. A função do grupo não é apenas garantir a liberdade dos trabalhadores, mas também seu retorno ao local de origem; verificar as condições de alojamento, alimentação, identificação, posto que muitos deles têm os documentos retidos; oferecer tratamento médico-hospitalar para tratar doenças como a



malária e seqüelas de acidentes de trabalho. Existe também o trabalho de conscientização para que esses trabalhadores não venham a se submeter, novamente, aos trabalhos forçados. No entanto, essa é uma das tarefas mais difíceis porque, com a pobreza, o reinício do ciclo é inevitável.

Por meio da Ação Civil Pública Trabalhista, o Ministério Público do Trabalho tem aplicado multas revertidas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Na via administrativa, tem-se o Termo de Ajuste de Conduta no qual o empregador se obriga a findar a relação exploradora sob pena de multa. Assim, tendo o referido Termo força de título executivo extrajudicial, em caso de descumprimento, pode-se ajuizar uma ação de execução obrigando o empregador a cumprir o pacto, sanando as irregularidades. Esta é a principal diferença e constitui a principal vantagem sobre a Ação Civil Pública, que é mais demorada e requer produção de provas. Em relação à ação de dano moral, em que pese à possibilidade de sua impetração, a dor, a humilhação e a espoliação a que são submetidos os trabalhadores reduzidos à condição de escravos, nunca serão por eles esquecidas.

Em todos os casos, entretanto, o empregador é obrigado a saldar todas as dívidas trabalhistas como anotação compulsória na CTPS, pagamento de salários, férias, gratificação natalina, FGTS, entre outros direitos. Há ainda, previsão para a concessão de seguro desemprego, de acordo com a Medida Provisória de outubro de 2002⁵. Consiste em três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo cada e será encaminhado para qualificação profissional e recolocação no mercado de trabalho por meio do Sistema Nacional de Emprego (SINE).

Por outra vertente, o empregador pode ser ainda condenado penalmente pelos crimes contra a organização do trabalho, pode sofrer sanções como a perda da propriedade, uma vez que ela não cumpre a função social, e restrições de crédito.

A restrição ao crédito foi efetivada através da portaria nº. 540 de 2004 que estabeleceu a criação de um Cadastro de Empregadores pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com o nome dos empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas as de escravo. Esse cadastro seria amplamente divulgado e essas pessoas ficariam impossibilitadas de receber crédito e incentivos fiscais do governo, através do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco da Amazônia ou Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES). A lista negra, como é chamada, é publicada no Diário Oficial da União, através de Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego e pode ser encontrada na Internet no endereço: www.mte.gov.br.

42

6 CONCLUSÃO

Quando se fala em trabalho escravo no Brasil, pensa-se logo no escravismo colonial, que perdurou desde o descobrimento do Brasil, em 1500, até 1888, com a Lei Áurea que aboliu a escravatura. Por ter sido o período inicial da história brasileira e muito ensinado nas escolas em todo o país, faz parte do conhecimento de qualquer cidadão nacional, até mesmo porque muitos deles são descendentes de ex-escravos. A vista disso, a situação por que passaram os escravos africanos no país são muito conhecidas.

A prática cotidiana prova que poucas são as pessoas que associam o trabalho escravo a qualquer forma de trabalho atual. É verdade que trabalho escravo não é mais a expressão usada para os casos de espoliação de direitos trabalhistas. O Ministério do Trabalho e Emprego utiliza-se da nomenclatura trabalho forçado, justamente, para diferenciá-lo do escravismo colonial. Como foi dito, trata-se de uma questão meramente de nomenclatura, uma vez que suas características, sendo trabalho escravo ou forçado, são, basicamente, iguais. Portanto, não se vê uma razão

⁵ Art. 2º A Lei nº 7.998, de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte Art. 2º -C:

“Art. 2º -C. O trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, em decorrência de ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, será dessa situação resgatado e terá direito à percepção de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo cada, conforme o disposto no § 2º deste artigo.

§ 1º O trabalhador resgatado nos termos do caput deste artigo será encaminhado, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para qualificação profissional e recolocação no mercado de trabalho, por meio do Sistema Nacional de Emprego - SINE, na forma estabelecida pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT.



lógica para tratar os casos de trabalho compulsório atuais como trabalho forçado e não escravo. É falsear a realidade e tentar ludibriar a população para o fato de que a Lei Áurea realmente aboliu a escravidão.

A maior parte dos empregadores reclama que a legislação brasileira é muito protecionista ao trabalhador e estabelece muitos encargos que inibem o crescimento econômico do país. De outro lado, a realidade mostra que os empregados estão cada vez mais vulneráveis, sujeitando-se a condições degradantes de trabalho em troca da sobrevivência pessoal e de seus familiares, dispondo de seus direitos fundamentais básicos, como os direitos trabalhistas e individuais, entre eles o salário, a liberdade, a dignidade.

Quando se fala em flexibilização das leis trabalhistas, muitos pretendem a desregulamentação da relação de emprego. Entretanto, é inconcebível que se permita uma flexibilização sendo que ainda hoje, na esteira das leis trabalhistas, esses direitos estão sendo desrespeitados. Se mesmo quando a lei determina a aplicação da lei, sob pena de sanção, há quem a desrespeite, tanto mais será se não houver lei.

Infelizmente, o poder coercitivo das legislações trabalhistas e penais, nacionais e internacionais, da atuação do Ministério Público do Trabalho e da vontade da sociedade em solidificar os direitos fundamentais individuais ou sociais não têm sido suficientes para reverter essa situação de privação de direitos a que estão submetidos, ainda hoje, muitos trabalhadores. Mesmo porque, em algumas regiões do Brasil, a legislação não tem aplicabilidade - vale a lei do mais forte.

Em virtude dessas considerações, pode-se concluir que, vergonhosamente, a situação do trabalhador atualmente é, em alguns casos, a mesma do trabalhador escravo do período colonial brasileiro. Do mesmo modo que muitas leis no país foram aprovadas "para inglês ver". Parece que a Lei Áurea também pode ser assim considerada, ou então, que apesar de publicada, vigente e com o objetivo de ser efetivada, fora assinada a lápis, apagou-se e virou letra morta no ordenamento jurídico brasileiro.

A penúria que representa a exploração do trabalho é comparada aos males sofridos pelos milhões de judeus e outros prisioneiros dos campos de concentração de Auschwitz e Cracóvia, no período da Segunda Guerra Mundial, em razão do alto número de trabalhadores que foram e são, diariamente, dizimados pelos maus tratos. A diferença é que a matança dos trabalhadores é silenciosa e distribuída em um período de 500 anos na história do Brasil, ao passo que a exterminação de judeus foi concentrada e declarada. Pode-se considerar que a morte de escravos e trabalhadores forçados é o maior genocídio da história da humanidade, não apenas no número de pessoas, mas também pelo tempo em que se prolongou e pelo desrespeito aos direitos humanos.

43

REFERÊNCIAS

ALEXIM, João Carlos. Trabalho forçado. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

ASSIS, Machado. Pai contra mãe. In: MARICONI, Ítalo. *Os cem melhores contos brasileiros do século*. Rio de Janeiro: Objetiva; 2001.

BALDUÍNO, Dom Tomás. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed., Saraiva, 2002.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Trabalho escravo. Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br/escravo>>. Acesso em: 07 dez. 2004.



CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

CHIAVENATO, Júlio José. *O negros no Brasil – da senzala à abolição*. São Paulo: Moderna; 1999

CORRÊIA, Lélío Bentes. Um fenômeno complexo. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

COSTA, Flávio Dino Castro e. O combate ao trabalho forçado no Brasil: aspectos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr; 2005.

DONKIN, Richard. *Sangue, suor e lágrimas – a evolução do trabalho*. São Paulo: M. Books do Brasil; 2003.

ESTERCI, Neide. A dívida que escraviza. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. Condenados à Escravidão. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 25. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. 6. ed. São Paulo: Ática; 2001.

44 GUIMARÃES, Pedro Wilson; BELLATO, Sueli Aparecida. Condições de trabalho análogas às do trabalho escravo. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva; 2002.

LIMA, Maurício Pessoa. *Trabalho escravo. Uma chaga aberta*. *Oficina do Fórum Social Mundial de 2003*. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

MASCARO, Amauri. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, José de Souza. A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas; 2004.

MELO, Luis Antônio Camargo de. Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

MENDES, Almara Nogueira. Nova forma de escravidão urbana: trabalho de imigrantes. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

MENEZES, Wagner. *Estudos de direito internacional – Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá; 2004.



MOREYRA, Sérgio Paulo. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

MOURA, Clovis. *Rebeliões da senzala*. Rio de Janeiro: Conquista; 1972.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira (Org.). *O direito das minorias: proteção e discriminação no trabalho*. São Paulo; Alínea, 2004.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva; 1999.

PEREIRA, Cícero Rufino. O termo de ajuste de conduta firmado pelo Ministério Público no combate ao trabalho escravo e a defesa endoprocessual da exceção de pré-executividade. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

ROZIERS, Frei Henri Burin des. Limites do governo brasileiro na luta contra o trabalho escravo. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

SILVA, Marcelo José Fernandes. Competência criminal da Justiça do Trabalho – ação penal privada e ação penal pública – redução à condição análoga a de escravo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

SOARES, Evanna. Meios coadjuvantes de combate ao trabalho escravo pelo Ministério Público do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Procuradoria-Geral do Trabalho. Edição especial Trabalho Escravo. São Paulo: LTR; 2003.

45

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar; 1999.

_____. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTR; 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. 1 e 2, 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.

VIEIRA, Hermes. *Princesa Isabel – uma vida de luzes e sombras*. São Paulo: GRD; 1989.

VILELA, Ruth Beatriz Vasconcelos; CUNHA, Rachel Maria Andrade. A experiência do Grupo Especial de Fiscalização Móvel no combate ao trabalho escravo. In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola; 1999.



EXCEÇÃO OU OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Demétrius Coelho Souza¹

RESUMO

O presente trabalho, intitulado “Exceção ou Objeção de Pré-Executividade”, tem como objetivo apresentar ao leitor alguns aspectos relevantes do instituto que passou a ser utilizado com grande frequência no meio forense, justamente com vistas a obstar o prosseguimento de execuções infundadas, muitas das quais extremamente prejudiciais ao devedor. As alegações constantes neste incidente, porém, devem limitar-se a questões de ordem pública, podendo ser levadas ao conhecimento do juízo a qualquer tempo ou grau de jurisdição. O presente instituto, portanto, excetuando-se os casos em que é indevidamente utilizado, só vem a somar e muito contribuir para o processo de execução, pois é através desse instituto que o devedor, desde que injustamente demandado, pode livrar-se desde logo de uma ação de execução injustamente proposta em face de sua pessoa.

Palavras-chave: Exceção. Objeção. Pré-executividade. Execução. Questões de Ordem Pública. Embargos à Execução.

EXCEPTION OR OBJECTION OF PRÉ-EXECUTIVIDADE

ABSTRACT

46

The present essay, named “Exceção ou Objeção de Pré-Executividade”, tries to show the reader some relevant aspects involving the institute that has been frequently used in the Brazilian Legal System to avoid unfair executions, mainly related to the debtor. The claims the institute might bring, however, must be limited to public order matters and, because of the matters it involves, the institute can be used at any time and at any jurisdiction. As a consequence, the “exceção ou objeção de pré-executividade”, except for the cases it is not properly used, appeared to add and contribute for the execution, thus it is through this institute that the debtor, provided unfairly demanded, can immediately get rid of the execution.

Keywords: Exception. Objection. “Pré-executividade”. Execution. Public Order Matters. Stay of Execution.

1 HISTÓRICO

Em relação ao aspecto histórico do instituto, consta dos manuais que foi Pontes de Miranda quem primeiro utilizou ou até mesmo aventou a possibilidade de se utilizar o que posteriormente recebeu da doutrina o nome de exceção ou objeção de pré-executividade, muito embora José da Silva Pacheco (1965, p. 224) já afirmava, de longa data, que a defesa do executado não se deveria esgotar nos embargos à execução, dizendo, para tanto, ser “inegável que solvida a obrigação, não há obrigação a que seja forçado executivamente o executado. A qualquer tempo pode opor a prova do pagamento e ilidir a execução. Isto é lógico. O simples bom senso o indica”.

De qualquer sorte, foi Pontes de Miranda quem tratou diretamente do

¹ Especialista em Direito Empresarial (UEL), Filosofia Política e Jurídica (UEL) e Especializando em Direito Civil e Processual Civil (UEL). Professor de Direito na UniFil e PUCPR, campus Londrina. Assessor Jurídico do Município de Cambé. Advogado. E-mail: demetriuscoelho@uol.com.br



assunto, o que se deu em um célebre parecer envolvendo pedidos de falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann. Esse parecer, cabe ressaltar, foi proferido no ano de 1966 (sob a égide, portanto, do Código de Processo Civil de 1939, entendendo-se a razão pela qual se utilizou a expressão “exceção”, eis que esta abrangia, àquela época, toda e qualquer defesa do réu) e tratava, basicamente, de uma execução baseada em falsos títulos executivos.

Assim, ante a evidente falsidade dos títulos, protocolou-se uma petição levando ao conhecimento do magistrado a existência de tal irregularidade, pretendendo-se, com isso, obstar o prosseguimento daquela execução. Não houve, portanto, a nomeação de bens à penhora, o que evitou maiores prejuízos e dissabores àquela companhia siderúrgica. Dentro desse cenário é que surgiu, pois, o que se convencionou chamar de “exceção” ou “objeção” de pré-executividade.

2 CONCEITO

Tem-se, nesse sentido, que o instituto de que trata o presente trabalho pode ser entendido como a “arguição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado, ou credor, independente de forma, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução, que suspende o processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa à desconstituição da relação jurídica processual executiva e conseqüente sustação dos atos de constrição material” (SIQUEIRA FILHO, 2000, p. 87).

Logo, se é certo que os defeitos da petição inicial, a ausência de pressupostos processuais e de condições da ação, a inexistência ou a deficiência do título executivo, são matérias próprias dos embargos, é igualmente certo que se a irregularidade se mostrar evidente, a ponto de dispensar qualquer dilação probatória, pode o executado, desde logo, e nos próprios autos da execução, acusá-la, fazendo-o através de uma simples petição. A esta petição, como bem observou Teori Albino Zavascki (1999, p. 83), dá-se o nome de exceção de pré-executividade.

Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 121), de sua parte, define a exceção de pré-executividade como sendo o “incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas mediante cognição exauriente da matéria nele vinculada a ser de plano realizada pelo juiz”. O advogado Sandro Gilbert Martins (2002, p. 90), de sua parte, assevera que “exceção de pré-executividade é a defesa do executado que tem por objetivo impedir o início ou o prosseguimento dos atos executivos que não estão em conformidade com os ditames legais, não ensejando certeza (acertamento) sobre dada relação jurídica de direito material que através dela venha a ser eventualmente discutida”.

Outros doutrinadores pátrios, como é o caso do magistrado capixaba Marcos Valls Feu Rosa (2000, p. 113), entendem não ser a exceção ou objeção de pré-executividade um instrumento de defesa, mas sim “um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, através do qual se requer manifestação acerca dos requisitos da execução”.

Por derradeiro, transcreve-se ainda a definição dada por Tarlei Lemos Pereira (1999, p. 767 a 786), para quem a exceção de pré-executividade é um “instrumento de provocação do órgão jurisdicional, utilizável por quaisquer interessados, por meio do qual se permite argüir a ausência dos requisitos da execução civil, objetivando pear o ato executivo de constrição judicial”.

Verifica-se, portanto, que a comumente denominada “exceção ou objeção de pré-executividade” nada mais é senão um instrumento que tem por finalidade levar ao conhecimento do magistrado arguição de nulidade referente ao processo de execução, tendo por escopo a desconstituição da relação jurídica e a sustação de todos os atos inerentes àquele processo, evitando-se, assim, maiores transtornos e prejuízos ao executado.

3 NATUREZA JURÍDICA

Tal como se disse, a utilização do termo exceção na chamada exceção de pré-executividade não é de todo aceita na doutrina pátria, daí a necessidade de se incluir, neste artigo, um tópico exclusivo para o assunto. Passa-se a analisar, então, o que dizem e pensam alguns

juristas pátrios acerca do instituto, especificamente no que diz respeito à sua natureza jurídica.

Para Francisco Wildo Lacerda Dantas (1997, p. 28), a exceção de pré-executividade constituiria uma defesa que se exerceria no processo de execução, independentemente da oposição de embargos e da segurança do Juízo. Esse argumento, entretanto, é rechaçado pela maioria dos doutrinadores, basicamente por duas razões: a) a exceção de pré-executividade não é um instrumento privativo do devedor, podendo, inclusive, ser proposto pelo próprio credor ou por terceiros; b) a exceção de pré-executividade deve se restringir a alegações que versem sobre matérias de ordem pública, o que não ocorre na contestação, que admite a alegação de quaisquer matérias em defesa do réu.

Outros, como é o caso de Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 120), entendem não poder o instituto em tela ser concebido como uma exceção, ou porque não se amoldaria às exceções previstas no Código de Processo Civil (artigos 304-314) ou porque não poderia ser utilizada como contestação, justamente por não admitir a alegação de toda e qualquer matéria.

Não poderia a exceção de pré-executividade, ainda, ser considerada uma reconvenção, justamente por não ter a natureza jurídica de ação. Assim, prossegue o mesmo Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 120), “o instituto teria a natureza jurídica de incidente processual, já que se trata da inserção, no bojo do procedimento executivo, da produção de atos que nele não são previstos”.

Para esse autor, a natureza jurídica do instituto em exame seria, pois, de um incidente processual, uma vez que se constituiria em um momento novo no processo, formado por um ou mais atos não inseridos na cadeia procedimental prevista pela lei, o que possibilitaria, segundo Antônio Scarance Fernandes (1991, p. 147-148), “a decisão da questão incidental ou a apreciação da existência dos requisitos para sua admissibilidade no processo”, pensamento este igualmente partilhado por Alberto Camiña Moreira (2000, p. 41-42).

Sérgio Seiji Shimura (1997, p. 71), por sua vez, refere-se à exceção de pré-executividade como sendo uma objeção, uma vez que a expressão indicaria defesa que independeria de alegação do réu e seria cognoscível de ofício pelo julgador. Poderia a objeção ser proposta, assim, em qualquer momento e em qualquer fase do procedimento e, ao contrário do que ocorreria com as exceções previstas no Código de Processo Civil, não seria alcançada pela preclusão. Neste mesmo sentido, observa Tarlei Lemos Pereira (1999, p. 770): “o termo ‘objeção’ indica a matéria de defesa da qual pode o Juiz conhecer de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, ao passo que ‘exceção’ nos dá a idéia de disponibilidade do direito, razão pela qual não oposta oportune tempore, ocorre a preclusão”.

Nelson Nery Junior (1999, p. 137) também se filia àqueles que criticam a expressão “exceção de pré-executividade”, aduzindo, para tanto, que a expressão traria ínsita a idéia de disponibilidade do direito, o que daria azo à ocorrência da preclusão. O correto, prossegue o autor, “seria denominar esse expediente de objeção de preexecutividade, porque seu objeto é matéria de ordem pública decretável ex officio pelo juiz e, por isso mesmo, insuscetível de preclusão”.

Em igual pensar, o entendimento de Luiz Peixoto de Siqueira Filho (2000, p. 84), para quem “as matérias argüíveis mediante exceção de pré-executividade são de ordem pública, portanto são passíveis de serem apreciadas de ofício pelo juiz”. Constata o autor, ao depois, que “a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de objeção”.

Concordando com o entendimento, Marcos Valls Feu Rosa (2000, p. 107) diz que a exceção de pré-executividade não é um instrumento de defesa, mas sim um pedido para o que o juiz cumpra com seu ofício, isto é, examine questão que eventualmente escapou à sua prévia análise. A exceção de pré-executividade seria, assim, um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, através do qual se requereria manifestação acerca dos requisitos da execução.

Todavia, para Hugo de Brito Machado (1997, p. 19) a expressão mais adequada seria “impugnação no juízo de admissibilidade”. Dessa maneira, caso o juiz não conhecesse uma determinada matéria quando da análise do juízo de admissibilidade, poderia o executado, inclusive sem a assistência de advogado, levar ao conhecimento do magistrado algo que, se conhecido, obstaría a execução, como, por exemplo, a inexistência de inadimplemento.

Fala-se, também, em oposição pré-processual, como faz menção Carlos de Azevedo Ferreira (1990, p. 243 a 248). De qualquer sorte, em que pese não chegarem os doutrinadores pátrios a um consenso em relação à denominação do instituto, é certo que a expressão exceção de pré-executividade já se tornou de uso corrente no dia-a-dia forense, pelo que continuará, muito provavelmente, a ser amplamente utilizada dessa mesma forma.

4 OPORTUNIDADE

Para alguns autores, dentre os quais Carlos Renato de A. Ferreira, José Raimundo Gomes da Cruz e Sérgio Seiji Shimura, a exceção ou objeção de pré-executividade poderia ser perfeitamente oferecida antes mesmo de qualquer penhora, a fim de evitar que esta, dependendo do caso, viesse a ocorrer injustamente, podendo, inclusive, prejudicar o apontado devedor.

Outros, no entanto, dizem que a propositura da pré-executividade poderia ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição, seja antes ou depois da penhora, não podendo esta se constituir em óbice à propositura daquela.

Assim é que, considerada a natureza da matéria argüível via exceção de pré-executividade (de ordem pública), não haveria qualquer empecilho ao seu oferecimento mesmo após a realização da penhora, uma vez que as matérias de ordem pública, como se sabe, escapam à preclusão. Esse é, sem dúvida alguma, o entendimento predominante dos estudiosos sobre o assunto, dentre os quais se destacam Luiz Peixoto de Siqueira Filho, Marcos Valls Feu Rosa, Alberto Camiña Moreira, Lenice Silveira Moreira, Tarlei Lemos Pereira e Luiz Edmundo Appel Bojunga.

Os autores supra mencionados citam, em defesa de sua tese, o parágrafo terceiro do artigo 267 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos números IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Igualmente, considerando que os incisos supra mencionados versam sobre matérias de ordem pública (IV – pressupostos processuais; V – litispendência, perempção ou coisa julgada; VI – condições da ação), não haveria qualquer óbice à interposição da exceção de pré-executividade a qualquer tempo ou grau de jurisdição, não estando, por conseguinte, sujeitas à preclusão.

Entretanto, é óbvio que se o devedor preferir, poderá, após seguro o juízo, alegar as matérias acima enumeradas em sede de embargos à execução, eximindo-se do pagamento de qualquer importância a título de retardamento, eis que os embargos seriam, de fato, o primeiro momento dado ao devedor para falar nos autos do processo. Desta maneira, não se lhe aplicaria a parte final do parágrafo terceiro do artigo 267 do Código de Processo Civil.

5 LEGITIMIDADE

Considerando-se que o principal objetivo da objeção ou exceção de pré-executividade é o de levar ao conhecimento do magistrado algum fato que, por si só, é suficiente para obstar o prosseguimento da ação de execução, como, por exemplo, a ausência de uma das condições da ação ou de algum pressuposto processual específico, é de se aceitar que a medida possa ser proposta não apenas pelo devedor, mas também pelo credor, por terceiros ou qualquer outro interessado.

Realmente, sendo o magistrado pessoa humana, é de se concluir que ele pode, assim como os demais indivíduos, cometer algum equívoco ou mesmo passar despercebido em relação a um determinado fato que, se conhecido, ensejaria a nulidade de todo o processo de execução. Assim, caso isso realmente se verifique na prática, pode e deve o magistrado ser devidamente alertado, a fim de impedir futuros dissabores àquele apontado no título executivo como sendo o devedor. Nesse passo, “alertado para o fato de que recebeu o que não poderia ter recebi-



do, de que deferiu o que não poderia ter deferido, de que determinou o que não poderia ter determinado, o juiz consciencioso, presumivelmente, examinará ou reexaminará, os requisitos da execução, independentemente de quem deu o alerta” (ROSA, 2000, p. 55).

Ora, se o que importa é a chegada até o juiz da notícia de nulidade de execução, conclui-se que qualquer pessoa pode levar ao seu conhecimento a existência de tal nulidade. Dessa sorte, não só o devedor pode fazê-lo, mas também o credor, que deve igualmente contribuir para que a relação processual não se desenvolva de forma defeituosa, até para que eventual nulidade não o venha a prejudicar no futuro.

Acrescente-se a essa lista os serventuários da justiça que, no seu mister, podem, ainda que verbalmente, levar ao conhecimento do magistrado algum vício de ordem pública que tenha escapado ao seu prudente exame, o mesmo podendo ser dito em relação aos advogados. A questão pode até mesmo ser aventada por terceiros que, atingidos pela execução, desejem dela se livrar o quanto antes.

Aliás, em relação a terceiros, cabe ponderar que sua intervenção no processo não deve ser entendida como intervenção de terceiros na acepção processual do termo, mas, sim, um “aviso ao juiz de que a execução não pode prosseguir, porquanto ausentes os requisitos para o início ou para o prosseguimento da mesma” (ROSA, 2000, p. 55).

Como se viu, qualquer pessoa pode levar ao conhecimento do magistrado a existência de matéria que, por si só, enseje a nulidade do processo de execução, ainda que de forma verbal. A prudência, no entanto, recomenda a forma escrita, eis que o juiz pode, como qualquer outro ser humano, esquecer-se do que lhe disseram ou mesmo postergar o exame da matéria, o que não é de todo recomendável.

Não importa, portanto, quem leve ao conhecimento do juiz a existência de vício que macule o processo de execução. O que importa, realmente, é que o magistrado examine ou reexamine algo que, por uma razão ou outra, deixou de apreciar de ofício. Qualquer pessoa pode, pois, alegar a existência de tal vício, até porque todos devem colaborar para o bom funcionamento da Justiça.

50

6 FORMA

Não há a necessidade de se elaborar uma bela petição dando conta da existência de alguma irregularidade. Basta, como se viu em tópico anterior, que o magistrado seja devidamente alertado acerca da existência de algum vício que macule o processo de execução, para que ele – juiz – possa examinar novamente a matéria que, de alguma forma, não apreciou de ofício. Não se pode, pois, exigir maiores formalidades em torno dessa petição, ressalvando que a forma verbal não é recomendada, até porque os juízes podem, como se disse, facilmente esquecer o que lhes fora dito, até por conta da existência de um grande número de processos em trâmite nas varas cíveis em todo o Brasil.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça há muito decidiu, aliás, que “a nulidade da execução pode ser argüida por simples petição, em sede de exceção de pré-executividade”², o que só vem a corroborar a tese de que a exceção de pré-executividade pode, efetivamente, se dar através de uma simples petição.

7 MATÉRIAS ARGÜÍVEIS

O processo de execução, assim como o de conhecimento e cautelar, deve obedecer a determinados requisitos para que possa se desenvolver validamente, sendo certo que estes devem ser analisados desde logo pelo magistrado, antes mesmo de se ordenar a citação do devedor. Entretanto, pode ocorrer que o magistrado encontre-se em uma situação tal que não lhe seja possível um exame mais acurado dos requisitos de admissibilidade da ação de execução, razão pela

2 REsp 312520 / AL, 4ª Turma do STJ, relator Ministro César Asfor Rocha, julgado em 09.04.02, publicado no Diário da Justiça de 24.03.03, p. 224, JBCC vol. 198 p. 131.



qual pode e deve ser dada ciência ao juiz do seu esquecimento ou equívoco.

Esta ciência, aqui denominada exceção ou objeção de pré-executividade, tem por finalidade argüir a ausência de requisitos que sejam necessários para o válido desenvolvimento do processo de execução, sendo as matérias argüíveis, por consequência lógica, aquelas conhecíveis de ofício pelo juiz, como, por exemplo, as referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Além das condições da ação e pressupostos processuais, deve a ação de execução igualmente atender a dois outros pressupostos específicos: o primeiro relacionado ao título executivo (ordem formal ou legal) e o segundo relacionado ao inadimplemento (ordem prática ou substancial).

Desse modo, havendo equívocos em relação ao controle de admissibilidade do processo de execução, pode e deve a parte ou o interessado levar tal fato ao conhecimento do juiz, para que ele, então, examine a matéria que tenha, por uma razão ou outra, escapado ao seu anterior conhecimento. Nesse sentido, “as matérias argüíveis por meio da exceção de pré-executividade devem ser aquelas que o Juiz possa conhecer de ofício, mesmo porque é esse o fato pelo qual fica dispensada a segurança do juízo. São as chamadas matérias de ordem pública” (ARAÚJO, 2000, p. 738).

As matérias argüíveis na exceção ou objeção de pré-executividade devem ser, portanto, de ordem pública, isto é, aquelas que o magistrado deve reconhecer de ofício quando do exame do juízo de admissibilidade, como, por exemplo, a execução baseada em um título ilíquido, incerto ou inexigível ou ainda aquela baseada em um título executivo extrajudicial já prescrito.

Assim, se é certo que para dar início a uma execução, deve a ação ter por base um título executivo judicial ou extrajudicial (CPC, art. 583), é igualmente certo que “se há nulidade, vício pré-processual ou processual que torna ineficaz o título apresentado pelo autor, não há, via de consequência, título exequível, e, nestas condições, deve a inicial ser indeferida” (ROSA, 2000, p. 59).

Esse exame, repita-se, deve ser feito pelo magistrado tão logo receba a inicial de execução e, caso não se dê conta da existência de falhas que maculem todo o processo, tem a parte ou o terceiro não só o direito, mas também o dever de alertá-lo, a fim de obstaculizar de imediato a execução, poupando o executado dos efeitos nefastos que uma penhora injusta pode acarretar, a lembrar que “a penhora e o depósito já são medidas executivas e não podem ser efetivadas quando não existir ou não for eficaz o título que embasa o processo executório” (BOJUNGA, 1989, p. 70).

As matérias argüíveis são, dessa forma, aquelas conhecíveis de ofício pelo juiz. Há quem entenda, no entanto, que a exceção de pré-executividade não se presta tão somente a argüições de ordem pública, devendo-se ampliar seu campo de abrangência. Nesse sentido, segundo Francisco Fernandes de Araújo (ARAÚJO, 2000, p. 738), “contudo, como em toda regra existe alguma exceção, entendemos que matérias como a prescrição e a decadência, em direitos disponíveis, o excesso de execução, o pagamento, a compensação, a novação etc. também possam ser argüidas sem a necessidade de oposição de embargos”.

Com efeito. Apesar de a exceção ou objeção de pré-executividade ter sido originariamente concebida para a discussão em torno de matérias de ordem pública, alguns tribunais pátrios, dentre os quais o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, já tem admitido a discussão, via exceção de pré-executividade, de matérias como a decadência e a prescrição, entendimento este corroborado, agora, pelas recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil.

8 DILAÇÃO PROBATÓRIA

Em relação às provas que podem ser produzidas em sede de execução, cabe ressaltar que três são as posições existentes. A primeira delas sustenta a possibilidade de se admitir todo e qualquer tipo de prova. A adoção dessa posição, no entender de Marcelo Lima Guerra (2000, p. 61), porém, significaria o esvaziamento de todo o Livro II do CPC, pois “transformaria, em completa contradição com o próprio sistema processual, um processo de execução em processo de conhecimento”.

Assim, se há um processo de execução, cujo objetivo maior é a satisfação do direito do credor, através de atos de expropriação, não há que se permitir, como de fato não se permite, a produção de todo e qualquer tipo de prova, sob pena de, conforme afirmado pelo autor supra citado, transformar o processo de execução em processo de conhecimento, revelando-se inviável a adoção desta posição.

Outra idéia, totalmente contrária à primeira, é aquela que veda todo e qualquer tipo de provas, de modo que toda e qualquer discussão deveria se dar apenas em sede de embargos à execução. Isso, no entanto, poderia trazer graves danos àquele que se valeu do instituto da exceção de pré-executividade com vistas a impedir, desde logo, o prosseguimento de uma execução infundada. Nesse sentido, o escólio de Lenice Silveira Moreira (2000, p. 97):

não se pode admitir a produção de toda sorte de prova no processo executivo, sob pena de descaracterizar sua destinação específica, qual seja, a realização de atos materiais destinados à satisfação do direito do credor. No entanto, é de se admitir que alguma espécie de prova possa ser produzida, pois, do contrário, o radicalismo em não aceitar a possibilidade de produção de provas, qualquer que seja sua espécie, torna quase inviável a utilidade da exceção de pré-executividade.

Não sendo possível, pois, a adoção das duas posições acima descritas – a possibilidade e a vedação de se produzir todo e qualquer tipo de prova – é que a doutrina se incumbiu de estabelecer uma terceira posição, que é uma posição intermediária em relação às duas primeiras.

Essa posição paliativa admite a produção da chamada prova pré-constituída, que nada mais do que a “prova fornecida por instrumentos públicos, bem como particulares, constitutivos de quaisquer relações jurídicas que, segundo a lei, possam por eles ser criadas” (SANTOS, 1999, p. 773). Não se pretenda, com isto, dizer que não se possa utilizar de outros meios de prova que não a pré-constituída, “mas sim de admitir esta como suficiente para o exame dos requisitos da execução, independentemente do oferecimento de embargos” (ROSA, 2000, p. 63).

Assim, se a prova pré-constituída for suficiente para seu convencimento, não poderá o juiz se furtar a decidir a matéria. Ao contrário, se a prova pré-constituída não for suficiente para o exame da matéria, deverá o magistrado rejeitar a petição de exceção de pré-executividade para, somente ao depois, quando da interposição dos embargos, apreciá-la novamente.

9 PROCEDIMENTO

Viu-se que a exceção de pré-executividade pode ser proposta mediante simples petição (STJ), o que implica em dizer que não se faz necessário a observância dos requisitos da petição inicial (CPC, art. 282). Entretanto, aquele que apresentar em juízo o referido instituto, deverá desde logo providenciar a juntada de todos os documentos que entenda necessários, já que a prova deve ser “pré-constituída”, tal como ocorre na ação constitucional de mandado de segurança, onde não há espaço para ampla dilação probatória.

Interposta a petição de pré-executividade, não pode o magistrado analisar a matéria sem prévia oitiva do credor (exequente), uma vez que a este deve ser dada a chance de se manifestar acerca dela, sob pena de se violar o princípio do contraditório, sabidamente garantido pela Carta Magna de 1988. Ademais, pode o exequente demonstrar, desde logo, que a razão não está com aquele que propôs a exceção de pré-executividade, o que ocasionaria, de imediato, a retomada da marcha processual.

A resposta à exceção de pré-executividade pode ser, igualmente, dada na forma de simples petição e, considerando-se a inexistência de previsão legal para o instituto, deve o juiz fixar um prazo para que, no entender de Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 123), não ultrapasse a dez dias, até pela observância dos princípios da brevidade e utilidade dos prazos.



Este é, igualmente, o entendimento de Francisco Fernandes de Araújo (2000, p. 737), para quem “é razoável que se empregue a analogia (art. 126), e por extensão do art. 598, concedendo o prazo de dez dias ao exequente para falar sobre o incidente (art. 326 c/c o art. 398). O julgamento imediato atenta contra os princípios da igualdade e do contraditório”. E, uma vez transcorrido esse prazo, deve o juiz decidir, tenha o credor oferecido resposta ou não à petição de exceção de pré-executividade.

Com a decisão, põe o magistrado fim ao procedimento do instituto em exame, nascendo daí duas situações: o juiz acolhe o incidente e, por conseguinte, tranca o andamento da execução ou o juiz rejeita o incidente e determina o normal prosseguimento do feito.

O magistrado, porém, deve sempre ter o cuidado de não aceitar petições que tenham a clara intenção de protelar o andamento da execução, sob pena de se colocar em xeque todo o processo de execução, pois a todo o momento poderiam ser apresentadas petições com o único fim de tumultuar o andamento do feito. Em situações como esta, deve o magistrado, seguindo as precisas palavras de Luiz Peixoto de Siqueira Filho (2000, p. 76) “zelar pelo bom andamento do processo, aplicando a sanção prevista para o caso (arts. 600, II, e 601 do CPC)”.

Realmente, percebendo o magistrado que a exceção ou objeção de pré-executividade visa apenas procrastinar o andamento do feito executório, deve o mesmo aplicar a sanção prevista nos artigos acima mencionados, que se referem aos atos atentatórios à dignidade da justiça, sem prejuízo, por óbvio, à eventual existência de má-fé processual.

Em síntese, poder-se-ia dizer o seguinte: uma vez proposta a exceção de pré-executividade, teria o magistrado que, em observância ao princípio do contraditório, dar vistas dos autos à parte contrária, no caso o credor, para só então decidir a matéria argüida na petição. O prazo para a resposta do credor seria, ao menos em tese, de dez dias. Oferecida ou não a resposta, deve o magistrado decidir acerca da argüição, de modo a aceitar ou não a exceção ou objeção de pré-executividade. Nesse passo, deveria o magistrado analisar, igualmente, se a medida é ou não procrastinatória, o que daria azo à eventual aplicação dos artigos 17, inciso IV, 600, inciso II e 601, do Código de Processo Civil.

10 EFEITO

Para alguns autores, a propositura da exceção de pré-executividade não suspende a execução, justamente por não encontrar qualquer previsão legal. Dentre esses autores, encontram-se Alberto Camiña Moreira e Nelson Rodrigues Netto, no que são seguidos por Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara.

Entretanto, o entendimento predominante é o de que, uma vez recebida a petição de exceção ou objeção de pré-executividade, deve o processo de execução ser suspenso. De fato, se o processo de execução é composto de atos materiais de invasão no patrimônio daquele que é apontado no título executivo como sendo o devedor, a não suspensão de uma ação de execução, caso ela se afigure manifestamente injusta, pode acarretar inúmeros prejuízos ao pretense devedor, dado à forte probabilidade de este vir a sofrer agressão patrimonial. Deve, portanto, “ser entendido que a argüição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da expropriação” (ROSA, 2000, p. 83). A suspensão deverá ocorrer, pois, até a decisão do juiz de primeiro grau e, decidida a argüição, começará a correr o prazo para a interposição de embargos.

Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 127-128), a seu turno, aponta duas situações distintas. Para esse autor, a suspensão da execução somente ocorreria se a exceção de pré-executividade fosse intentada antes da penhora. Após esta, não haveria que se falar em suspensão da execução, a uma porque o devedor não estaria se manifestando na primeira oportunidade que lhe fora dada para falar nos autos e a outra por conta da não utilização dos embargos à execução. Assim, se não se manifestou no tempo devido ou se não propôs ação incidental de embargos à execução, não haveria razão para se suspender a execução.



Por fim, há que se registrar que a jurisprudência está se inclinando para a suspensão da ação de execução, desde que a exceção de pré-executividade seja devidamente recebida pelo magistrado, até para evitar que atos executórios ulteriores sejam praticados desnecessariamente, colocando em risco até mesmo o princípio da economia processual.

11 NATUREZA DO ATO PRATICADO PELO JUIZ

Como já afirmado, o magistrado, ao receber a petição de exceção de pré-executividade, deverá examinar ou reexaminar se a ação de execução preenche ou não os requisitos exigidos por lei. Estando todos os requisitos presentes, a exceção de pré-executividade será rejeitada, intimando-se o credor, em seguida, a dar prosseguimento ao feito. Aqui, a decisão não põe fim ao processo, mas apenas resolve uma questão processual incidente, desafiando o recurso de agravo de instrumento.

Por outro lado, caso o juiz detecte algum vício que impeça a continuação da ação de execução, deverá acolher a arguição, extinguindo-se o feito através de sentença, o que desafia, por óbvio, o recurso de apelação.

Nesse sentido, cabe ainda asseverar, nos termos do artigo 795 do Código de Processo Civil, que a extinção da execução só produz efeito quando declarada por sentença, de modo que a ação de execução não será considerada extinta enquanto o magistrado não proferir a sentença, situação esta, diga-se de passagem, de difícil constatação na prática.

12 RECURSOS

54

É relativamente simples a sistemática da exceção de pré-executividade no que diz respeito aos recursos. Tal como dito no item anterior, acolhida a exceção, vindo a execução a ser extinta por sentença definitiva ou terminativa, o recurso cabível será o de apelação.

Entretanto, se a exceção de pré-executividade não logrou êxito, ou seja, se não foi acolhida pelo juiz, deve-se, então, manejar o recurso de agravo de instrumento, revelando-se “incabível o agravo retido, posto que não haverá oportunidade para ulterior apelação” (MOREIRA, 2000, p. 204).

Cumprе salientar que não haverá, para a parte, qualquer prejuízo caso o recurso de agravo de instrumento não venha a ser interposto, uma vez que a matéria, pelo simples fato de ser de ordem pública, poderá vir a ser discutida a qualquer tempo. Fica afastada qualquer idéia atinente à preclusão, sendo esta, indubitavelmente, a razão pela qual José Raimundo Gomes da Cruz (2000, p. 96) afirma que “as decisões interlocutórias sobre matérias evidentemente não cobertas de preclusão não deveriam ensejar a interposição de agravo de instrumento”, o que em muito contribuiria para uma maior agilidade processual.

Marcos Valls Feu Rosa (2000, p. 96-97), porém, sugere o seguinte caminho: um requerimento dirigido ao juiz através do qual a parte pedisse a “reconsideração” de sua decisão, a qual seria perfeitamente possível dado a inexistência de preclusão para as matérias de ordem pública, poupando tempo e dispêndio de valores.

Compartilhando desse mesmo entendimento, afirma Nelson Nery Junior (apud ROSA, 2000, p. 96-97):

No caso de não haver preclusão pelo fato de a matéria objeto da decisão ser de ordem pública ou de direito indisponível, a decisão poderá ser vista pelo mesmo juiz ou tribunal superior, ‘ex officio’ ou a requerimento da parte. Este requerimento poderá ser feito por ‘petitio simplex’ ou por intermédio de recurso de agravo, se apresentado no primeiro grau de jurisdição. A ‘petitio simplex’ poderá receber o nome de pedido de reconsideração. Somente nesta hipótese entendemos aceitável a utilização desse meio não recursal para provocar o reexame da questão já decidida pelo juiz, sem que seja preciso interpor recurso de agravo.



Assim, caso esse pedido de reconsideração fosse aceito no direito brasileiro, haveria uma sensível agilização na marcha do processo, o que excluiria a necessidade da interposição de recurso de agravo de instrumento, proporcionando uma maior rapidez na prestação jurisdicional.

Em síntese, pode-se então dizer que, se a exceção pré-executividade é acolhida, o recurso cabível é o de apelação. Se não é acolhida, o recurso cabível é o de agravo de instrumento.

13 CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Neste tópico, os doutrinadores apontam para a seguinte situação: se a exceção ou objeção de pré-executividade for acolhida, caberá ao credor (exequente) a incumbência de pagar as custas do processo e os honorários do advogado. Ao contrário, se a exceção de pré-executividade não for acolhida, caberá àquele que dela se valeu arcar com o acréscimo das custas, se houver. Essa é, aliás, a lição de Luiz Peixoto de Siqueira Filho (2000, p. 82), veja-se:

Havendo acolhimento da exceção de pré-executividade, caberá ao autor do processo de execução o pagamento das despesas do processo e dos honorários advocatícios. No caso da rejeição da arguição formulada na exceção de pré-executividade ser rejeitada, havendo acréscimo nas custas do processo, estas caberão ao argüente.

Entretanto, apesar do ensinamento acima reproduzido, a 5ª Turma do STJ tem firmado entendimento no sentido “de que a condenação ao pagamento de verba honorária somente é cabível no caso em que a exceção de pré-executividade é julgada procedente, com a conseqüente extinção da obrigação”.³

Esse entendimento, salvo melhor juízo, afigura-se perfeito, à medida que a execução, caso a exceção ou objeção de pré-executividade não seja acolhida, seguirá seus trâmites ulteriores com vistas à satisfação do crédito, ocasião em que o devedor pagará as custas do processo e os honorários advocatícios advindos da sucumbência. De mais a mais, não haveria muito sentido em se fixar o pagamento de verba honorária ou ainda se acrescer nas custas processuais qualquer outro valor em caso de não acolhimento da medida, não apenas porque a matéria é tratada como um incidente processual, mas também porque o feito não seria extinto, justamente ante o não acolhimento da exceção ou objeção.

55

14 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS

Por derradeiro, far-se-á um paralelo entre a exceção ou objeção de pré-executividade e os embargos do devedor, no intuito de demonstrar quão importante e eficazes são esses dois institutos.

Como já mencionado, a exceção ou objeção de pré-executividade pode ser proposta a qualquer tempo e grau de jurisdição, eis que as matérias nela tratadas são de ordem pública, não sendo alcançada, pois, pela preclusão. Os embargos à execução, por sua vez, devem ser propostos em observância a dois pressupostos específicos: a segurança do juízo e o prazo de dez dias.

Na exceção de pré-executividade, obviamente, não há a necessidade de se garantir o juízo, o que já não ocorre nos embargos (CPC, art. 737, caput). Todavia a exceção deve se restringir a matérias de ordem pública, sendo certo que uma ou outra questão pode até ser aventada, como é o caso da decadência e da prescrição, por exemplo. Os embargos, entretanto, admitem ampla dilação probatória, devendo o embargante se restringir às matérias elencadas no artigo 741 do Código de Processo Civil, se a execução se fundar em título executivo judicial. Mas,

³ Recurso Especial nº 2003/0146608-1, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 17.06.04, publicado no DJ de 02.08.04, p. 517.



se a execução se fundar em título executivo extrajudicial (CPC, art. 745), o embargante, além das matérias previstas no art. 741 do CPC, poderá alegar toda e qualquer matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento, o que inclui, por exemplo, a discussão acerca da origem da dívida, a aplicação de determinado índice para a correção monetária, a incidência ou não de juros capitalizados, etc.

De mais a mais, deve o executado observar, com todo o cuidado, o prazo de dez dias para a propositura dos embargos à execução. Assim, caso ele opte pela exceção de pré-executividade, deve levar em conta o fato de que a medida somente suspenderá a execução quando de seu recebimento, de modo que deve o executado verificar se haverá tempo hábil para eventual propositura dos embargos. Sim, pois, caso não haja mais tempo hábil, os embargos não serão aceitos, justamente por serem intempestivos, o que poderá trazer muitos prejuízos ao apontado devedor.

Poderia o devedor, então, ao menos em tese, oferecer simultaneamente a exceção ou objeção de pré-executividade e os embargos à execução? Sim. Porém, o oferecimento simultâneo, no entender de Tarlei Lemos Pereira (1999, p. 784), não traria resultado prático algum, pois, “oferecidos os embargos, estes absorvem a discussão atinente aos requisitos da execução, razão pela qual se torna desaconselhável o exame da matéria através da exceção de pré-executividade, de indiscutível cognição bem mais restrita”.

Francisco Fernandes de Araújo (2000, p. 736), de sua parte, entende que se exercitadas as duas vias defensivas ao mesmo tempo, o juiz deverá apreciar como preliminar dos embargos a exceção de pré-executividade, ressaltando que:

não se admitem atitudes defensivas simultâneas sobre a mesma matéria, que se excluem por força da preclusão consumativa, de sorte que não é possível arguição de pagamento por meio de exceção e, concomitantemente, por meio de embargos, pois vedado é o ‘bis in idem’. O que se admite é a presença simultânea dos dois institutos, mas versando sobre matéria distinta.

56

Não obstante ao posicionamento de Francisco Fernandes de Araújo, crê-se que a razão está mesmo com Tarlei Lemos Pereira, no que é seguido por Marcos Valls Feu Rosa (2000, p. 109), para quem não haveria qualquer interesse prático no oferecimento simultâneo da exceção de pré-executividade e embargos à execução, até porque estes poderiam absorver, sem a menor sombra de dúvidas, a matéria daquela. Chega esse autor, inclusive, a dizer que “após o oferecimento dos embargos, não é mais admissível a exceção de pré-executividade” justamente por apresentar cognição bem mais restrita, como já apontado.

Nessa linha de pensamento, conclui-se que a utilização da exceção de pré-executividade não impede, de forma alguma, o oferecimento dos embargos. No entanto, propostos estes, não haveria mais interesse prático na propositura daquela, uma vez que os embargos permitem ampla discussão, englobando as matérias relacionadas a questões de ordem pública, como é curial.

De qualquer sorte, recebidos os embargos à execução, deveria a exceção de pré-executividade permanecer em estado de latência, até o julgamento daqueles. Em outros termos, poder-se-ia dizer que, recebidos os embargos, a sentença neles proferida – de procedência ou improcedência – seria válida não só para ação incidental proposta (embargos) e para a ação de execução, mas também para a exceção de pré-executividade, de modo que esta deveria, efetivamente, permanecer em estado de latência até o julgamento dos embargos.

Mas, não sendo os embargos à execução recebidos, por intempestivos, por exemplo, restaria ao magistrado, então, o exame da exceção de pré-executividade, que sairia daquele anterior estado de latência para ser examinada pelo juiz, sendo esta a razão pela qual a exceção ou objeção não deve ser rejeitada pelo fato de ter sido oferecida juntamente com os embargos.

Quanto àquele estado de latência anteriormente mencionado, cabe ainda ressaltar que perdurará até a decisão final dos embargos, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença, ainda que eles se encontrem no STF.



Chega-se a conclusão, portanto, que a exceção de pré-executividade só pode ser oferecida antes ou depois dos embargos, mas não simultaneamente a estes. E, caso oferecida simultaneamente, deverá o magistrado preferir os embargos à exceção ou objeção de pré-executividade, eis que esta, repita-se, tem cognição bem mais restrita, devendo limitar-se apenas às matérias de ordem pública.

Cabe reiterar, por fim, que se o magistrado, ao perceber que a exceção de pré-executividade objetiva apenas tumultuar o bom andamento da execução, deve aplicar as sanções previstas nos artigos 17, inciso IV, 600 e 601, do Código de Processo Civil, com vistas a coibir a prática de atos que atentem contra a dignidade da justiça, o que em muito contribuirá para o bom deslinde da causa.

15 CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que a exceção ou objeção de pré-executividade é uma medida que se presta justamente para obstar ao prosseguimento de uma ação executória infundada, o que, nos dias de hoje, revela-se de grande valia, a começar pelo fato de a questão ser resolvida com maior rapidez e eficácia. Nesse passo, em que pese ser fruto de criação doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade surgiu da necessidade de se mostrar ao magistrado, desde logo, a existência de vícios que fulminam de nulidade o processo de execução, evitando-se os dissabores que uma penhora injusta pode acarretar.

E, justamente por se tratar de vícios que maculam o processo executivo é que a exceção ou objeção de pré-executividade pode ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, o que pode ser feito através de uma simples petição, justamente porque seu objetivo maior é levar ao conhecimento do juiz a existência de um vício que, por si só, impeça o prosseguimento do feito executório.

Diga-se, por derradeiro, que a exceção ou objeção de pré-executividade não pode ser vista como instrumento de defesa, eis que as matérias nela argüíveis devem se limitar a questões de ordem pública. Daí ser o seu alcance limitado, o que já não acontece com os embargos à execução, em que a matéria é totalmente ampla (CPC, art. 745), a exceção daqueles fundados em execução de título judicial, ocasião em que devem se limitar às matérias previstas no art. 741 do Código de Processo Civil.

57

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Exceção de pré-executividade. **Revista dos Tribunais**. v. 775, p. 731 a 745. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARCELOS, Pedro dos Santos. Possibilidade de admissão de embargos do devedor sem estar seguro o juízo para a execução. **Revista dos Tribunais**. v. 652, p. 227 a 237. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. **Revista de Processo**. v. 55, p. 62 a 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. Aspectos do processo de execução. **Revista dos Tribunais**. v. 639, p. 32 a 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de pré-executividade: aspectos teóricos e práticos.



Revista Dialética de Direito Tributário, nº. 24, p. 21 a 29. São Paulo: Dialética, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Exceção de pré-executividade. **Revista dos Tribunais**. v. 657, p. 243 a 248. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MACHADO, Hugo de Brito. Juízo de admissibilidade na execução fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. v. 22. São Paulo: Dialética, 1997.

MACHADO, Schubert de Farias. Defesa do executado antes da penhora. **Revista Dialética de Direito Tributário**. v. 22. São Paulo: Dialética, 1997.

MARTINS, Sando Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado – exceção de pré-executividade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Lenice Silveira. **A exceção de pré-executividade e o juízo de admissibilidade na ação executiva**. Artigo publicado no repertório IOB de jurisprudência, 2. quinzena de fevereiro de 1999, nº. 4/99, caderno 3, p. 95 a 102, artigo nº. 3/15282.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

58 OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das execuções – Incidentes da execução**. v. 3., 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de pré-executividade. **Revista dos Tribunais**, v. 760, p. 767 a 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Exceção de pré-executividade. **Revista de Processo**. v. 95, p. 29 a 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de pré-executividade**. 3. ed., Porto Alegre: Fabris, 2000.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de pré-executividade**. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Título executivo e liquidação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



QUE É O ABOLICIONISMO PENAL?

Erika Juliana Dmitruk ¹

RESUMO

O presente artigo procura investigar a proposta abolicionista do direito penal frente à atual, e, quiçá, constante, crise do sistema prisional brasileiro. A proposta abolicionista defende a extinção do modelo penal de resolução de conflitos e a sua substituição por métodos conciliatórios, preventivos e, havendo necessidade da intervenção estatal, que esta seja feita a partir de outros ramos do Direito, que não o Direito Penal. Defende-se a possibilidade de resolução mais duradoura dos conflitos e conseqüente economia para o Estado nas hipóteses em que a adoção da teoria abolicionista seja possível.

Palavras Chave: Abolicionismo Penal. Falência do Sistema Prisional. Formas Alternativas de Resolução de Conflitos.

WHAT IS THE CRIMINAL ABOLITIONISM?

ABSTRACT

The present article looks for to investigate the proposal referring to abolitionism of the criminal law front to the current e, quiçá, constant, crisis of the Brazilian prisional system. The proposal referring to abolitionism defends the extinguishing of the criminal model of conflict resolution and its substitution for conciliatory, preventive methods e, having necessity of the state intervention, that is made from other branches of the Right, that not it Criminal law. It is defended possibility of more lasting resolution of the conflicts and consequence economy for the State in the hypotheses where the adoption of the referring to abolitionism theory is possible.

59

Keywords: Criminal Abolitionism. Bankruptcy of the Prisional System. Alternative Forms of Conflict Resolution.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa procura analisar a atual situação do sistema penal pátrio, bem como apresentar, como possível solução, a proposta abolicionista elaborada por Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis.

Em um primeiro momento analisar-se-á qual a construção teórica do sistema penal moderno e como esta proposta é adaptada à realidade brasileira. A partir dessa construção, a pesquisa se direcionará para as críticas a esse modelo elaboradas pela Criminologia Crítica, com apontamentos sobre a fragilidade e ineficiência das práticas punitivas adotadas no Brasil.

Em um segundo momento, apresentar-se-á o pensamento abolicionista, suas propostas e reivindicações voltadas para um melhor funcionamento da sociedade. Esse pensamento realiza críticas severas ao sistema penal, denunciando sua total impropriedade no que se refere

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Especializanda em Filosofia Política e Jurídica na UEL, professora do Curso de Direito da UNIFIL – Centro Universitário Filadélfia, professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina, orientadora do curso de especialização em Direito do Estado na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: ejdmitruk@hotmail.com.



ao seu fim almejado, o controle da criminalidade.

E para concluir, procurar-se-á forjar uma síntese entre a realidade vivenciada no Brasil e a realidade idealizada pelos códigos penais e doutrinadores da dogmática penal, com o intuito de defender a possibilidade de implementação das idéias abolicionistas como forma de aprimoramento de convivência social.

2 O IDEÁRIO PENAL MODERNO E SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

O Direito Penal moderno foi construído a partir de postulados que influenciaram todas as ciências. A idéia de racionalismo, cientificismo, certeza e segurança do conhecimento científico permeiam toda a sua construção. Além disso, não se pode esquecer dos movimentos políticos modernos, os quais, ao alterar o titular da soberania, antes, personificada no rei e agora pulverizada no povo, necessitavam de mecanismos que punissem como antes, mas que tivessem uma roupagem humanista e racional.

Andrade (1997, p. 39 a 102) resgata com propriedade a construção deste modelo de justiça penal que veio substituir o modelo medieval. Além de estar à sombra do pensamento científico da época, a construção da dogmática penal moderna deve seus tributos à dogmática jurídica em geral e, principalmente, a dogmática privatista do Direito Moderno. Com a Escola Clássica do Direito Penal assiste-se a ocupação do lugar de interesse pela defesa individual contra os desmandos do Estado. Surgem, nessa época, inspirados pelo movimento iluminista, autores preocupados com a defesa do livre desenvolvimento humano. Destacam-se, como principais conceitos dessa escola, a Responsabilidade Penal, Crime e Pena. O fundamento da responsabilidade penal passa a ser o livre arbítrio, a possibilidade do indivíduo escolher livremente a infração das regras jurídicas, sem ter a sua vontade determinada por nenhum fator externo ou interno, social ou biológico. Dessa idéia decorria a total irresponsabilidade do inimputável. O crime também recebe nova roupagem, é apenas uma entidade jurídica, uma norma, ou a infração ao mandamento normativo. E a pena é vista como um mal justo contraposto ao mal injusto, a resposta justa do Estado ao comportamento injusto do indivíduo (DOTTI, 2001, p. 150 a 160).

60

Bitencourt (2004, p. 52 a 59) explica que não houve uma Escola Clássica no sentido de um corpo doutrinário homogêneo, e que esta denominação foi dada por Enrico Ferri, integrante da Escola Positiva do Direito Penal. Não obstante isso pode-se, apontar para a doutrina basal da Escola Clássica como uma humanização do Direito Penal. Para o autor há uma coincidência fundamental entre as correntes filosóficas da chamada Escola Clássica: a crença em um sistema de normas anteriores e superiores ao sistema de normas estatal, o que inibe ao poder do tirano.

Ainda segundo o mesmo autor, Francesco Carrara é o grande sistematizador do chamado pensamento da Escola Clássica do Direito Penal. Entre os princípios fundamentais dessa escola, encontra-se a afirmação de que o crime é um ente jurídico, o fundamento da punibilidade é o livre-arbítrio, a pena é uma retribuição ao mal injusto causado pelo crime e nenhuma conduta pode ser punida sem prévia cominação legal (BITENCOURT, 2004, p. 55-56).

Esses princípios clássicos podem ser encontrados no Direito Penal brasileiro. A idéia de crime, como entidade abstrata e legal, sempre é defendida, à medida que a previsão das condutas penais ainda é considerada uma forma de proteção do indivíduo contra os arbítrios do Estado, vigente, inclusive, na Constituição Federal. A idéia de culpabilidade, bem mais relativizada, também segue em uso, levando-se em conta o pensamento de um homem médio ideal. Apenas a idéia de retributividade exclusiva da pena sofreu um maior desgaste, os outros postulados, porém, continuam repercutindo até os dias atuais.

Da Escola Positiva do Direito Criminal também podem-se retirar várias afirmações que, ainda hoje, mesmo tendo sido rechaçada a teoria de Lombroso, fazem parte do imaginário da população, reforçadas através de programas policiais sensacionalistas, bem como de práticas ainda existentes em persecução criminal. Por exemplo, a descrição de criminoso nato de Lombroso, lembrada por Bitencourt (2004, p. 60-61), por se um indivíduo dotado de “alguns estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, característi-



cas sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos”.

Segundo Dotti (2001, p. 156 a 160), destacam-se como reclames dessa Escola a necessidade de equilibrar-se a relação entre indivíduo e Estado, a qual foi descompensada a favor do indivíduo pelas orientações clássicas, bem como a denúncia de que a pena nem sempre era o remédio mais eficaz contra o crime. Outro grande marco diferencial entre as duas posições teóricas é a de que, enquanto a Escola Clássica defendia o livre arbítrio, os representantes da Escola Positiva defendiam o determinismo; enquanto os primeiros estudavam o delito como ente jurídico abstrato, os segundos estudavam o delinqüente; enquanto os primeiros defendiam o isolamento celular como resposta ao crime, os segundos defendiam as colônias penais agrícolas e o trabalho ao ar livre.

Entre os preconceitos sociais da atualidade, encontra-se a idéia do delinqüente ser feio, ser negro, ter tatuagens, dentes assimétricos. Assim, a expressão cara de bandido pode ser, para qualquer adolescente ou mesmo a adulto com essas características. Todavia, mesmo na época de Lombroso, suas idéias já haviam sido refutadas, e meras características aparentes não determinavam o comportamento delituoso.

Se não bastasse isso, atualmente os questionários das delegacias, preenchidos pelos homens e mulheres recolhidas, contêm perguntas com os conteúdos pré-estabelecidos por Lombroso. A abordagem de supostos delinqüentes ou arruaceiros nas ruas também seguem os mesmos padrões, não obstante esta época testemunhar crimes de colarinho branco todos os dias nos noticiários, com criminosos que não possuem as características lombrosianas, e do aumento de crimes violentos praticados por jovens da classe média e classe média alta, como Leonardo Pareja e Pedro Dom.

Os tipos penais previstos no Código Penal Brasileiro demonstram não só extrema preocupação com a defesa de crimes patrimoniais, como também com a crescente individualização da sociedade, fenômeno não apenas local. Entre contravenções penais e crimes encontram-se condutas que merecem a tutela estatal e que, em outros tempos, facilmente seriam solucionadas caso as pessoas envolvidas fossem capazes de diálogo e de respeito mútuo. Crimes de bagatela alimentam uma justiça de bagatela, e quais os resultados práticos disso? Uma menor reincidência, diminuição dos conflitos, paz social?

Infelizmente nenhuma das alternativas acima. A impossibilidade das pessoas resolverem seus conflitos através do diálogo e do respeito mútuo faz com que esses conflitos sejam multiplicados. Ao invés de ter-se dois envolvidos, o ofendido e o ofensor, têm-se, o policial que recebeu a queixa, o investigador que instruiu o inquérito, o promotor que ofereceu a denúncia ou realizou uma audiência de conciliação, os oficiais de cartório que juntaram os documentos pertinentes e as certidões necessárias, o juiz, o oficial que receberá as cestas básicas ou o agente social que encaminhará para a prestação de serviços, e, na pior das hipóteses, o juiz da Vara de Execuções, o carcereiro, o oficial de condicional e o estigma para o resto da vida.

Sem falar que, com o envolvimento desses outros personagens, o conflito se torna maior. Surgem problemas para a vítima, como a chamada vitimização secundária, fruto não da atitude do delinqüente, mas do descaso dos agentes estatais responsáveis pela resolução do seu conflito. Um conflito que deixa de ser resolvido pela vítima e pelo delinqüente e passa a ser resolvido pelo delinqüente e pelo Estado. O valor do dano sofrido pela vítima fica bastante relativizado quando comparado com outros crimes. Em nome da neutralidade da resolução jurídica, a vítima é que fica totalmente neutralizada.

E a readaptação do sentenciado à sociedade. Será ela simples? Acreditarão todos que, após cumprida sua pena, a sua dívida com a sociedade está paga? De maneira alguma. Antes mesmo da sentença o acusado já estava “etiquetado”, conforme o labelling approach (VERA, 1997, p. 198 a 234). Não conseguirá emprego por possuir inquérito policial investigando uma conduta determinada. Sua família sofrerá as conseqüências, sua esposa possivelmente perderá o emprego e o filho será apontado na escola. E ao voltar de seu período de isolamento em um presídio estatal, a marca é mais funda e o medo dos demais cidadãos, considerados de bem, justifica seu total banimento do mercado formal de trabalho. Em torno dessas considerações é que se faz necessário repensar o valor da pena de prisão e também das suas conseqüências sociais.



3 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O ABOLICIONISMO PENAL: TENTATIVA DE PENSAR UMA POSSIBILIDADE ALÉM DO DIREITO PENAL

Antes de apresentar-se a proposta abolicionista, faz-se necessário uma breve referência às teorias desenvolvidas, levando-se em conta não apenas a punição do crime pela sociedade, mas abortando também os efeitos do modelo seletivo penal e seus efeitos mais danosos que positivos.

Cumprido observar, preliminarmente, que a crítica feita pela escola de Frankfurt é chamada por Vera Regina Pereira de Andrade (1997) de crítica materialista marxistas. Os frankfurtianos, criadores da teoria crítica, que bebem em fonte como Hegel, Marx, Nietzsche, Freud e desenvolvem suas teorias por diversos ramos do saber, deixaram algumas contribuições para a reflexão do papel do Direito Penal brasileiro.

Para eles, existe uma relação incontestável entre a pena privativa de liberdade e o modo de produção capitalista. Tal relacionamento será resgatado e aprofundado por Michel Foucault (2002, p. 9 a 29) em seu livro *Vigiar e Punir*. A pena de prisão, antes de servir como uma humanização da pena ou indicar um progresso, é apenas um mecanismo de controle da mão de obra. Havendo um excesso de mão de obra, a pena deve ter um efeito intimidatório, podendo inclusive, chegar ao cúmulo do extermínio dos delinquentes. Já se houver mão de obra escassa, esta deverá trabalhar também, a preços irrisórios, dentro dos presídios. Fato que nos dias atuais pode confirmar essa teoria é o movimento de encarceramento que acontece nos Estados Unidos, em que a massa encarcerada cresce a cada ano (WACQUANT, 2003, p.).

Além disso, o sistema penal moderno exerce seu poder de maneira seletiva, isto é, escolhe quais serão aqueles atingidos pela norma penal abstrata e geral, negando, na prática, os postulados da Escola Clássica. A norma penal pode ser a mesma para todos, porém, na hora de aplicá-la, outros saberes serão utilizados, como a classe social do delincente, sua influência ou notoriedade, a aparência e a forma como ele se traja, o bairro onde mora e o carro que dirige. Um caso paradigmático que comprova essa teoria foi a forma como se tratou o problema dos chamados pit boys, ou mesmo a glamourização da criminalidade pelos jovens bem nascidos, como mostrou a reportagem da revista *Época*. (FERNANDES, 2005). Mesmo na cidade de Londrina, interior do Paraná, é cada vez maior o envolvimento de jovens de classe média alta envolvidos em crimes (GOUVEIA, 2005, p.).

Já Michel Foucault reconstrói a história do nascimento da prisão, iniciando seus estudos com os métodos punitivos na Idade Média e focalizando, principalmente, a transição e os motivos da transição das penas corporais para as privativas de liberdade. Não constrói uma história como busca de origens, mas faz uma genealogia da pena de prisão. Em um primeiro momento ele localiza a punição na Idade Média como uma forma do poder (personificado no soberano) ser demonstrado e afirmado. A punição teria como fim não a proteção da comunidade ou a reparação do dano, mas apenas a reconstrução da soberania maculada pelo crime (FOUCAULT, 2002, p. 42).

Para outras épocas, Foucault (2002, p. 25) racionaliza um fim positivo da pena, ou seja, qual seria o seu objetivo além da punição e de que maneira a escolha da forma de punir encontra-se necessariamente relacionada com a estrutura econômica da sociedade à qual se aplica? O autor em questão percebeu, através de suas investigações, que, em uma sociedade escravocrata, a pena por excelência era a escravidão (Roma e Grécia), sendo o papel positivo da pena trazer mão-de-obra. Em uma sociedade como a feudal, onde a Igreja tem grande poder, a noção de pena e pecado confundem-se e o castigo corporal prevalece, com o desenvolvimento do comércio, os corpos não dóceis precisavam ser domesticados, proliferando-se as penas de trabalhos forçados e as casas de correção. No regime industrial, havendo necessidade de mão de obra livre e assalariada, para consumo dos produtos fabricados, diminui-se a pena de trabalhos forçados e ganha espaço a pena de prisão com o fim corretivo.

Já o Labelling Approach, ao mudar o foco de estudo da criminologia tradicional, de caráter etiológico, analisando mais o como do Estado punitivo, levanta novas questões (BARATTA, 1998, p. 29). São feitas críticas aos principais postulados do direito penal moderno, os quais se

sintetizarão abaixo (VERA, 1997, p. 20-203):

- a) Segundo a Escola Positiva do Direito Penal a sociedade era dividida entre homens que respeitavam a lei e homens que estavam fadados à desrespeitá-la: os chamados criminosos natos. Além do determinismo da Escola Positiva, tem-se o livre arbítrio da Escola Clássica que transforma o infrator de uma regra estatal em um pária. Em ambos os casos a sociedade é dividida em mocinhos e bandidos, cidadãos do bem e cidadãos do mal. Alessandro Baratta (1998) questiona essa dicotomia entre bem e mal a partir de teorias já existentes, como a normalidade da criminalidade em qualquer estrutura social.
- b) Com relação as condutas relacionadas como criminosas e, por isso, tornando culpáveis aqueles que as infringem, Baratta (1998) questiona a existência de um sistema único de valores e apóia-se nas teorias das subculturas criminais para desvalorizar o princípio da culpabilidade.
- c) O princípio da legitimidade é questionado já que o sistema penal não produz efeito na maioria dos casos a ele submetido, demonstrando sua habilidade apenas com os chamados bodes expiatórios.
- d) O princípio da igualdade, um dos baluartes do Direito Moderno e, conseqüentemente, do Direito Penal Moderno, é convincentemente refutado pelas teses do labelling approach. Segundo essa corrente, o crime não existe em si mesmo, como uma figura além de quem a pratica. Não é uma entidade ontológica preconstituída. O crime é “uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não-oficiais de definição e seleção” (VERA, 1997, p. 201). Antes de ser uma exceção, a atitude criminosa é a regra, já que, com a inflação de tipos penais, todos se tornam infratores em algum momento. Todavia o sistema penal vigente seleciona quais serão as condutas e as pessoas realmente perseguidas. Uma mesma conduta pode ter valorações distintas, dependendo do sujeito que a comete. A possibilidade de ser “etiquetado” pelo sistema penal é diretamente proporcional ao pertencimento ou não a determinados grupos sociais.
- e) A idéia de que o Direito Penal defende o princípio do fim e da prevenção também é questionada. Para derrubar esse princípio, o labelling approach analisa a construção das “carreiras criminosas” e demonstra que o aprisionamento é fator altamente criminógeno e não ressocializador (VERA, 1997, p. 202).

63

A partir dessas críticas, já se pode dar início às propostas da Teoria Abolicionista.

4 A PROPOSTA ABOLICIONISTA DO DIREITO PENAL

Antes de iniciar-se a apresentação da teoria abolicionista do Direito Penal, deve-se fazer um breve esclarecimento. Pode-se estudar o abolicionismo a partir de uma perspectiva fenomenológica, com Hulsman, marxista com Mathiesen, estruturalista de Foucault e fenomenologia-historicista de Nils Christie. No presente trabalho optar-se-á pela perspectiva de Louk Hulsman.

Hulsman (1993) convida a fazer um pequeno exercício antes de taxar a proposta abolicionista como utópica. Em primeiro lugar deve-se examinar a situação de um homem, desempregado, solteiro, sem profissão definida, que comete um furto. Qual resposta se exige? E se se pensar em um homem, chefe de família com três filhos? A resposta seria a mesma? E se esse homem fosse um irmão ou parente? Bom, depois desse primeiro momento, devem-se examinar as pessoas que compõem o sistema penal, policiais, promotores, juízes, carcereiros. Eles têm características definidas? Trabalham em conjunto? O trabalho de um auxilia o trabalho dos demais? Se se imaginar agora que, após o bom trabalho de todos esses profissionais, o homem acima seja condenado e preso. Que conseqüências esse fato gerará em sua vida? Ele se tornará um homem melhor? Arrepender-se-á do crime cometido? Voltará ressocializado para a sociedade?



Segundo a idéia abolicionista, o Direito Penal Moderno, ao invés de auxiliar na resolução dos conflitos, atrapalha. O autor chega a comparar o atual sistema de penas com as práticas supersticiosas dos romanos para conhecerem o seu futuro, como a leitura do vô das aves, também com a astrologia e práticas religiosas. Isso porque o conteúdo das leis sempre será incerto, uma vez que os legisladores são movidos por motivos não homogêneos, e a prática legislativa torna-se uma troca de compromissos políticos. Além disso, há que se lembrar a existência da cifra negra, uma grande maioria de crimes não perseguidos e a seleção de alguns casos para que sirvam de modelo (HULSMAN, 1993, p. 21). Na verdade o sistema penal atual constrói-se como a Muralha da China, no conto de Kafka - todos participam e alegram-se com algumas punições exemplares e ignoram que, entre as brechas da Muralha, é possível passar os maiores inimigos.

Para Hulsman (1993), se o homem conhecer o modo como o sistema penal funciona nunca será capaz de defendê-lo, pois torna-se impossível afirmar sua finalidade de prevenção dos delitos ou de ressocialização dos delinquentes. Uma vez que se transfere o estudo da Dogmática Penal para o estudo da Criminologia, abre-se um leque de possibilidades de estudos, com cifras de encarceramento, população carcerária, motins, fatores criminógenos do cárcere e construção das carreiras criminosas que, não se pode negar, decorre diretamente do colapso do sistema vigente.

Na atualidade, julga-se mais fácil, pelo senso comum alimentado com programas televisivos policiais, resolver os conflitos com a intervenção estatal. Clama-se sempre, todos os dias por mais Direito Penal. Todavia essa solução é apenas ilusória. Como bem assevera Hulsman (1993), o Direito Penal olha sempre para trás, para o conflito que já aconteceu, e, muitas vezes, com a lentidão do sistema judiciário, muitos conflitos que já estavam solucionados na vida cotidiana são reavivados por citações, audiências e intervenção policial. Segundo o autor é necessário aprender com as comunidades primitivas, que resolvem seus conflitos voltados para o futuro, tentando melhorar a situação da vítima e resolver o seu problema atual, e não apenas saciar um desejo vingativo sobre o fato acontecido.

64 Percebe-se, da leitura de Hulsman (1993), que este propõe a abolição do sistema penal, demonstrando sua possibilidade com a tomada de três atitudes: aumento de políticas preventivas do delito, atuação antes da situação-problema vir-a-ser; resgate da maioria das pessoas envolvidas em situações-problema, tornando-as aptas para dialogar sobre os conflitos e chegarem a um denominador comum, a uma solução conciliadora; e, falhando essas duas possibilidades de resolução, opta-se por uma solução judiciária não-penal. Neste caso, outras esferas do poder judiciário poderiam intervir, tais como a esfera cível, administrativa, comercial. Passeti (2002, p.109), ao analisar os modelos propostos por Hulsman, assinala-os como sendo os seguintes: “modelo educativo, terapêutico, conciliatório e compensatório”.

Ainda segundo Passeti (2002), a proposta de Hulsman (1993) não faz exigência de um tipo de sociedade diversa da existente atualmente, uma vez que suas propostas práticas para a resolução dos problemas passam pela sociedade atual e seus conflitos atuais. Ataca em duas frentes, propõe um “abolicionismo acadêmico”, que “supõe a sensibilidade entre os intelectuais para a questão [...] e o abolicionismo penal como movimento social, envolvendo aqueles que vivem situações problema”. (PASSETI, 2002, p. 110).

Esta análise permite correlacionar, assim como Passeti, a proposta abolicionista com a microfísica do poder de Foucault. Ambas as correntes acreditam que o poder está em toda parte e permeando todas as relações. O poder não está concentrado apenas no Estado, e por isso o seu poder de resolver conflitos é limitado. As pessoas envolvidas em situações-problema necessitam assumir a parcela de poder que lhe transpassa e, agindo horizontalmente e em conflito com a parcela de poder que transpassa seu opositor, procurar a conciliação das forças.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou apresentar a proposta feita pelo movimento abolicionista penal, principalmente na vertente adotada por Louk Hulsman. Para isso, fez um retrospecto da evolução do sistema penal, investigando as prováveis situações teóricas que influen-



ciaram a concepção de Direito Penal cujo modelo é a centralização da resolução dos conflitos pelo Estado, e como resposta penal a possibilidade mais aceita na resolução dos conflitos.

Ademais, foram apresentadas as considerações feitas por correntes da Criminologia Crítica, as quais denunciam a impossibilidade de controlar situações-problema com a carcerização e resposta penal, uma vez que ambas trazem um alto grau de seletividade e estigmatização.

