



ISSN 1808 - 6470

## **Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**

(Credenciada pelo parecer nº 560/2008 do Conselho de Educação do Estado do Ceará,  
nos termos do art.10, IV da Lei nº 9394/96)

# **THEMIS**

## **REVISTA DA ESMEC**

Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura  
do Estado do Ceará – ESMEC

**Themis** Fortaleza V.6 n.2 p. 1-403 ago/dez 2008

Edição especial comemorativa dos 20 anos de criação da ESMEC, 20 anos da Constituição Federal  
(1988) e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Pede-se que acusem o recebimento deste volume da “Revista”

Rogamus ut acceptionem nunties

Se ruego acusar recibo dei presente numero

Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero

On prie de vouloir bien accuser reception de cette revue

Please acknowledge receipt of this exemplar

Bitte, den Empfang dieser Zeitchrift zu beschinigen

Oni peats konfirmi la ricevon

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA POR  
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS – CRB-3/775**

**THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da  
Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2008**

**v. 6, n. 2, ago/dez**

Edição especial comemorativa dos 20 anos de criação da ESMEC,  
20 anos da Constituição Federal (1988) e 60 anos da Declaração  
Universal dos Direitos Humanos (1948)

**Semestral**

**ISSN 1808-6470**

**1. Doutrina. 2. Jurisprudência.**

**I. Escola Superior da Magistratura do Estado do  
Ceará-ESMEC**

**CDU: 340(05)**

## © TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

### ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ

Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra

Tel. (0XX85) 3278-6242/4013 E-mail: esmetj@gmail.com

Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz

CEP 60811-670 Fortaleza-CE

### DIREÇÃO

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

### COORDENAÇÃO

Juiz Washington Luis Bezerra de Araújo

### ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

Flávio José Moreira Gonçalves

### CONSELHO CONSULTIVO

Águeda Passos Rodrigues Martins – Alberto Silva Franco – Antônio de Pádua Ribeiro – César Asfor Rocha – Ernando Uchoa Lima – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Luiz Carlos Fontes de Alencar – José Ari Cisne – José Maria de Melo – José Paulo Sepúlveda Pertence – Marco Aurélio Farias de Mello – Paulo Bonavides – Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – Sálvio de Figueiredo Teixeira – Vicente Leal de Araújo

### CONSELHO EDITORIAL

Almir Pazzianotto Pinto – Antônio Augusto Cançado Trindade – Carlos Roberto Martins Rodrigues – Carlos Facundo – Celso Antônio Bandeira de Melo – César Oliveira de Barros Leal – Dimas Macedo – Edgar Carlos de Amorim – Ernani Barreira – Fátima Nancy Andrighi – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Flávio José Moreira Gonçalves – Francisco de Assis Filgueiras Mendes – Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Francisco Luciano Lima Rodrigues – Gizela Nunes da Costa – Hugo de Brito Machado – João Alberto Mendes Bezerra – José Afonso da Silva – José Alberto Rola – José Alfredo de Oliveira Baracho – José Evandro Nogueira Lima – José Filomeno de Moraes Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso – Márcio Thomaz Bastos – Napoleão Nunes Maia Filho – Oscar Vilhena – Roberto Jorge Feitosa de Carvalho – Rogério Lauria Tucci – Sérgio Ferraz – Sílvio Braz Peixoto da Silva – Valeschka e Silva Braga – Valmir Pontes Filho

**Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores**

Tiragem: 1500 exemplares

## Permuta

Solicita-se permuta / *Exchange requested / On prie e'échange/ We request exchange/ On demande l'échange/Wir erbitten Austausch/ Se solicita canje/ Si chiede lo scambio/ Se pide intercambio*

### Endereço para permuta:

#### **Biblioteca da ESMEC**

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3278-6242 ou (85) 3278-4013

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

### Correspondências e Artigos:

#### **Secretaria da ESMEC**

Editores da Revista THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3278-6242 ou (85) 3278-4013

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

### **Permitida a reprodução desde que citada a fonte.**

THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 500 exemplares impressos e 100 (cem) exemplares em CD-ROM e é distribuída, gratuitamente, aos alunos e professores da ESMEC e às bibliotecas e instituições das principais universidades, escolas de magistratura e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) em:

<[http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec\\_publicacoes.asp](http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec_publicacoes.asp)>

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

<http://www.tjce.jus.br/esmec>

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO ESTADO DO CEARÁ**

Presidente

**Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha**

Vice-Presidente

**Des. Rômulo Moreira de Deus**

Corregedor Geral da Justiça

**Des. José Cláudio Nogueira Carneiro**

**TRIBUNAL PLENO**

*Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha*

*Des. Ernani Barreira Porto*

*Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*

*Des. João de Deus Barros Bringel*

*Des<sup>a</sup>. Huguette Braquehais*

*Des. Rômulo Moreira de Deus*

*Des. José Cláudio Nogueira Carneiro*

*Des<sup>a</sup>. Gizela Nunes da Costa*

*Des<sup>a</sup>. Maria Celeste Thomaz de Aragão*

*Des. José Arísio Lopes da Costa*

*Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido*

*Des. João Byron de Figueiredo Frota*

*Des. Ademar Mendes Bezerra*

*Des<sup>a</sup>. Mariza Magalhães Pinheiro*

*Des<sup>a</sup>. Edite Bringel Olinda Alencar*

*Des<sup>a</sup>. Maria Iracema do Vale Holanda*

*Des. José Mário dos Martins Coelho*

*Des<sup>a</sup>. Maria Sirene de Sousa Sobreira*

*Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira*

*Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes*

*Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes*

*Des. Lincoln Tavares Dantas*

*Des. Celso Albuquerque Macêdo*

*Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva*

*Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu*

*Des. Francisco Sales Neto*

*Des. Raul Araújo Filho*

*Dr. Bonfim Cavalcante Carneiro - Secretário Geral*



**RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

**Diretor Atual:** Des. João Byron de Figueirêdo Frota

**Ex-Diretores:**

Des. Ademar Mendes Bezerra (2006-2007)  
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)  
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)  
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)  
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)  
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)  
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)  
Des. José Maria de Melo (1993-1994)  
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)  
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

**Coordenador Atual:**

Juiz Washington Luis Bezerra de Araújo

**Ex- Coordenadores:**

Juiz Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2007)  
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)  
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)  
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)  
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)  
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)





# **RELAÇÃO DOS JUIZES COORDENADORES DE ÁREA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

## **Coordenação de Aperfeiçoamento Funcional de Magistrados:**

Juiz Sérgio Luiz Arruda Parente

## **Coordenação de Aperfeiçoamento Funcional de Servidores:**

Juiz Edísio Meira Tejo Neto

## **Coordenação de Pesquisa, Publicações Científicas e Biblioteca:**

Juiz Mário Parente Teófilo Neto

## **Coordenação de Intercâmbio Internacional:**

Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

## **Coordenação de Informática:**

Juiz Ezequias da Silva Leite

## **Coordenação de Acompanhamento Picossocial de Magistrados:**

Juiz José Krentel Ferreira Filho

## **Coordenação de Formação Inicial de Juízes Substitutos:**

Juiz Edison Ponte Bandeira de Melo

## **Coordenação de Eventos Culturais:**

Juíza Ana Cristina de Pontes Lima Esmeraldo

## **Coordenação de Estudos Penais e Controle da Violência:**

Juiz Paulo Camelo Timbó

## **Coordenação de Direito Público:**

Juiz Durval Aires Filho

## **Coordenação de Direito Privado:**

Juíza Maria Nailde Pinheiro Nogueira

## **Coordenação de Direito Processual:**

Juiz Emílio de Medeiros Viana

## **Coordenação de Infância e Juventude:**

Juiz Francisco Gurgel Holanda

## **Coordenação de Juizados Especiais:**

Juiz Heráclito Vieira de Sousa Neto

## **Coordenação do Núcleo Regional I (Sobral):**

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

## **Coordenação do Núcleo Regional II (Juazeiro do Norte):**

Juíza Maria Lúcia Vieira



# SUMÁRIO

## ARTIGOS

**OS DESAFIOS DA ÉTICA CONTEMPORÂNEA** .....15  
MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA

**A SUPERAÇÃO DAS ÉTICAS TRADICIONAIS NA PERSPECTIVA DA ÉTICA DA RESPONSABILIDADE**.....47  
FLÁVIO JOSÉ MOREIRA GONÇALVES

**VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO: RECONSTRUÇÕES, PERSPECTIVAS E DESAFIOS**.....63  
FRIEDRICH MÜLLER

**A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO**.....79  
RUI VERLAINE OLIVEIRA MOREIRA  
ANAARAÚJO XIMENES TEIXEIRA MENDES

**A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS**.....111  
FLÁVIO MARIA LEITE PINHEIRO

**O ESTADO DEGRADADOR E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**.....123  
ANTÔNIO NILO RAYOL LOBO SEGUNDO

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**.....165  
EMMANUEL ROBERTO GIRÃO DE CASTRO PINTO

**LIÇÕES DE MAX WEBER A AKIRA KUROSAWA: DOMINAÇÃO BUROCRÁTICA E CARISMÁTICA NO FILME VIVER**.....189  
EDILSON BALTAZAR BARREIRA JÚNIOR  
CLÁUDIA MARIA LIMA DE OLIVEIRA

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE LEALDADE DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....205**

FÁBIO CAMPELO CONRADO DE HOLANDA

**CRIME AMBIENTAL: TRANSAÇÃO PENAL E OS EFEITOS INTERDEPENDENTES DAS SANÇÕES CÍVEIS, ADMINISTRATIVAS E CRIMINAIS.....245**

LINO EDMAR DE MENEZES

**NOVOS RITOS PROCESSUAIS.....251**

AGAPITO MACHADO

**HUMOR, RACISMO E JULGAMENTO: OU SOBRE COMO SE PROCESSA A IDÉIA DE RACISMO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....275**

CEZÁRIO CORRÊA FILHO

**A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NO CRIME DE INADIMPLENTO FRAUDULENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA.....315**

HUGO DE BRITO MACHADO

**CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO.....331**

MARCIUS CRUZ DA PONTE SOUZA

**RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL DO MÉDICO.....359**

PAULO QUEZADO

**A LINGUAGEM NO DISCURSO JURÍDICO E SUA FONTE NATURAL.....375**

VICENTE EDUARDO SOUSA E SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 11.417/2006.....383**

WASHINGTON LUÍS BEZERRA DE ARAÚJO

# *ARTIGOS*



## OS DESAFIOS DA ÉTICA CONTEMPORÂNEA.

**Manfredo Araújo de Oliveira**

*Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia de Fortaleza  
Mestre em Teologia pela Pontifícia Universidade Gregoriana de Roma  
Doutor em Filosofia pela Universität München Ludwig Maximilian  
Professor Titular da Universidade Federal do Ceará (UFC).*

### **A)O Ponto de partida: o diagnóstico da situação atual como problema ético.**

É sempre dentro de uma situação histórica determinada que o ser humano experimenta a si mesmo com a tarefa de construir seu ser. Não somos simplesmente um fato, mas antes uma possibilidade, um desejo de ser o que nos conduz a uma pergunta fundamental: o que se deve fazer para ser? Esta pergunta brota de um ser que tem consciência de sua finitude, ou seja, da possibilidade de fracassar em sua autoconstrução e brota precisamente de dentro de uma situação que o envolve e marca. Uma primeira característica da ética contemporânea é a consciência de que nossas interrogações éticas brotam de nossa situação histórica própria. Daí porque sua primeira tarefa é a análise da situação do mundo contemporâneo, que é marcado por duas questões de fundo:

1) *A civilização técnico-científica e a alteração do panorama das éticas tradicionais.*

No passado, as questões éticas foram postas no contexto de relações humanas próximas e recíprocas. A ciência e a técnica deram à atividade humana um alcance de dimensão planetária com um novo horizonte de responsabilidade. Para H. Jonas<sup>1</sup>, por exemplo, a diferença radical em relação às éticas antigas é que a ação humana, tecnicamente potencializada, pode danificar irreversivelmente a natureza e o próprio ser humano: a intervenção tecnológica altera a própria natureza do agir humano assim que não só a biosfera do planeta, mas a natureza como um todo passa a ser implicada na esfera do agir humano e,

portanto, de sua responsabilidade<sup>2</sup>. Para V. Höslé<sup>3</sup>, o modelo de conhecimento da modernidade reduz a natureza a mera quantidade, a objeto de manipulação. Esta é a raiz da civilização técnico-científica que perdeu a ligação ontológica entre ser humano e natureza, entre homem e mundo.