Nesse sentido, inseriu-se a proposta de abolição do sistema penal como uma resposta possível, não apenas para as sociedades futuras, ou sociedades de anjos. A proposta abolicionista nos moldes que lhe são dados por Louk Hulsman é possível na sociedade brasileira atual com a mudança de mentalidade e investimento em outras áreas que não o cárcere.

Se, como diz Foucault (2002), as punições em geral e a prisão se originam de uma tecnologia política do corpo, o que a maneira de punir atual revela é que esta política tem sido utilizada majoritariamente para segregar os corpos indesejáveis para a consecução do modelo econômico vigente. Prova disso é a carcerização da comunidade carente, que ao invés de solucionar o problema da criminalidade atual, apenas o agrava, já que aqueles que foram etiquetados pelo sistema, voltam para seus lugares de origem sem nenhuma chance de ingressar no mercado formal de trabalho e, muitas vezes, retornam para a criminalidade.

Uma vez que o atual modelo de controle social penal não produz resultados dignos de confiança, nem mesmo resultados que o possam legitimar, é papel dos aplicadores do Direito e de seus teóricos pensar alternativas ao modelo existente. O objetivo deste artigo foi justamente trazer a tona esse pensamento desestabilizador, para gerar o debate e para auxiliar na busca de novos paradigmas de resolução de situações-problema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Crítica do Direito Penal.** cidade: Revan, ano. (Coleção Pensamento Criminológico).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** v.1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 150-160.

FERNANDES, N.; AZEVEDO, S. O crime mora na classe média. **REVISTA ÉPOCA**, 26 de setembro de 2005, p. .

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, Nascimento da Prisão.** (Trad.) Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOUVEIA, Guilherme. Criminalidade atrai classe média. Jovens bem nascidos estão envolvidos em assaltos e furtos. Pesquisa vai apurar porque agem dessa forma. **FOLHA DE LONDRINA.** Caderno Cidades, Londrina: 29 de dezembro de 2005.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline B. de. **Penas perdidas. O sistema penal em questão.** Rio de Janeiro: Luam, 1993.

PASSETI, Edson. Abolicionismo Penal: um saber interessado. In: **Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade.** Rio de Janeiro: Revan, 2002. ano 7 n. 12, p. 107-117.

WACQUANT, L. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESCLARECIMENTO OU ILUMINISMO NO PENSAMENTO DE KANT

Gustavo Silveira Siqueira*

RESUMO

O presente trabalho, baseado na obra de Kant, consiste na análise do esclarecimento como forma de emancipação do ser humano, e como elemento para libertação da condição de menoridade, de tutelado. O autor conceitua o que é o esclarecimento, no pensamento de Kant e, em seguida, demonstra como o uso público da razão, junto com o elemento liberdade, pode ser usado para que o homem consiga fugir da condição de tutelado. Trabalha também o autor com a aplicação contemporânea destes termos questionando, ao final, sobre a nossa vivência em uma época esclarecida ou não.

Palavras-chave: Kant. Esclarecimento. Uso Público da Razão.

BRIEF CONSIDERATION ON CLEARNESS OR ILLUMINISM IN THE THOUGHT OF KANT

ABSTRACT

The following paper, based on Kant's work, consists of an analysis of the clearness, as a way for the human being to emancipate, leaving a condition of minority, protected to find explanation. The author gives a conception of what clearness is to Kant, and then shows how the public use of reason, among with freedom, can be used in order to make humans to escape from a condition of protected. He also works with the author using the contemporary applications of these expressions, questioning, at the end, about our living in a clearness time or not.

Keywords: Kant. Explanation. Public Use of Reason.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo realizou-se com base nos textos “Resposta à Pergunta: que é esclarecimento?” (KANT, 1985) e “Resposta à Pergunta: o que é iluminismo?” (KANT 1988). Ambos são traduções do texto original “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”. A diferença essencial entre os dois textos citados é a tradução da palavra “Aufklärung”, que foi traduzida inicialmente como esclarecimento e posteriormente como iluminismo.

Muitas divergências pairam sobre a correta tradução de “Aufklärung”. Sabe-se que não há uma tradução exata dessa palavra para o português. A tradução para o português, baseada na versão francesa, traduziu “Aufklärung” como iluminismo, talvez pela influência que essa obra tenha feito no movimento revolucionário francês no século XIX.

Por sua vez, a tradução, feita diretamente do alemão para o português, considerou “Aufklärung” como esclarecimento, por considerar “Aufklärung” um processo de “elevação do ser humano”, uma forma de sair da menoridade e não apenas uma corrente de pensamento.

* Advogado. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduando em Filosofia Política e Jurídica pela mesma Universidade. Professor do Departamento de Direito do Estado da Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná.



Dessa forma, trabalha-se então, preferencialmente, com o termo esclarecimento, tendo em vista que ele pode representar todo um processo que passa o homem, retirando este da menoridade e elevando sua condição pessoal e principalmente seu modo de pensar.

Contornada essa fase, passa-se a analisar o contexto do ser humano para buscar o iluminismo ou esclarecimento. Kant usa o termo menoridade, para demonstrar a condição de tutelado em que o ser humano vive. Em seguida, inicia-se a análise dos fatores necessários para que o homem consiga sair dessa condição de tutelado, e o que é preciso para que encontre o esclarecimento.

Feita essa análise, chega-se ao ponto central do presente trabalho, qual seja, responder o que é esclarecimento no pensamento de KANT, contextualizando o termo esclarecimento para visualizar esse processo nos dias de hoje e responder também se se pode considerar em uma época esclarecida ou não, e como é este período atual.

Verifica-se, então, que a liberdade revela-se como um instrumento do homem para a busca do esclarecimento.

2 A MENORIDADE

Para Kant (1985, p.100) a menoridade é “incapacidade de servir do entendimento sem a orientação de outrem”, é ausência do entender sem o auxílio de outro. Incapaz é aquele que não pensa, que se acomoda, que não raciocina e é tutelado e manipulado pelos outros.

A natureza libertou o homem do controle alheio (KANT, 1985, p. 100), mas, mesmo assim, grande parte dos homens vive sob o controle dos tutores, a servi-los. A preguiça e a covardia, segundo Kant, são dois fatores que fazem o homem tornar-se incapaz. Com a preguiça de pensar, o homem torna-se uma fácil presa dos outros, assim como o covarde que tem no fator medo um impeditivo de exercer suas capacidades.

Tais fatores podem tornar-se mais flagrantes no mundo contemporâneo, onde os tutores lucram cada vez mais com o crescimento do número de tutelados, determinando a estes quais produtos devem consumir, quais reações devem ter e como devem viver.

Ser incapaz é não conseguir romper as correntes impostas pelo consumismo, por religiões ou por ideologias. O incapaz não consegue pensar além do seu credo, do seu grupo social, da sua família. No pensamento de Kant (1985, p. 100) o único culpado pela menoridade do indivíduo é ele próprio, e somente ele, com liberdade, pode livrar-se dessa condição. Algumas liberdades demonstram-se mais abrangentes do que outras (LAFER, 1908, p.22), mas para a emancipação da menoridade é importante que o indivíduo possa gozar plenamente delas, exercendo sua liberdade de falar, escrever, pensar, consumir e associar-se, sem influências ou opressões.

Para fugir da menoridade é preciso buscar o esclarecimento, é preciso pensar por si próprio, sair da caverna e ver o mundo com outros olhos.

3 O ESCLARECIMENTO COMO FORMA DE SAIR DA MENORIDADE

Mesmo vivendo em um mundo obcecado pelo consumo rotular, é possível buscar o esclarecimento. Até nas atividades cotidianas pode-se encontrar o esclarecimento. Para um indivíduo que se acostumou com a condição de menoridade, a saída desta não é fácil, nem impossível (KANT 1985, p. 102).

Por meio da razão (KANT, 1985, p. 104) a pessoa vai ao encontro da discussão e, através da relação sujeito-objeto, nasce o conhecimento. E por ser um processo de maturação do homem, este só pode lentamente encontrar o esclarecimento (KANT, 1985, p. 104) que se desenvolve com uma única e simples coisa, a liberdade. O uso público da razão para Kant é considerado por outros autores como a prática da “ação” (ARENDT, 2004, p. 31), na qual esta seria uma espécie de relação igualitária entre os indivíduos, na qual, todos eles livres, discutiriam suas idéias e, a partir dessa discussão, buscariam um consenso trazido por aquela. A ação seria então a discussão, o uso público da razão, em que igualmente os homens discutem e refletem



livremente suas idéias. Kant (1985, p. 104), como um grito que exclama: raciocineis! assevera que só o uso público da razão, que ocorre com a liberdade, pode realizar o esclarecimento. Lafer (1908, p. 31) vai dizer que a liberdade é “vista como um valor na perspectiva da ação”, donde poder-se-ia qualificar a liberdade como um instrumento para a realização da ação. Assim acontecia no Estado Grego, onde os cidadãos exerciam a sua liberdade na esfera pública, e era na esfera pública que todos cidadãos tornavam-se iguais.

Kant (1985, p. 104) exemplifica casos em que o cidadão, mesmo não concordando com certos atos do seu governo, cumpre as ordens e, depois, da maneira correta as questiona. Existem alguns momentos em que o questionamento pode ser prejudicial. O mesmo deve ser feito em momento oportuno, mas o importante é que a pessoa não deixe de raciocinar e busque sempre conhecer as coisas que acontecem ao seu redor.

Percebe-se, então, que só com a liberdade o cidadão consegue usufruir do uso público da razão, e este é o caminho para ele fugir da menoridade.

4 O QUE É ESCLARECIMENTO PARA KANT

Esclarecimento é a forma pela qual o homem sai da menoridade, sai da tutela de outros homens. O esclarecimento só pode ser encontrado ou buscado (trata-se o esclarecimento como um meio e como um fim) com a liberdade. É apenas com a liberdade exercida com o uso público da razão que o homem encontra o esclarecimento.

A liberdade é então elemento essencial para o encontro do esclarecimento. Apenas o homem com liberdade de pensar, com liberdade para ter acesso ao conhecimento, pode libertar-se da menoridade e encontrar o esclarecimento. E essa liberdade do pensamento kantiano vai desenvolver-se em um conceito de liberdade jurídica, onde esta é a faculdade do cidadão de só obedecer as leis externas às quais ele pôde dar assentimento (BOBBIO, 2004, p. 100).

68

O esclarecimento, como uma forma de sair da menoridade, também é um processo de transformação do homem tutelado em homem esclarecido. E é através do uso público da razão, desse instrumento de diálogo entre os homens, que o ser humano consegue, através da vivência com os outros homens, emancipar-se e buscar o esclarecimento. Esclarecimento é o ideal emancipatório da razão humana (OLIVEIRA, 2006, p. 1). É ele (o esclarecimento) que dá condições ao homem conseguir emancipar-se dos tutores e sair da condição de menoridade.

Encara-se então, o esclarecimento como um processo de racionalidade (OLIVEIRA, 2006, p. 3), no qual um esforço teórico da crítica à atual sociedade deve levar a fuga da submissão da positividade (elementos que podem ser chamados de instrumentos que impedem o esclarecimento), como nos pensamentos de Horkheimer (1983, p. 148):

Se não há continuidade no esforço teórico, então a esperança de melhorar fundamentalmente a existência humana perderá sua razão de ser. Referimo-nos ao esforço que investiga criticamente a sociedade atual com vista a sua sociedade futura organizada racionalmente, e que é construída com base na teoria tradicional, formada pelas ciências especializadas. A existência de positividade e submissão, que ameaça também tornar insensíveis à teoria os grupos mais avançados da sociedade, não afeta só a teoria, mas também a práxis libertadora.

No mundo contemporâneo, homem tutelado é aquele submisso e vítima dos sistemas, os quais determinam o que ele deve consumir, o que deve fazer, como deve se portar. São esses sistemas que determinam o “dentro” e o “fora da moda”. O homem esclarecido emerge desse mar de lama e decide por ele próprio o que ele quer para si, sabe distinguir o que para ele é certo e errado.

Kant (1985, p. 110) ainda assevera que o homem não pode renunciar ao esclarecimento, pois é um direito sagrado da humanidade, não podendo nem mesmo um governante decidir sobre o esclarecimento de seu povo. Lembre-se ainda que o governante deve ser



fonte para a busca do esclarecimento, como “vontade de todo o povo”, de modo a não retirar do povo um direito sagrado. O povo deve ter o direito de escolher o seu próprio destino (BOBBIO, 2004, p. 100).

A rejeição do esclarecimento por parte do governo ao povo, a rejeição desse ideal emancipatório, leva a uma crise na educação (OLIVEIRA, 2006, p. 7), onde o não pensar passa a fazer parte de uma política governamental. Daí a importância do esclarecimento, do pensamento emancipatório, também como uma forma de liberdade (e também) de educação.

Para Kant (1985, p. 112) a liberdade e a tolerância religiosas são fatores importantes para constatar o esclarecimento de um governante. Aquele governante que assim age, dando aos seus súditos a liberdade de utilizar sua razão para suas questões morais e religiosas, o que os liberta assim dos “cabrestos”, contribui para o esclarecimento deles e deve ser louvado. Veja-se que, no mundo atual, em alguns estados, governos e religiões confundem-se, e a liberdade e tolerância religiosa, muitas vezes, passam a simplesmente ser palavras inutilizadas de um dicionário.

Escrito originalmente em 1784, o texto de Kant parece ser ainda de uma atualidade profunda quando se pergunta se o homem vive em uma época esclarecida? A resposta de Kant (1985, p. 112) de 222 anos atrás parece ainda ser atual, quando se depara com uma época de esclarecimento e não uma época esclarecida. Ainda falta muito para que, nas condições de hoje, os homens possam se colocar nesse patamar. A humanidade precisa vencer muitos preconceitos, barreiras, dogmas para considerar-se esclarecida. De fato percebe-se que o esclarecimento é um processo que se desenvolve no seio das relações humanas, mas que ainda não chegou a atingir a todos ou a grande maioria.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **A condição humana**. 10. ed. (Trad.) Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 9. ed. (Trad.) Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HORKHEIMER, Max. *Teoria tradicional e teoria crítica*. In: BENJAMIM, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W; HABERMAS, Jürgen. *Textos escolhidos*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KANT, I. *Textos Seletos*. 2. ed. (Trad.) Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

_____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. (Trad.) A. Mourão. Lisboa: Edições 70, 1988.

LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980.

OLIVEIRA, Avelino da Rosa Oliveira, OLIVEIRA, Juliana Damasceno de. *Educação na crise da racionalidade*. *Pelotas: Disponível em: < www.propesq.ufrgs.br > e no site: < <http://www.forumpaulofreire.com.br> > Acesso em: 24 fev. 2006.*

ESTADO E JURISDIÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

João Luiz Martins Esteves¹

RESUMO

Com o objetivo de traçar um caminho de investigação para o entendimento quanto ao comprometimento dos poderes estatais brasileiros – em particular o judiciário - com a concretização de um modelo social de estado, verifica a questão dos direitos fundamentais sociais no Brasil a partir dos fundamentos que levaram à sua incorporação na estrutura estatal, passando pela análise de modelos teóricos de interpretação e da jurisdicionalização desses direitos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Estado. Jurisdição.

STATE AND JURISDICTION IN THE CONCRETION OF THE SOCIAL BASIC RIGHTS

ABSTRACT

With the purpose of establishing an investigational method for the understanding of the commitment of the Brazilian State powers – in particular the Judiciary – with the establishment of a social model of State, the matter of the fundamental social rights in Brazil from the fundamentals that led to its incorporation in the State structure is verified, dealing with the analysis of theoretical models of interpretation and of jurisdictionalization of these rights.

Keywords: Fundamental Social Rights. State. Jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar a questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil a partir dos fundamentos que levaram à sua incorporação pela estrutura estatal, passando pela análise de modelos teóricos de interpretação e jurisdicionalização dos direitos sociais, a fim de vislumbrar qual tarefa deve ser empreendida no Brasil a fim de averiguar a possibilidade de sua concretização.

Para tanto, discorre-se sobre a trajetória histórica dos Direitos Fundamentais, sobre as teorias de Estado, formuladas a partir da incorporação desses direitos, basicamente a Teoria Liberal de Estado e a Teoria Social de Estado, identificando a existência de teorias de direitos fundamentais e de jurisdição vinculadas a esses modelos de Estado. Realiza uma breve análise dos modelos de jurisdição estrangeira, sugerindo uma vinculação à forma de como são tratados os direitos fundamentais sociais em cada modelo, e ao final dá ênfase à questão relativa ao estudo do modelo de jurisdição brasileiro na sua ligação com a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

¹ Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho, UGF/ Rj – Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina, UEL/Pr – Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina / UEL – e do Centro Universitário Filadélfia / Unifil - Procurador do Município de Londrina, Pr. joao.esteves@londrina.pr.gov.br



2 A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais individuais surgiram, foram declarados, ou mesmo conquistados num momento em que se fundava um tipo de organização estatal nos séculos XVIII e XIX – o Estado de Direito Burguês – que teve por objetivo o reconhecimento e asseguramento da idéia de liberdade em uma perspectiva emancipatória do indivíduo. Este, por sua vez, deveria estar devidamente afinado com o novo modelo econômico que tinha nesse tipo de liberdade o seu próprio fundamento.

Por sua vez, com relação aos direitos fundamentais sociais, como é sabido, durante todo o século XIX, e no Brasil até 1930, a questão social foi tratada como “caso de polícia”. Somente a partir do início do século XX, depois de esgotado o modelo liberal de economia e das lutas populares empreendidas desde meados do século XIX na Europa, é que direitos que tinham por objetivo o bem-estar da coletividade e não mais, ou tão-somente, do indivíduo começam a ser declarados e positivados até adquirirem status de vinculação jurídica do Estado em relação à sociedade e ao indivíduo.

Essa trajetória está ligada ao entendimento da existência de “gerações de direitos” construídos sob a noção de cidadania, as quais têm sua originalidade marcada na obra de Marshall², que traça o seu desenvolvimento na consolidação dos direitos individuais, políticos e sociais. Subseqüentemente Vasak (apud BONAVIDES, 1993, p. 480) traça trajetória similar, em que inclui os direitos da fraternidade e da solidariedade, dividindo-os em gerações (BONAVIDES, 1996, p. 525) de direitos.

3 AS TEORIAS DE ESTADO E A JURISDIÇÃO

Com base na noção estratégica de asseguramento de direitos e garantias fundamentais, durante o século XX é identificável a formação de pelo menos duas grandes teorias do Estado, as quais se podem denominar de: a) Teoria Liberal de Estado; e b) Teoria Social de Estado.

A Teoria Liberal do Estado nunca pugnou por uma noção de melhoria coletiva da qualidade de vida; pelo contrário, fundou-se na preocupação com a defesa do indivíduo em relação ao Estado (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 48)³.

Em sentido oposto, o aprimoramento da Teoria Social de Estado tem sua inspiração na concepção marxista de sociedade, dada a sua preocupação com a afirmação da igualdade substancial. Mas essa teoria – que do marxismo, somente tem a inspiração - não pode ser confundida outras teorias, nas quais se fundaram à formação de Estados socialistas de caráter leninista de que se tem exemplo Cuba, URSS ou a China. A Teoria Social de Estado se realiza nos

71

2 MARHALL, T. H. Cidadania, Classe Social e Status. Trad Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. No estudo desenvolvido pelo autor, analisando a sociedade européia, e particularmente a inglesa, descreve a trajetória dos direitos fundamentais por meio do resgate da categoria “cidadania”, como elemento de vinculação jurídica estatal, desde a fundação da categoria. Traça a trajetória do seu significado e alcance, desde o século XVIII até o século XX. Define a existência de três elementos essenciais do conceito de cidadania – o civil, o político e o social (p. 63) – os quais, confundidos durante a Idade Média, distanciam-se a partir da formação do Estado liberal, podendo-se-lhe atribuir períodos de formação independente de cada um deles levando-se em conta um entrelaçamento: a) os direitos civis no século XVIII; b) os políticos no século XIX; e c) os direitos sociais no século XX (p. 66).

A cidadania, portanto, inicialmente é declarada como resultante da aquisição dos direitos civis, que são aqueles do indivíduo, e sobre esta noção desenvolveu-se inicialmente. E apesar de identificados no século XVIII, por meio de análise realizada com relação à da história do desenvolvimento do Estado liberal, constata-se que se apresenta no século XIX o marco da consolidação e do reconhecimento desses direitos na maioria dos países. Por sua vez, os direitos políticos, tratados inicialmente como produto secundário dos direitos civis, somente adquirirão posição de independência em relação à cidadania no século XX (p. 70).

3 Para la teoría liberal (del Estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado.



marcos do sistema capitalista o qual é fundado no liberalismo (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 45)⁴, e não busca substituir o do Estado capitalista por um de outro tipo, mas tão-somente torná-lo palatável, diminuindo sua índole de mau distribuidor da riqueza produzida (SARLET, 2002, p. 49)⁵.

É necessário afirmar que nunca houve preocupação, por parte das teses eminentemente marxistas, com a efetivação de direitos da sociedade dentro do Estado capitalista, porque aquelas entendem ser congênita a ele a desigualdade social. Mesmo o direito contemporâneo, moldado ideologicamente pelos ideais liberais burgueses do século XIX, não recebeu, do marxismo, nenhum interesse nas lutas empreendidas pela melhoria das condições de vida na sociedade capitalista, por ser entendido como instrumento de manipulação utilizado pelo Estado liberal (FERRAJOLI, apud ABRAMOVICH, 2002, p. 14)⁶.

Em que pese o fato de os denominados direitos sociais terem sido declarados e positivados já nas primeiras décadas do século XX, é somente a partir de meados do século XX que toma forma a idéia de um Estado social de direito comprometido com a realização da denominada Justiça Social nos marcos do sistema capitalista. O Estado de Bem-Estar Social, desenvolvido na Europa a partir do período Pós-guerra, é a demonstração mais acabada dessa concepção de Estado.

Essa mudança significativa nas relações entre a sociedade e o Estado passou a exigir também modificação na forma jurídica até então conhecida. Ao mesmo tempo em que se consolida a Teoria do Estado Social, surge a exigência de uma teoria jurídica que, ao menos no plano teórico, tutele e garanta os denominados direitos sociais. A preocupação existente no plano jurídico liberal, criado nos postulados do Estado liberal, sempre fora a tutela e garantia dos denominados “direitos individuais” (ABRAMOVICH y COURTS, 2002, p.14).

Ao se tratar de direitos fundamentais e de suas garantias, há que se ter em conta que analisar o comportamento de uma jurisdição constitucional quanto ao tratamento dispensado ao seu exercício e amplitude também significa identificar o comprometimento com as doutrinas que influenciam e se acham presentes nos órgãos jurisdicionais. Para isso, há que ficar claro que se parte da premissa de que o direito não deve ser entendido como algo destituído de conteúdo político-ideológico, como se fosse representação de pureza e imparcialidade, desvinculado das vontades humanas. Pelo contrário, é uma construção racional que embute em seus postulados objetivos de conformação da convivência humana, que também dependem da interpretação que lhe é feita para que possam ser atingidos. Na lição de Ferrajoli (ABRAMOVICH y COURTS, 2002, p.14), o direito “não é uma entidade natural, senão uma construção lingüística e simbólica cuja consistência conceptual e força vinculante dependem em grande parte do empenho cívico e intelectual de seus intérpretes, sejam estes juízes ou juristas”.

As diferentes teorias jurídicas e os modelos legislativos que tratam da matéria, sejam quais forem, demonstram compromissos político-ideológicos conforme a preferência por um específico modelo estatal (ABRAMOVICH y COURTS, 2002, p. 59)⁷, os quais são refletidos pelas decisões dos tribunais quando do proferimento de decisões em processos que busquem a efetividade dos direitos fundamentais.

72

4 Neste sentido: La idea de los derechos fundamentales sociales no aparece, vista así, como algo que se oponga a la garantía de la libertad del Estado liberal-burgués de Derecho, sino como su consecuencia lógico-material en una situación social modificada.

5 Os direitos sociais (na sua dimensão prestacional) encontram-se, neste contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes.

6 La tradición jurídica liberal, poco interesada por la tutela de los derechos sociales, nunca há elaborado en el plano teórico un garantismo social paragonable al garantismo liberal dispuesto para los derechos de propiedad y de libertad. ***Tão pouco o tem feito, durante um grande período, a tradição jurídica de ascendência marxista e socialista, devido à sua desvalorização genérica do direito como instrumento*** (grifo nosso - tradução livre do autor).

7 Durante el siglo XX, la coexistencia de expresiones de ambos modelos há sido una nota característica de la legislación y – más generalmente – de la adopción de políticas públicas en los países desarrollados de Occidente y de aquellos que reciben su influjo, variando, eso sí, el peso de los componentes de cada modelo de acuerdo a las fluctuaciones ideológico-políticas coyunturales.



4 AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 A Cidadania: Do Estado Liberal ao Estado Social

Particularmente no Brasil, a análise sobre o exercício de direitos fundamentais pode dar-se no estudo da categoria “cidadania”, uma vez que esta é fundamento do Estado brasileiro (Art. 1º, inc. II da CF). e adquiriu condição processual especial para o seu exercício por meio do mandado de injunção (Art. 5º, inc. LXXI da CF).

É interessante notar que parte da doutrina nega amplitude à noção de cidadania e assim demonstra comprometimento com uma perspectiva restritiva que é vinculada à concepção liberal de Estado. Essa concepção apresenta-se sob duas vertentes.

A primeira carrega uma identificação que a confunde com o exercício dos direitos políticos (FERREIRA FILHO, 1995, p.99)⁸, reduzindo a definição de cidadania à questão de caráter político-representativo, identificando dessa forma a concepção de um modelo jurídico caracterizador de uma cultura jurídica até então dominante – lógico-formalista e de inspiração liberal, que tem por objetivo delimitar categorias, que a princípio são político-sociológicas, em esquemas normativos que as moldem ideologicamente de acordo com seu interesse. Impossibilitando – no caso - uma maior amplitude e compreensão do significado conceitual de cidadania. As consequências desse entendimento restritivo acabam por ter conexão com a discursiva jurídica teórico-dogmática, no âmbito jurídico-formalista, que retira dos direitos sociais a sua condição de direitos fundamentais e até mesmo defende a sua possibilidade de supressão por meio de emenda constitucional (FERREIRA FILHO, 1995, p. 16)⁹.

Desse enquadramento lógico-formalista – mas já em outra vertente - resultam também concepções como a de José Afonso da Silva, que não entende haver direito subjetivo individual em relação a direitos fundamentais sociais, a não ser na sua vertente negativa, isto é, quando o legislador ou a administração tomem atitudes contra o objetivo expresso delas: qualquer lei que atente contra esses princípios seria inconstitucional, concepção essa que, segundo José Afonso da Silva (apud KRELL, 1999, p. 243) retira qualquer possibilidade de pleitear juridicamente condições materiais de vida digna.

A segunda concepção restritiva do conceito de cidadania, muito mais bem construída, não a reduz à questão dos direitos políticos e não nega totalmente a subjetividade aos direitos fundamentais sociais: dá-lhes maior amplitude, mas ainda permanece sob o domínio da óptica liberal. No Brasil seu principal articulador é Ricardo Lobo Torres¹⁰.

Torres tece crítica à concepção de cidadania de Marshall por esta ter aspecto “historicista” (TORRES apud MELLO, 2001, p. 250-251) e aduz que essa noção de cidadania ligou-se à análise de suas relações com a concepção de classes sociais¹¹. O mesmo autor afirma, que, no Brasil, a consequência foi a perda da possibilidade de ação, no plano normativo, perante o Judiciário. Em vista desse entendimento, o autor propõe uma “migração da análise sociológica para a jurídica”.

8 Manoel Gonçalves Ferreira Filho identifica a cidadania como um status ligado ao regime político. Fazendo uma análise sobre qual nacional (aquele que não é estrangeiro) detém cidadania, cita o exemplo do analfabeto: “Veja-se o caso do analfabeto, que, inscrito como eleitor, se torna cidadão ativo, mas não se pode tornar cidadão passivo, por não ter elegibilidade”.

9 A defesa da possibilidade de supressão de direitos fundamentais sociais através de alterações fica evidente implicitamente nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando - referindo-se às proibições de emenda constitucional disciplinada pelo art. 60 da CF - afirma que “É certo que o texto proíbe abolir, ou seja, extinguir, eliminar, revogar, e assim não veda alterar, modificar, regulamentar, como pretende uma corrente interpretativa. Mas assim mesmo é amplíssimo o campo que cobre, inclusive se se entender, como parece correto, que os direitos e garantias salvaguardados são os fundamentais e não meramente os individuais. E nesse campo amplíssimo são numerosíssimos os direitos concedidos, muitos dos quais não merecem o status de fundamentais.”

10 Ricardo Lobo Torres é professor titular na Faculdade de Direito da UERJ, autor de A idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, e organizador de Teoria dos Direitos Fundamentais, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001 e de Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

11 Realmente, ao analisar a trajetória do desenvolvimento da cidadania, Marshall não abandona a categoria existente de classe social. Pelo contrário, procura identificar a existência de antagonismos e congruências entre estas duas categorias, a cidadania e classe social. Marshall chega ao entendimento de que a cidadania social, traçada na incorporação dos direitos sociais ao instituto de cidadania, fato ocorrido durante o século XX, fez surgir antagonismo entre cidadania e o sistema de classes sociais do capitalismo, e sugere um estado de guerra entre ambos, com um forte impacto nas relações econômicas e sociais.



Sem adentrar ao mérito do entendimento de Torres sobre as características da obra de Marshall ou sobre sua pré-compreensão a respeito da possibilidade jurídica dos direitos sociais no Brasil, fica evidente que uma concepção que pretende retirar do direito o seu caráter histórico-sociológico, presente em todas as formas humanas de racionalidade, e de forma especial no âmbito da Teoria Constitucional, mostra-se comprometida com determinado entendimento sobre o papel do Estado na efetivação dos direitos fundamentais e, portanto, não é imparcial sob o aspecto político-ideológico¹², como parece pretender demonstrar; pelo contrário, coloca-se em posição restritiva na efetivação dos direitos sociais, e liga-se aos postulados jurídico-formalistas de inspiração liberal na interpretação e implementação desses direitos.

Em lado oposto, pode-se identificar uma Teoria dos Direitos Fundamentais, ligada à concepção de Estado social ou de Estado democrático de Direito, que tem entre seus defensores destacados Paulo Bonavides (2004), Andreas Krell (2002) e Lenio Luiz Streck (2003)¹³, construtores de uma teoria que tem por objetivo a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais sociais. Andreas Krell opõe-se abertamente aos postulados jurídico-liberais e defende a idéia de que no final do século XX o Brasil deveria caminhar para o Estado social e não para exaltação de teorias liberalistas (KRELL, 1999, p. 249).

4.2 As Matrizes Teórico-práticas e suas Influências no Brasil

As teorias dos direitos fundamentais, em suas matrizes teóricas, podem apresentar-se distintamente na medida da trajetória dos direitos fundamentais em cada país, observado o grau de desenvolvimento das lutas econômicas e sociais em cada um deles. E tão importante quanto entender a construção axiológica dos direitos fundamentais em cada matriz nos últimos dois séculos e meio, é também entender que o modelo de jurisdição constitucional adotado distintamente por cada Estado pode indicar, em cada um, o nível de amplitude e de garantia dos direitos fundamentais.

74

Tradicionalmente, têm sido apontadas as construções dogmáticas inglesa, americana e francesa como paradigmas de controle da constitucionalidade, fruto da experiência e do pioneirismo desses países no constitucionalismo. Deixando de lado, de forma proposital, a construção singular do sistema inglês, que muito pouco influenciou ou influencia outros Estados, mediante uma análise geral, pode-se constatar, no que toca aos direitos fundamentais, que as construções teóricas norte-americana e francesa sempre se apresentaram na vanguarda da defesa dos direitos fundamentais individuais, em que pese o fato de possuírem diferentes construções de controle. Nos Estados Unidos o modelo jurisdicional e difuso, ligado à idéia de democracia, esteve sempre presente, mas o mesmo não ocorreu na França, onde o modelo político de viés concentrado foi a tônica.¹⁴ Modernamente, a partir da construção do modelo jurisdicional austríaco¹⁵, teve início a formação de outro tipo de controle: o jurisdicional e concentrado – o qual, a partir da segunda metade do século XX, deu início à ampliação da noção de direitos fundamentais, desenvolvida doutrinária e jurisprudencialmente, particularmente na Alemanha, como se verá adiante.

No Brasil, não houve propriamente a construção genuína de uma teoria dos direitos fundamentais. Aqui concepção liberal sempre esteve presente, e, segundo Krell, o perfil dominante sempre foi o “liberal-individualista-normativista” (KRELL, 1999, p. 249), como influência do constitucionalismo francês.

12 Torres durante a construção de seus argumentos - não esconde suas preferências políticas ao criticar a concepção de Estado de bem-estar social bem como a possibilidade de sua realização.

13 Lenio Streck faz uma distinção entre Estado social e Estado democrático de direito – preferindo a defesa desse último, por entender que no Estado social, por contraposição ao Estado liberal – que tinha função meramente ordenadora – existe uma função provedora do Executivo, e que o Estado democrático de direito apresenta um novo paradigma no qual o direito assume a tarefa de transformação e de realização dos direitos fundamentais sociais.

14 Sobre os modelos inglês, norte-americano e francês, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 225-282.

15 Sobre o modelo austríaco ver KELSEN, Hans. O Modelo Jurisdicional e Administrativo Austríaco in *Idem*. *Jurisdição Constitucional*. (com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Introdução e revisão técnica: Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



A experiência brasileira não revela a prática voltada à teoria norte-americana dos direitos fundamentais. O modelo brasileiro de jurisdição constitucional, implantado a partir de 1891, recebeu forte influência do modelo difuso implementado nos Estados Unidos da América. Mas o direito constitucional brasileiro nunca demonstrou aproximação com a noção de democracia presente nesse modelo de jurisdição.

Mas a partir de 1988 – com a promulgação de uma Constituição que caracteristicamente traz conteúdo socializante na medida em que é generosa na proclamação de direitos e garantias sociais – iniciou-se a tendência, o movimento ou o encontro do direito com a ética, que leva, senão ao abandono, pelo menos ao distanciamento em relação ao positivismo. Também a opção por um modelo concentrado (europeu), aliado ao difuso, já tradicional do direito brasileiro, facilitou e mesmo exigiu modificações nos paradigmas doutrinários brasileiros relativos ao direito constitucional. E, como é historicamente comum, a doutrina nacional tem optado por buscar na doutrina forânea os argumentos básicos de seus entendimentos, em detrimento da construção de uma Teoria Constitucional Brasileira.

Desde 1988, têm sido notórias, no Brasil, a preferência e a tendência doutrinária pelo modelo constitucional alemão. É importante ressaltar que a teoria constitucional alemã tem contribuído para o desenvolvimento doutrinário do direito brasileiro, particularmente na esfera constitucional. Não se pode negar que a experiência alemã, se utilizada com cautela, em vista da diferença do topos de aplicabilidade, tem a contribuir para a possibilidade de desenvolvimento de uma Teoria Constitucional Brasileira que se desapegue do constitucionalismo francês ou mesmo estadunidense, muito ligados à noção clássica do Estado liberal, os quais, aplicados no Brasil, como modelos desambientados do contexto brasileiro, talvez tenham contribuído para a tragédia constitucional¹⁶, que se confunde com a demonstração histórica antidemocrática do Estado brasileiro.

De forma planejada ou por obra do acaso, a doutrina constitucional brasileira acabou por aproximar-se do constitucionalismo alemão, haja vista que grande quantidade de juristas deste país passou a freqüentar os bancos universitários de pós-graduação daquela nação europeia. E também a inspiração do constituinte de 1988 na Constituição Portuguesa de 1976 levou a doutrina brasileira à aproximação com a doutrina lusitana, principalmente com seu maior expoente, J.J. Gomes Canotilho, cuja obra, *Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador* – de enorme influência no Brasil – tese de Doutorado feita na Alemanha¹⁷, teve como inspiração as idéias de autores alemães e italianos, sendo o problema de concretização da Constituição portuguesa o mesmo da *Constituzione Inattuata de Calamandrei*, ou a *nichterfüllte Verfassung dos alemães*¹⁸, embora P. Lerche já houvesse concebido uma noção de Constituição dirigente com seu *Übermas und Verfassungsrecht* (CANOTILHO, 1998).

Essa pré-compreensão a que se chega, de que o direito constitucional brasileiro estaria influenciado pela teoria alemã leva à necessidade específica de compreensão da doutrina alemã relativa aos direitos fundamentais sociais.

A Alemanha, que tardou a se inserir no constitucionalismo e no liberalismo em comparação a países como a França e EUA - mas não tanto quanto o Brasil - tem uma trajetória de construção político-constitucional iniciada no século XIX (LASSALE, 2001), também marcada por seus períodos trágicos, o que coloca o brasileiro em condições de similaridade¹⁹. A diferença é a existência, em terras germânicas, de contínuo esforço na criação de uma Teoria Constitucional de características próprias.

16 Foram oito constituições, numa trajetória histórica do Estado brasileiro marcada por golpes de Estado, instabilidade política e pouca participação popular.

17 A construção da tese de doutoramento do professor CANOTILHO, J.J. Gomes feita na Alemanha foi lembrada por Néviton Guedes no prefácio do livro *Canotilho e a constituição dirigente* (Organizador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes: Agostinho Ramalho Marques Neto. et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.5). Quando, explicando a tarefa portuguesa de construir uma teoria que desse força normativa à Constituição de 1976 transcreve CANOTILHO: "...tínhamos uma Constituição que incorporava grandes conquistas e valores profundamente democráticos e se tinha que elaborar um discurso capaz de conferir-lhe força normativa, a força normativa própria do direito" **apud** CANOTILHO, J.J. Gomes. *El Derecho Constitucional como um compromisso permanentemente renovado*, (entrevista a Eloy Garcia) in *Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1998, p.33.

18 Conf. Néviton Guedes no prefácio do livro *Canotilho e a constituição dirigente*. *Loc. Cit.*, citando CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ibidem.*, p. 34.

19 A Constituição Alemã de 1919 e a Brasileira de 1934, ambas símbolo de uma época em que se iniciou a positivação dos direitos sociais, tiveram destinos similares.



Em que pese o fato de a Constituição alemã de 1919 ter sido, juntamente com a mexicana de 1917 (SILVA, 1998 p. 164), uma das primeiras a terem inscrito um “catálogo” de direitos sociais, a tendência não continuou no período Pós-guerra, quando da elaboração da Lei Fundamental de 1949. Não foram incluídos, no corpo da Constituição, os direitos sociais, embora estes já constassem na maioria das constituições dos Estados da Federação Alemã (KRELL, 1999, p. 244). A explicação para tal fenômeno deve ser buscada na compreensão da história política e jurídica da Alemanha durante a primeira metade do século XX.

A Alemanha, país de desenvolvimento capitalista tardio – que se consolidou como Estado somente na segunda metade do século XIX, fruto de um processo de unificação dos antigos Estados germânicos, foi protagonista de um processo que levou à Primeira Guerra Mundial, quando seu objetivo central era a conquista de mercados e matéria-prima para compensar o tempo perdido durante o século XIX²⁰. Perdida a guerra, a situação que impedia o desenvolvimento do capitalismo alemão permaneceu latente. A situação econômica, social e política do período Pós-Primeira Guerra leva à feitura de uma Constituição carregada de direitos sociais, o que deve ser considerado grande avanço no campo dos direitos humanos, mas contraditoriamente irrealizáveis em um país que saía derrotado e endividado da guerra, sufocado na sua possibilidade de desenvolvimento em virtude da crise instalada a partir da crise capitalista de 1929²¹ e com uma burguesia industrial e financeira que encontrou na ideologia nazista a melhor arma de combate, de mobilização e de eliminação de dissidências no interior do Estado, em nome do “espaço vital mínimo” e da “pureza da raça”, bem como da “tradição cultural” e da “superioridade” alemãs (MOTA, 1996, p. 344).

Essa trajetória, de amplo conhecimento no mundo acadêmico²², não favorecia a implementação daquilo que se considerava uma conquista – os direitos sociais.

Soma-se a isso o fato de que esses direitos não eram exigíveis, pois não havia construção doutrinária que os possibilitasse. Além disso, era rechaçado pela doutrina e pelo Judiciário qualquer posicionamento favorável à vinculação do legislador, mesmo de conteúdo programático, pois estava presente a concepção de soberania do legislador, fruto de uma construção jurídica de característica positivista (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 97).

Essa situação levaria necessariamente ao entendimento de que não é aplicável uma Constituição que preserve direitos sociais. A Constituição de Weimar foi rejeitada pelo legislador de 1949 principalmente sob a justificativa de não ter sido suficiente para barrar a ascensão do nazismo (KRELL, 1999, 244), quando os direitos fundamentais relativos à vida e à liberdade foram violentamente suprimidos.

Disso resultaram dois aspectos significantes na formulação dos direitos fundamentais na Lei Fundamental:

- a) No seu art. 1.3, dispõe que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis²³;
- b) Rejeitou-se um catálogo de direitos sociais – mesmo que não incluídos dentro dos direitos fundamentais;
- c) Houve aprofundamento na concepção clássica sobre direitos fundamentais, entendidos como tais somente os ligados ao princípio de liberdade do Estado de Direito Liberal, como resposta às atrocidades do Estado nazista.

20 Conforme MOTA, Carlos Guilherme (História Moderna e Contemporânea. São Paulo: Moderna, 1996, p. 215) a Alemanha, a Itália e a Bélgica procuraram compensar com agressividade o fato de terem chegado atrasadas à partilha colonial realizada pelas potências européias na África e na Ásia, por isso a Primeira Guerra tem seu início com a disputa de mercados coloniais.

21 Sobre a crise de 1929 escreve o historiador René Rémond: *A consequência social mais visível de todas é o desemprego. Filas de desempregados estendem-se diante das sopas populares, das agências de auxílio. Nos Estados Unidos, calcula-se em 12 milhões o número dos desempregados, 3 milhões na Inglaterra, 6 milhões na Alemanha, 1 milhão na Itália, meio milhão na França, sem contar os desempregados parciais. Em 1932 há, pelo menos, 30 milhões de desempregados no mundo inteiro, que perderam seu trabalho e seus recursos e dezenas de milhões de desempregados parciais. Ao todo, centenas de milhões de homens sofrem em decorrência da crise.* (RÉMOND, René. *O século 20, de 1914 aos nossos dias*. São Paulo: Cultrix, 1976, p.71-72.)

22 Sobre o assunto ver: TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 160-161.

23 A Constituição brasileira acompanhou essa tendência ao enunciar no parágrafo 1º do art. 5º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Entenderam-se os direitos humanos como direitos pré-estatais – conforme disposição no seu art. 1.1, sob os quais deve subsumir-se qualquer ordem estatal²⁴ – o que ainda vem sendo admitido pela doutrina alemã (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 73-74)²⁵.

A partir disso, formula-se uma teoria constitucional alemã, centrada nos direitos fundamentais, com abandono do positivismo jurídico²⁶, que dá àqueles característica de direito objetivo e conteúdo valorativo, a qual é assim explicada por Böckenförde (1993, p. 105):

El descubrimiento y desarrollo del carácter de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio/decisiones axiológicas data de la mitad de los años 50. Se encuentra en conexión con la discusión sobre la fundamentación del Derecho en la República Federal, discusión inevitable y obligada tras el derrumbamiento del Régimen N.S. y el fracaso del positivismo jurídico.

E somente de forma subsidiária, segundo o autor, é entendido o Estado social:

La Ley Fundamental, sin embargo, no se queda en esto, sino (una vez/también) que más bien ha acogido (tem incorporado) el problema central de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la concepción liberal del Estado que está tras de ella, la relativa ceguera frente a los presupuestos sociales de la realización de la libertad de derechos fundamentales, y ha proporcionado una solución positiva através de la fijación del cometido del Estado social como um principio constitucional vinculante y coordinado com el Estado de Derecho.(BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 70).

Portanto, é de caráter restritivo aos direitos sociais a teoria alemã dos direitos fundamentais, o que pode ser constatado em decisões do Tribunal Constitucional Alemão²⁷.

Andreas Joachim Krell tem contestado a forma como alguns teóricos brasileiros têm se baseado no direito alemão, de caráter restritivo, em relação à teoria dos direitos fundamentais. Segundo esse autor, em vista de que muitos preceitos da Constituição de 1988 foram inspirados na Lei Fundamental de 1949, a dogmática jurídica alemã é transponível para o Brasil. Mas o mesmo autor entende que isso não se aplica aos direitos sociais, uma vez que estes não constam na Constituição alemã.

Krell (1999, p. 244) lembra que

... os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira.

24 *La intención normativa fundamental del título de los derechos fundamentales es el recurso a los clásicos derechos de libertad y al principio de libertad del Estado de derecho liberal como respuesta a las elementales lesiones de la libertad de la época nacional-socialista. (...) Los derechos de libertad individuales se proclaman como derechos humanos preestatales (art. 1,1), y su garantía se declara fin preferente de la actuación estatal.* BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Op. Cit., p.69.
25 *El concepto de libertad que subyace a ésta organización de la libertad es el concepto de libertad de la libertad natural y preestatal: autonomía y autarquía. La libertad no surge como resultado de la organización social, sino que es anterior a ésta. Propiedad y trabajo, concebidos como fundamento y posibilidad sociales de la vida, son algo presupuestos en este concepto de libertad.* BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Op. Cit., p. 73/74.

26 O abandono ao positivismo, justificador do Estado nazista, foi de grande impacto. Krell diz que o filósofo Gustavo Radbruch, positivista ferrenho que mudou sua posição depois da Segunda Guerra, fala de uma injustiça legal, de direito suprallegal e de leis que não são direito. E a Corte Alemã julgou e condenou os soldados da extinta RDA que atiravam e matavam pessoas que queriam atravessar a fronteira para a RFA embora alegassem que havia uma lei que os autorizava. KRELL, Andreas Joachim. Op. Cit., p.257.

27 Como fonte de pesquisa – e que serviu de fonte para a afirmativa ver: SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Compilación de Sentencias.* Trad. Marcela Anzola Gil. Bogotá:Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez/Konrad-Adenauer-Siftung, 2003.



A possibilidade de consolidação de direitos sociais no Brasil, iniciados a partir da positivação na Constituição de 1934, sofrerá duros reveses, que se iniciam como a própria derrubada dessa mesma Constituição três anos após, seguida da política paternalista e sufocadora dos anseios e lutas populares realizada pela política populista implantada pelo Estado Novo, que teve seqüência nos governos que se seguiram até 1964 e culminaram com o período de “sufocação sem paternalismo” do Regime Militar.

Somente a partir da mobilização empreendida a partir dos anos finais do Regime Militar e da promulgação da Constituição de 1988 foi possível à sociedade brasileira iniciar uma movimentação que tivesse por objetivo a proclamação, a garantia e a efetividade de direitos sociais e políticos que se identificassem com a denominada cidadania social presente da Europa com o Estado de Bem-Estar Social levado a cabo no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial. O movimento ocorrido após a Segunda Guerra na Europa, de abandono do positivismo com a possibilidade de reencontro do direito com o compromisso ético, de realização da justiça social, somente chega ao Brasil já quase ao final do século XX.

Tal movimento traduziu-se na elaboração e proclamação da própria Constituição, consagradora de direitos que fazem parte do arcabouço de conquistas da humanidade, particularmente no aspecto da ocidentalização. Os direitos sociais nela inscritos, seja diretamente mediante princípios explícitos ou implícitos, denotam o seu caráter de vinculação à concepção de cidadania social pugnada por concepções que derivam da construção da noção teórica e prática de igualdade social realizada no Ocidente nos últimos cem anos.

Portanto, a Constituição Federal, ao proclamar direitos e garantias por meio de regras e princípios com forte conteúdo social disseminados em todos os seus títulos e capítulos – que devem ser interpretados como parte de um só sistema, adquiriu forma que a coloca na condição de reguladora e garantidora da cidadania social.

Mas não basta essa caracterização acima assinalada para que sejam efetivados e, portanto, concretizados os direitos fundamentais sociais no Brasil. É necessária a existência de modelo de jurisdição constitucional que possibilite essa concretização. Muito pouco tem se estudado e pesquisado o aspecto do judiciário brasileiro quanto ao seu comportamento frente à efetividade desses direitos. As características peculiares da sociedade brasileira podem estar exigindo a assimilação ou formulação de uma teoria de direitos fundamentais, que lhes dê amplitude máxima, e de um modelo de jurisdição constitucional que possa dar efetividade ampla a esses direitos.

Essa formulação deve sim levar em conta uma investigação que responda se o poder judiciário brasileiro está preparado para exercer papel mais expressivo no controle das políticas públicas quando provocado a agir na concretização da cidadania social que encontra suporte nos direitos fundamentais sociais declarados e garantidos pela Constituição Federal. Lênio Streck, parafrazeando Kägi, resume essa necessidade de investigação quanto ao comportamento do poder judiciário em uma frase emblemática: “Diz-me tua posição quanto à jurisdição e eu te direi o que entendes por Constituição” (KÄGI, apud STRECK, 1974, p. 219)²⁸.

5. CONCLUSÃO

Não basta somente que os direitos fundamentais sociais estejam declarados constitucionalmente para que tenham efetividade jurídica. Também é necessário que estejam alicerçados teoricamente na perspectiva que lhes dê amplitude máxima, mas principalmente o papel a ser exercido pelo Judiciário é fundamental nessa tarefa e encontra-se ligado a entendimentos de ordem teórico-prática vinculados ao modelo de jurisdição adotado pelo Estado. A atividade jurisdicional pode apresentar maior ou menor compromisso com a concretização dos

28 Cf. KÄGI, Werner. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945, p. 147. Apud STRECK, Lênio Luiz. *Quinze Anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais*. In: Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. v. 30, n. 92, Porto Alegre: AJURIS, 1974, p. 219.



direitos sociais na medida da sua ligação com uma ou outra teoria dos direitos fundamentais sociais. E uma investigação feita a partir dessa observação pode constar se a jurisdição constitucional brasileira apresenta tendência de concretização desses direitos, ou se, ao contrário, não se mostra objetivamente comprometida com a realização dos comandos constitucionais de justiça social emanados da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICHI, Vitor. y COURTS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Prólogo de BASTIDA, Francisco J. (Trad.) Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos Ver.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. El Derecho Constitucional como un compromiso permanentemente renovado. (entrevista a Eloy Garcia) in *Revista Jurídica Española: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 10, 1998.

ESTEVES, João Luiz Martins. *Cidadania e Judicialização dos Conflitos Sociais*. In *Revista Jurídica da Unifil*. Londrina: Unifil, n.1, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Significação e alcance das “Cláusulas Pétreas”. In *Revista de Direito Administrativo*, v.1, n. 202. Rio de Janeiro: Renovar, out/dez 1995.

GUEDES, Néviton. In: *Prefácio do livro de MARQUES NETO, Agostinho Ramalho [et al.] Canotilho e a constituição dirigente*. (Org.) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945.

KELSEN, Hans. *O Modelo Jurisdicional e Administrativo Austríaco*, in *KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional*. (com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Introd. rev. técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In *Revista de Informação Legislativa/Senado Federal*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1999.

_____. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** (Trad.) Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

MARHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status.** (Trad.) Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MOTA, Carlos Guilherme. **História moderna e contemporânea.** São Paulo: Moderna, 1996.

RÉMOND, René. **O Século 20, de 1914 aos nossos dias.** São Paulo: Cultrix, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 4.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira.* In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado.** v. 25, n.55. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2002.

SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Compilación de Sentencias.** (Trad.) Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez/Konrad-Adenauer-Siftung, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Quinze Anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais.* In: **Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.** v. 30, n. 92, Porto Alegre: AJURIS, 1974.

80

_____. *Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil.* In: **A constitucionalização do Direito: A Constituição como “locus” da Hermenêutica Jurídica.** (Org.) André Gustavo Corrêa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos.* In: MELLO, Celso de Albuquerque. [et al.] **Teoria dos Direitos Fundamentais.** (Org.) Ricardo Lobo Torres. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos.** São Paulo: Peirópolis, 2002.

VASAK, Karel. *Pour les Droits de l’Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité (Léçon inaugurale no Instituto Internacional dos Direitos do Homem),* Estrasburgo, 1979. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.



ENSAIO ACERCA DAS ANTINOMIAS E DEVER DE COERÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Juliana Kiyosen Nakayama¹
Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as antinomias no ordenamento jurídico. Segundo Norberto Bobbio, sistema é um conjunto de entes entre os quais existe uma ordem. É uma reunião ordenada e lógica de princípios e idéias. As normas, que se mantêm unidas por intermédio de certos princípios, são parte de um sistema. Contudo, essas normas não existem de maneira isolada. Nesse sentido, duas normas distintas e antagônicas podem ser aplicáveis a um mesmo caso particular, fenômeno que é denominado de antinomia. Portanto, antinomia é a existência de duas normas conflitantes e contraditórias, aparentemente com igual rigor, gerando um impasse na escolha e aplicação de uma delas ao caso concreto. O cerne da questão está nos critérios para solução das antinomias, sejam no âmbito do direito interno, do direito internacional ou no âmbito do direito interno-internacional, vez que tratam-se de normas perfeitamente válidas e de mesma hierarquia. A questão é extremamente controversa, já que nem mesmo os estudiosos do assunto têm opiniões semelhantes a esse respeito. Além disso, os meios de solução dessas antinomias não são utilizados de maneira adequada pelos teóricos do direito, resolvendo o conflito de forma insatisfatória.

Palavras-Chave: Antinomia. Sistema Jurídico. Norma Jurídica.

ASSAY CONCERNING THE ANTINOMIES AND DUTY OF COHERENCE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

81

ABSTRACT

The present work is about the law's conflicts. Second Norberto Bobbio, system is an assembly of entities between the which an order exists. It is a meeting ordered and logic of beginnings and ideas. The norms, united by certain beginnings, are part of a system. However, those norms do not exist isolated. Two distinct norms and in antagonism can be applicable to a same case, phenomenon that is named of *antinomia*. *Antinomia* is the existence of two norms in conflict and contradictory, apparently with equal severity, generating an doubt in the choice and application to the case. There are rules for solution of the conflicts, in the scope of the internal right, of the international right or in the scope of the internal-international right, because that treat of perfect valid norms and of same hierarchy. The question is extremely controversy, because the studios of the matter have similar opinions to that respect. The solution of those conflicts do not be utilized of the best way by the theoreticians of the right.

Keywords: Law Conflict. Legal System. Legal Norm.

1 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Paranaense – FACCAR. E-mail: junakayama@sercomtel.com.br.

2 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, professora da UNIFIL – Centro Universitário Filadélfia e da FACCAR – Faculdade Paranaense, advogada. E-mail: renataadv@bol.com.br.



1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as antinomias no ordenamento jurídico. Segundo Norberto Bobbio, sistema é um conjunto de entes entre os quais existe uma ordem. É uma reunião ordenada e lógica de princípios e idéias. As normas, que se mantêm unidas por intermédio de certos princípios, são parte de um sistema. Contudo, essas normas não existem de maneira isolada. Nesse sentido, duas normas distintas e antagônicas podem ser aplicáveis a um mesmo caso particular, fenômeno que é denominado de antinomia. Portanto, antinomia é a existência de duas normas conflitantes e contraditórias, aparentemente com igual rigor, gerando um impasse na escolha e aplicação de uma delas ao caso concreto.

O cerne da questão está nos critérios para solução das antinomias, sejam no âmbito do direito interno, do direito internacional ou no âmbito do direito interno-internacional, vez que tratam-se de normas perfeitamente válidas e de mesma hierarquia. A questão é extremamente controvertida, já que nem mesmo os estudiosos do assunto têm opiniões semelhantes a esse respeito. Além disso, os meios de solução dessas antinomias não são utilizados de maneira adequada pelos teóricos do direito, resolvendo o conflito de forma insatisfatória.

2 ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA

A palavra sistema tem origem grega e significa aquilo que é construído. Para Maria Helena Diniz (1998, p. 8), “é aparelho teórico, mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que por sua vez, não é sistemática”. Segundo a autora, o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela ciência do direito, sendo que a tarefa mais importante para o jurista é apresentar o direito, como forma de facilitar seu conhecimento e aplicação, de forma sistemática.

82

Para Bobbio (1997, p. 71), sistema é uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Sistema vem do grego *systema* e, trazendo o sentido de reunião, método, juntura, exprime o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e contribuindo para a realização de um fim. É o regime a que se subordinam as coisas. Assim, todo conjunto de regras, que se devem aplicar na ordenação de certos fatos, integrantes de certa matéria, constitui um sistema (SILVA, 1999)

Kelsen (1998) distingue os ordenamentos jurídicos em dois tipos, o sistema estático e o dinâmico. O sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo. As normas derivam de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados num sistema científico. Enfim, as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu conteúdo. Têm-se, como exemplo, os ordenamentos morais, porque fundado naquilo que as normas prescrevem.

Por outro lado, sistema dinâmico é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, através de autoridade e não de conteúdo; um ordenamento formal e não material. O ordenamento jurídico é julgado num critério formal, independente de conteúdo. Assim, num sistema dinâmico, duas normas em oposição são perfeitamente legítimas.

3 SIGNIFICADOS DE SISTEMA

Perassi (1999, p. 73) ensina que as normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático.



Na jurisprudência usa-se o termo “interpretação sistemática”, que é aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ou mais ordenamentos constituem uma totalidade ordenada. Na história da filosofia do direito, usa-se sistema para referir-se a direito natural.

Não há de se exigir que o sistema jurídico seja sistema lógico em que tudo resulte como consequência necessária e que a lógica possa sempre levar à formulação de regras jurídicas por mera dedução, nem retire ao juiz e até ao jurista a revelação de regras jurídicas, uma vez que não firmam ao sistema jurídico (MIRANDA, 1972, p. 248).

Segundo Canaris (1989, p. 22), a idéia de sistema jurídico encontra fundamento no princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para generalização.

Theodor Viehweg (apud FREITAS, 1995, p. 33-34) entende, ainda, que a determinação do sistema jurídico nunca é completa, resgatando a tópica aristotélica, desvenda a natureza peculiar do Direito e mostra que a jurisprudência deve ser vista como permanente discussão de problemas.

Sistema jurídico é o conjunto de regras e de princípios jurídicos, que se institui e se adota para regular todo corpo de leis de um país. Dentro dele, estabelecem-se os vários regimes jurídicos e se fundam as várias instituições legais, sejam de ordem interna, sejam de ordem externa (SILVA, 1999).

Enfim, o conceito de sistema jurídico, por Juarez Freitas (1995, p. 40),

é uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

O sistema do direito romano natural, que vem de Savigny, refere-se à expressão sistema para dizer que a jurisprudência se elevou como ciência, tornando-se sistemática. É um conceito que permite a redução de todos os fenômenos jurídicos a um esquema único e favorece a construção de um sistema no sentido de sistema empírico ou dedutivo.

Ao sistema jurídico fala-se em exigência de coerência entre suas partes simples. Não se diz coerência do ordenamento jurídico pelas razões a serem expostas nos próximos tópicos. Nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras.

4 CONCEITO DE ANTINOMIA

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular (DINIZ, 1998, p. 469).

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996, p. 14),

a antinomia real é a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir uma saída nos quadros de um ordenamento dado.



Canaris (1989, p. 200 a 205) denomina as antinomias como quebras no sistema, uma contradição de valores e de princípios, considerando que a colisão será apenas uma forma particular de contradições valorativas. Enfatiza, ainda, que a tônica das contradições jurídicas indesejáveis reside, justamente, no plano dos valores e dos princípios, sem cuidar apenas dos conflitos normativos.

Alude Juarez Freitas (1995, p. 62) que as antinomias jurídicas são definidas

como sendo incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.

De Plácido e Silva (1999) ensina que antinomia vem da palavra de origem grega (*antinomos*), e é aplicada para significar a contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil a sua interpretação. Ocorre também entre cláusulas de um mesmo contrato.

Só haverá antinomia real, se e, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar. Para existir antinomia, são necessárias duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis.

Contradições absolutas não se presumem. Carlos Maximiliano (1994, p. 356) diz que é dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições sobre o mesmo objeto e, após harmonizar o conjunto, deduzir o sentido e o alcance de cada uma.

Nesse sentido, pode-se observar que, para haver uma real antinomia, é necessária a presença de alguns elementos.

Para que haja antinomia, é preciso que as normas conflitantes sejam jurídicas. Não há conflito entre normas moral e norma jurídica (DINIZ, 1998, p. 22), pois referidas normas têm origem em ordenamentos diferentes (moral e jurídico, respectivamente).

Assim, ambas as normas conflitantes devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, devendo também estar em vigência, pois, ao contrário, não haveria conflito. Se uma das normas não está em vigência, evidentemente não tem valor e conseqüentemente, não se pode falar em conflito.

Outro elemento que caracteriza a existência de antinomia real é a necessidade de que ambas as normas devem emanar de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito. Além disso, devem ter operadores opostos, um obrigando e outro permitindo, sendo que seus conteúdos devem ser a negação interna um do outro (DINIZ, 1998, p. 23), ou seja, uma determina o ato, a outra prescreve a omissão. Finalmente, um último elemento é que o sujeito destinatário das normas conflitantes não tenha meios de solucionar o conflito, ficando numa posição insustentável.

Em suma, para que haja a antinomia real, é necessário que haja incompatibilidade entre as normas, ou seja, ambas podem ser aplicadas ao caso concreto, mas a aplicação de uma gera a impossibilidade de aplicação da outra. A incompatibilidade evidencia a discordância e heterogeneidade havida entre as coisas, de modo que se repelem. E, por essa razão, não podem existir juntamente, porque não se combinam, não se somam. Nem podem ser tratadas ou exercidas juntas. Há impedimento. Quando não é a lei que mostra a existência da incompatibilidade, ela se revela pela diversidade ou contrariedade de interesses ou discordância de finalidade entre duas coisas. Possui sentido oposto à conexão ou analogia, onde há semelhança ou identidade de coisas, que se podem unir e se dizem compatíveis (SILVA, 1999).

Não se deve deixar de lembrar, ainda, na antinomia real a indecidibilidade, pois o sujeito não sabe qual das normas aplicar ao caso concreto e necessidade de decisão, pois o sujeito é compelido a decidir qual das normas aplicará ao caso.

5 CLASSIFICAÇÃO DAS ANTINOMIAS

As antinomias podem ser classificadas de várias maneiras. Segundo Maria Helena Diniz (1998, p. 470-471), são quatro as formas de classificação, quais sejam, quanto ao critério de solução, quanto ao conteúdo, quanto ao âmbito, quanto à extensão da contradição.

5.1 Antinomia Quanto ao Critério de Solução

O critério de solução para classificação das antinomias é dividido em antinomia aparente e antinomia real. Tem-se a antinomia aparente se os critérios para a sua solução forem normas integrantes do ordenamento jurídico. A antinomia real ocorre quando não houver na norma jurídica qualquer critério normativo para solucioná-la. Nesse caso, para a solução da antinomia é imprescindível a edição de uma nova norma.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996), na antinomia real a posição do sujeito é insustentável porque há lacuna de regras de solução, ou seja, ausência de critério para selecioná-la; ou antinomia de segundo grau, ou melhor, conflito entre critérios existentes.

A diferença entre antinomia aparente e real é vista quando o reconhecimento da antinomia real não exclui a possibilidade de uma solução efetiva, pela edição de nova norma, que escolha uma das normas conflitantes, ou pelo emprego da interpretação equitativa, recuso ao costume, etc. A antinomia real é solúvel e, mesmo assim, é uma antinomia porque a solução dada pelo órgão judicante a resolve tão somente no caso concreto, não suprimindo sua possibilidade no todo do ordenamento jurídico. Com a hipótese de edição de nova norma, que pode eliminar a antinomia, mas gerar outras, concomitantemente.

5.2 Antinomia Quanto ao Conteúdo

A classificação da antinomia quanto ao conteúdo são divididas em própria e imprópria. A antinomia própria ocorre quando uma conduta aparece ao mesmo tempo prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, prescrita e proibida.

A norma do Código Militar, por exemplo, prescreve a obediência incondicionada às ordens de um superior. Já a norma do Código Penal, proíbe a prática de privar alguém de liberdade. Assim, quando um capitão ordena o enclausuramento de um prisioneiro de guerra, o soldado vê-se às voltas de duas normas conflitantes. Somente uma delas pode ser tida como aplicável e essa será determinada por critérios normativos.

Antinomias próprias caracterizam-se pelo fato de o sujeito não poder atuar segundo uma norma sem violar a outras, devendo optar, e esta sua opção implica a desobediência a uma das normas em conflito, levando-o a recorrer a critérios para resolver a situação.

Por outro lado, a antinomia imprópria ocorre em virtude do conteúdo material das normas. É subdividida em antinomia de princípios, valorativa, teleológica e técnica (ENGISCH, 1964, p. 258 a 263).

A primeira, antinomia de princípios, surge quando houver desarmonia numa ordem jurídica pelo fato de dela fazerem parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito. Ou seja, quando as normas de um ordenamento protege valores opostos, como liberdade e segurança.

A antinomia valorativa, acontece quando o legislador não é fiel a uma valorização por ele próprio realizada. Como exemplo, cita-se a prescrição, pelo magistrado, de pena mais leve para um delito mais grave.

Outra subdivisão da antinomia imprópria, a teleológica, tem lugar quando há incompatibilidade entre os fins propostos por certa norma e os meios previstos por outra para a consecução daqueles fins.



Finalmente, a antinomia técnica, surge quando há falta de uniformidade da terminologia geral. Assim, um mesmo conceito jurídico tem significados diferentes, dependendo da norma jurídica. Exemplo clássico é o conceito de posse no direito civil, que é diverso do conceito de posse do direito administrativo (DINIZ, 1998, p. 28).

5.3 Antinomia Quanto ao Âmbito

Uma outra classificação das antinomias é quanto ao âmbito, que também possui ramificações. A antinomia de direito interno surge entre as normas de um mesmo ramo de direito ou entre aquelas de diferentes ramos jurídicos. Ou seja, duas normas de direito administrativo em conflito ou uma norma de direito administrativo em conflito com uma norma de direito constitucional.

Há também outra divisão, a antinomia de direito internacional que aparece entre as convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais, opinião dos publicistas, normas criadas pelas organizações internacionais.

Finalmente, há antinomias de direito interno-internacional, que surgem entre normas de direito interno e norma de direito internacional.

5.4 Antinomia Quanto à Extensão da Contradição

Quanto à extensão da contradição, surgem três classificações, quais sejam, a antinomia total-total, a total-parcial e a parcial-parcial.

A primeira delas surge se uma das normas não puder ser aplicada em nenhuma circunstância sem conflitar com outra. Uma norma permite a conduta, enquanto a outra norma proíbe a mesma conduta.

86

A antinomia total-parcial acontece se uma das normas não puder ser aplicada sem entrar em conflito com outra, que tem um campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte. Utiliza-se, como exemplo, as palavras de Maria Helena Diniz (1998, p. 23), que dispõe sobre norma que proíbe a pesca, por estrangeiros, em águas brasileiras, enquanto que outra norma permite a pesca por estrangeiros domiciliados no Brasil há mais de dois anos.

Já a antinomia parcial-parcial nasce quando duas normas tiverem um campo de aplicação que, em parte, entra em conflito com o da outra. Ou seja, parte é conflitante, parte não é.

6 CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS

Para haver conflito normativo, é necessário que as normas em questão sejam válidas. Isso porque, se uma delas não tiver valor, não existirá juridicamente e, conseqüentemente, não haverá antinomia.

Diante de um conflito de normas, a ciência jurídica indica critérios normativos para solução desse conflito. Esses critérios para solução de antinomias no direito interno são princípios jurídico-positivos.

6.1 Critérios de Solução no Direito Interno

Um desses critérios é o hierárquico, conhecido pela expressão *lex posterior derogat legi inferiori*. A ordem hierárquica entre as fontes servirá para solucionar conflitos de normas em diferentes níveis, não importando a ordem cronológica delas. Para Kelsen (1998, p. 33-34), esse conflito não existe entre normas de diferentes escalões, pois a norma inferior só terá validade se estiver em harmonia com a norma superior.



O critério cronológico, segundo o qual *lex posterior derogat legi priori*, estabelece que, para normas do mesmo escalão, a validade da norma prescrita anteriormente está condicionada à compatibilidade com a norma prescrita por último. Caso isso não ocorra, prevalece a última norma.

Um outro critério para solução de antinomias é o da especialidade. Tal critério prescreve que *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, a superioridade da norma especial sobre a geral. Assim, se uma norma contém todos os elementos da norma geral, tendo-lhe sido acrescidos outros elementos objetivos e subjetivos, denominados especializantes, é chamada de especial. A relevância jurídica dos elementos que contém a norma especial fazem com que essa prevaleça sobre a norma genérica.

6.2 Critérios de Solução no Direito Internacional Público

Conforme dito, podem surgir conflitos entre normas de direito internacional. E, assim como na solução de conflitos entre normas de direito interno, existem critérios para a solução de conflitos entre normas de direito internacional.

Como aponta Salmon (1965, p. 285 a 314), existem quatro critérios. O primeiro deles, *prior in tempore potior in jus*, estabelece que a obrigação anteriormente assumida prevalece, desde que não tenha sido elaborada pelas mesmas partes. É o Princípio da primazia da obrigação anteriormente assumida. Outro critério, o *Lex posterior derogat prior*, aplica-se sempre que o segundo tratado ditar as leis dos Estados signatários do primeiro. Um terceiro critério é o da *Lex specialis derogat generali*, ou seja, da especialidade, aplicável nos casos de tratados sucessivos entre os mesmos signatários. Finalmente, o critério *Lex superior derogat inferiori*. Nesse caso, a norma superior derroga a inferior, pois está ligado ao valor por ela objetivado.

6.3 Critérios de Solução entre Normas de Direito Internacional Público e Normas de Direito Interno

87

Quando uma lei interna contraria um tratado internacional, há um conflito entre normas de direito interno-internacional. Havendo esse conflito, a jurisprudência consagra a superioridade da norma internacional sobre a norma interna, caso esse conflito seja submetido a um juízo internacional.

Contudo, se o conflito for levado para um juiz interno apreciar, ele poderá reconhecer a superioridade da lei interna, bem como a autoridade relativa do tratado internamente. Outra solução poderá ser a de reconhecer a prevalência do tratado sobre a lei mais recente cronologicamente.

7 ANTINOMIA DOS CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE NORMAS

Em algumas situações, pode acontecer antinomias entre os critérios de solução dos conflitos de normas. Assim, a um mesmo conflito de normas, existem dois critérios distintos perfeitamente aplicáveis, mas que não podem ser concomitantemente utilizados, pois a solução seria distinta em cada situação. Essa antinomia recebe o nome de antinomia de segundo grau.

É o que acontece no conflito entre uma norma constitucional anterior e uma norma ordinária posterior. Pelo critério hierárquico, haverá preferência pela primeira e, pelo cronológico, a preferência será pela segunda (DINIZ, 1998, p. 49).

Como acontece em outros conflitos, a ciência jurídica estabelece critérios para solução de antinomias de segundo grau. Se a antinomia ocorre entre critérios hierárquico e cronológico, o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico. Assim há eliminação da norma inferior, mesmo que esta seja posterior (BOBBIO, 1999, p. 107).



Por outro lado, se há conflito entre os critérios de especialidade e cronológico, o mesmo só existirá quando uma norma anterior especial é incompatível com uma norma posterior geral. A lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente (BOBBIO, 1999, p. 108).

Finalmente, pode acontecer o conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, que são dois critérios fortes entre si. Assim, quando uma norma superior-geral é incompatível com uma norma inferior-especial, não existe solução consolidada, sendo essa dependente do intérprete (BOBBIO, 1999, p.109).

8 CONCLUSÃO

Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias. Essa regra é dirigida apenas àqueles que têm relação com a produção e a aplicação das normas. Para o legislador, conforme registra Bobbio (1999, p. 110) seria, “não deveis criar normas que sejam incompatíveis com o sistema e, para os aplicadores, caso esbarrem em antinomias, devem eliminá-las”.

A coerência não é condição de validade para o ordenamento jurídico, mas sim uma condição de justiça. E quando duas normas contraditórias são válidas e pode haver indiferentemente aplicação de uma ou de outra, são violadas suas exigências fundamentais que inspiram o ordenamento jurídico, quais sejam, exigência de certeza, que corresponde ao valor da paz ou da ordem e exigência da justiça, que corresponde ao valor da igualdade.

Justiça é o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei. É, assim, aproveitando as palavras de Silva (1999) a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhecem a legitimidade dos direitos e se restabelece o império da própria lei. Entre os povos organizados, a justiça é o próprio fundamento dos poderes públicos, que se instituem por delegação da soberania popular. E que a justiça é o próprio Direito realizado. Em sentido restrito, é o vocábulo empregado na equivalência de organização judiciária. Indica, assim, o aparelhamento político-jurídico destinado à aplicação do Direito aos casos concretos, a fim de fazer a justiça.

88

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. (Trad.) Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gullbekian, 1989, p.22.

DINIZ, M. H. **Conflito de Normas**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

ENGISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste-gulbenkian, 1964.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 7, São Paulo: Saraiva [19..].

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1996.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. tomo 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

SALMON. Les antinomies en droit international public. In: **Les antinomies in droit**. Bruxelles: Perelman, 1965.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. CDROM. Rio de Janeiro: Forense, 1999.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Letícia de Souza Baddaury¹
Janaína Braga Norte²

RESUMO

Este artigo aponta algumas idéias e questionamentos sobre o Tribunal Constitucional, especialmente no que tange sua legitimidade, alcance e limites de sua atuação. Apresenta, também, a relação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, segundo a proposta de Robert Alexy.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional. Legitimidade Jurisdição Constitucional. Jurisdição Ordinária.

CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

This article points some ideas and questionings on the Constitutional Court, especially about its legitimacy, reach and limits of its performance. It presents, also, the relation between constitutional jurisdiction and usual jurisdiction, according to proposal of Robert Alexy.

Keywords: Constitutional Court. Legitimacy. Constitutional Jurisdiction. Usual Jurisdiction.

89

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é de um breve estudo sobre a atuação do Tribunal Constitucional. Seu objeto constitui um dos mais atuais e polêmicos temas do Direito Constitucional Processual e da Hermenêutica Constitucional. Assim, por sua brevidade, tem o objetivo tão-somente de lançar algumas das principais idéias e questionamentos que têm sido tratados pela doutrina constitucionalista, buscando contribuir com o alargamento do debate acadêmico sobre tema essencial ao exercício da jurisdição, especialmente tendo em vista a implementação dos direitos fundamentais.

O trabalho encontra-se dividido em duas partes. Na primeira parte, são tratadas questões relacionadas ao Tribunal Constitucional. O estudo da instituição Tribunal Constitucional, cuja missão precípua é zelar pela observância da Constituição por parte dos particulares e do próprio Estado, envolve diversos aspectos. Neste trabalho, são abordadas duas questões de extrema relevância no estudo desse tipo de tribunal: sua legitimidade e o alcance e limites de sua atuação.

Na segunda, é apresentada a relação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, segundo a proposta de Robert Alexy de uma “dogmática dos espaços”. A análise feita a partir da proposta do referido doutrinador alemão justifica-se por tratar-se de uma das maiores autoridades mundiais em matéria de direitos fundamentais. Finalmente, são tecidas algumas considerações finais sobre o tema.

1 Professora de Direito Processual na Universidade Estadual de Londrina, no Centro Universitário Filadélfia, na Escola do Ministério Público do Paraná e na Escola Superior de Advocacia do Paraná. Mestre em Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Londrina. Advogada.