Nesta civilização, aumenta cada vez mais a desproporção entre o poder de dominação técnica e os critérios morais capazes de reger a nova civilização daí decorrente. Para E. Levinas<sup>4</sup> isto se manifesta através dos acontecimentos marcantes do século XX: as duas guerras mundiais, as revoluções que vitimaram milhões de inocentes, a crise da razão e das ciências, a perda do sentido da vida humana, o abalo profundo de toda a tradição cultural do ocidente que coloca cada ser humano, cada nação, cada cultura face ao desafio de assumir as possibilidades e os riscos dos efeitos de suas ações<sup>5</sup>. No plano da vida humana, este abismo entre poder tecnológico e ética se manifesta, por exemplo, como possibilidade de interferir nos processos químicos que determinam o envelhecimento orgânico transformando a morte numa espécie de fronteira virtual.

Hoje se transforma em possibilidade o controle do comportamento humano através de agentes químicos que podem induzir o controle de processos psíquicos, além do mais espetacular que é a manipulação tecnológica dos processos genéticos, tornando realidade o sonho de planificação e produção em laboratório da vida humana de tal modo que o homem contemporâneo tem a sensação de que ele afinal tomou seu destino em suas mãos e se fez sujeito de um agir coletivo capaz de submeter toda a natureza a seus fins assim que a técnica, neste projeto de emancipação tecnocrática da modernidade, de *meio* se transformou no *fim* fundamental da vida humana.

Todo este processo conduz a um aumento crescente de bem-estar e a uma elevação do consumo que, por sua vez, provoca uma gigantesca intensificação do metabolismo com o meio ambiente natural que é finito em seus recursos e uma desproporção entre produção e consumo. A coisa se faz mais grave porque o próprio avanço tecnológico tornou possível um



aumento exponencial da população aumentando a busca de recursos naturais. A contradição desta civilização tecnológica se torna visível na incapacidade espantosa do ser humano de pôr um fim ao previsível progresso destrutivo de si mesmo e da natureza: hoje possuímos os meios técnico-científicos e industriais para extinguir a humanidade e todas as outras formas de vida sobre o planeta através, por exemplo, do envenenamento e da contaminação da biosfera. Uma das possibilidades da história humana é então é a possibilidade da própria extinção de modo que a catástrofe ecológica se revela como o inimigo verdadeiro e comum da humanidade. Isto se constitui hoje o desafio de toda a humanidade, pois manifesta a enorme desproporção entre a sabedoria ético-política de que dispõe a humanidade e o imenso potencial tecnológico adquirido.

## *2) A nova configuração das relações internacionais.*

A organização da vida econômica passa por profundas transformações na medida em que está em curso a articulação de um sistema econômico em nível mundial<sup>6</sup> através da inclusão de todas as sociedades no mercado, sobretudo nos mercados financeiros, que assumem a condução de todo o processo econômico, e de uma teoria econômica<sup>7</sup> que defende o mercado como a forma exclusiva de coordenação de uma sociedade moderna<sup>8</sup>. Tal processo tem provocado uma piora nas condições de vida de milhões de pessoas: no relatório do Banco Mundial de setembro de 1999 se afirma que hoje 1,5 bilhão de pessoas sobrevivem com o equivalente a menos de um dólar por dia. O processo de modernização de nossas sociedades significou para Apel<sup>9</sup> um processo de autonomização cada vez mais acentuado da economia que se tornou fim em si mesma e de predominância de uma liberdade privada sem referências éticas e sem responsabilidade coletiva.