2 Mestre em Direito Civil na Universidade Estadual de Londrina.



2 LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1 Legitimidade Tecnocrática

A doutrina constitucional e processual já muito divergiu sobre o fato de ser legítima, ou não, a existência de um órgão do Poder Judiciário destinado a controlar a constitucionalidade das normas. A principal razão para essa divergência encontra-se na indagação sobre se a natureza da atividade de controle de constitucionalidade das normas é política ou jurídica. Isso porque, em sendo política, entende-se que não seria atividade legitimamente desenvolvida pelo Judiciário, devendo ficar a cargo somente do Legislativo e Executivo. Dentro dos limites deste trabalho, seria descabido adentrar-se na discussão sobre as funções do Estado (jurisdicional, legislativa e administrativa). Logo, a perquirição sobre a natureza da atividade desenvolvida por um Tribunal Constitucional limita-se aos fins do trabalho, ou seja, saber se esse Tribunal está ou não autorizado a assumi-la. Passa-se a análise dos fatores que podem determinar a natureza da atividade em questão quando desenvolvida pelo Tribunal Constitucional.

É notório que a nomeação dos membros do Tribunal Constitucional é, na generalidade dos países, feita por indicação de membros do Poder Legislativo e do Chefe do Executivo. No entanto, o fato de o parlamento precisar aprová-la afasta esse caráter pessoal e, apesar de essa indicação ter origem política, não há contaminação da função jurídica do tribunal. Isso porque os membros do Tribunal Constitucional têm perenidade em seus cargos, sendo a eles garantida vitaliciedade (por exemplo, no Brasil) ou a atribuição de um mandato certo (Alemanha, Portugal). Sendo assim, o órgão permanece, enquanto os governos passam.

Além disto, não existe “partidarização” do juiz. Os votos dos juízes não são diversos em razão do “partido” ao qual pertencem, como ocorre no Legislativo. Eles não precisam prestar contas a quem os indicou. Ou seja, resta preservada sua independência. As pressões porventura existentes (não se ignora que existam) são feitas por vias jurídicas e públicas, por meio da argumentação constante das peças e sustentações apresentadas pelas partes no processo.

90

Do mesmo modo, embora a Constituição seja vista como um instrumento político, na medida em que regula a atividade política, o exercício do poder, não se pode concluir que a atividade de quem interpreta a Constituição seja política. Ocorre que, mesmo a matéria sendo política, a decisão do Tribunal não é, pois que se dá por critérios e métodos jurídicos. Nesse sentido, “o Tribunal Constitucional converte-se em ‘parte institucionalizada’ de conformação do processo político através de actos jurídicos” (CANOTILHO, 2003, p. 1305).

O modelo adotado para o processo decisório no âmbito do Tribunal Constitucional é jurisdicional.

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também tem um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas (KELSEN, 2003, p. 123-124).

O método jurisdicional é baseado na fundamentação e racionalidade das decisões. Segue-se o procedimento pré-estabelecido adotado nos processos jurisdicionais. Tanto assim que o juiz somente tem duas opções de julgamento: procedência ou improcedência (considerando-se o julgamento de mérito). A decisão judicial constitucional advém de “um rigoroso método objetivo de interpretação e aplicação da Constituição, que garanta o acerto e a segurança desejados, bem como demonstre com extremo rigor e clareza sob quais fundamentos e justificativas a decisão foi tomada” (TAVARES, 1998, p. 48). Os fundamentos exigidos em toda decisão judicial (artigo 93, IX, CF) são sempre argumentos jurídicos, sem posição política no sentido partidário. O parâmetro do juiz é o direito objetivo. Já o legislador pode inaugurar o regramento de determinado assunto.



Reflexo dessas diferenças entre o processo legislativo e jurisdicional encontra-se na constância possível das decisões judiciais (jurisprudência), o que não ocorre nas decisões parlamentares.

É claro que uma decisão judicial tem efeitos políticos, bem como envolve um *quantum* de opção política do julgador. Porém efeitos políticos não se confundem com o processo de tomada de decisão. E a opção política do juiz encontra-se no campo da hermenêutica, e não do método jurisdicional de decidir. Ademais, opção política do juiz existe também na jurisdição ordinária, assim como os efeitos políticos.

Portanto, não se ignora existirem diversos componentes políticos no exercício da jurisdição constitucional pelo Tribunal Constitucional. Contudo, tais componentes não são idôneos a deslocarem o Tribunal de sua posição jurisdicional. A atividade jurisdicional constitucional permanece sendo atividade jurídica.

Contudo, mesmo considerando-se a atividade do Tribunal Constitucional como sendo jurídica, é importante ressaltar que, muitas vezes, o Tribunal Constitucional é “acusado” de proferir decisões políticas. Isso ocorre tendo em vista eventual criação do Direito feita pelos magistrados. Quanto mais discricionariedade tem o juiz, mais político é o caráter de seu julgamento. Obviamente, o juiz não é um ser “apolítico”, pois sofre influências extrajurídicas em seus julgamentos, possui convicções pessoais, etc. O magistrado certamente considera os efeitos políticos de sua decisão antes de proferi-la. No entanto, não lhe é dado deslegitimar a lei. Ao concretizar os conceitos “fluidos” da Constituição, o Tribunal Constitucional atua politicamente. Quando a Constituição adota valores, é preciso que o juiz entenda previamente o significado do valor, o que é definido politicamente. Há certa carga de criação do Direito. E, se criar Direito é tarefa política, então é exercida também pelo Tribunal. Ocorre que a questão política somente ingressa legitimamente no domínio do Tribunal por meio da interpretação constitucional. O que existe é uma junção entre o político e o jurídico na hermenêutica constitucional (na verdade, também na hermenêutica não constitucional).

O exposto até aqui demonstra a legitimidade tecnocrática (competência e procedimento) do Tribunal Constitucional. Porém, talvez ainda mais importante seja a demonstração da legitimidade democrática deste Tribunal.

2.2 Legitimidade Democrática

A legitimidade democrática do Tribunal Constitucional coloca-se em razão da tensão existente entre a jurisdição constitucional e a maioria legislativa nos Estados que adotam o sistema democrático representativo. Neste contexto, a jurisdição constitucional exercida por esse Tribunal é uma restrição à democracia representativa. Isso em razão de o juiz poder “excluir” do ordenamento norma produzida pelos legítimos representantes do povo. A questão é, portanto, a justificação dessa restrição.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que é da própria Constituição que o Tribunal Constitucional retira sua legitimidade. Suas decisões prevalecem sobre as do legislador ordinário porque o povo assim desejou. As manifestações do poder constituído somente têm validade se sujeitas à Constituição. Em segundo lugar, o povo participa, ainda que indiretamente, por meio de seus legisladores e administradores eleitos, da escolha dos membros do Tribunal.

Ao lado das questões formais indicadas acima, destaca-se o alcance do verdadeiro sentido do princípio democrático para compreensão da legitimidade do Tribunal Constitucional. O sustentáculo básico de sua legitimidade democrática é a complementaridade existente entre democracia (representativa) e Estado de Direito. A democracia, embora concebida como governo da maioria, somente existe se garantir o respeito às minorias. O princípio democrático não se restringe ao princípio majoritário. A vontade da maioria de hoje não pode ser contrária a Constituição. As questões de princípio não podem ser sujeitas à escolha majoritária conjectural. Como defende Ronald Dworkin (2001, p. 24) “o espírito da democracia é aplicado quando se respeitam esses princípios”. Na democracia, as minorias e seus direitos historicamente conquistados não são “sufocados” pela maioria.



Por outro lado, no Estado de Direito, estão garantidos a supremacia das normas constitucionais, os direitos fundamentais e o controle do poder. É também atribuição do Tribunal Constitucional a proteção dos direitos fundamentais, o controle das regras da democracia representativa e participativa, o controle do funcionamento dos poderes públicos e a preservação do equilíbrio da federação. Esta necessidade de proteção do Estado de Direito autoriza o Judiciário a defender os princípios constitucionais básicos. A idéia de proteger as liberdades pela lei foi superada pela idéia de proteger as liberdades contra a própria lei. Assim, necessária a existência de uma autoridade encarregada de impor ao legislador o respeito à Constituição. O contrário seria a perda da própria legitimidade do mandato político.

Conclui-se, portanto, ser legítima, tanto formal como materialmente, a atuação do Tribunal Constitucional no controle da constitucionalidade das normas; e mesmo para além desse controle, ou seja, na defesa do Estado de Direito. Problema diverso é a delimitação da atuação desse Tribunal ao fazê-lo, o que será tratado a seguir.

2.3 Alcance e Limites de Atuação do Tribunal Constitucional

Para iniciar as considerações sobre o alcance e os limites da atuação dos Tribunais Constitucionais cabe fazer uma breve análise do Poder Judiciário, conseqüentemente, da Justiça Constitucional, no panorama estabelecido pela pós-Segunda Guerra Mundial. Segundo Lenio Luiz Streck (2004, p. 38), essa época foi marcada pela “incorporação dos compromissos ético-comunitaristas na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também ‘resgatar a força do Direito’, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição”.

Foi assim que o Estado Democrático de Direito superou as noções anteriores do Estado Liberal e Estado Social de Direito. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca das aspirações apontadas pelo texto constitucional, entendido no seu todo como dirigente, valorativo e principiológico.

Eis aí o limite de atuação do Tribunal Constitucional: a lei, a Constituição do Estado Democrático de Direito, pois, embora as decisões dos Tribunais Constitucionais possam ter conotações políticas, possuem fundamentação, sempre, de cunho jurídico.

Como já apontado, a democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no período pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujo texto positiva os direitos fundamentais e sociais. Assim, o *Welfare State* confiou à Justiça Constitucional a guarda da vontade geral (legitimidade democrática), encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.

Diante dessa nova realidade, para apontar os limites de atuação desse Tribunal Constitucional, Lênio Streck³ propõe que se apresente o problema a partir de dois eixos analíticos: o procedimentalismo, capitaneado por Habermas, Garapon e Ely e o substancialismo, sustentado por Dworkin, Cappelletti, Paulo Bonavides e Celso Antônio Bandeira de Mello.

A fim de apresentar um panorama geral das divergências em torno desses limites, apesar de existirem várias correntes, optou-se, neste trabalho, por um enfoque a partir dos eixos analíticos sugeridos pelo referido autor, ou seja, procedimentalismo e substancialismo.

O procedimentalismo habermasiano utiliza-se da teoria do discurso para realizar a interpretação da política e do Direito. Nessa visão da teoria do discurso, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes do Estado, ou seja, o Executivo submete-se ao controle Legislativo e Judicial, mas esses dois últimos Poderes não admitem um controle do Execu-

³ “Sem pretender reduzir a discussão a uma polarização a duas posições ou teses, mas correndo (e assumindo) o risco de assim fazer, é possível assentar o problema a partir de dois eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo”. In STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154.

tivo; do mesmo modo que o Poder Judiciário não possui meios de coerção contra ações ou omissões do Legislativo ou do Executivo.

Essa corrente contrapõe-se à leitura moral da Constituição e privilegia a democracia representativa de tal modo que entende que a divisão de Poderes do Estado não pode ser ferida pela atuação de um tribunal.

Por isso que para o filósofo alemão, a existência de Tribunais Constitucionais não é auto evidente. E, mesmo onde eles existem, e ele se restringe à Alemanha e aos Estados Unidos, há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências e sobre a legitimidade de suas decisões. Critica, assim, a idéia de concretização dos valores materiais constitucionais.

Verifica-se, então, que o modelo de democracia proposto pelo procedimentalismo é calcado, como o próprio nome diz, em procedimentos que asseguram a formação democrática da formação da vontade e que exige uma identidade política ancorada da democracia.

Para essa corrente o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando a proteger um processo de criação democrática do Direito. Assim, o Tribunal Constitucional deve zelar pela gênese democrática do ordenamento jurídico abstendo-se do julgamento de valores.

Por outro lado, a corrente substancialista prega que a Constituição é a explicitação do contrato social e por isso defende a idéia de que o Judiciário não pode ter uma atitude passiva diante da sociedade. Propõe uma mudança radical de paradigma de Direito, em que um processo hermenêutico, orientado por princípios, produziriam decisões dotadas de valores. Segundo essa corrente, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente os contidos nos textos constitucionais.

Desse modo, o Poder Judiciário, e em especial a Jurisdição Constitucional, passa a ter um papel de absoluta relevância, uma vez que este não pode assumir uma postura passiva perante a sociedade. Deve, assim, a Jurisdição Constitucional efetuar uma análise das condições de validade da lei não somente no âmbito constitucional, mas também de conteúdo conforme princípios de justiça estabelecidos na Constituição.

Dito isso, na esteira das teses substancialistas, o Tribunal Constitucional deve assumir uma postura intervencionista, concretizando os direitos fundamentais explícitos e implícitos no texto Constitucional de um Estado Democrático de Direito, consubstanciando a chamada “jurisprudência de valores”, e se distanciando da postura absentista, própria do modelo procedimentalista.

Por fim, importa ressaltar que, no plano do ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma das duas teses, seja o procedimentalismo ou o substancialismo, é perceptível. O Brasil ainda está em um processo de construção de sua democracia sólida, capaz de resguardar e concretizar seus direitos e de garantir a preservação de procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E JURISDIÇÃO ORDINÁRIA: DOGMÁTICA DOS ESPAÇOS

A relação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária é aqui apresentada a partir da compreensão do jurista alemão Robert Alexy.

Segundo Alexy (2003), as questões existentes na relação jurisdição constitucional e jurisdição ordinária são as mesmas existentes entre Tribunal Constitucional e legislador. Importante lembrar que o autor em questão desenvolve sua teoria sob o enfoque dos direitos fundamentais, sendo uma de suas obras mais célebres a *Theorie des Grundrechte*.

O tipo e extensão dos problemas da relação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária são determinados por dois fatores: força de validade formal e densidade de normalização material da Constituição. Esta tem validade extremamente formal porque vincula os todos os poderes públicos. Quando a densidade de normalização material é limitada e determinável, o sistema não sofre problemas. Contudo, quando essa densidade é ilimitada, surge o risco de o



Tribunal Constitucional possuir uma plenitude de poderes “insuportável”. Essa baixa densidade acontece ao se inserirem nas Constituição valores ou princípios. Apesar dessa observação, feita por Hans Kelsen em 1928, quanto ao risco da baixa densidade de normalização da Constituição, os conteúdos constitucionais materiais expandiram-se, e o Tribunal Constitucional alemão qualificou os direitos fundamentais como um sistema de valores.

Com a elevação dos direitos fundamentais a princípios supremos de toda a ordem jurídica, a Constituição torna-se a ordenação fundamental jurídica da comunidade. Com isto, corre-se o risco de uma “sobreconstitucionalização”. Isto é, de entender-se que a Constituição já contém toda a ordem jurídica, perdendo significado o processo político-democrático. Ainda, se a Constituição contivesse toda a ordem jurídica, ela determinaria completamente cada decisão da jurisdição ordinária. O Tribunal Constitucional tornar-se-ia uma instância de super-revisão e “devoraria” todos os poderes. Alexy (2003) entende que o problema da “sobreconstitucionalização” resolve-se em uma dogmática dos espaços e esta parte dos direitos fundamentais.

O conceito de espaço está ligado ao de ordenação-quadro. A Constituição traça para o legislador um quadro, ao prever o que é proibido, obrigatório e permitido. Onde não há conduta necessária (obrigatório) nem impossível (proibido), resta o espaço (permitido). A idéia de ordenação-quadro é compatível com a de ordenação-fundamental na medida em que a Constituição não esgota todas as condutas nos modais obrigatório e proibido. A ordenação-fundamental decide apenas as questões fundamentais (a análise de quais seriam estas extrapola os limites do trabalho desenvolvido pelo autor), deixando outras em aberto. Dependendo da capacidade de solução do problema dos espaços, torna-se possível conseguir o equilíbrio entre ordenação-quadro e ordenação-fundamental.

Os espaços deixados pela Constituição podem ser estruturais ou cognitivos. O espaço estrutural existe onde há ausência de obrigatoriedade e de proibição. Onde o espaço estrutural começa, termina o controle jurisdicional da constitucionalidade. Já o espaço cognitivo nasce dos limites da capacidade de cognição dos limites da Constituição.

94 Os espaços estruturais subdividem-se em: de determinação da finalidade, de escolha média e de ponderação. Onde existe autorização de intervenção em um direito fundamental, deve haver uma seleção das finalidades do direito bem como uma seleção da medida de realização da intervenção. O recurso à proporcionalidade faz-se necessário. Trata-se do espaço de determinação da finalidade, que se encontra enlaçado a outros espaços aos quais o exame da proporcionalidade conduz, demonstrando a complexidade da dogmática dos espaços.

Quando o direito fundamental ordena a intervenção, uma ação positiva, a questão encontra-se na escolha do meio idôneo para operá-la. Trata-se do espaço de escolha médio. O problema desse espaço encontra-se na possibilidade de a intervenção ferir outro objetivo ou princípio. Tal problema leva o enlace desse espaço ao espaço de ponderação e ao espaço cognitivo.

O espaço de ponderação representa o papel da proporcionalidade na dogmática-quadro. Ocorre onde a Constituição não decide a colisão entre os direitos. A solução encontra-se na adoção da “lei de ponderação material”: quanto mais alto for o grau de não realização ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância de realização do outro. Segundo Alexy (2003), é possível estabelecer-se uma escala para a ponderação e, quanto mais refinada a escala, menos os empates existem.

O espaço cognitivo ocorre onde há divergência sobre o que é realmente proibido, obrigatório e permitido pela Constituição. Divide-se em empírico e normativo.

O Tribunal Constitucional (referência ao alemão) permite ao legislador intervir no direito fundamental com base em estimativas “sustentáveis” das repercussões de suas medidas, ou seja, com base em premissas incertas. Entende-se que, na incerteza, deve ser escolhida a intervenção mais favorável à realização do direito fundamental. Ocorre que isso conduziria a uma quase incapacidade de intervenção do legislador. Assim, nesse espaço, que é qualificado de cognitivo empírico, aplica-se a lei de ponderação cognitiva: quanto mais grave a intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas sustentadoras da intervenção.

O espaço cognitivo normativo sustenta maiores problemas que o empírico. Cada espaço normativo significa uma supressão do controle jurisdicional da vinculação à Constituição. Parte dos problemas é resolvida pelo espaço de ponderação estrutural (lei de ponderação material)

ou pelo espaço empírico (lei de ponderação cognitiva). A concessão de espaço normativo significa que os próprios vinculados decidem sobre sua vinculação. A vinculação decorre do caráter obrigatório da Constituição para todos os órgãos do Estado (o que Kelsen chamou de força de validade formal extrema). Até onde os espaços normativos alcançam, existe uma cooperação entre a jurisdição constitucional e a ordinária. Nesse espaço, os julgadores ordinários exercem jurisdição constitucional material. Funcionam como “pequenos tribunais constitucionais”.

4 CONCLUSÃO

Diante da argumentação exposta considera-se a atividade desenvolvida pelo Tribunal Constitucional como sendo jurídica, garantindo, assim, sua legitimidade para o exercício do controle da constitucionalidade das normas. Embora existam nela componentes políticos, estes não são idôneos a desqualificar a atividade do Tribunal como jurídica, pois o método adotado nas decisões do Tribunal Constitucional é o jurisdicional, baseado em um procedimento racional e em decisões fundamentadas com argumentos jurídicos.

Ademais, a questão política somente entra no domínio do Tribunal Constitucional legitimamente através da hermenêutica constitucional. E no tocante ao ato político de indicação membros do Tribunal Constitucional, cumpre observar que tais membros têm sua independência garantida pela vitaliciedade ou pelo mandato.

Desse modo, os efeitos políticos e a opção política do juiz não tornam a jurisdição constitucional política. Apenas demonstram que existe uma integração entre o político e o jurídico. Tanto é jurídica a atividade desse tribunal que a sua legitimidade tecnocrática lhe é conferida pela adoção do procedimento jurisdicional e pela atribuição de competência pela própria Constituição. Já, a sua legitimidade democrática tem como sustentáculo a relação de complementaridade entre o princípio democrático e a preservação do Estado de Direito.

Observou-se, também, como limite de atuação do Tribunal Constitucional, a lei, a Constituição do Estado Democrático de Direito, pois, embora as decisões dos Tribunais Constitucionais possam ter conotações políticas, possuem fundamentação, sempre, de cunho jurídico.

Para delinear tais limites de atuação desse Tribunal partiu-se do confronto de duas correntes filosóficas: a procedimentalista e a substancialista. Assim, a primeira sugere que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando a proteger um processo de criação democrática do Direito, zelando pela gênese democrática do ordenamento jurídico, abstendo-se do julgamento de valores. Enquanto que a segunda corrente defende que o Tribunal Constitucional deve assumir uma postura intervencionista, concretizando os direitos fundamentais explícitos e implícitos no texto Constitucional de um Estado Democrático de Direito, consubstanciando a chamada “jurisprudência de valores”.

Além do confronto das correntes acima mencionadas, procurou-se traçar algumas características do Tribunal Constitucional segundo as propostas de Alexy, que compara as questões existentes na relação jurisdição constitucional e jurisdição ordinária com as existentes entre Tribunal Constitucional e legislador. Para esse autor o tipo e extensão dos problemas da relação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária são determinados pela força de validade formal e pela densidade de normalização material da Constituição.

Foi demonstrado que com a elevação dos direitos fundamentais a princípios supremos, surgiu o problema da “sobreconstitucionalização”, o qual seria resolvido, segundo Robert Alexy, por uma dogmática dos espaços. Desse modo, os espaços deixados pela Constituição seriam estruturais ou cognitivos. O primeiro existiria onde houvesse ausência de obrigatoriedade e de proibição. Assim, onde começaria o espaço estrutural terminaria o controle jurisdicional da constitucionalidade. Já, o espaço cognitivo nasceria dos limites da capacidade de cognição dos limites da Constituição.

Enfim, procurou-se demonstrar, ainda que brevemente, o Tribunal Constitucional por uma ótica de sua legitimidade, de seus alcances, de seus limites e de uma dogmática dos espaços.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. (Trad.) Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**. n.º. 809, p. 54-73, mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. n.º. 66, set. dez. p. 13-64, Madrid (ES): Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. (Trad.) Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. (Trad.) Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, v.1.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CLASSIFICAÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS: PARTE II

Luciana Mendes Pereira Roberto¹

RESUMO

Este artigo trata da continuação do estudo da classificação dos contratos diante da vigência do Código Civil de 2002, bem como das mudanças sociais que ocorrem desde o início do Século XX. Sendo assim, são apresentadas complementações das mais diversas formas de classificação contratual, dificilmente encontradas, em sua totalidade, nas obras tradicionais sobre o tema. Este estudo busca utilizar dinâmica e didática para o aproveitamento do material pelos alunos de graduação.

Palavras-chave: Contratos. Consensuais. Reais. Obrigacionais. Normativos.

CLASSIFICATION CONTEMPORARY OF CONTRACTS: PART II

ABSTRACT

Its about a continuous classification study of contracts that is made concerning the Civil Code 2002 legality, as will the social changes that acurred since the beggining of the 20 th Century. Presents complementaries of the most different ways of contract classification, barely found, on its totaly, on traditional books about the subject. It seeks to use dynamics and didatics in order that undergraduate students.

Keywords: Contracts. Consensus. Real. Obligatory. Normative.

1 INTRODUÇÃO

Conforme artigo publicado na Edição nº. 2 da Revista Jurídica do Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL, restou a expectativa da publicação da Parte II referente à Classificação Contemporânea dos Contratos.

É o objetivo do presente estudo, então, trazer aos leitores outras formas de classificação contratual que sejam de importância para o aprofundamento técnico na análise das relações contratuais, tendo em vista sua importância propedêutica. Este artigo é, por hora, conclusivo quanto à classificação dos contratos, tendo em vista as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 e das mudanças sociais provenientes de sua expectativa e vigência. Mas nada impede que outras formas classificatórias, além destas, sejam criadas para buscar a melhor forma de aplicação dos dispositivos legais à realidade concreta.

Especial destaque é dado para o dirigismo contratual, ou seja, a intervenção estatal nas relações entre os particulares, especialmente no que diz respeito à elaboração de leis protetivas a uma das partes contratantes, como a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor. Trata-se das novas manifestações contratuais, nas quais a principal característica é a despersonalização dos contratantes.

¹ Docente no Curso de Direito na Universidade Estadual de Londrina – UEL e no Centro Universitário Filadélfia - UNIFIL. Mestre em Direito Negocial - Direito Civil e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Advogada. e-mail: lumendes@uel.br.



2 CONTRATOS PRINCIPAIS E CONTRATOS ACESSÓRIOS

Reciprocamente considerados, os contratos classificam-se em principais e acessórios. Contratos principais são os que têm existência própria, independente, autônoma. Em sendo nulos ou extintos, assim também o serão os acessórios ou dependentes, que, por seu turno, dependem da existência de outros.

Gomes (2001, p. 78) ensina que:

A função predominante dos ‘contratos acessórios’ é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em ‘contrato principal’, como o penhor, [...], a hipoteca, a fiança e a caução, mas não são apenas acessórios os ‘contratos de garantia’, senão ‘todos’ os que têm como pressuposto outro contrato.

O contrato acessório, porém, pode exercer certa influência sobre o principal, como no caso do credor que pode pedir imediato pagamento, se perece ou se deteriora a coisa dada em garantia.

Ainda, segundo o autor, há diferentes formas de contratos acessórios: os preparatórios (mandato), os integrativos (aceitação do terceiro beneficiário na estipulação em seu favor), e os complementares (adesão a um contrato aberto).

3 CONTRATOS PESSOAIS (INTUITU PERSONAE OU PERSONALÍSSIMOS) E CONTRATOS IMPESSOAIS

No que atende a pessoa do contratante, os contratos são pessoais ou impessoais. Os contratos pessoais são aqueles em que a pessoa do contraente é considerada pelo outro como elemento determinante de sua conclusão. A pessoa do contratante tem influência decisiva na manifestação de vontade do outro, que considera sua habilidade particular, idoneidade, aptidão, competência. Geralmente geram obrigação de fazer. Nos contratos impessoais, a pessoa do contratante é juridicamente indiferente, não sendo importante quem executará a obrigação, desde que seja cumprida. Gera obrigação de fazer. Os contratos pessoais são intransmissíveis, bem como não podem ser cedidos e são anuláveis, em havendo erro essencial sobre a pessoa do contratante. É o caso do contrato de um cantor para fazer uma apresentação, de determinada cozinheira para preparar uma iguaria, de artista para fazer uma obra de arte.

98

4 CONTRATOS INSTANTÂNEOS E CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA

Quanto ao tempo de sua execução, os contratos podem ser: de execução imediata ou instantânea e de execução continuada ou sucessiva.

De execução imediata ou instantânea é o contrato em que a solução se efetua de uma só vez e por prestação única, tendo por efeito a extinção cabal da obrigação, como acontece no contrato de compra e venda à vista, em que o comprador, contra a entrega da coisa, faz o pagamento do preço em um só ato (PEREIRA, 2000, p. 41).

Tais contratos podem ser de execução diferida, como ocorre no contrato de compra e venda, quando as partes estipulam data posterior à formação do contrato para ser realizado o pagamento.

Os contratos de duração ou de trato sucessivo são os que se protraem no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, resolvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo. Por exemplo: o contrato de compra e venda em prestações; na locação; na prestação de serviços; no fornecimento de mercadoria.

Sampaio (2002, p. 41) apresenta os efeitos dessa classificação, apontando que: [...] nos contratos instantâneos, a resolução por inexecução ou a anulação,



repõe as partes ao estado anterior, o que não ocorre, em geral, com os de duração;...a prescrição da ação para exigir o cumprimento de prestações vencidas, nos contratos de duração, começa a correr da data do vencimento de cada prestação; a teoria da imprevisão tem vez nos contratos de duração e, nos contratos instantâneos, apenas naqueles de execução diferida [...].

É irrelevante, porém, distinguir se o contrato é de duração ou diferido, pois, havendo o elemento “prazo” no contrato, não é ele de execução instantânea, não merecendo, então, o tratamento exclusivo dessa classe.

5 CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO E CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO

No que diz respeito ao tempo de duração do contrato, ele pode ser por prazo determinado e por prazo indeterminado. Quando as partes estipulam prazo certo, uma data para terminar a vigência do contrato, será por prazo determinado. E será por prazo indeterminado quando as partes não fixarem uma data ou prazo para seu término.

Venosa (2003a, p. 417) aduz que “[...] conseqüência importante da distinção diz respeito à necessidade de dar notícia à outra parte da intenção do contratante em terminar a vigência da avença nos contratos por prazo indeterminado”.

Mesmo sendo o contrato por prazo determinado, pode se transformar em indeterminado se as partes continuarem no cumprimento das avencas contratuais após o decurso do prazo determinado. A própria lei, como a do inquilinato, trata da transformação do contrato de tempo determinado para indeterminado. Mas, se não houver lei ou cláusula contratual nesse sentido, a denúncia do contrato terá o prazo de 30 dias para a notificação de não continuidade.

O contrato poderá ser prorrogado com manifestação expressa ou tácita das partes. Se as partes prorrogarem o contrato e a ele agregarem novas cláusulas, haverá uma renovação do contrato, caso contrário, haverá a recondução contratual.

O Código Civil traz importante disposição no que pertine à rescisão unilateral no Art. 473², em proteção a situações de extrema injustiça e de abuso de direito: reflexos do caráter social da codificação de 2002.

99

6 CONTRATOS CONSENSUAIS E CONTRATOS REAIS

A classificação em Contratos Consensuais e Contratos Reais tem sua origem na tipificação das causas civis de obrigação estabelecidas no Direito Romano, que foi convertida pela doutrina romanista, numa classificação didática. No Direito Romano, para constituir uma obrigação precisa-se o pronunciamento de palavras solenes (*stipulatio*), ou a subscrição de um documento, ou a entrega da coisa ou da manifestação da vontade, como já citado no início deste trabalho.

Assim, os contratos *verbis e litteris* eram considerados formais, os reais, quando a entrega da coisa opera como pressuposto da criação da obrigação. Os consensu são aqueles que se aperfeiçoam pelo mero consentimento.

Diez-Picazo ((1996, p. 139) afirma, que “[...] Esta clasificación ha perdido em el Derecho Moderno gran parte de su valor. La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento, por lo cual los contratos consensuales constituyen la hipótesis normal [...]”. Nessa linha de raciocínio, exemplifica como ainda considerados contratos reais - que prescindem da entrega da coisa para que se aperfeiçoem - o comodato, o mútuo, o depósito e a doação.

2 Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.



O caráter real destes contratos e a subsistência da categoria dos contratos reais, porém, têm sido postos em dúvida por autores modernos, como Forchielli e Jordano, citados por Diez-Picazo (1996, p. 140), que completa:

A juicio de este último autor (Jordano), la naturaleza real Del comodato, mutuo, depósito y prenda unicamente puede explicarse como un mero resíduo histórico impuesto por el peso de la tradición. La disciplina positiva de los quatro contratos llamados reales no obedece a ninguna ‘ratio’ especial. Se parte de la entrega porque se presupone la normal unidad cronológica de la conclusión del contrato y de la entrega de la cosa, pero ello no quiere decir [...] que esta unidad cronológica sea em todo caso necesaria, pudiendo romperse cuando lãs partes, em lugar de concluir de uma manera instantânea el contrato, se limiten a convenirlo para proceder más tarde a su ejecución. Los contratos consensuales de mutuo, depósito, comodato y prenda son, pues, válidos y su naturaleza no varia por su consensualidad, que no los convierte em puros contratos preparatórios o precontratos.

Em suma, contratos reais são aqueles que apenas se ultimam com a entrega da coisa, feita por um contraente a outro. Na legislação pátria: o comodato, o mútuo, o depósito, o penhor, as arras.

O entendimento é que antes da entrega efetiva da coisa, ter-se-á mera promessa de contratar e não um contrato perfeito e acabado. Diante da explanação de Diez-Picazo e da maioria dos autores modernos, essa noção resta rejeitada, pois “[...] a entrega da coisa seria mero pressuposto da exigibilidade da obrigação de restituir” (DINIZ, 2002, p. 105).

Contratos consensuais são os que se perfazem com a simples anuência das partes, sem a necessidade da entrega da coisa ou outra formalidade exigida por lei, como é o caso do contrato de compra e venda de móveis, do mandato. São também denominados não formais, tendo em vista a liberdade de forma para sua validade e eficácia. A formalidade será explicada no item seguinte.

100

7 CONTRATOS OBRIGATÓRIOS E CONTRATOS REAIS

É na doutrina de Diez-Picazo (1996, p. 140), que se pode encontrar essa classificação dos contratos em obrigatórios e reais. O sentido de contratos reais, na doutrina moderna, é completamente diverso do sentido apurado no item anterior, que se refere aos contratos que prescindem da entrega da coisa para seu aperfeiçoamento.

Contrato real, atualmente, significa o contrato que produz como “efeito” a constituição, a transmissão, a modificação ou a extinção de um direito real. São contratos com “eficácia real” diante dos contratos obrigatórios, cujo efeito se limita a constituir, entre as partes, uma relação obrigacional e atribuir direitos de crédito.

Os estudos dos alemães, nesse sentido, para diferenciar a idéia de contrato real, entre os contratos reais, que dependem da entrega da coisa, dos contratos reais, com eficácia jurídico-real, utilizam terminologia específica. Aos primeiros denominam *Realvertrag*; e, aos segundos, *dingliches Verträge*.

8 CONTRATOS NÃO FORMAIS, CONTRATOS FORMAIS, CONTRATOS SOLENES E CONTRATOS NÃO SOLENES

Como dito acima, contratos não formais ou consensuais são os que não prescindem de forma especial para que se aperfeiçoem. A regra geral na legislação brasileira é a liberdade da forma, conforme o Art. 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.



Os contratos formais são aqueles que, para terem plena eficácia, precisam obedecer a uma forma especial, um documento expresso. O Art. 227 do CC dispõe:

Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

O Código de Processo Civil, também, dispõe sobre a matéria, no Art. 401: “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

As partes podem determinar, por sua vontade, que um contrato seja formal. Nessa esteira, tem-se que o formalismo renasce hoje em muitos contratos, independentemente da prescrição legal, para conceder melhor segurança às partes.

Não se pode confundir ou utilizar como sinônimas a formalidade e a solenidade. Solenidade, para o direito brasileiro é a exigência de escritura pública. No contrato solene, é imprescindível a escritura pública para que não seja considerado nulo. É o que estabelece o Art.108 do CC:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no país. (grifo da autora)

Dessa forma, um contrato pode ser formal e não solene, mas, sempre que for solene, haverá a necessidade da formalidade expressa em lei, tendo em vista o valor referido do dispositivo acima citado. O contrato não solene, então, será o que prescinde de escritura pública para ser eficaz e perfeito.

Importa ressaltar, por fim, que, se as parte estipularem a necessidade da escritura pública para a validade do contrato, este não valerá se a solenidade não for obedecida. É o exercício da autonomia privada, disposto no Art. 109 do CC: “No negócio jurídico, celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”.

Gomes (2001, p. 78) afirma:

A importância prática da distinção entre ‘contratos solenes’ e ‘não-solenes’ reside em que os primeiros são ‘nulos’, se não obedecida a ‘forma’ (solenidade) prescrita na lei, por lhes faltar elemento essencial à sua validade.

Por fim, quanto à classificação dos contratos em não formais, formais, solenes e não solenes, resta distinguir forma de “prova”. A forma e a solenidade são previsões legais de exteriorização da manifestação da vontade, para garantir a validade do contrato. A prova é fato hábil a demonstrar a existência do ajuste.

9 CONTRATOS INDIVIDUAIS, CONTRATOS COLETIVOS E CONTRATOS NORMATIVOS

Gomes (2001, p. 83) afirma que “[...] a classificação dos contratos em ‘individuais’ e ‘coletivos’ procede de um equívoco”, pois o contrato coletivo não possui, na verdade, natureza contratual, sendo que se limita a estabelecer normas que presidem a formação ou alteração de contratos individuais subordinados.

Trata-se de acordo normativo, não contrato, cujo exemplo mais comum é a “convenção coletiva de trabalho”, útil para organizar relações entre empregados e empregadores, possibilitando a “discussão corporativa”.

Contrato individual é o que se forma pelo consentimento de pessoas, cujas vontades são individualmente consideradas. Não é singularidade de parte que o identifica, uma vez que, na sua constituição, a emissão de vontade de cada uma das partes entra na etiologia da celebração (PEREIRA, 2000, p. 42). Pode ser distinto entre: “contrato de equipe” e “contrato de trabalho coletivo”, sendo que a parte que se obriga à prestação de serviço é representada por um grupo de trabalhadores, e não por sujeitos singulares.

Contrato normativo é aquele que não prefixa completamente o conteúdo dos futuros contratos individuais, mas prescreve as disposições gerais e de maior importância, sem impedir que as partes possam estipular cláusulas secundárias, desde que não desvirtuem as disposições normativas. Apresentam-se sob a forma de “regulamento”.

10 CONTRATOS CAUSAIS E CONTRATOS ABSTRATOS

A Doutrina da Causa (CATALAN, 2005)³ no negócio jurídico, e mais especificamente no contrato, é tema de relevante importância nos dias atuais, especialmente pela nova principologia da codificação civil brasileira, que segue o entendimento de diversos países.

A legislação brasileira, objetivamente, rejeita a causa como elemento do contrato, mas a incorpora num sentido subjetivo, devido à própria função social do contrato, inserta no Art. 421 do CC.

O Art. 140 do CC trata do “motivo” no negócio jurídico: “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”. Considerando que referido dispositivo encontra-se elencado como defeito do negócio jurídico, mais especificamente quanto ao erro, é de se presumir que a legislação brasileira acaba por acolher a doutrina da causa, como elemento técnico para fazer justiça, diante dos princípios da operabilidade, da eticidade e da socialidade.

Outros artigos da codificação civil podem ser citados, no sentido da absorção da doutrina da causa no ordenamento brasileiro: Art. 50 (desvio de finalidade); Arts. 157, 175, 317, 473, 478, 814 (eticidade); Art. 421 (função social do contrato); Arts. 884 a 886 (enriquecimento sem causa); Art. 166, III (motivo determinante ilícito).

Como diz Castro y Bravo (1991, p.175), assim como na legislação espanhola, a legislação brasileira “fecha uma janela (não admitindo expressamente a doutrina da causa), mas abre uma porta (acolhendo-a em sua principologia e em artigo esparsos)”.

As codificações civis francesa e italiana admitem expressamente a causa entre os requisitos de validade dos contratos (Código Civil francês, Art. 1108)⁴, (Código Civil italiano, Art. 1325)⁵.

Ensina Rodrigues (1991, p. 34):

Em geral as obrigações estão filiadas às causas que as geraram e o devedor, quando acionado, pode ilidir o pedido, se provar a inexistência da causa do contrato, ou se demonstrar que ele se inspira em causa ilícita ou imoral. Em princípio, o credor deve provas a existência do contrato, seu conteúdo, bem

3 Sobre o assunto ver: ROBERTO, Luciana Mendes Pereira & TARIFA, Rita de Cássia Resqueti. A Doutrina da Causa e a Relação Negocial. In: CATALAN, Marcos Jorge (Org.). *Negócio Jurídico: Aspectos Controvertidos à Luz do Novo Código Civil. Leme (São Paulo): Mundo Jurídico, 2005.*

4 Chapitre II : Des conditions essentielles pour la validité des conventions Article 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation. (grifei)

5 Art. 1325 Indicazione dei requisiti - I requisiti del contratto sono:

1) l'accordo delle parti (1326 e seguenti, 1427);

2) la causa (1343 e seguenti);

3) l'oggetto (1346 e seguenti);

4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (1350 e seguenti). (grifei)

como a obrigação do réu, a fim de conseguir sua condenação no pedido. De modo que através desse procedimento demonstra ele uma relação de causa e efeito entre sua pretensão e a obrigação de seu contendor. Porque, em regra, os contratos são causais. (grifo da autora)

Dessa forma, contrato abstrato é o que se respalda em sua forma externa, apenas, sem dependência com a causa geradora, como a nota promissória e o aceite da cambial, que vinculam o responsável, independentemente da causa.

11 CONTRATOS CIVIS E CONTRATOS MERCANTIS

A importância de saber se um contrato é civil (Direito Civil) ou mercantil (Direito Comercial) diminui a partir do momento em que a tendência moderna é da unificação do direito privado.

O Código Civil vigente revogou o antigo Código Comercial (1850), restando deste último apenas o que for pertinente ao direito marítimo.

Para se fazer a distinção de um contrato civil e mercantil, as partes contratantes devem ser analisadas. Quando ao menos uma das partes é comerciante ou empresa, o contrato pertence ao direito comercial. Porém, quanto às regras aplicáveis ao contrato, seja de caráter mercantil ou civil, há que observar a presença do “consumidor”, tal como definida na abrangência do Código de Defesa do Consumidor (Art. 2º).

Basta a presença do consumidor e sua “vulnerabilidade” para o contrato ser atingido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, não importando ser pessoa física (natural) ou jurídica.

Venosa (2003b, p. 6) faz a seguinte ponderação:

[...] Como a compreensão da definição do consumidor nessa lei é abrangente da pessoa jurídica, não há substrato para afastar a empresa dessa definição, como pretendem alguns, ainda presos a conceitos individualistas, se presente o requisito da vulnerabilidade e da relação de consumo. A empresa também é consumidor. A conclusão pela vulnerabilidade dependerá evidentemente do caso concreto.

103

Assim, diante de todo e qualquer contrato, deverão ser observadas as disposições da Constituição Federal, do Código Civil, do Código Comercial e do Código de Defesa do Consumidor, seja ele civil ou mercantil.

12 CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOS

O contrato preliminar⁶ está disposto no Código Civil, nos Arts. 462 a 466. Outras denominações utilizadas para designar o contrato preliminar são: pré-contrato, promessa de contrato, compromisso e contrato preparatório.

Contrato preliminar é a convenção utilizada pelos contratantes, em uma fase preparatória de entabulamento do negócio, com o intuito de se obrigarem à realização futura de um contrato definitivo.

Azevedo (2002, p. 58) exemplifica:

Suponha que um grupo de pessoas resolva constituir, futuramente, uma sociedade para exploração de um ramo de comércio e realiza, para tanto, um protocolo de intenções, onde estipule várias atividades preliminares, como

6 O Decreto-lei nº. 58/37 inaugurou profícua atividade legislativa do contrato preliminar, ao regular o compromisso de compra e venda de terrenos para pagamento em prestações.



projeto de viabilidade econômica, outro de viabilidade jurídica, pesquisas de mercado etc. Nesse estágio, destinam os futuros sócios numerários para essas despesas iniciais.

Nesse caso, as partes obrigam-se a realizar a sociedade, desde que referidos projetos e providências justifiquem a intenção pretendida. Ou, então, talvez precisem as partes completar maiores estudos, aguardar melhor situação econômica ou remover algum obstáculo que impeça a contratação.

Trata-se de todos os acordos que antecedem a realização de outro contrato, gerando deveres e obrigações a uma ou ambas as partes, em que buscam a conclusão de um contrato principal ou definitivo. Até porque têm todas as características de um verdadeiro contrato.

Não se confunde o contrato preliminar com as “negociações preliminares” (protocolo de intenções), pois estas não geram direitos, geram responsabilidade extracontratual. O efeito vinculativo negocial só ocorre a partir do pré-contrato (Art. 463 C).

O compromisso de compra e venda de imóvel, para pagamento em prestações, é exemplo claro de contrato preliminar, pois as partes pretendem, liquidado o débito, realizar a solenidade da escritura pública, ou seja, o contrato principal. Nesse caso, e em tantos outros, o contrato preliminar chega a se confundir com o principal, pois possui alguns requisitos legais e essenciais do contrato visado. Assim dispõe o Art. 462 do CC: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

Na sociedade moderna, há contratos que envolvem grandes valores e considerável complexidade. Especialmente nestes há uma formação gradual do negócio, desde a oferta, às negociações prévias, a eventual opção, até se chegar ao contrato preliminar, e, por fim, ao contrato definitivo ou principal. (oferta → negociações preliminares (protocolo de intenções) → opção → contrato preliminar → contrato principal).

Os Arts. 462, 463, 464 e 465 cuidam especificamente do contrato preliminar no Código Civil, dispondo respectivamente que: a não ser quanto à forma, o contrato preliminar deve conter todos os outros requisitos dos contratos; após concluído o contrato preliminar, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo e que deve ser registrado; o juiz pode suprir a vontade do contratante que se recusar a cumprir o contrato definitivo; e, no caso de inexecução, haverá possibilidade da outra parte requerer indenização.

Nery (2003, p. 352) destaca a possibilidade de ocorrência da preliminaridade máxima, média e mínima:

Quando o contrato preliminar já contém todos os elementos do contrato definitivo, sem necessidade qualquer de outra consideração, diz-se que tem conteúdo de ‘preliminaridade máxima’: compromisso de compra e venda quitado, no qual consta obrigação do compromissário vendedor de alienar a coisa em virtude de já haver recebido a integralidade do preço. O contrato tem ‘preliminaridade média’ quando há necessidade de ser concluído um segundo contrato, para que se produzam os efeitos queridos pelas partes: cônjuges, proprietários de imóvel, que prometem dá-lo em hipoteca, tão logo o bem a ser onerado seja liberado de determinado vínculo. [...] Existe a ‘preliminaridade mínima’ quando fixada, “no primeiro contrato, a base do regramento negocial cuja introdução é diferida [...] Exemplo desse contrato...empresa de supermercados estipula, em ‘contrato preliminar para a compra e venda de ações’...a seguinte cláusula: ‘os imóveis de propriedade dos acionista que estão ocupados pela empresa serão objeto de novos contratos de locação comercial, fixando-se, desde logo, o prazo de dez anos e, como valor do aluguel, a porcentagem de 1,5% sobre as vendas das lojas existentes nos aludidos imóveis, ‘com um aluguel mínimo estipulado’ (RTJ 92/250). (grifo da autora)

O Art. 466 do CC. trata da promessa unilateral de contrato, dispondo no sentido de que quem promete dar, fazer ou não fazer algo não pode ficar indefinitivamente vinculado.

Por sua vez, o contrato definitivo é o que se delinea no preliminar. Algumas vezes pode conter as mesmas cláusulas do preliminar, faltando a regularização da forma ou a adequação das cláusulas.

Aplicam-se ao contrato preliminar e ao contrato definitivo as regras da responsabilidade civil contratual, enquanto que ao período pré-contratual (negociações preliminares) e pós-contratual aplicam-se as regras da responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual.

13 SUBCONTRATO E AUTOCONTRATO

Da mesma forma que existe contrato acessório a um principal, como é o caso da fiança, há também contratos que são derivados de um principal. Existe um contrato-base do qual surge o derivado, denominado, ainda, de subcontrato. “No subcontrato, uma das partes do contrato-base participa do outro, tendo em vista sua posição originária na primeira avença” (VENOSA, 2003b, p. 424).

Como ninguém pode transferir mais direito do que tem, o contrato derivado restringe-se ao contrato-base, mas ambos coexistem. Apenas ocorre uma das partes do contrato principal que será, também, parte no subcontrato. É o que ocorre na sublocação, na subempreita, no submandato, no subcomodato. Em cada um dos contratos, base e derivado, só há duas partes. São contratos separados, mas não independentes, pois têm o mesmo objeto.

Por fim, a subcontratação poderá ser proibida pela lei ou pela vontade das partes, e, se houver desobediência, será motivo para a rescisão do contrato-base.

Quanto ao autocontrato, é sabido que se faz necessária a concorrência de duas vontades, para que se constitua um contrato. Ocorre que “[...] nas situações em que o representante conclui ele mesmo o contrato por si e pelo representado, existe uma configuração formal de ‘autocontrato’”, ensina Venosa (2003b, p. 427).

O que ocorre no autocontrato é que há uma manifestação de vontade prévia de uma das partes, configurada num instrumento de representação (procuração), mas no momento da formação do contrato, juntamente com a vontade da outra parte, ambas se consolidam em uma só pessoa.

Não se trata de um “contrato consigo mesmo”, ou seja, uma pessoa que contrata com ela própria, mas essa pessoa expressa sua vontade e representa a vontade da outra parte, em condições excepcionais e definidas. Tal estrutura contratual é bastante criticada, devido à problemática da manifestação da vontade.

Mas quando o mandatário recebe expressamente poderes estritos e delimitados do mandante, sem maior âmbito de atuação, o instituto pode ser admitido se não usar da representação em seu próprio benefício (Art. 117⁷ do CC).

Importa ressaltar a diferença entre a representação convencional e a legal, em casos de autocontrato. Na primeira, o autocontrato pode ser aceito, desde que expressamente permitido e com delimitação dos poderes. Da segunda, cuida os Arts. 497 e 498 do CC, e, regra geral, repele a autocontratação, a não ser que haja comprovação de real vantagem em favor do representado.

14 NOVAS MANIFESTAÇÕES CONTRATUAIS

Característica das novas manifestações contratuais, reflexo do consumo em massa, é a despersonalização do contratante, que pode ser observada em formas contratuais modernas, como o contrato de adesão e o contrato coletivo, tratados anteriormente. Mas, para promo-

⁷ Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos.



ver proteção, uniformização e agilidade nas relações contratuais, outras figuras apareceram, tais como: o contrato-tipo; o contrato coativo; e o contrato dirigido ou regulamentado.

O contrato-tipo pressupõe que as partes, em igualdade econômica, podem utilizar contrato com cláusulas predispostas. Contém o esquema concreto dos futuros contratos individuais, de forma que os contratantes nada mais têm a fazer do que subscrevê-los. Requer forma escrita.

Os futuros contratantes pertencem a categorias contrapostas e organizadas de interessados, podendo ou não ser representadas por associações respectivas, como, por exemplo, o contrato estipulado entre um grupo de industriais e diversos fornecedores de matéria-prima (GOMES, 2001, p. 127).

O contrato coativo representa o “máximo do dirigismo contratual”, podendo ser configurados os contratos entre as concessionárias de serviço público de fornecimento de água, luz, esgoto, gás, telefone e os usuários desses serviços.

A concessionária não pode negar o serviço público ou escolher o usuário com quem contratar, nem o usuário pode prescindir do serviço. Na verdade, as partes são obrigadas a contratar, diante da consequência do privilégio concedido às concessionárias que detêm o monopólio dos serviços públicos.

Quanto ao contrato dirigido ou regulamentado, “o Estado impõe determinada orientação, estabelecendo cláusulas ou proibindo-as, e delimitando o âmbito da vontade privada”, de acordo com as lições de Venosa (2003b, p. 387). A lei delimita o conteúdo do contrato, como ocorre com os tabelamentos de preços, na Lei do Inquilinato, na legislação bancária.

Importa distinguir se a norma é imperativa ou cogente, ou se é dispositiva. Na primeira, a imperatividade poderá estar imbuída no próprio espírito da lei, ou em expressões como: “é proibido, é nulo”. Na segunda, há a liberdade de disposição das partes, especialmente quando houver expressões do tipo: “salvo disposição em contrário”.

15 CONTRATOS RELATIVAMENTE AO SEU OBJETO

Diniz (2002, p. 109) refere-se, ainda, à classificação dos contratos considerados em si mesmos, quanto ao seu objeto. Para tanto apresenta duas diferentes classificações, à primeira crítica, e à segunda afilia-se.

A primeira divide os contratos em patrimoniais (o patrimônio em sentido estrito), pessoais (alguma prestação do contraente ou alguém em seu lugar) e sociais (interesse da coletividade). A crítica baseia-se na confusão quanto ao próprio objeto do contrato, que em regra é patrimonial.

A segunda, realizada por Limongi França, divide os contratos de acordo com o conteúdo do direito que conferem. E assim são classificados: contratos de alienação de bens; contratos de transmissão de uso e gozo; contratos de prestação de serviços; e contratos de conteúdo especial.

16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das formas de classificação de contratos expostas nesta Parte II, somadas às da Parte I⁸, conclui-se que é de salutar importância este tema, posto que proporciona uma facilidade no estudo e entendimento dos efeitos contratuais, pois cada classificação de contrato remete a certas e determinadas consequências, como afirmado anteriormente.

Dessa forma, espera-se ter atingido o objetivo com a publicação destes artigos, ou seja, proporcionar aos alunos de graduação, ampla pesquisa, visando a facilitação do estudo das relações contratuais, tendo como passo inicial a classificação dos contratos.

8 Classificação no Direito Romano. Classificação dos Negócios Jurídicos. Contratos Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais. Contratos Gratuitos e Contratos Onerosos. Contratos Comutativos e Contratos Aleatórios. Contratos Paritários e Contratos de Adesão. Contratos Nominados e Inominados. Contratos Típicos e Atípicos. Contratos Mistos e Coligados.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil : Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, Manuel A. Rodrigues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. 1 e 2. 7. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil : com referências ao Código de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CASTRO Y BRAVO, Frederico. *El Negocio Jurídico*. reimpressão. Madrid: Civitas, 1991.
- CATALAN, Marcos Jorge (Org.), et al. *Negócio Jurídico : Aspectos Controvertidos à Lua do Novo Código Civil*. Leme, SP: Mundo Jurídico, 2005.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das Obrigações*. v. 1 e 2. reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*. v. 1. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. v. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil : Fontes das Obrigações*. v. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das Obrigações : Teoria Geral e Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil : Contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das Obrigações*. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil : Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Direito Civil : Contratos em Espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



BEIRA-MAR E OS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Ludmila Sarita Rodrigues*

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade o estudo da peregrinação de Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar) pelos presídios estaduais, objetivando uma análise crítica do atual sistema prisional brasileiro. Para tanto, foi necessária a prévia análise do perfil do delinqüente, com posterior estudo dos presídios, enfatizando o emprego do Regime Disciplinar Diferenciado, e a problemática dos presídios federais. Concluiu-se que Beira-Mar, além de suas propensões natas à criminalidade, é produto de um meio economicamente desigual, criado pelo próprio Estado, que agora se vê impotente perante o potencial criminoso desse delinqüente. Como solução imediata tem-se a construção de presídios federais, como a Penitenciária Federal de Cantanduvras, inaugurada em 2006, que já abriga presos de alta periculosidade, na grande maioria ligados a facções criminosas. Todavia não se pode esquecer das prevenções primárias, como o investimento na saúde e educação, que previnem, de forma mediata, o aumento da criminalidade.

Palavras-chave: Fernandinho Beira-Mar. Presídios Federais e Estaduais. Regime Disciplinar Diferenciado. Re-socialização. Direitos Fundamentais e Individuais.

ABSTRACT

108

The present article is a study of the pilgrimage of Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar) through state prisons, aiming at a critical analysis of the Brazilian system of imprisonment. In order for such to be done, a previous analysis of the offender's profile was necessary, followed by a study of the prisons, focusing on the application of the Differentiated Disciplinary Regime and the problem of federal prisons. The conclusion is that Beira-Mar, in addition to his innate tendency to criminality, is the product of an unequal environment created by the State, which now finds itself impotent before the criminal potential of this offender. The construction of federal high security prisons, as Catanduvras Federal Prison, opened in 2006, may serve as an immediate solution. However, primary preventions, such as investment in health and education cannot be neglected, as these immediately prevent the rise of criminality.

Keywords: Fernandinho Beira-Mar. Federal and State Prisons. Differentiated Disciplinary Regime. Re-socialization. Fundamental and Individual Rights.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro vem passando por vários problemas, entre eles a construção tardia de um presídio seguro, como a Penitenciária Federal de Catanduvras no Estado do Paraná, para o cumprimento da pena de Luiz Fernando da Costa, também conhecido como Fernandinho Beira-Mar.

* Bióloga, Especialista em bioquímica aplicada à microorganismos pela UEL; Graduanda em Direito pela UniFil



O Brasil, segundo Wacquant (2001), adota a penalidade neoliberal que apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países. Diz ainda que o que milita, contra o sistema carcerário para conter a escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil, é o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial de dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica.

Outro fator importante era a ausência de presídios federais no Brasil. Com a recente inauguração da Penitenciária Federal de Catanduvas, os criminosos de alta periculosidade, como Luiz Fernando da Costa, que contaminam os outros detentos com sua alta criminalidade, foram definitivamente encaminhados para o cumprimento de suas penas. A inauguração tardia de um presídio federal foi mal remediada com deslocamentos constantes de criminosos, entre os presídios, e a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Tais fatores levavam à indisposição do Estado perante os governadores estaduais e à população, que se recusavam a abrigar estes detentos em seu território, asseverando cada vez mais o Regime Disciplinar. Vale ressaltar os custos despendidos em tais deslocamentos e aplicação do Regime, os quais eram altos devido à periculosidade do delinqüente.

Todavia, deve-se lembrar dos direitos dos seres humanos, seja ele qual for, dispostos na Constituição Federal/88, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os quais visam principalmente à dignidade da pessoa humana, o que não foi levado em consideração quando adotado o Regime Disciplinar Diferenciado, primeiramente pelo estado de São Paulo e posteriormente em todo o Brasil.

Assim sendo, o presente estudo descreverá a peregrinação de Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar) pelos presídios estaduais, objetivando uma análise crítica do atual sistema prisional brasileiro.

2 FERNANDINHO BEIRA-MAR E OS PRESÍDIOS BRASILEIROS

109

2.1 Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar)

Luiz Fernando da Costa, também conhecido por Fernandinho Beira-Mar, foi condenado a 33 anos de prisão, com uma condenação definitiva de 11 anos em Belo Horizonte (MG), por tráfico de drogas, e outra em Cabo Frio (RJ) também definitiva, por tráfico e formação de quadrilha. Em abril de 2005 foi condenado à revelia por um tribunal colombiano a 18 anos de prisão por tráfico de drogas em associação com grupos guerrilheiros. Junta-se a isso a acusação de lavagem de dinheiro, contrabando de armas e associação para o tráfico internacional de drogas (Flor et al, 2005).

Luiz Fernando da Costa nasceu no ano de 1967, em Duque de Caxias-RJ. Sua família consiste em suas irmãs e filhos, haja vista o desconhecimento da identidade de seu pai e o falecimento de sua mãe em 1992, atropelada na rodovia Washington Luiz, no Rio. Prestou Exército tornando tal feito uma opção profissional e uma forma de fugir da miséria, todavia, entre os 18 e 20 anos, começou a praticar os primeiros assaltos. Lojas, bancos e até o depósito de materiais do Exército eram seus alvos principais. Foi acusado de furtar armas pesadas do Exército e de vendê-las para traficantes do Rio.

Aos 20 anos foi preso por assalto e condenado a dois anos de prisão. Cumpriu a pena e, ao sair, voltou a morar na favela Beira-Mar, onde imediatamente se tornou um dos “cabeças” do tráfico local. Voltou à terra natal como um bandido respeitado até por traficantes rivais.

Entre 1990 e 1995 Fernandinho Beira-Mar conseguiu abrir canais próprios de distribuição de drogas no atacado e no varejo. Morros como o Morel, Rocinha, Chapéu Mangueira e a favela do Vidigal eram abastecidos por seus “produtos”, entregues em Kombi até então insuspeitas (ou, talvez, em ação facilitada por policiais corruptos).



Após anos de criminalidade foi detido na Colômbia, em 2001, sendo acusado de tráfico de drogas e envolvimento com as FARC. Desde então vagou pelos presídios estaduais brasileiros, os quais, mesmo sendo classificados como presídios de segurança máxima, não conseguiram neutralizar sua influência na organização criminosa conhecida como Comando Vermelho, organizando rebeliões, homicídios e tentativas de fuga. Atualmente se encontra do Presídio Federal de Catanduvas-PR (Folha On-line,2006).

2.2 Presídios

A prevenção, segundo Molina *et al* (2002), equivale a dissuadir o infrator potencial com ameaça de castigo, a contramotivar-lhe.

Segundo os mesmos autores, a prevenção no sistema criminal distingui-se em prevenção primária, secundária, terciária. A prevenção primária baseia-se na educação e socialização, na casa, trabalho, bem estar social, entre outros, sendo sem dúvida a genuína prevenção; a prevenção secundária, por sua vez, é mais tardia, consiste em programas de prevenção policial, de ordenação urbana voltados a grupos e subgrupos que apresentam maiores risco de protagonizar o problema criminal; o terciário tem o destino certo, o delinqüente preso, com o principal objetivo de evitar a reincidência.

Todavia, muitas críticas existem em relação ao sistema prisional brasileiro, o qual não consegue atingir o objetivo supramencionado, de evitar a reincidência. Segundo Wacquant (2001), o Brasil adota a política neoliberal norte americana, todavia tal fato é descabido, haja vista as diferenças econômicas e sociais entre os dois países. Dispõe também em sua obra a falta de observância dos direitos naturais inerentes à vontade do homem, como a dignidade da pessoa humana a qual não é contemplada em praticamente todas as prisões brasileiras, pois há um entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação, negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde. Sem contar a violência rotineira das autoridades e dos próprios detentos, indo desde as brutalidades cotidianas, como estupro, à tortura institucionalizada e às matanças em massa por ocasião de rebeliões que explodem periodicamente.

Dessa forma, impossível é a re-socialização do delinqüente nos moldes atuais do sistema prisional brasileiro, pois este se vê em um meio capaz de cometer atrocidades, na maioria das vezes, piores do que ele já cometeu.

Quanto a isso comenta Fernandes *et al* (2005, p.):

... a forma de cumprimento da pena na maioria das prisões, dadas as particulares que a cercam, não contribuem, de maneira alguma, para a reeducação ou recuperação do preso....

Apenas servem, essas prisões, para que novos crimes sejam ali aprendidos, planejados para o futuro e arquitetados, quase à perfeição, face às expiações a seus delitos. A cadeia, então, ao invés de instrumento de custódia para a recuperação de presos, passa a ser verdadeira escola de graduação e, não raro, pós-graduação, para o cometimento de toda espécie de delituosidade.

No entanto não se deve renunciar o programa de prevenção terciária, mas sim reestruturá-lo, pois, apesar de suas indiscutíveis limitações, é ainda o único meio, atualmente no Brasil, de combate à criminalidade, como bem mostram os programas primários e secundários sucateados.

Assim, os presídios brasileiros devem ser reformulados em sua totalidade, objetivando principalmente uma análise criminológica individual do criminoso, com o objetivo de aplicação de penas corretas, separando os indivíduos conforme sua periculosidade em Presídios Federais como a Penitenciária Federal de Catanduvas.

2.3 A Peregrinação de Fernandinho Beira-Mar pelos Presídios Brasileiros

Somente após 5 (cinco) anos da prisão de Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar) na Colômbia, que se deu seu destino definitivo na Penitenciária Federal de Catanduvas. Nesse período, de abril de 2001 a julho de 2006, Fernandinho Beira-Mar passou por diversos complexos penitenciários (Folha On-line, 2006).

Primeiramente foi levado para a Superintendência da Polícia Federal em Brasília, após ser localizado na Colômbia, onde ficou até abril de 2002.

Neste mesmo ano foi levado para Bangu 1, no Rio de Janeiro, onde teria comandado a rebelião que deixou quatro rivais mortos. Em fevereiro de 2003, foi transferido para a penitenciária de Presidente Bernardes, em São Paulo, sob o Regime Disciplinar Diferenciado, onde ficou por um mês até ser levado, pela primeira vez, para a Superintendência da PF em Maceió (AL).

Beira-Mar retornou para Presidente Bernardes em maio de 2003. Em julho de 2005, Beira-Mar foi levado para a Superintendência Regional da Polícia Federal em Brasília, onde ficou até outubro daquele ano, quando foi transferido para Florianópolis (SC). O governo do Estado de Florianópolis recorreu ao STF (Supremo Tribunal Federal) pedindo sua transferência. Em novembro do mesmo ano, após a Polícia Federal descobrir um plano de resgate, o traficante foi levado novamente para Maceió. Um mês depois, o governo do Estado iniciou uma batalha judicial para a saída de Beira-Mar, alegando falta de segurança na carceragem para abrigar um preso como ele.

Beira-Mar saiu de Maceió e foi levado para a Superintendência Regional da PF (Polícia Federal) em Brasília em março último, onde ficou a noite 18 de julho de 2006, sendo o primeiro preso a ocupar a Penitenciária Federal de Catanduvas (19 de julho de 2006).

Por todo esse período a Justiça da União alegava que tal problemática seria solucionada com a construção de dois presídios de segurança máxima, que entrariam em funcionamento ainda no ano de 2005 – em Catanduvas (PR) e em Campo Grande (MS) (Flor *et al*, 2005), o que não ocorreu, sendo entregue apenas à Penitenciária de Catanduvas em 23 de junho de 2006, com capacidade para 208 presos de alta periculosidade (Folha On-line, 2006).

111

2.3.1 A questão do regime disciplinar diferenciado

Em decorrência de rebeliões e da presença de quadrilhas organizadas no interior dos presídios, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo instalou presídios de segurança máxima, aumentando o poder dos diretores de penitenciárias e editou a Resolução SAP n. 26, de 04.05.2001, que instituiu o regime disciplinar diferenciado (RDD). De acordo com essa resolução, a sanção disciplinar consiste no isolamento em cela própria, por 180 dias, com direito a banho de sol de uma hora diária, e duas horas semanais de visita, destinando-se tal regime aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico (art.1º) (Barros, 2005).

Em seguida, no âmbito federal, surgiu a Medida Provisória n. 28/02, com o mesmo objetivo, mas que teve curta duração, por não haver sido convertida em lei pelo Congresso. O Governo Federal apresentou, então, projeto (n. 5.073/2001), que deu origem à Lei n. 10.792/2003, que, no respeitante a essa matéria, modificou os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60, da Lei 7.210/84 (LEP), introduzindo o referido regime disciplinar diferenciado paulistano de forma agravada, pois prevê 360 dias de isolamento, desde o início, com a possibilidade de reiteração, até o limite de um sexto da pena aplicada (art. 52,I), podendo incluir, nesse regime, os presos provisórios (art. 52, §§ 1º e 2º) (Barros, 2005).

De acordo com Barros (2005), ilegal é a Resolução paulista, por ofender os princípios constitucionais e dispositivos legais que cuidam da matéria, dentre os quais se destacam os seguintes pontos:



1. Embora a prisão do condenado importe em supressão do direito de liberdade, não se trata de uma supressão absoluta, havendo limites a serem observados pela autoridade penitenciária.
2. Não se pode confundir regime disciplinar com regime prisional, tendo em vista que este está ligado a norma constitucional, particularmente o princípio da legalidade, enquanto que o regime disciplinar está afeto ao aspecto de convivência carcerária, de controle administrativo (LEP, art. 44).
3. A Resolução, na verdade, institui uma nova forma de regime de isolamento celular, criando mais uma etapa do cumprimento da pena privativa de liberdade, o regime “fechadíssimo”.
4. O regime disciplinar diferenciado não definiu adequadamente seus destinatários, ou seja, “não montou uma tipologia de condutas que permitisse revelar o perfil dos condenados, que poderiam ser submetidos ao referido regime”, assim sua flexibilidade conceitual faz com que quase todos os presos sejam abrangidos, pois “qualquer preso poderá ser havido como ‘integrante’ de facção criminosa e quase todo preso poderá ter ‘comportamento que exija tratamento específico’”.

Barros (2005), conclui que a criação do regime diferenciado confirma que os presos são tratados como cidadãos de segunda categoria, e que há entre o preso e a administração penitenciária uma relação especial de sujeição e de poder, o que fere o artigo 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal (princípios da legalidade e reserva legal). Trata-se de uma pena cruel, ferindo a Constituição, nos inciso III e XLVII, do art. 5º, que dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que “não haverá penas cruéis”, como também está previsto no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (arts 7º e 10) e Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art.5º, 2).

Entretanto, como se pode neutralizar as tendências criminosas de Luiz Fernando da Costa, caso ele seja tirado desse regime?

112

Mais acertado seria uma política prisional voltada para a reintegração e não apenas para a exclusão do indivíduo da sociedade, e o investimento em prevenções primárias e secundárias com resultados de longo prazo, pois daqui a 25 anos Beira-Mar estará livre e sem o RDD para limitar sua atuação social.

2. 3.2 A Problemática dos presídios federais

O Brasil não possuía nenhuma unidade prisional federal até junho de 2006, ou seja, a União nunca construiu ao menos um presídio para ficar sob sua responsabilidade.

No entanto, de acordo Gomes (2005), a União já devia ter feito isso, pois nos termos do art. 86 § 1º, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11-7-1984), a União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a quinze anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado, não havendo assim nenhum impedimento jurídico para a construção dos presídios federais, ao contrário, há expressa permissão legal.

A peregrinação de Fernandinho Beira-Mar demonstrou claramente a necessidade da construção de presídios federais, pois era uma situação, no mínimo, vexatória para a União ficar implorando uma vaga nos presídios estaduais, sendo, muitas vezes, recusada por governadores dos Estados a transferência de delinquentes de alta periculosidade, como ocorreu no Estado de São Paulo. Há de se destacar também os custos para transferência desses delinquentes, os quais são altíssimos.

Os presídios federais, como a Penitenciária Federal de Catanduvas, servem justamente para abrigar presos que possuam pena superior a quinze anos, de alta periculosidade, envolvidos com tráfico internacional, que representam perigo real e concreto para toda sociedade, envolvidos com crime organizado, os quais devem ser cuidados pelo governo federal.



No entanto, segundo Gomes (2005), a sociedade que demanda mais presídios do que escolas, hospitais, centros de lazer, etc., nunca terá futuro ou progresso, revelando-se uma sociedade doente. Mas, infelizmente, a falta dessa prevenção primária genuína leva a uma remediação de ciclo vicioso, pois a presença de facções criminosas organizadas no país exige a construção de presídios federais de segurança máxima.

3 CONCLUSÃO

A peregrinação de Fernandinho Beira-Mar, pelos presídios estaduais, mostra a fragilidade do sistema prisional brasileiro, bem como da política social há anos mal empregada no Brasil.

Interessante observar que as políticas sociais de prevenção, tidas como primárias, estão sendo deixadas de lado, o que inevitavelmente geram as disparidades econômicas e sociais latentes, que levam à formação de organizações paralelas ao Estado, comandando seus territórios como autoridades supremas. E esse foi o caso de Luiz Fernando da Costa, o qual tem grande apressamento da população dos morros onde residiu, pois neles era a autoridade e proteção que faltava.

Atualmente, Beira-Mar é considerado um dos maiores criminosos do mundo, que, certamente, além de suas propensões natas, é fruto de uma sociedade desigual, de punição apenas para pobres e negros. Agora o Estado passa por uma “ironia do destino”, pois não consegue controlar o produto de suas ações e omissões (Beira-Mar), nem mesmo em presídios de segurança máxima com Regime Disciplinar Diferenciado.

Agora tenta asseverar seu sistema de prevenção com a construção de presídios de segurança máxima, e com criação de Leis para crimes hediondos e para Regimes Disciplinados Diferenciados, ferindo a dignidade da pessoa humana que é suprema, não podendo ser nem mesmo ferida pelo próprio Estado. Vale lembrar que não há nenhum estudo que co-relacione a diminuição da criminalidade com o aumento de presídios. Tal quadro somente poderia ser revertido com uma política social com resultados de longo prazo. Assim, está na hora dos governantes pensarem em longo prazo, empregando a tão almejada prevenção social, pois, se hoje o Brasil tem um Fernandinho Beira-Mar, daqui a cinco, dez, quinze anos, terá não somente um, mas vários, com grau de periculosidade ainda maior.

113

REFERÊNCIAS

BARROS, Antônio Milton de. A reforma da Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal). **Jus Navigandi**. Teresina, a. 9, n. 590, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6322>>. Acesso em: 25 ago. 2005.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FLOR, Ana; MACHADO, Cristiano. Beira-Mar fica em Brasília até o final do ano. **Folha de São Paulo**. SÃO PAULO: 23 jul. 2005, pág. C1.

FOLHA ONLINE. **Saiba mais sobre o traficante Fernandinho Beira-Mar**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u124195.shtml>> Acesso em: 19 set. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Fernandinho Beira-Mar e os presídios federais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 30 ago. 2005.



MARRA, Livia. **Beira-Mar sai de Maceió e volta a ficar preso na PF em Brasília** Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u119720.shtml>>. Acesso em: 4 abr. 2006.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. (Trad.) André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO: DUAS FUNÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL

Marcos Antônio Striquer Soares¹

RESUMO

A análise de competências e funções da Justiça Eleitoral constata o acúmulo de duas funções fundamentais do Estado, como funções próprias desse órgão, quais sejam, a administrativa, na condução do processo eleitoral, como conjunto de atos praticados para a realização das eleições; e a jurisdicional, como atividade destinada a solucionar conflitos. Verifica, também, os riscos de se manter tal acúmulo sem o devido treinamento de pessoal.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral. Administração das Eleições. Jurisdição Eleitoral. Acesso à Justiça.

JURISDICTION AND ADMINISTRATION: TWO FUNCTIONS OF ELECTORAL JUSTICE

ABSTRACT

It analyzes the competences and functions of the Electoral Justice. It verifies the concentration of two main functions of the State as typical of this government body, the administrative one, in the management of the electoral process as a set of acts practiced for the accomplishment of the elections; and the jurisdictional one, as an activity aimed at solving conflicts. It also verifies the risks of keeping such a management without due personal training.

Keywords: Electoral Justice. Elections Management. Electoral Jurisdiction. Access to Justice.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho traz um estudo preparatório para outros estudos mais amplos, com vistas a compreensão tanto da Justiça Eleitoral como das eleições. Examinar-se-ão nessa intenção, primeiramente os sistemas de controle do processo eleitoral, ou seja, os mecanismos utilizados pelos povos para evitar abusos nas eleições, fazendo com que as eleições e o resultado da manifestação popular seja o mais legítimo possível. Em seguida, passa-se a destacar algumas competências da Justiça Eleitoral para, então, examinar a dupla missão dessa Justiça especializada: administrar as eleições e solucionar seus conflitos emergentes.

2 O CONTROLE DO PROCESSO ELEITORAL

Um dos capítulos encontrado nos manuais de Direito Eleitoral denomina-se “sistemas de controle do processo eleitoral”. Refere-se à estrutura destinada a controlar o processo eleitoral que deve ser entendido como o conjunto de atos destinados a realizar as eleições.

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP; professor de Direito Eleitoral na UniFil; professor de Direito Constitucional na graduação, na especialização e no mestrado em Direito Negocial da UEL; professor de Direito Constitucional na UNOESTE.



No decurso da operação eleitoral podem naturalmente ocorrer irregularidades ou ilegalidades, merecedoras de apreciação por um órgão especial, que, colocado acima das paixões partidárias, venha decidir os conflitos decorrentes da luta política, para melhor permitir a concretização da verdade eleitoral (FERREIRA, 1983, p. 339).

Esse controle cabe, atualmente no Brasil, à Justiça Eleitoral.

O processo eleitoral, como conjunto de atos destinados à realização das eleições populares, deve sofrer controle, para que possa refletir a vontade do povo manifestada nas urnas. São conhecidos três “sistemas de controle do processo eleitoral: 1. o da verificação dos poderes; 2. o do controle por órgão jurisdicional; e 3. o eclético”.

Pelo “sistema da verificação dos poderes”, entrega-se “aos órgãos legislativos competência para verificar a vontade do corpo eleitoral” (RUSSOMANO, 1981, p. 133). A prerrogativa parlamentar, ainda segundo o autor, deixou um dogma fundamental: “cada Câmara seria o único juiz da elegibilidade e da regularidade das eleições de seus próprios membros”. Russomano (1981, p. 134), também denominado como “sistema clássico, parlamentar ou político”. Sua justificativa está na afirmação da independência do Legislativo. No Brasil ele foi adotado até 1930 e a crítica dirigida a ele entre os brasileiros tem em mira a corrupção que proporcionava, já que os chefes políticos é que decidiam em definitivo sobre a eleição dos membros do Legislativo, visto que não era possível recurso ao Judiciário.

O “sistema judicial de controle do processo eleitoral”, conforme Pinto Ferreira (1983, p. 341), impõe a verificação da legalidade eleitoral mediante a criação de um órgão jurisdicional, encarregado dessa delicada missão. A vantagem desse sistema é a imparcialidade, ou seja, os órgãos do Judiciário e seus juízes possuem garantias para manter independência em relação aos outros Poderes do Estado, bem como em relação a superior hierárquico, o que traz para o processo eleitoral maior imparcialidade e independência nas decisões.