Este processo se tornou possível através de uma série de decisões políticas<sup>10</sup> e foi acelerado em sua implementação pela nova revolução tecnológica, que fez da ciência e da técnica as forças impulsionadoras do novo

paradigma de produção, que tem seu eixo na tecnologia da informação, colocando, portanto, o conhecimento no cerne do processo produtivo com dois efeitos de grandes conseqüências para a vida humana: por um lado, transformou profundamente o trabalho, provocando um enorme aumento da produtividade, acompanhada por mudança significativa nas relações entre capital e trabalho, o que levou ao desemprego estrutural uma vez que o trabalho vivo se torna algo que desaparece nas empresas que assumem a tecnologia de ponta em nossos dias; por outro lado, esta nova dinâmica do capital fez surgir uma competitividade exacerbada em nível internacional.

Esta reorganização do processo de produção e de trabalho assim como os enormes impactos daí decorrentes no sistema de emprego conduziram a questões sociais e configurações novas: experimentamos um desenvolvimento tecnológico acelerado com um aumento significativo da produção de riquezas ao mesmo tempo em que vemos crescer também a fome e a miséria que levam a uma desagregação social cada vez maior ou mesmo à morte de milhões de seres humanos, à disparidade na distribuição de renda e de riqueza e à ameaça da destruição da própria humanidade através ou de uma guerra nuclear<sup>11</sup> ou pela exploração desenfreada dos recursos naturais. O Höffe<sup>12</sup> fala por esta razão de uma “globalização da violência”, em que o arbítrio e o poder substituem o direito nas relações entre as pessoas e os povos, marcadas hoje por um egoísmo individual e grupal crescente, pela criminalidade organizada, pelo comércio de armas, drogas e seres humanos, pelo terrorismo internacional, pela destruição do meio ambiente.

Uma das características fundamentais do novo contexto societário é a substituição da política pela economia, ou seja, pelo mercado, sobretudo financeiro, na condução dos processos sociais, o que quer dizer que a economia se transforma na esfera paradigmática para a organização das relações sociais nacionais e internacionais. Poder-se-ia falar aqui de realização plena do *telos* imanente a esta forma produtiva, pois, como diz Höhle<sup>13</sup>, o “paradigma econômico” é característico da sociedade moderna enquanto tal e causador, a partir de suas

contradições imanentes, das crises que marcam hoje nossa civilização. Em sua forma atual ele tem provocado a mercantilização da vida social como um todo, fazendo com que o lucro se transforme no grande mecanismo de mediação de todas as relações sociais: é a economia mesma que se torna responsável pelo estabelecimento dos fins da vida humana o que torna aguda a pergunta pelo sentido de todo este processo e pela avaliação crítica dos critérios que o regem, embora a racionalidade hegemônica vigente (racionalidade instrumental) não reconheça a legitimidade de tais perguntas e conseqüentemente afirme a impossibilidade de uma discussão racional sobre questões de ordem ética, o que só poderá acontecer através uma mudança cultural premente que se concretize na transição do paradigma econômico para o paradigma ecológico, implicando uma redefinição da ética, da política e da economia.

### **B)As interpretações desta situação enquanto desafio ético fundamental.**

O resultado desta análise é muito sério: uma das possibilidades reais de nossa vida histórica é o colapso social e ecológico<sup>14</sup>. Portanto, a situação do homem de hoje, como diz Apel<sup>15</sup>, é um problema ético para o ser humano enquanto tal, pois os problemas fundamentais de nosso tempo dizem respeito à humanidade como um todo, o que significa dizer que uma ética hoje tem de articular-se levando em consideração nossa situação histórica caracterizada pela interdependência das nações no contexto de uma civilização técnico-científica. Os éticos contemporâneos tentam também explicitar as razões geradoras desta situação. Assim, por exemplo, para *H. Jonas*<sup>16</sup>, tudo se radica no “ideal baconiano”, o utopismo tecnológico, a escatologia secularizada, que constitui o projeto fundamental da humanidade moderna, isto é, o ideal da instalação de um tipo da saber que se entende como possibilitação de dominação sobre a natureza em função da melhoria das condições de vida do ser humano, ou mais radicalmente ainda, em função da emergência do

homem autêntico como fruto de um processo conduzido pelas forças do próprio homem. Para esta concepção, saber é sinônimo de poder<sup>17</sup> e a única fonte da verdade, cuja expressão suprema é a exploração técnica da natureza em função de sua subordinação aos fins humanos, o que paradoxalmente conduziu à completa sujeição a si mesmo sob o signo da catástrofe ecológica.