O terceiro sistema de controle do processo eleitoral é o “eclético”, também denominado semiparlamentar, misto ou do Tribunal Especial. O que caracteriza esse sistema “é a possibilidade de recurso das decisões do Parlamento, ou de outro órgão instituído para organização e controle regular de eleições, a um Tribunal Especial, composto com pessoas vindas de outros órgãos, inclusive do próprio Poder Judiciário” (PAULA FILHO, 1998, p. 13).

Com a Revolução de trinta, o Brasil adotou o sistema judicial de controle do processo eleitoral, “a história política brasileira exigia um processo de controle eleitoral imparcial, desinteressado e apolítico. Apenas o Poder Judiciário poderia satisfazer essas exigências. Daí porque a escolha, por nosso país, do modelo jurisdicional de controle das eleições” (CLÈVE, 1993, p. 92-93). O contra-ponto a essa exigência histórica brasileira está, tudo indica, no acúmulo de funções pela Justiça Eleitoral: de um lado, deve praticar os atos necessários à realização das eleições; de outro, deve solucionar os conflitos nascidos na disputa eleitoral. A crítica, então, reporta-se ao acúmulo de funções (administrativa e jurisdicional) que pode gerar confusão no instante de decisão dos conflitos ou no instante de se tomar uma decisão administrativa, já que no primeiro caso é necessário imparcialidade, no segundo exige-se iniciativa do administrador com impessoalidade.

2 DIREITO ELEITORAL E JUSTIÇA ELEITORAL

O direito, como expressão do poder do Estado, é uno e indivisível, contudo sua divisão em áreas de conhecimento facilita a apreensão do objeto estudado. Pode-se estabelecer, desse modo, uma área do conhecimento jurídico destinada ao estudo da tomada do poder do Estado (envolvendo a eleição dos representantes do povo para os cargos públicos eletivos) e ao estudo da participação do povo em decisões do Estado (por meio de plebiscito e de referendo). “O Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental” (RIBEIRO, 1998, p. 4). O Direito Eleitoral



é o ramo do Direito Público responsável, por assim dizer, pelo estudo de regras e princípios referentes às escolhas do povo quanto ao exercício do poder do Estado.

A Justiça Eleitoral é o órgão do Poder Judiciário responsável pela aplicação das normas de Direito Eleitoral. Foi criada no Brasil pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro, qual seja, o Decreto nº. 21.076, de 24-02-1932. Não constava da Constituição de 1891 e tampouco foi incluído nessa Carta através de emenda constitucional. Ela é resultado da Revolução de 1930 e não esperou a Constituição de 1934 para ser criada. “O ponto culminante dessa reforma – reforma eleitoral de 1932 – foi a instituição da Justiça Eleitoral, que, acima dos interesses partidários, se erigiu como a mais lídima garantia da verdade e da legitimidade do voto, isto é, da realidade do sufrágio popular” (COSTA, 1964, 133). Referindo-se à indignação relativa ao voto e ao processo de escolha dos representantes do povo, existente no período anterior à Revolução de 1930, Roberto Rosas (1999, p. 45) explica que “a criação de uma justiça exclusiva para o processo eleitoral foi uma das soluções, pois a administração da eleição fica entregue às mãos isentas da Justiça, e não dos chefes políticos, administradores das candidaturas, dos votos, dos resultados e da indicação dos eleitos”. A Justiça Eleitoral é, assim, uma Justiça Especial, criada para dar legitimidade ao processo eleitoral e evitar os abusos reinantes na época de sua criação.

3 AS COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA ELEITORAL

A Constituição de 1988 estabeleceu os Tribunais e Juízes Eleitorais como órgãos do Poder Judiciário (art. 92, V), mas não definiu suas competências. Remeteu essa incumbência à lei complementar (art. 121) que ainda não foi editada e, “enquanto nova legislação não ocorre, a Lei nº. 4.737/65 (Código Eleitoral) continua regulando a matéria” (COSTA, 1998, p. 31). Dessa forma, essa lei tem *status* de lei complementar, no que se refere às competências da Justiça Eleitoral.

116

A base legal das competências da Justiça Eleitoral encontra-se no Código Eleitoral, em seus artigos 22 e 23 (competências do TSE); 29 e 30 (competências dos TRE); 35 (competências dos juízes); 40 (competências das Juntas Eleitorais). Entre essas competências encontram-se algumas próprias da atividade jurisdicional, como, por exemplo, “processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais” (art. 35, II); “decidir hábeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente à instância superior” (art. 35, III). Por outro lado, entre aquelas competências também são encontradas atividades administrativas, a serem exercidas pela Justiça Eleitoral, como, por exemplo, “tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir” (art. 35, V); “tomar todas as providências ao seu alcance (do juiz) para evitar atos viciosos das eleições”.

Outro dispositivo do Código Eleitoral que evidencia essa atividade administrativa é o art. 249: “o direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública”. Na Resolução nº. 22. 158 de 02/03/06 também se encontra esse poder do juiz:

Art. 63. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia; § 1º O poder de polícia sobre a propaganda será exercido exclusivamente pelos juízes eleitorais, nos municípios, e pelos juízes designados pelos tribunais regionais eleitorais, nas capitais e municípios com mais de uma zona eleitoral; § 2º Compete ao juiz eleitoral, na fiscalização da propaganda, tomar as providências para impedir práticas ilegais, não lhe sendo permitido, entretanto, instaurar procedimento de ofício para aplicação de sanções; § 3º O juiz eleitoral deverá comunicar o fato ao Ministério Público, para que proceda como entender necessário.



Encontram-se em Roberto Rosas (1997, p. 165-166) boas explicações quanto as competências da Justiça Eleitoral:

A Justiça Eleitoral tem sua atuação no processo eleitoral². Dentro desses limites age essa Justiça especializada, e, afora isso, ainda que seja mandato político, cabe à Justiça comum a sua apreciação. Então, a circunscrição está nas eleições não somente no ato de votar, porém antes e depois desse ato, desde as convenções partidárias, o registro das candidaturas, a eleição, a apuração, a proclamação dos eleitos e a diplomação. Diz-se comumente que a diplomação encerra o processo eleitoral. Entretanto, cabe ponderar que outras atividades da Justiça Eleitoral não estão propriamente no processo eleitoral. Veja-se o alistamento, que é permanente, independente das eleições; a regulação da forma de consulta nos plebiscitos e o plebiscito para emancipação de municípios. Ainda cabe incluir na jurisdição eleitoral tudo aquilo referente às atividades partidárias, desde a fundação dos partidos, como seu registro no Tribunal Superior Eleitoral, os atos de escolha dos dirigentes partidários, até a sua extinção.

As tarefas indicadas são corolários da função administrativa exercida pela Justiça Eleitoral. Além dessas competências destinadas à realização das eleições e à verificação da vontade popular, a Justiça Eleitoral também exerce competências jurisdicionais propriamente ditas:

Tais atribuições abrangem, basicamente, todo o contencioso decorrente do processamento e apuração das eleições, bem como da expedição dos diplomas. A decisão das arguições de inelegibilidades, e ainda o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos que lhe são conexos, bem como os de *habeas corpus* e mandado de segurança em matéria eleitoral (CLÈVE, 1993, p. 99).

117

A Justiça Eleitoral é responsável, portanto, pela solução dos conflitos em que incida a lei eleitoral, bem como pela realização das eleições e das consultas populares. A legislação eleitoral é seu instrumental básico. Solucionar conflitos e realizar as eleições são suas funções para atingir a finalidade maior de selecionar representantes do povo e aferir a vontade popular.

4 FUNÇÕES JURISDICIONAL E ADMINISTRATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

A função típica de um órgão judicial é, como se sabe, a função jurisdicional. À Justiça Eleitoral, no entanto, além desta, ainda cabe o exercício da função administrativa, na condução do processo eleitoral. Essa dupla missão é o objeto deste tópico.

Analisando as competências da Justiça Eleitoral, percebe-se que ela exerce a função administrativa dirigindo-se a duas frentes de trabalho. A primeira delas destina-se à administração do próprio órgão judicial, indispensável para o desempenho de sua função principal, a jurisdicional, como, por exemplo, as decisões referentes a recursos humanos (licença, férias, afastamento, promoção de pessoal: art. 23, III e IV do Código Eleitoral). A segunda incumbência, tipicamente administrativa entregue à Justiça Eleitoral, é a de realizar as eleições. Esta incumbência é diferente da primeira, pois lá ela administra os seus próprios interesses, nesta ela exerce função administrativa, satisfazendo uma necessidade própria do povo e não do órgão judicial, qual seja, a seleção dos mandatários do povo.

Conforme Suzana de Camargo Gomes (1998, p. 192-193),
o processo eleitoral consiste no conjunto de atos pertinentes à execução do

² Processo eleitoral não é sinônimo de Direito Processual, significa o conjunto de atos destinados à realização das eleições.



pleito e reconhecimento dos eleitos, pelo que engloba atos que vão desde a organização das eleições até a sua realização e divulgação dos resultados, com a ulterior diplomação dos escolhidos. E aos Juízes Eleitorais é outorgada competência justamente para dirigir o processo eleitoral em todas as suas fases.

O chamado processo eleitoral é conjunto de atividades tipicamente administrativas. Comentando o art. 137, V da Constituição de 1969, que atribuía à Justiça Eleitoral competência para processamento e apuração das eleições, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1986, p. 511-512) apresentou o seguinte comentário:

Em razão deste dispositivo, cabe à Justiça Eleitoral tomar todas as providências necessárias para a realização das eleições e apuração dos votos, inclusive fixando normas que disciplinem a inscrição de candidatos, a tomada dos votos e sua contagem, obviamente observada a lei. Tem-se aqui uma competência administrativa da Justiça Eleitoral.

Encontra-se em Rômulo Pizzolatti (1997, p. 27) conclusão apropriada: “verifica-se que o grosso das atribuições da Justiça Eleitoral, isto é, as que respeitarem à organização do eleitorado e das eleições, são atividades de caráter administrativo, ainda quando praticadas por tribunais ou juízes eleitorais”.

Tratando do processo eleitoral, ou seja, do conjunto de atos relacionados à execução das eleições e ao reconhecimento de seus resultados, Fávila Ribeiro (1998, p. 183-184) destaca a importância e o significado dessa função administrativa exercida pela Justiça Eleitoral no intuito de realizar as eleições:

118

Por sua finalidade não pode essa Justiça especializada enveredar por um comportamento estático, passivo. Assiste-lhe a responsabilidade pela autenticidade do pronunciamento popular, sendo do seu dever adotar as medidas que realmente assegurem a liberdade de voto e a lisura da sua contagem, impedindo adulteração nos dados emanados das urnas. Quando assim não faça, não se mostra à altura de sua elevada responsabilidade social. Em muitas de suas atribuições, mostra-se aparelhada com o poder de iniciativa, de modo a que possam os seus órgãos agir de ofício. Assim sucede porque muitas de suas atribuições não têm caráter jurisdicional, sendo, materialmente, administrativas. Com relação a estas, pelo menos, a intervenção da Justiça Eleitoral prescinde do concurso de terceiros.

Aqui se percebe que as eleições podem ser equiparadas, grosso modo, a um concurso público destinado a contratação de pessoal, para o preenchimento de cargos na Administração Pública. Deve respeitar, por isto, um regime jurídico administrativo. Porém essa seleção de pessoal, com eleições populares, para o exercício dos órgãos de cúpula do Estado, deve apresentar características próprias em razão de peculiaridades nessa seara. Por outro lado, durante as eleições, quando da execução do processo eleitoral, desse conjunto de atos, pertinentes à execução do pleito, pode surgir, como de fato surge, conflitos entre as pessoas que participam da disputa e entre estes à sociedade. Como exemplo, pode-se dizer que um concurso público para contratação de um professor de uma universidade pública é um procedimento administrativo, mas, caso ocorra alguma nulidade, esta poderá ser levada e discutida em juízo. Tais conflitos já caracterizam a atividade jurisdicional da Justiça Eleitoral.

Em Marcelo Caetano (1977, p. 208 a 210) há boas explicações sobre essas duas funções do Estado - “as funções jurisdicional e administrativa” são modos de atuação do Estado na execução da lei, decorrentes da “função executiva”: considerada esta como a “atividade dos órgãos do Estado que tem por objeto direto e imediato promover e assegurar o cumprimento

das leis e aplicar sanções aos infratores delas”. A execução da lei não decorre sempre da mesma maneira, não segue sempre o mesmo processo. São dois os ramos em que essa execução se diferencia, correspondentes a dois típicos processos de atuação.

a) Quando está em causa um conflito de interesses, a execução da lei exige prévia definição do interesse que desfruta da proteção jurídica para assim se deslindar o conflito. O órgão do Estado executor da lei procede sobretudo mediante “operações intelectuais”: verificar os fatos e ajustar-lhes o Direito aplicável.

Tal modo de executar a lei exige perfeita “imparcialidade” do órgão de execução: este não deve estar de modo nenhum interessado no conflito e não deve resolver sem ouvir todos os interessados. Por outro lado, a própria natureza desse processo de agir exige que o órgão de execução só atue quando lhe seja pedido por um dos interessados, pelo menos. Essas regras observam-se mesmo quando o conflito se dê entre interesses representados pelo próprio Estado e outros quaisquer: o órgão competente para aplicar a lei também se há de considerar imparcial, competindo a outro órgão (o Ministério Público, geralmente) representar os interesses que o Estado quer fazer valer.

“Imparcialidade e passividade” são, pois, as características do “processo jurisdicional” da execução das leis.

b) O Estado tem órgãos que tomam a “iniciativa” da realização dos comandos legais, diretamente ou mediante a orientação da conduta dos particulares. E, nesses casos, os órgãos do Estado procedem como se fossem eles próprios os titulares dos interesses que a lei quer ver em ação, agindo como “partes” nas relações com os particulares, isto é, com parcialidade. O Estado não espera que lhe venham pedir que intervenha para executar a lei: aproveita faculdades legais, usa os seus poderes cumpre os seus deveres, escolhendo quando lhe seja possível as oportunidades de intervenção e determinando-se nela por motivos de conveniência. Assim, as decisões ou “operações de vontade” predominam sobre os julgamentos ou operações de inteligência. E o Estado, na medida em que se proponha realizar os seus interesses, pode entrar em conflito com outros interessados.

“Parcialidade” e “iniciativa” aparecem agora como características do “processo administrativo” da execução das leis. Conclui, então, Marcelo Caetano (1997) que tanto a jurisdição como a administração são modos ou processos da função executiva que só formalmente se distinguem entre si.

O regime jurídico eleitoral, desse modo, deverá levar em consideração essa dupla missão da Justiça Eleitoral. A conjugação dessas funções, porém, exige cuidados especiais e regras balanceadas, para que a vontade popular seja aferida sem vícios. Nesse aspecto, verifica-se a carência de estudos mais detalhados no Direito Eleitoral, os quais encontram seus fundamentos, além do Direito Eleitoral, basicamente no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, os quais devem explicar o que pode ser denominado regime jurídico eleitoral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: IMPARCIALIDADE E ATUAÇÃO DE OFÍCIO NA JUSTIÇA ELEITORAL

A Justiça Eleitoral é o órgão do Poder Judiciária responsável pelas eleições dos representantes do povo e também responsável por aferição de vontade quando de consultas populares, além de outras competências que lhe são atribuídas para possibilitar estas. Nesse quadro, ela exerce “função administrativa”, quando assume a responsabilidade de realizar as eleições, fazendo cumprir a lei eleitoral para levar a cabo as eleições. Exerce, também, “função jurisdicional”, quando soluciona conflitos emergentes do processo eleitoral.

Um grande problema, enfrentado pela Justiça Eleitoral, além de outros como a carência de estudos sobre o regime jurídico eleitoral, decorre dessa concentração de funções nas mãos desse órgão, pois, muitas vezes, os juízes solucionam conflitos – exercício da função jurisdicional – como se estivessem aplicando a lei meramente para realizar as eleições – função administrativa. Por outro lado, muitas vezes exercem função administrativa como se solucionassem conflitos, alegando o princípio da imparcialidade (próprio da jurisdição), deixam de praticar atos de ofício e



permitem, por conseqüência, abusos de candidatos em detrimento do cidadão.

Se de um lado, tem-se o risco de decisões administrativas arbitrárias, prevalecendo soluções políticas, ao invés da impessoalidade e da “boa administração” – princípio da eficiência³ (próprios da atividade administrativa), por outro lado, as decisões jurisdicionais, propriamente, acabam sofrendo reflexos dessa incerteza, prejudicando, assim, a imparcialidade (própria da função jurisdicional).

Com essa concentração das funções fundamentais do Estado nas mãos de um órgão do Poder Judiciário, é essencial o aperfeiçoamento das práticas e a capacitação ou mero treinamento das pessoas que trabalham nesse campo do direito – não se pode esquecer que se trata de uma Justiça especializada. A ausência de percepção de serem duas as responsabilidades dessa Justiça põe em risco toda uma construção democrática de seleção de representantes do povo. Dado funções tão diferentes com conseqüências tão danosas, caso exercidas como se fossem a mesma atividade, a ausência de formação específica do juiz em Direito Eleitoral tem como efeito o arbítrio, quando não separado o papel dessa autoridade e o efeito prático de sua atuação em cada uma das funções. Daí a importância de cursos específicos de formação. Isso fica ainda mais claro quando evidenciado tratar-se de uma Justiça especializada. Será possível imaginar que a Justiça deve ser especializada, mas o profissional não?

Não se está, aqui, a condenar algum juiz eleitoral por confundir tais funções sob responsabilidade da Justiça Eleitoral. A prática judicial não é, de um modo geral, arbitrária, o que se vê muitas vezes é, até o contrário, a exigência de provocação quando há dúvida sobre o dever de imparcialidade ou o dever de ofício. O que este estudo pretende destacar, apenas, é o perigo em se misturar papéis tão distintos na escolha e seleção de representantes do povo, de um lado, e, de outro, a necessidade de formação e treinamento de pessoal, para o exercício de cargo nessa Justiça especializada.

REFERÊNCIAS

120

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1977.*

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993.*

COSTA, Edgard. *A legislação eleitoral brasileira (Histórico, comentários e sugestões). cidade: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.*

COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito Eleitoral. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.*

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n.º 27, de 27-11-1985, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.*

FERREIRA, Pinto Luís. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno. v.1, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.*

GOMES, Suzana de Camargo. *A Justiça Eleitoral e sua competência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.*

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo brasileiro. 16. ed., São Paulo: RT, 1991.*

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.*

³ Ver Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 92; Hely Lopes Meirelles. *Curso de Direito Administrativo brasileiro*, 16 ed, São Paulo, RT, 1991, p. 86.



PAULA FILHO, Afrânio Faustino de. *Sistemas de controle do processo eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

PIZZOLATTI, Rômulo. *A natureza das atividades da Justiça Eleitoral*, Resenha Eleitoral. Florianópolis: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, v. 4, n. 1. jan./jun. 1997.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 2. ed., São Paulo: RT, 1997.

_____. *Justiça Eleitoral: modelo e importância*, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Revista dos Tribunais, n.º 27, abr./jun. 1999, São Paulo.

RUSSOMANO, Rosah. *Sistemas eleitorais*. *Justiça Eleitoral – sua problemática no constitucionalismo brasileiro*, Revista de Informação Legislativa, n. 71 – jul./set. 1981.

A PESQUISA JURÍDICA COMO UM INSTRUMENTO FUNDAMENTAL NA PRÁTICA DOCENTE-DISCENTE

*Maria Cristina Vecili**

RESUMO

Este artigo serve como uma reflexão para elaboração de trabalhos científicos. Enfoca desde a simples leitura, passando pelo resumo, paráfrase, resenha, fichamento, privilegiando aspectos lingüísticos do texto científico. Trata-se de um trabalho que vem suprir a demanda dos leitores por um material que atenda alguns aspectos básicos, evitando, assim, que os trabalhos se transformem em meras transcrições.

Palavras-chave: Trabalhos Científicos. Discursos. Fichamento. Resenha.

THE LEGAL RESEARCH AS A BASIC INSTRUMENT IN THE PRACTICAL DOCENTE-DISCENTE

ABSTRACT

This article is useful as a reflection in order to elaborate scientific writings, focusing from plain reading, going through summary, paraphrase, report, registers with quotations and comments, favoring linguistic aspects from the scientific text. It is a work that supplies the demands from not attended readers, with a material which fulfils some basic features, thus avoiding that, what was elaborated turns into mere transcription.

Keywords: Scientific Works. Speeches. Registers with Quotations and Comments. Report.

1 INTRODUÇÃO

Fruto de várias aulas sobre este tema, bem como indagações de alunos e professores sobre trabalhos científicos, e o fato de muitas obras estarem obsoletas, este artigo está a serviço do pesquisador, para que ele possa utilizar os critérios exigidos à produção do trabalho científico. Há muito já se constatou que é o aluno que aprende, e para isso ele precisa saber ler, elaborando resumo, resenha, paráfrase, fichamento. Em seguida é importante que ele saiba organizar as informações adquiridas. Vê-se pela experiência que não se trata de começar pelo fim, obedecendo ao Art. 9º n. 1.886 de 30-12-94, quando inclui, nos cursos jurídicos, a apresentação de defesa de monografia final, perante banca examinatória, mas mostrar desde os primeiros anos do curso a relevância da pesquisa como complemento fundamental à aprendizagem.

2 ELEMENTOS LINGÜÍSTICOS NO TRABALHO CIENTÍFICO

Qualquer trabalho científico nasce da relação e combinação de elementos lingüísticos e resulta na transformação desses mesmos elementos, por meio de uma linguagem produzida pelo próprio autor do trabalho. O aluno, em todos os níveis de ensino, ao mergulhar no mundo lingüístico de muitos autores sobre o tema escolhido, não só filtra informações como também as revitaliza. Assim o significado de qualquer texto ultrapassa o seu autor. Isso se dá quando

*Professora do curso de Direito da UNIFIL. Doutora em Letras pela UNESP - S. P. - e-mail <mcristinavieili@yahoo.com.br>



o produtor do texto, ao arrolar várias vozes discursivas, constrói sua própria voz.

A prática docente, hoje, tem mostrado que o problema lingüístico do leitor – qualquer tipo de aluno – que advém, na maioria das vezes, de carência de leitura, é que dificulta a sua expressividade. Os recursos lingüísticos de que os alunos dispõem apresentam condições precárias em relação à sintaxe, à semântica e à pragmática. Antes da montagem do texto científico é imprescindível que o aluno procure material para leitura, assimile e reflita sobre as várias informações, para depois adquirir condições intelectuais para montar o texto científico. Assim, não há como definir previamente os passos de um trabalho científico, sem antes explorar, pelo menos uma parte do material que será utilizado na pesquisa, porque, através das leituras e conseqüentemente dos fichamentos, é que se construirá o discurso.

Isso exige, primeiro, comprometimento com o trabalho; segundo, humildade e ética, para organizar dois discursos: o citado (direto) e o parafraseado (indireto). A partir desse jogo dos dois discursos, é que o pesquisador poderá utilizar-se do discurso indireto livre e dar forma ao texto. A ideologia do autor do texto científico prende-se ao resumo das vozes que vão penetrar na estrutura discursiva, cabendo a ele, dentro dessa polifonia de vozes que emanam da pesquisa (leitura e fichamento), distribuí-las adequadamente.

Segundo Bittar (2001, p. 17), “uma situação comunicativa para que se configure em sua integridade, funda-se na possibilidade de entendimento de um conteúdo referencial, o que passa pela decodificação do código, e, mais, pela captação da mensagem referencial [...]”, considerando, também, a possibilidade de contra-argumentação. Essa interação comunicacional é mister para a elaboração de um novo código, no entanto todo esse entendimento não possui apenas um papel descritivo. No caso do discurso jurídico “estaria fadada a uma atividade de análise, superficial das instâncias de produção da juridicidade“ (BITTAR, 2001, p. 47). Não se pode “admitir um realismo do fenômeno jurídico intocável pela axiologia daquele que o avalia teoricamente” (BITTAR, 2001, p. 48). Há, sim, que se interpretar, avaliar, julgar, restaurar, indicar, complementar, criticar as práticas jurídico-discursivas. A função referencial da linguagem aliada à função metalingüística resulta em um discurso determinado por um dialogismo que interage dinamicamente.

Diante de tal realidade, mais do que nunca é preciso desenvolver no aluno a leitura crítica, a de esforço reflexivo. Sendo assim, como a leitura para a elaboração de qualquer trabalho científico exige técnicas e critérios, não se pode prescindir de demarcações conceituais para responder a alguns questionamentos sobre a diferença entre fichamento, resumo, resenha e paráfrase. É comum encontrar não só o aluno como também o professor confuso com relação à leitura, ao contexto, ao estilo e aos formatos desses desdobramentos de leitura. O importante, na verdade, não é esgotar qualquer definição, mas mostrar que o fichamento, o resumo, a resenha e a paráfrase, dinamizados, ajudam a esclarecer as idéias, a entender a formação da ideologia através da linguagem. Quaisquer que sejam os recursos, o texto, que está sendo trabalhado, vai ficando cada vez mais claro, quanto mais o aluno for se aproximando da prática da análise da linguagem.

2.1 Fichamento

O Fichamento (HENRIQUE, 2003) é uma forma de registrar ou catalogar o material necessário à compreensão de um texto ou tema. Todo fichamento supõe mais de uma leitura. É importante o estudante ter um bom dicionário da língua portuguesa ou técnico de termos jurídicos, ou, ainda, de brocardos jurídicos, de citações do latim, de política, de filosofia, enfim dicionários que ajudarão a elucidar alguns trechos da leitura. As idéias originais que forem surgindo, durante a leitura, devem ser anotadas para não se perderem.

Como o nome fichamento é antigo, ligado à idéia de ficha, pode-se substituí-lo pelo de relatório de leitura. Seja como for, qualquer fichamento ou relatório de leitura deve ter anotada a origem do material consultado – as referências – que serão utilizadas na elaboração do trabalho científico (título, edição, editora, local de publicação, ano de publicação, volume, páginas, etc). Podem-se transcrever literalmente passagens do texto ou, no caso de citação indireta, também conhecida por paráfrase, reproduzir idéias da fonte consultada, sem, no entanto, transcrever o



texto, ou seja, as idéias são expressas com palavras próprias. A paráfrase, muitas vezes, é preferível a uma longa citação textual, devendo, porém, ser feita de forma que fique bem clara a autoria. Já a citação da citação ocorre quando o autor do trabalho não teve acesso ao texto original e transcreve uma citação, citada pelo autor da fonte consultada. Nesse caso, deve-se acrescentar, antes da indicação da fonte consultada, o termo latim *apud*, que significa junto a. É imprescindível registrar todos os dados bibliográficos e ir abrindo parênteses para anotar as páginas utilizadas, pois poderão ser úteis no transcorrer do trabalho.

No momento da redação, a citação pode ser transformada em paráfrase, porém o inverso exigirá uma volta ao texto original para copiar o trecho. Ressalte-se que a extensão do fichamento ou relatório de leitura é tomada com base no material colhido, segundo orientação do professor. Agora, o que não se pode esquecer é que os fichamentos são instrumentos básicos para a redação do texto de resumo, resenha, paráfrase, ou de monografia, dissertação e tese.

2.2 Resumo

Resumo (MONTEIRO, 1998) é uma condensação fiel das idéias contidas no texto, ou seja, reduzi-lo ao seu esqueleto essencial, considerando dois elementos: cada uma das partes essenciais do texto e a progressão em que elas se sucedem. Ao se resumir um texto, deve-se reescrevê-lo e não copiá-lo, evitando-se assim que o resumo se transforme em mera transcrição de algumas frases. Além disso, um bom resumo deve ser breve e claro para o leitor, e isso significa dizer muito em poucas palavras. É importante observar que resumir não é reproduzir frases do texto original como uma espécie de “colagem”, porém é apresentar, com as próprias palavras, os pontos relevantes de um texto, portanto é necessário compreender antes o seu conteúdo global. Evitar introduções ou guias do tipo: “o autor diz que [...]”, “o autor continua afirmando que [...]”, etc. O bom resumo deve conservar os traços do estilo do texto original, como, por exemplo, nível de linguagem, ironia, humor, vivacidade, etc. A extensão do resumo é estabelecida pelo examinador (na escola) ou pelos objetivos e tempo disponível (no setor profissional). Normalmente, deve ter de 10 a 15 por cento da extensão do texto original.

124

Resumir textos é fazer um treinamento para adquirir facilidade na comunicação, observar o que é essencial e o que se acrescenta como secundário, aprender a relacionar as idéias, entender com clareza o assunto, distinguir o sentido próprio das palavras. O resumo informativo é a condensação do conteúdo que expõe finalidades, métodos, resultados, conclusões e permite ao leitor informações de caráter complementar. É mais utilizado em monografias, teses e dissertações. Nesse caso, aparece antes da introdução, em folha separada. A NBR 6028 da ABNT recomenda que a extensão dos resumos deve ser: para notas e comunicações breves, os resumos devem ter até 100 palavras; para monografias e artigos, até 250 palavras; para relatórios e teses, até 500 palavras.

2.3 Resenha

A resenha (MATOS, 1985), diferentemente do fichamento e do resumo, avança mais em direção à análise de textos. É importante perceber que a resenha consiste numa exposição breve das partes de um livro, uma peça, um filme, etc, para, em seguida, fazer uma apreciação emitindo opinião acerca das idéias do texto, ou, ainda, cotejá-la com outros textos. Através dela, toma-se conhecimento prévio do conteúdo e do valor de um texto.

A resenha estrutura-se em várias partes: cabeçalho, no qual são transcritos os dados da obra resenhada; informação sobre o autor do texto; exposição sintética do conteúdo do texto; comentário crítico que consiste na avaliação que o resenhista faz do texto, podendo ressaltar tanto os pontos positivos quanto as falhas e incoerências, visa, portanto, fornecer uma apreciação crítica sobre determinada obra. Assim, além de trazer o assunto devidamente resumido, este é acompanhado de uma análise. Essa divisão tem um caráter eminentemente didático, o que significa que o resumo e a análise podem misturar-se. O importante é que haja unidade textual.



2.4 Paráfrase

Para-phrasis, no grego, significa continuidade ou repetição de uma sentença. Como se vê a paráfrase está ao lado da imitação, ou melhor, é a reafirmação em palavras diferentes do mesmo sentido, de uma obra escrita. Pode ser uma afirmação geral da idéia de uma obra como esclarecimento de uma passagem difícil. No discurso poético, a paráfrase seria criação ou utilização. Aqui, paráfrase é o modo de traduzir fórmulas simbólicas – para cada construção simbólica uma paráfrase em palavras. Nesse sentido, transforma um texto obscuro, ou complexo, num texto claro, fazendo-o passar do implícito ao explícito. Nessa linha, a questão dos limites entre interpretar e resumir é tênue, porque qualquer tradução já seria uma interpretação.

Feitas essas ressalvas, constata-se que a paráfrase, não só no discurso científico como também no discurso poético, repousa sobre o semelhante e faz evoluir a linguagem de um velho paradigma – abrindo mão da pessoa que está escrevendo ou falando para deixar falar a voz do outro, reafirmando os ingredientes do texto primeiro. A melhor maneira de se produzir uma paráfrase é primeiramente ler com atenção, repetidas vezes, até ter compreendido o que diz o texto. Em seguida, deve-se escrever, sem buscar apoio no texto, com as próprias palavras, o pensamento do autor. Na redação elaborada o que irá variar será a construção das frases. Desse modo, transforma-se um texto em um outro, ou seja, tomam-se as informações contidas em um texto e escrevem-se essas mesmas informações com as próprias palavras. O texto anterior, portanto, serve como modelo para estruturar o outro texto. Quando se faz uma paráfrase transforma-se um texto complexo num texto acessível para um número maior de pessoas. Também é necessária a referência ao texto original, mostrando que as idéias contidas em um enunciado foram reescritas.

É importante ressaltar que a principal característica da paráfrase é a reprodução das idéias ou da estrutura de um texto, podendo ser mais extensa que o texto-modelo. A paráfrase é um tipo de citação indireta, conceptual, ou citação síntese de idéias da fonte consultada, sem, no entanto, transcrever o texto. Ela é preferível a uma longa citação direta textual, devendo, porém, ser feita de forma que fique bem clara de onde a idéia foi retirada (SANT'ANNA, 1981).

125

3 CONCLUSÃO

Nunca é demais ressaltar que, no processo de construção de texto científico, o pesquisador precisa assumir, constantemente, a idéia de que as informações são alheias, porém, quando ele, por meio de discurso comentado e discurso citado, organiza as idéias em uma perspectiva controlada e seletiva, imprime novas luzes na prática discursiva. Poder-se-iam, aqui, citar Julia Kristeva, Mikhail Bakhtin, ou mesmo Käte Hambúrguer para explicar as dificuldades lingüísticas do texto científico, entretanto este artigo limitar-se-á a analisar os artifícios usados na construção do texto. Conhecer o campo científico estudado, lendo e interpretando vários autores, deve vir *a priori* das atividades lingüísticas do texto definitivo do pesquisador. Sendo assim, antes da criação do texto definitivo, vários outros textos serão elaborados sobre forma de resenha, resumo, paráfrase e fichamento. O jogo de vozes articuladas nesses discursos, ou seja, a intertextualidade ou discurso dialógico nas infinitas combinações é que construirá, por meio do discurso direto, indireto e indireto livre, o trabalho monográfico.

Mais importante que tudo é a linguagem, no texto científico, marcada pela busca do objetivismo, já que ela tem sua essência no subjetivo. Somente as organizações dos jogos discursivos – quando as informações serão distribuídas no texto – construirão e ordenarão as idéias, filtradas dos autores, construídas para compor um texto lingüisticamente estruturado. Também a força discursiva está na correção gramatical, na precisão sem cair no hermetismo, no cuidado em não usar abusivamente os recursos retóricos, no rigor com o vocabulário técnico, no cuidado com parágrafos bem elaborados – que não sejam nem breves nem logos demais, na técnica



ca lingüística, aliada ao método científico, culminando em um texto polifônico, elaborado pelos discursos citados, parafraseados, resumidos, resenhados.

A linguagem científica é um sistema de expressão que possui suas próprias leis, e a sua principal função é informativa e técnica, de ordem cognoscitiva e racional, firmada em dados concretos, a partir dos quais analisa, compara, sintetiza, argumenta, induz e conclui. Deve, portanto, esclarecer pela força dos argumentos, visando obter o máximo de inteligibilidade; daí a necessidade de transmitir conhecimentos e informações com clareza, precisão e objetividade, isentos de ter ambigüidades. Por isso é importante escolher os termos mais adequados às idéias que se quer exprimir e determinar sua significação exata. As frases devem traduzir o desenvolvimento lógico do pensamento, evitando, assim, períodos muito longos que dificultem a compreensão e tornem a leitura pesada. Os defeitos mais graves nas redações decorrem das falhas de estruturação da frase, da incoerência das idéias, da falta de unidade. Para ajudar o aluno a distribuir melhor as idéias e estabelecer suas relações de dependência, expondo seu pensamento de modo claro, coerente e objetivo, alguns elementos de coesão, em diversas áreas semânticas das palavras, são imprescindíveis.

Em suma, todo esforço deve ser feito para que a linguagem científica siga as exigências de ser: impessoal, objetiva, modesta, informativa, clara, própria. O texto é uma seqüência de termos unidos através de elos coesivos, que caminham para trás e para frente, costurando perfeitamente o texto nos momentos de vaivém, ou seja, em conexão seqüencial a que se chama coesão. Ora, sendo a linguagem um meio de transmissão de idéias, quanto melhor for a transmissão mais os objetivos serão alcançados. *In claris interpretato cessat* – há clareza se houver preocupação com a semântica, a sintaxe, a estilística, só para dar alguns exemplos. Toda elaboração de um texto científico é um exercício lingüístico que transforma, na maioria das vezes, um pesquisador em um autor (DEMO, 1983).

REFERÊNCIAS

126

BAKTHIN, Mikhail. *Estética da criação Verbal*. (Trad.) Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

BITTAR, E. C. B. *Linguagem Jurídica*. São Paulo: Saraiva. 2001.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. *Metodologia Científica*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

DEMO, P. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1983.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HANBURGUER, K. *A lógica da criação Literária*. (Trad.) Margot P. Malnic. São Paulo: Perspectiva, 1975.

HENRIQUES, A. *Monografia no Curso de Direito. TCC - Trabalho de conclusão de curso: metodologias e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KRISTEVA, J. *Introdução à Semanálise*. (Trad.) Sílvia Helena França Ferraz. São Paulo: Perspectiva, 1974.

LUFT, C. P. *Trabalho Científico: sua estrutura e apresentação*. Porto Alegre: Lima, 1967.

MATOS, F. G. de. *Como resenhar um livro*. Ci. Cult., v. 37, n. 1, p. 182, Jan. 1985.

MONTEIRO, S. D. *Elaboração de resumos e resenhas*. Londrina: UEL, 1998.



- NUNES, L. A. R. *Manual da Monografia Jurídica*. 2. ed. (rev. amp.) São Paulo: Saraiva, 1999.
- RUDIO, F. V. *Introdução ao projeto de pesquisa científica*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- RUIZ, A. J. *Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos*. São Paulo: Atlas, 1996.
- SANT'ANNA, A. R. *Paródia, Paráfrase & Cia*. 4. ed. São Paulo: Ática, 1981.



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA COMO LIMITE AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA¹

Valkíria A. Lopes Ferraro²
Adriana Adelis Aguilar da Costa³
Antonio Augusto da Costa⁴
Edson Mitsuo Tiujo⁵
Luciane Wambier⁶

RESUMO

O presente artigo pretende abordar a boa-fé objetiva e seu viés de limitação à autonomia privada, criadora de limites ao exercício de direitos subjetivos pelo titular deste direito.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé Objetiva. Autonomia Privada. Abuso do Direito.