No entanto, o ideal grandioso do homem moderno desemboca, segundo H. Jonas, num dilema crucial: por um lado, o poder tecnológico alargou, de forma nunca conhecida antes, a extensão e as possibilidades da ação humana e gerou, com isto, a necessidade premente de regradar, por meio de normas, o uso efetivo deste enorme potencial; por outro lado, o tipo de racionalidade, que conduz este processo, se reduz ao controle dos fenômenos e, em última instância, no momento atual, põe em dúvida a possibilidade mesma de uma verdade objetiva, teórica ou prática, na vida humana: “desse modo, vivemos hoje a experiência da insubsistência da própria idéia de norma, mediante a permanência do simples sentimento de norma e de valor que, no entanto, se desestabiliza e se torna inseguro de si confrontado com a crítica corrosiva desse saber”.<sup>18</sup> Vivemos, portanto, hoje a experiência fundamental de um “vácuo ético”.

Para *E. Levinas*<sup>19</sup>, os acontecimentos marcantes do século XX culminaram na crise da razão e na perda do sentido que animou toda a história da civilização ocidental, o que põe a sociedade e o homem atual sem rumo e sem orientação na vida individual e social. Sem dúvida que, durante milênios, os seres humanos empreenderam muitas coisas, configurando, de formas específicas, sua vida individual e coletiva, e produzindo diferentes formas de organização de sua vida, estruturas culturais, codificações de ética e de direito, e traduzindo suas cosmovisões e aspirações em símbolos de diferentes esferas. Inspirando, contudo, estas diferentes formas de luta está uma concepção determinada da ordem do ser enquanto expansão em todas as dimensões ou como essência, “em que se exploram as possibilidades de ser mais como diversão na exuberância de formas que a sociedade consente às custas de outros que não

têm vez nem voz e que perpetuam o *vae victis* dos vencedores. A ética alcançada fica à mercê dos vencedores ou da hermenêutica da conjuntura anônima”.<sup>20</sup> Portanto, por mais alto que seja o ideal ético apresentado pela civilização ocidental, ele é insuficiente por conter em si o jogo do ser como “clã guerreiro”: a experiência da humanidade no século XX mostra que a ética ocidental só teria validade para nortear a sociedade se ela fosse capaz de romper com a velha ordem subjacente que identifica ser, poder e saber de tal maneira que nas codificações éticas construídas em nossa história o humano do ser humano é apenas intuído, mas não é alcançado uma vez que tem, na raiz, uma interpretação da vida humana como ser dinâmico espontâneo no horizonte da concepção do ser como expansão. Nossas crises testemunham o fiasco deste homem.

J. Habermas<sup>21</sup> interpreta as sociedades modernas como sociedades marcadas por um pluralismo de cosmovisões o que levou a um desmoronamento das religiões<sup>22</sup> e conseqüentemente do etos, que nelas se legitimava, enquanto fundamento público de validade de uma moral compartilhada por todos. Esta situação nova implicou a perda de legitimação de uma fundamentação ontológica, radicada numa concepção objetiva da razão, das normas morais e sua conseqüência maior é a falta de um consenso substantivo sobre valores, isto é, sobre a melhor forma de vida para o ser humano, em nível da sociedade como um todo. “A autoridade epistêmica passa, na modernidade, das doutrinas religiosas para as ciências empíricas e, a partir daqui, é possível fazer uma distinção rigorosa entre sentenças descritivas, próprias das ciências e sentenças normativas. Para Habermas, isto constitui o clima espiritual próprio de nosso tempo, que é ponto comum para quem hoje se confronta com o problema da fundamentação da moral: tendo sido eliminada a razão objetiva, dependemos hoje de uma fundamentação pós-metafísica da moral”.<sup>23</sup>

A. MacIntyre<sup>24</sup> parte de uma consideração da ética contemporânea. Para ele não possuímos mais propriamente uma ética, mas apenas fragmentos de um esquema conceitual que não constituem um todo coerente. A partir da modernidade,

perdemos a capacidade de formular coerentemente critérios morais e assim se instalou o caos na linguagem da moralidade contemporânea. Temos hoje diferentes teorias morais numa competição que não tem fim sem que tenhamos um fundamento racional para legitimar um acordo. Temos até uma superabundância de meios teóricos para justificar racionalmente a ação moral, mas se trata de modos rivais e incomensuráveis entre si de resolver o problema da racionalidade da ação moral, o que conduz a dilemas insolúveis já que é impossível estabelecer uma escala de critérios para resolver nossos problemas morais. É, portanto, o próprio recurso a padrões racionais que é a fonte do desacordo, porque vivemos num choque insolúvel de concepções de racionalidade. “O resultado é um cinismo generalizado quanto à legitimidade da discussão racional na qual os argumentos deixam de ser reconhecidos como expressão de racionalidade e se transformam em armas, em técnicas retóricas para se dominar opositores”.<sup>25</sup>

O que para ele explica esta situação é a postura ética que subjaz a esta fragmentação da cultura ética contemporânea, ou seja, o *emotivismo*, que elimina qualquer conteúdo racional da moralidade e por isto considera o debate moral infrutífero já que não passa de um jogo de afirmações e contra-afirmações. Para MacIntyre tudo isto é sinal de algo mais profundo: nossa cultura não conseguiu resolver seus problemas práticos e seus problemas filosóficos. Somos hoje herdeiros da *cultura iluminista moderna*<sup>26</sup> e de seu projeto fracassado de justificar racionalmente a moralidade, ou seja, independente da tutela teológica e das tradições, para lhe dar plena autonomia na forma de princípios morais universais. O fracasso se radica na própria concepção de razão: a *razão iluminista moderna* é calculadora, isto é, ela pode avaliar verdades de fato e relações matemáticas e é incompetente frente a tudo mais. Na esfera da ética, portanto, só pode falar de meios e nunca dos fins da vida humana. Trata-se aqui, para MacIntyre, de uma razão empobrecida, que não pode captar essências e conseqüentemente os traços teológicos no mundo objetivo.

Daí porque, para MacIntyre, apesar do desacordo

básico entre as éticas contemporâneas, há contudo um acordo tácito: todas rejeitam qualquer visão do homem como portadora de uma essência que define seu verdadeiro fim, ou seja, todas rejeitam uma visão teleológica da natureza humana. Isto significou a liberação dos agentes morais de todo tipo de hierarquia e teleologia, mas igualmente transformou as regras morais em meros instrumentos de desejos e vontades arbitrárias. O fracasso de projeto iluminista abriu o espaço para a crítica de toda a moralidade anterior por Nietzsche e seus sucessores existencialistas e emotivistas que configuram a cultura contemporânea. Todo este processo conduz a cultura moderna a uma escolha decisiva: “sustentar o projeto nietzscheano de uma crítica radical da moralidade ou retomar a perspectiva da ética aristotélica das virtudes como forma de devolver coerência e racionalidade ao desacordo moral que reina na cultura moderna”.<sup>27</sup>

Um dos traços das éticas contemporâneas é que elas se articulam como tentativas de resposta aos desafios que brotam desta realidade. Diante das ameaças que daí resultam H. Jonas, por exemplo, afirma a necessidade de uma ética que tenha como dever basilar a preservação da essência humana de tal forma que sua exigência fundamental seja uma ação, cujos efeitos sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra, um imperativo que não se dirige ao comportamento do indivíduo privado, mas ao agir coletivo na esfera da política pública.

Para *Apel*, a ética a ser construída hoje tem que ser uma ética profundamente diferente tanto das éticas tradicionais como das morais historicamente hegemônicas, porque ambas se situaram na esfera das relações privadas ou das comunidades políticas nacionais. Hoje temos que pensar as conseqüências da intervenção das ciências na ecoesfera e na biosfera e dos mercados globais no nível de uma civilização planetária. Esta situação mesma põe a humanidade frente ao problema da co-responsabilidade planetária, uma responsabilidade ética global o que exige uma “macroética da solidariedade histórica” em nível mundial que seja capaz de fomentar uma consciência

cosmopolita da solidariedade e recupere a primazia do político no contexto de um mundo globalizado e ameaçado por um colapso ecológico e social, portanto, uma ética capaz de legitimar os fundamentos normativos básicos das estruturas necessárias para uma civilização global.