SHORT CONSIDERATIONS ABOUT OBJECTIVE GOOD FAITH AS A LIMIT TO THE PRINCIPLE OF THE PRIVATE AUTONOMY

ABSTRACT

This article intends to approach Objective Good Faith as a Limit to Private Autonomy, creating limits to the exercise of subjective rights by the parties.

128

Keywords: Objective Good Faith. Private Autonomy. Law Abuse.

Como porém, enfrentar a boa-fé objetiva? Este tema complexo e inovador, múltiplo e fascinante – que, nos mais variados países, tem despertado a atenção doutrinária e provocado a irrupção de uma fértil e inovadora jurisprudência no direito das obrigações -, sugere sonoras repercussões, que se espraiam em ampliadas margens (...). Há em relação à boa-fé uma imensa vastidão de perspectivas que é preciso, contudo, selecionar, reduzir, concentrar, à custa, talvez, de conter a inquietude (MARTINS-COSTA, 2000, p. 21).

1 Artigo elaborado junto ao Projeto de Pesquisa “A NOVA SISTEMÁTICA CONTRATUAL: O PRINCÍPIO DA BOA FÉ COMO REQUISITO FUNDAMENTAL NA LIBERDADE DE CONTRATAR, O DIRIGISMO CONTRATUAL E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BILATERAIS”. Redigido a partir de estudos e pesquisas realizadas pelos alunos que integram o projeto, orientados pela professora Valkíria A. Lopes Ferraro. Dentre os alunos de graduação que integram a equipe de pesquisa: Luciane Wambier, Marina Zaparoli Beretta, Patrícia Audibert Nader, Patrícia Martins Valente e Reginaldo Lourenço Pierrotti Junior.

2 Professora de Direito Civil no Curso de Graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Curso de Pós Graduação em Direito Empresarial da Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

3 Advogada. Especialista em Direito Civil e Processo Civil e mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

4 Advogado. Assessor Jurídico Municipal. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no Curso de Graduação em Direito e Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí - UNIVALE.

5 Advogado. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

6 Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina.



1 INTRODUÇÃO

Côncio da necessidade e urgência de uma releitura dos institutos privados, especialmente por meio da regulação da atividade econômica para conter, ou, ao menos, controlar os abusos dos poderes privados, é que o legislador pátrio, seguindo a linha principiológica constitucional, optou por inserir, entre os dispositivos do Código Civil, institutos que limitam a autonomia privada dos contratantes, entre eles: boa-fé objetiva, função social do contrato, comutatividade, equidade, revisão contratual decorrente da imprevisão, onerosidade excessiva e a doutrina do abuso do direito. O primeiro, especificamente, será objeto do presente estudo.

Foram diretrizes axiológicas como a eticidade, a socialidade e a operabilidade (REALE, 2002) que orientaram o legislador civil, trazendo avanços e conquistas na legislação, afastando o viés individualista do vetusto Código. Até mesmo em razão da participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis (denominada constitucionalização do Direito Civil), merece destaque o Art. 1º que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa “a dignidade da pessoa humana”, que constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico.

É na (re)estruturação desses conceitos que o Estado busca a salvaguarda de interesses sociais mais significativos do que a autonomia privada, a qual sofre condicionamentos de ordem legal, moral e pública, a fim de realizar um melhor equilíbrio social. Não por uma mera preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, mas também de sujeitar a vontade dos contratantes ao interesse coletivo, no qual se inclui a harmonia social.

Vale ressaltar que as mudanças trazidas pelos institutos civilistas que limitam a autonomia privada aprimoraram o direito, adequando seus limites à justiça social tão almejada nos tempos modernos.

Atualmente, não no campo do direito, vivencia-se o que se denominou de pós-modernismo, vez que se ultrapassa aquele ímpeto de intervencionismo pelo Estado interventor-desevolventista-regulador, para adentrar a uma era de globalização neoliberal-pós-moderna, conforme ensina Streck (2004, p. 23), que “coloca-se como um contraponto das políticas do *welfare state*”, exteriorizando uma nova face do capitalismo internacional.

Ocorre que, no Brasil, as promessas da modernidade ainda não se realizaram, ou seja, o Estado não se empenhou na redução das desigualdades. Nesse quadro, a solução que se tem apresentado é o retorno ao Estado neoliberal. Justamente no momento em que as desigualdades crescem, o Brasil se omite da realização de políticas públicas intervencionistas, em sentido contrário ao que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, ou seja, um Estado Democrático de Direito.

Parece paradoxal, mas, no Brasil, a intervenção jurídica do Estado no Direito Privado cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais. Ora, nada mais necessário, vez que, não exauridas as promessas da modernidade, resta ao Estado alcançá-la, ou ao menos minimizar as desigualdades.

Esta tendência de se fixar normas que denotam uma ingerência cada vez mais presente por parte do Estado é a promessa da modernidade. De fato, os “novos princípios” (MARTINS-COSTA, 2000) repercutem na legislação civil, a fim de torná-la adstrita a um conceito de justiça material, e não meramente formal, dando-se prevalência a valores éticos e às técnicas legislativas com eles compatíveis, como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Em razão das recentes e constantes modificações sofridas no cenário econômico e político mundial, por óbvio também enfrentadas pelo Brasil, o direito privado vem sofrendo uma série de alterações conceituais e o antigo conceito de “autonomia plena da vontade”, outrora ferrenhamente defendido, vem cedendo espaço para institutos mais voltados para a realidade social que envolve os atores da relação contratual.



É cediço que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi o Código de Defesa do Consumidor que inaugurou doutrinas próprias da modernidade que visam incutir igualdade e equilíbrio material nas relações consumeiristas, caracterizando as tendências de intervenção do Estado nas relações privadas. No âmbito do Direito Civil, especialmente nas relações contratuais, somente agora, após a edição do Código Civil de 2002, é que se tem notado com maior incidência a intenção do legislador em incutir nas relações negociais as “promessas” da modernidade.

O abuso do direito é um destes institutos, aqui estudado sob seu contorno de limitação de direitos subjetivos, tendo como parâmetro a boa-fé objetiva. Esta é a razão de ser do presente estudo: a boa-fé objetiva em seu aspecto limitador da autonomia privada, limitando o exercício dos direitos subjetivos.

A autonomia privada como pilastra do Direito Privado, praxe tradicional e dogma secular que engessou os manuais de Direito Civil, começa a ruir. E, como dito, uma das maiores inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 foi a aplicação no âmbito do direito privado da boa-fé objetiva como limite ao exercício de direitos subjetivos, objeto central do presente artigo.

2 DA AUTONOMIA PRIVADA E DO DIRIGISMO CONTRATUAL

A atividade contratual no Estado Democrático de Direito aparece como a “expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade” (FACHIN, 2003, p. 12), e é erigida como pilar de sustentação do direito privado.

O princípio da autonomia privada se caracteriza como a faculdade conferida às pessoas de concluírem livremente seus contratos, em qualquer das modalidades que este se apresente.

A autonomia privada, segundo alguns autores, pode ser manifestada de duas maneiras distintas, ou seja, por meio da liberdade de contratar e por meio da liberdade contratual.

Para diferenciá-las, interessante a lição de Arnold Wald, citado por Stolze e Pamplona Filho (2005, p. 39):

a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.

A despeito da evidente diferenciação entre ambas, vale ressaltar que muitos doutrinadores utilizam, indistintamente, ambos os termos.

A liberdade de contratar (aqui também entendida a liberdade contratual) é elemento nuclear do contrato, visto que a manifestação de vontade é indispensável à própria existência desse ato jurídico. Em outras palavras, o contrato se origina com a declaração da vontade das partes.

Nas lições de Stolze e Pamplona Filho (2005, p. 39), “o contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre iniciativa”. Entretanto, para que restem caracterizadas a liberdade de contratar e a liberdade contratual, faz-se necessária a presença de quatro momentos fundamentais, que segundo as lições de Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 22 a 24), seguem a seqüência lógica abaixo demonstrada.

Surge, em primeiro lugar, a faculdade de contratar e de não contratar. É nesta que se reflete “se” e “quando” contratar com outrem, estabelecendo-se os interesses e conveniências de cada uma das partes contratantes. Logo em seguida, surge a possibilidade de opção pela pessoa com quem contratar, assim como a escolha do negócio a ser efetuado. Em terceiro lugar, observa-se o poder de fixar o conteúdo do contrato. Esta é a fase que melhor espelha a liberdade

contratual, visto que, conforme o interesse das partes, cláusulas contratuais serão redigidas. Finalmente, uma vez concluído o contrato, este passa a ser fonte formal de direito. Qualquer das partes, em caso de inobservância da matéria contratual, poderá pleitear em juízo que a outra parte cumpra o que foi previamente estabelecido. Dessa forma, todo o processo de constituição do contrato, invocado pela autonomia das partes, será protegido a partir do momento em que se assegura a sua execução.

Como se pode verificar, o negócio jurídico contratual, mais do que um simples comportamento humano, é um ato de extrema complexidade. O agente, antes de iniciar a relação, demonstra em seu íntimo um ânimo, uma vontade de contrair o negócio, que passará a tomar forma com a exteriorização de sua vontade. Assim, a vontade livre não se restringe a simples liberdade de contratar ou de se abster de contratar. Vai além e atinge igualmente a liberdade de escolher com quem contratar, qual será o conteúdo e os limites fixados na obrigação que se deseja assumir e a forma dada à expressão de sua vontade, salvo se o código estabelecer formas próprias.

A junção das vontades livres e contrapostas, traduzida na bilateralidade do contrato, gera um processo de cognição dos interesses, que faz surgir o fenômeno do consentimento, ou seja, um acordo consensual do que será preceituado no conteúdo do contrato.

Os sujeitos de direito ditam as regras de seus interesses (autodisciplinando os efeitos que pretendem atingir) e, através delas, auto-regulamentar-se-ão em suas relações recíprocas. Havendo regras próprias estabelecidas, cada um dos contratantes deverá segui-las, já que o instrumento particular que firmaram passa a ter força obrigatória sobre eles.

Vê-se que o princípio da autonomia privada abarca outro, qual seja, o da força obrigatória dos contratos. Por este segundo princípio, entende-se que o contrato faz lei entre as partes, vinculando-as. Uma vez celebrado o contrato, estão as partes obrigadas a cumprir o estabelecido como se fossem preceitos legais imperativos.

O instituto dos contratos teve sua base teórica inspirada no liberalismo econômico do século XIX, que buscava o máximo de circulação de riquezas possível. Nessa filosofia, com a propagação das idéias iluministas, os indivíduos estariam livres para contratar, tendo apenas que observar o princípio do *pacta sunt servanda*, que os vinculava ao conteúdo contratual fixado. Entretanto, no século XX, em especial após o fim da Guerra Fria e o advento da Nova Ordem Mundial, novas idéias passaram a fazer parte do contexto sócio-jurídico.

O Estado, que sofreu uma hipotrofia com as idéias liberais, começou a ganhar força, fazendo-se sentir nos sistemas jurídicos. Normas de ordem pública e de interesse social formaram a mais nobre justificativa para que o Estado passasse a intervir na vida do contrato.

Não obstante, pois, a indiscutível autonomia privada existente nos contratos, esta não é absoluta, pois, em razão de não conseguir refletir a realidade social em sua plenitude, o sistema jurídico em vigor interfere nas hipóteses que envolvem questões atinentes à ordem pública. Não raras vezes, o contrato apresenta, sob as vestes de vontades livres e iguais, desproporções tamanhas de efeitos e prestações que afrontam o ideal de justiça.

A idéia intervencionista recebe, outrossim, a denominação de “Dirigismo Contratual” e, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 28), atinge três aspectos distintos, quais sejam:

a) O legislador, às vezes, impõe a contratação no caso de bens e serviços (art. 39, II e IX-A, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90).

b) Outras vezes, institui “cláusulas coercitivas”, deferindo direitos e deveres dos contratantes, em termos insuscetíveis de derrogação, sob pena de nulidade ou punição criminal (V.g., o contrato de trabalho, art. 9º, CLT).

c) Em outros casos, concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato e estabelecer condições de execução coativamente impostas, caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado.

Conseqüentemente, prospera a convicção de que o Estado deve intervir nas relações contratuais, impondo restrições ao princípio da autonomia privada em benefício dos interesses coletivos, seja por questões de ordem pública, seja com a adoção de uma intervenção



judicial na economia do contrato, através dos mais variados institutos inseridos no ordenamento jurídico visando esse fim.

Vale trazer à baila as lições de Stolze e Pamplona Filho (2005, p. 42), sobre as influências do dirigismo contratual na autonomia privada:

Vive-se um momento histórico marcado por disputas geopolíticas e imprevisão econômica, no qual o individualismo selvagem cedeu lugar para o solidarismo social, característico de uma sociedade globalizada, que exige o reconhecimento de normas limitativas do avanço da autonomia privada, em respeito ao princípio maior da dignidade humana.

Ainda no que atina ao intervencionismo estatal, que para muitos representa um problema, ensina a professora Giselda Hironaka (2005, p. 1):

A intervenção legislativa do Estado assim levada a cabo fez florescer um tempo novo, onde os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social que se estendeu ao economicamente mais fraco. As formas contratuais nas quais os direitos competiam todos a uma só das partes e as obrigações só à outra parte, foram repelidas severamente pelo que se convencionou chamar de *dirigismo contratual*.

Assim, denota-se que, com o advento da atual legislação civil, não houve rigorosas quebras de paradigmas, mas sim aprimoramentos e (necessária) incorporação ao Código Civil de comportamentos já há algum tempo vigentes no seio social.

Dentre os vários institutos inseridos no ordenamento civil brasileiro como forma de impor limites à plena autonomia privada, está a boa-fé objetiva, que ora se apresenta.

132

3 BREVE CONCEITUAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO

Em síntese, abusa do direito aquele que, ao exercer direito subjetivo seu, excede os limites impostos pelos fins sociais deste direito, também pelos fins econômicos, pela boa-fé e bons costumes.

No tocante à conceituação do abuso do direito, especialmente no que atina ao Código Civil, sua previsão está no art. 187 que dá o conceito legal do instituto: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons-costumes”.

Veja-se a metodologia utilizada pelo legislador, que reconhece, claramente, em apenas um artigo, a incidência da teoria do abuso do direito. Afastou-se a invocação de dispositivos esparsos e dispersos pelo Código Civil, que, porquanto não pertinentes exatamente ao tema, enfraqueciam o reconhecimento e a aplicação do instituto, especialmente no âmbito da jurisprudência, resistente, ainda em larga escala, aos métodos de interpretação sistemático-teleológicos.

A inclusão da boa-fé no artigo supra descrito é a mais acabada expressão da ética, presidindo a autonomia privada, atuando, concomitantemente, com a liberdade e a vontade no exercício dos direitos subjetivos.

Referido artigo 187, cuja redação é inspirada no Código Civil português, é cláusula geral das mais ricas do novo diploma, porque reúne, em um único dispositivo, princípios éticos que presidem o sistema, tais como o fim social e econômico do direito, a boa-fé e os bons costumes. Insta esclarecer que esta boa-fé, entendida como a boa-fé objetiva, vem trazer às relações jurídicas um novo senso de honestidade, probidade, lealdade, integridade e eticidade, limitando, consideravelmente, a autonomia privada na formação, vigência e extinção da relação jurídico-obrigacional.

Pelo novo código, o ato ilícito resultante do abuso do direito, gerador de dano a bem jurídico alheio, igualmente aos demais atos ilícitos, gera responsabilidade civil extracontratual e objetiva decorrente da obrigação de indenizar, conforme prescreve o Art. 927, indicando que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”.

Observa-se ainda que o legislador optou por um sistema aberto de definição do ato praticado em abuso do direito. Ao invés de identificar casuisticamente suas hipóteses de incidência, deixou ao aplicador a possibilidade de reconhecê-lo diante das lides cotidianas, preenchendo conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela função que exercem no caso concreto. É a aplicação da técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, que permeiam o atual Código Civil, e são determinações contidas na lei de caráter genérico e abstrato que devem ser preenchidas pelo juiz no caso concreto.

Obedece-se, assim, à eticidade e socialidade, diretrizes fundamentais do atual Código, preconizadas por Miguel Reale como verdadeiros paradigmas a serem implementados no seio do direito privado, permitindo a indeclinável participação dos valores éticos e sociais no ordenamento jurídico.

4 DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA

O art. 187 traz a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos, não indicando qual a espécie, se subjetiva ou objetiva. A boa-fé é um atributo natural do ser humano, um conceito ético e social que ingressou no Ordenamento Jurídico como norma. E dentro do direito positivo pode ser considerada sob dois ângulos: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, cada qual com conceitos e aplicações diferentes.

A boa-fé subjetiva é o comportamento do sujeito da relação jurídica, isento de espírito lesivo e sem a consciência e vontade de prejudicar outrem. Diz respeito ao estado psicológico e íntimo do sujeito. É a boa-fé da intenção, que deve ser pura e isenta de dolo ou engano.

A civilista Judith Martins-Costa (2000, p. 411-412) expressa o significado da boa-fé subjetiva, e o faz nos seguintes termos:

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando o direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado.

Já a boa-fé objetiva não diz respeito ao elemento subjetivo do sujeito da relação jurídica. A conduta do sujeito é analisada sob o aspecto objetivo, o padrão de comportamento que o homem correto possui. É uma norma de conduta que determina como as partes devem agir conforme um padrão objetivo de conduta leal. É um *standard* jurídico, um modelo, um arquétipo de conduta.



Judith Martins-Costa (2000, p. 454) em obra específica sobre a boa-fé no direito privado que não se poderia deixar de citar pela cientificidade e clareza de raciocínio, indica distintas funções da boa-fé objetiva: cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos:

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos. Por essa razão é alargadíssimo esse campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, com a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência etc. Nesse panorama privilegiarei, porém, a invocação de três hipóteses, quais sejam a teoria do adimplemento substancial, em matéria de resolução de contrato, a invocação de regra do *tu quoque*, em matéria de oposição da exceção de contrato não cumprido, e o *venire contra factum proprium*, todas possíveis de ser englobadas na ampla categoria da inadmissibilidade da adoção de condutas contrárias à boa-fé.

A partir do estudo da jurista mencionada, a boa-fé é apresentada, p.ex. como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. Bem como tem aplicação no campo do direito de resolução, em que a boa-fé objetiva é tida como norma de inadmissibilidade do exercício de direitos.

Mas, por não indicar a espécie, a que boa-fé quis se referir o legislador no artigo 187 do Código Civil?

134

O direito comparado mostra que se reproduz o modelo português de abuso do direito⁷, e lá, a boa-fé aplicada neste instituto é a objetiva. Igualmente o

Código Civil Grego adotou a teoria objetivista⁸, que, por sua vez, influenciou a feitura do dispositivo legal português.

Inclusive, Judith Martins-Costa (2000, p. 456) justifica a necessidade e a intenção do nosso legislador em se referir à boa-fé objetiva, ainda mais se considerarmos as diretrizes da operabilidade, socialidade e eticidade utilizadas como novos paradigmas para a releitura dos institutos privados:

Uma e outra soluções, contudo, a par de dificultarem a sistematização dos variados casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, estão ainda ancorados numa perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais importante projeção. Por isso a tendência, hoje é verificável, de sistematizar estes casos através do recurso à boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência que busca especificar os casos de aplicação da boa-fé objetiva, tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico.

Essa não é a visão de Francisco Amaral em (FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 162), que interpreta a boa-fé prevista no artigo 187 como sendo, tanto a subjetiva como a objetiva:

7 Art. 334 – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito

8 O artigo 281 do código civil grego preceitua que: O exercício de um direito é proibido se ultrapassar manifestamente os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes, ou por seu fim econômico e social.

A boa-fé entende-se sob o ponto de vista psicológico ou subjetivo e sob o ponto de vista objetivo. Psicologicamente, a boa-fé é um estado de consciência, é a convicção de que se procede com lealdade, com a certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da ilicitude do ato ou da situação jurídica. Objetivamente, a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a “imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte” como o dever de comportamento.

No sentido de que a boa-fé contida no conceito de abuso do direito do artigo 187 se trata apenas da limitação de direitos subjetivos, amoldando-se, perfeitamente, a uma das funções da boa-fé objetiva, é a lição de Cavalieri Filho (2005, p. 178-179).

A boa-fé a que o Código se refere no art. 187 não é a subjetiva – posição psicológica, intenção pura e destituída de má-fé, crença ou ignorância de uma pessoa -, mas sim a boa-fé objetiva ou normativa, assim entendida a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais. (...)

Três são as funções da boa-fé objetiva no atual Código Civil: a *função interpretativa* – regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113); b) *função integrativa* – fonte de deveres anexos dos contratos (art. 422); c) *função de controle* – limite ao exercício dos direitos subjetivos (art. 187). Em sua função de controle, que aqui nos interessa, a boa-fé representa o padrão ético de *confiança e lealdade* indispensável para a convivência social. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. Conforme já destacado, a boa-fé, em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. E assim é porque a boa-fé é o princípio cardeal do Código de 2002, que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, enquanto forma regulamentadora das relações humanas. Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.

135

No mesmo sentido Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Por meio da boa-fé objetiva, visa-se a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Aliás, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico, sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a “tirania dos direitos”.

Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas “cláusulas leoninas ou abusivas” (algumas são tão terríveis, que a denominamos jocosamente, em nossas aulas “zoológicas”...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral.

A par de todas as considerações feitas, tem-se a boa-fé objetiva, como elemento integrante do conceito de abuso do direito. E o mesmo elemento está a limitar os interesses privados, impondo um comportamento ético e probo ao sujeito de direito, que deve seguir um modelo de conduta pautada na lealdade, probidade, transparência, assistência, confiança, entre outros princípios éticos.



5 CONCLUSÃO

Inegável se mostra a mudança de paradigmas. A liberdade contratual foi limitada por deveres anexos que, se ceifados, ensejam a aplicação do instituto do abuso do direito e suas sanções.

E que não venham falar de crise dos institutos privados. Alguns doutrinadores afirmam que a limitação da vontade dos contratantes, como limite à autonomia privada, impostas por normas de ordem pública representam uma verdadeira “crise”. Savatier, citado por Flávio Tartuce (2005), chega a profetizar que o contrato tende a desaparecer, surgindo outro instituto em seu lugar.

Ocorre que, a despeito de todas as transformações sofridas, não há que se falar em “crise” no sentido de aniquilação da autonomia privada. Com muita propriedade Flávio Tartuce (2005, p. 1) leciona:

Na realidade, “crise” pode significar alteração da estrutura – e é realmente isto que entendemos estar ocorrendo quanto ao tema -, uma convulsiva transformação, uma renovação dos pressupostos e princípios da Teoria Geral dos Contratos, que tem por função redimensionar seus limites e não extingui-los. Entendemos que o contrato não está em crise, mas sim em seu apogeu como instituto emergente e central no direito privado.

Se por um lado há uma sociedade carente de realização de direitos, por outro, tem-se uma Constituição Federal que garante esses direitos da forma mais ampla possível. O Estado Democrático de Direito busca garantir um mínimo de vida ao cidadão e à comunidade como um todo, sendo a lei um instrumento de ação concreta do Estado, cujo método assecuratório de efetividade é a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

Há que se interpretar o Novo Código Civil, notadamente o princípio da autonomia privada, com base em uma hermenêutica pautada em axiomas constitucionais (dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e solidariedade social), bem como levando-se em conta a realidade jurídica, política, econômica e social brasileira.

É preciso enxergar a boa-fé objetiva com “olhos de ver”, para que ela desempenhe o seu mister, rompendo, ainda que tardiamente, paradigmas tidos como pilstras inamovíveis do direito privado.

REFERÊNCIA

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. (Trad) Luis Sancho Mendizabal. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FRANCIULLI NETTO, Domingos, et al. *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA Fº, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. v. 4. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda. M. F. N. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em: 25 out. 2005.



JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. rev. comp. por André Brun. (Trad) Santiago Cunchillos y Manterola. v. 3. t. 1. Buenos Aires: Bosch Y Cia., 1950.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. Prefácio do Prof. Miguel Reale. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

PINTO, Carlo Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, nº 54, fev. 2002, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2005;

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1962

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

137

TARTUCE, Flávio. *A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de out. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



RESENHA

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: TEORIA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO, ANÁLISE DE TEXTO DE WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Márcia Regina Pitta Lopes Aquino*

RESUMO

Análise da relação entre constituição e processo a partir da obra *Teoria processual da Constituição* de Willis Santiago Guerra Filho. Afirma o autor que há, na atualidade, um forte vínculo a unir constituição e processo. A constituição tem natureza de lei processual da mesma forma que institutos fundamentais do direito processual têm “também” natureza material. O processo não é apenas instrumento, mas uma dimensão do próprio direito.

Palavras-Chave: Constituição e Processo. Teoria Processual da Constituição. Análise de Texto de Willis Santiago Guerra Filho.

CONSTITUTION AND PROCESS: PROCEDURAL THEORY OF THE CONSTITUTION, ANALYSIS OF TEXT OF WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

ABSTRACT

This research analyses the relation between Federal Constitution and Process using as bearer the work *Constitution Process Theory* of Willis Santiago Guerra Filho. Asseverate the author that exists, in present times, a strong bond that join Constitution and Process. The Constitution has a process nature in the same way that process institutes have also a substantial nature. Process is not only an instrument, but a dimension of the right itself.

Keywords: Constitution and Process. Constitution Process Theory. Analysis of a Willis Santiago Guerra Filho's Text.

1 INTRODUÇÃO

O título da obra de Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 9-10) que serve de base para o estudo aqui proposto - *Teoria processual da Constituição* - já anuncia a importância do tema. De acordo com a apresentação, sua origem é o resultado de estudos elaborados pelo autor entre 1988 e 1989, por ocasião de sua estada na Alemanha para o doutoramento em Direito. É uma “continuação natural” de outra obra do autor: *Processo constitucional e direitos fundamentais*. O problema que desencadeou a elaboração daquele trabalho foi o “modo específico de interpretar a constituição”.

Passados mais de dezesseis anos, a obra se mantém atual. A *Teoria Processual da Constituição* proposta pelo autor é uma possibilidade de enfrentamento da “eterna” discussão sobre a atuação do Judiciário. A Constituição não seria apenas um corpo estático de normas. Haveria também uma “dimensão processual” capaz de proporcionar a possibilidade de realização dos objetivos fixados pela própria Constituição.

Em pós-fácio da edição (2ª) cujos capítulos serão analisados, Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 215) destaca algumas das intenções fundamentais da obra. Parece oportuno

* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. - e-mail: magut@sercomtel.com.br



transcrever uma delas: “não foi intenção do Autor, com a proposta de uma teoria processual, oferecer uma alternativa à teoria material da Constituição, mas antes uma espécie de complementação, enfatizando um aspecto aplicativo, concretizador, da ordem material de valores éticos e políticos, enfeixados na fórmula política do Estado Democrático de Direito, com o elenco de direitos e garantias fundamentais que lhe é inerente”.

O que será exposto, a seguir, refere-se apenas aos quatro primeiros capítulos da segunda edição da *Teoria Processual da Constituição* de Willis Santiago Guerra Filho. O objetivo é apresentar a idéia fundamental da obra.

2 PRINCÍPIOS, REGRAS E PROCEDIMENTOS NO DIREITO

Segundo o autor, o que vem a ser a Lei Fundamental de uma ordem jurídica, numa ambiência social complexa como a atual, é questão que exige perspectiva renovada. A constituição não é mais o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política, considerados individualmente, diante do poder estatal, conferindo a eles direitos fundamentais e organizando aquele poder. O que se espera de uma constituição não é mais o retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, mas, sim, o estabelecimento de “linhas gerais para guiar a atividade

estatal e social, no sentido de promover o bem-estar¹ individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece” (GUERRA FILHO, 2002, p. 16)

Explica ainda o autor que, na atualidade, é outra a função das constituições e do próprio Estado que se reflete no plano jurídico. A regulação que se requisita do Direito “assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas” (GUERRA FILHO, 2002, p. 16). Já não é possível utilizar-se do esquema de simples subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior. Diante daquela imprevisibilidade, é necessário que as normas determinem objetivos a serem alcançados. As normas distinguem-se, então, em regras e princípios.

Willis Santiago faz a distinção entre regras e princípios². As regras referem-se a um fato específico. Já os princípios fundamentais, geralmente estabelecidos na constituição, “devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, aintinômicos entre si”³ (GUERRA FILHO, 2002, p. 17).

Os princípios fundamentais são a diretriz⁴ a ser seguida para tratar qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor quando ele “não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente” (GUERRA FILHO, 2002, p. 18).

1 A referência feita pelo autor parece corresponder à passagem do Estado Liberal ao Estado Social. O retraimento do Estado frente à Sociedade Civil é característica do Estado Liberal de fins do século XVIII, de todo o século XIX e de parte do século XX. Os direitos e garantias constitucionais do Estado Liberal tinham teor individualista. As garantias constitucionais eram “uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado. (...) Tomou-se a concretização de tais garantias num certo sentido mais importante ou tão importante quanto os próprios direitos contidos na Constituição ou por esta enunciados”. BONAVIDES, (2004, p. 16). O Estado Social representa uma transformação por que passou o Estado Liberal. O Estado Social subtrai das garantias constitucionais o caráter estritamente individualista de proteção de liberdades e direitos individuais. Os direitos passam a gravitar na órbita social e as garantias constitucionais não se referem apenas aos indivíduos isoladamente. (BONAVIDES, 2004, p. 185)

2 A distinção entre regras e princípios pode ser estudada, entre outros, em: ALEXY, Robert.. **El concepto y la validez del derecho.**, para quem, “tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de las normas”. Também: Canotilho (2004, p. 1159). Afirma esse autor: “O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios”.

3 O conflito entre princípios é resolvido, na concepção de Willis Santiago Guerra Filho e também para os autores citados em nota anterior, através do princípio da proporcionalidade. Em outro capítulo da obra *Teoria processual da constituição*, Guerra Filho (2002, p. 194), afirma que o referido princípio está “implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas”.

4 São também de Willis Santiago Guerra Filho as seguintes afirmações: “justifica-se que consideremos a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um sistema de regras e princípios”. (GUERRA FILHO, 1995, n. 32, p. 256) “A ordem jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios, pode ser concebida como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção”. (GUERRA FILHO, RT 719. p. 57).



Explica ainda o autor que, para aplicar regras, é preciso um procedimento para comprovar a identidade entre o fato ocorrido e aquele previsto por alguma delas. Todavia aplicar princípios requer um esforço maior. Nesse caso, “a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores”. E, à medida que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, cresce de importância o Direito Processual, justamente por ser o ramo do Direito que disciplina os procedimentos (GUERRA FILHO, 2002, p. 18-19).

Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 19-20) define procedimentos como: “séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis”. Para o autor, o Direito define diversos procedimentos e podem ser destacados “aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório” aos quais se reserva a denominação de processo⁵.

3 A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO

Willis Santiago Guerra Filho apresenta neste capítulo algumas considerações sobre a forma que já foi concebida a relação entre direito material e processual. Afirma, então, que o aspecto procedimental do Direito já foi considerado possuidor de uma função apenas subsidiária em relação às normas materiais. Estas, vistas como portadoras de valorações e modelos de conduta, restando às normas procedimentais o problema meramente técnico da realização daquelas. O procedimento assume maior importância na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen que propõe não só o estudo da estática jurídica, mas também, da dinâmica jurídica que está relacionada com o processo de aplicação e (auto) produção do Direito. Segundo Willis Santiago, o caráter procedimentalista da doutrina de Kelsen é referido por Luhmann em sua obra: *Legitimação pelo procedimento*.

142

No final dos anos sessenta e início da década de setenta do século passado, houve uma renovação do estudo do direito processual, e passa a ser enfatizada a origem constitucional dos institutos processuais básicos. A Corte Constitucional alemã chega a encarar o direito processual como “direito constitucional aplicado” (GUERRA FILHO, 2002, p. 25). Todavia essas análises limitaram-se à adaptação da dogmática processual aos ditames constitucionais relacionados com o processo, ou seja, as garantias do devido processo legal. De acordo com o autor, “inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático” (GUERRA FILHO, 2002, p. 25).

4 A NATUREZA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO

Não é a relação do processo com a constituição o objeto de estudo do autor, mas “o que leva à estreita associação entre constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela”. Há segundo o autor, uma “materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’ ou ordinárias” (GUERRA FILHO, 2002, p. 27).

A proposta sustentada pelo autor é de que a Constituição tem natureza de lei processual da mesma forma que institutos fundamentais do direito processual têm “também” natureza material. O direito tem, portanto, dois aspectos: o material e o processual. Não se trata de ramos da matéria jurídica ou mesmo de uma divisão como se faz com direito público e privado. A proposta

⁵ Semelhante é a definição de processo de Elio Fazzalari, apresentada por Willis Santiago Guerra Filho em outro capítulo (5; p. 42) da mesma obra: processo é ‘procedimento caracterizado pela presença do contraditório’.



do autor não é essa. Para ele, trata-se de “noções relacionais que se conceituam uma em função da outra, e se exigem mutuamente”. As normas são materiais “**quando** (grifo nosso) fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito”. As normas processuais “se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente” (GUERRA FILHO, 2002, p. 28).

Diante dessas definições, fica mais fácil entender a proposta do autor de que a Constituição tem, **também**, natureza de lei processual. Para ele, normas “por natureza” constitucionais são processuais. O “aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais” presentes na constituição têm um caráter processual, pois “não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política”, mas determinam como se elaboram e identificam outras normas da ordem jurídica.

Fica, assim, demonstrado o aspecto processual das normas constitucionais, mas, como se afirmou, o autor refere-se às dimensões materiais e processuais como relacionais. É que também é tipicamente constitucional “a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais”, e tais modelos servem de “orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento”. Trata-se do aspecto relacional referido pelo autor.

Esse vínculo tão forte a unir constituição e processo, segundo o autor, decorre do momento histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico. Diante da falência da autoridade baseada no divino e desaparecida também a confiança na “naturalidade” do direito, a constituição representa o fundamento último do ordenamento jurídico. “Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tomem decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno” (GUERRA FILHO, 2002, p. 30-31).

5 A RELEVÂNCIA TEÓRICA DO PROCEDIMENTO NO DIREITO

A tese apresentada por Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 33) “revela a feição, eminentemente ‘autopoiética’ do Direito, como um sistema que regula a sua própria (re)produção, por meio de procedimentos que ele mesmo instaura”⁶. Explica o autor que, diante da complexidade da sociedade contemporânea, não se pode esperar encontrar, no ordenamento jurídico, soluções pré-escritas. Não se deve, ainda, voltar a atenção predominantemente para os textos legais. “O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução”. É justamente aí que surge a relevância das normas procedimentais,

6 Para compreensão da “feição ‘autopoiética’ cite-se o próprio Willis Santiago Guerra Filho. “O conceito de ‘autopoiese’ foi introduzido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (De maquinas y seres vivos, 1973) para caracterizar os seres vivos, como sistemas que produzem a si próprios (*to autón poéin*). A extensão do conceito à teoria sociológica deve-se a Niklas Luhmann”. O artifício básico empregado pela teoria é a diferenciação entre “sistema” e “ambiente”. Tal diferenciação é trazida para dentro do sistema. Dessa forma, a sociedade é o sistema total sendo também ambiente para sistemas parciais que se diferenciam entre si e da sociedade (sistema total). A diferenciação ocorre porque os sistemas têm certos elementos ligados por relações formando uma unidade. E uma unidade, “além de diferenciada no ‘ambiente’, também pode aparecer como ‘meio’ para outras ‘unidades’, permitindo, assim, que por ela se aplique, recorrentemente, um número mais ou menos grande de vezes, a diferença sistema/ambiente, sem com isso perder sua *organização*”. A organização qualifica um sistema como unidade e “a unidade de elementos de um sistema é mantida enquanto se mantém sua organização, o que não significa que não variem os elementos componentes do sistema e as relações entre eles. Essas mudanças, porém, se dão na *estrutura* do sistema, que é formada por elementos componentes do sistema relacionados entre si. Os elementos da estrutura podem sempre ser outros; o sistema se mantém enquanto permanecer invariante a organização. Note-se que para a organização o que importa é o tipo peculiar de relação (recorrente) entre os elementos, enquanto para a estrutura o que conta é que há elementos em interação, elementos esses que podem ser fornecidos pelo meio ao sistema sem que por isso a ele não se possa atribuir o atendimento de duas condições gerais para que se tenham ‘sistemas autopoiéticos’: a *autonomia* e a *clausura* do sistema. Sistema autopoiético é aquele dotado de organização autopoiética, em que há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos”. Dessa forma, o sistema é fechado do ponto de vista de sua organização, pois não há entradas ou saídas para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele. (GUERRA FILHO, 2001, p. 181-182)



à medida que disciplinam o modo de atender os interesses em conflito, “sem pretender de antemão a solução a ser dada” (GUERRA FILHO, 2002, p. 35-36).

Dessa forma, a ordem constitucional é entendida como um processo. Não está dada de forma absoluta. O legislador constituinte de 1988 buscou regulamentar diversos setores da vida social, mas cabe ao legislador ordinário “viabilizar uma série de mandamentos constitucionais por meio de leis complementares.

Não se espere, porém, do incremento da legislação as esperadas soluções para a complexa problemática nacional, pois decisivo permanecerá sempre o processo em que se interpreta e aplica o Direito Constitucional, às vezes, no limite, *contra legem*”.⁷.

Para encerrar este estudo e na tentativa de colaborar com o entendimento do que foi exposto, faz-se uso das palavras de Norberto Bobbio (2003, p. 33): “toda teoria pode ser considerada do ponto de vista do seu significado ideológico e do ponto de vista do seu valor científico. Como ideologia, uma teoria tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações. Como doutrina científica, sua meta não é outra senão compreender uma certa realidade e dar-lhe uma explicação”.

A Constituição e o papel desempenhado pelo Judiciário ainda reclamam compreensão num Estado Democrático de Direito o que requer estudo e debate de idéias, de teorias. Quanto mais em um Estado como o brasileiro onde a democracia tem sido apenas episódica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. (Trad.) Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. (Trad.) Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. n. 32, 1995.

_____. **Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade**. RT, 719.

_____. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.