### **C) As Propostas Fundamentais da Ética Contemporânea.**

Desde o início do século XX, a reflexão ética se concentrou nos problemas dos fundamentos semânticos, metodológicos e epistemológicos, um conjunto teórico que recebeu da filosofia analítica a denominação de *Metaética*<sup>28</sup>. Esta concentração se explica precisamente porque a racionalidade hegemônica pôs em questão a possibilidade de uma ética enquanto teoria normativa da ação humana: bastante difundidas em nossa cultura são as posturas não cognitivas e emotivistas, cuja tese fundamental é que proposições normativas não possuem conteúdo cognitivo uma vez que não são propriamente sentenças declarativas, portanto não podem ser verdadeiras nem falsas. Com estas proposições apenas exprimimos nossas atitudes frente às questões ou propomos atitudes a outros. Ora não sendo as sentenças normativas nem verdadeiras nem falsas, não contêm obrigações e não podem ser fundamentadas, o que significa dizer que a ética não se situa na esfera da racionalidade: enquanto teoria normativa, teoria da ação moralmente correta, a ética é impossível.

Mesmo entre as teorias cognitivas exerce um papel fundamental, segundo F. von Kutschera, o subjetivismo que para ele é uma espécie de naturalismo, ou seja, uma teoria segundo a qual as sentenças normativas podem ser traduzidas em sentenças não normativas, ou seja, em sentenças sobre preferências subjetivas ou valorações subjetivas em que os juízos normativos perdem o caráter de obrigatoriedade. Uma consequência disto são as teorias éticas descritivas, que são pesquisas empíricas sobre sistemas normativos dados, normalmente empreendidas pela sociologia, etnologia, antropologia, história e a teoria do direito: neste caso as normas



são descritas como fatos sociais e se busca uma explicação de sua origem. Aqui, a pergunta fundamental é: que é considerado bom e porque<sup>29</sup>.

A partir desta situação, uma questão se torna hoje central na ética: o problema de sua fundamentação. Juízos morais podem ser fundamentados? Sem uma resposta positiva a esta questão teríamos que dar razão ao *decisionismo* que reduz os juízos morais a puras decisões individuais. Na perspectiva da forma de fundamentação e conseqüentemente na maneira de articular a teoria ética podemos distinguir as éticas contemporâneas em duas grandes orientações: éticas deontológicas e éticas teleológicas. Para as éticas *deontológicas*, as coisas devem se feitas ou não independentemente dos resultados que possam advir das ações realizadas, ou seja, na expressão de F. von Kutschera<sup>30</sup>, o valor de uma ação se determina somente a partir do valor da maneira de agir, que se realiza com isto. O que caracteriza então uma ética deontológica é que o correto, que é aqui a categoria fundamental, não depende do bem e tem prioridade sobre ele, conseqüentemente as ações são em si mesmas boas ou más independentemente das conseqüências que provocam. Estão, então, aqui em primeiro plano prescrições, proibições e permissões. Numa ética *teleológica* a qualidade moral das ações depende das conseqüências produzidas (daí porque se falar aqui de “conseqüencialismo”) e seu conceito central é o de bem de tal modo que aqui se põe, em primeiro plano, uma ordem objetiva de bens e valores. Temos no seio destas diferentes formas de ética também formas diferenciadas de fundamentação da ética.

### **I - Éticas Deontológicas.**

a) O contratualismo de J. Rawls.

J. Rawls parte do particularismo de cosmovisões das sociedades modernas que exige da ética uma tarefa básica: fundamentar sentenças básicas a partir de onde possa ser configurada uma sociedade moderna enquanto cooperação

eqüitativa entre seus cidadãos como pessoas iguais e livres. Trata-se, portanto, de articular “um consenso político fundamental, radicado numa concepção neutra da justiça, no sentido de ser uma construção racional sem pretensão de verdade, que seja capaz de garantir a todos os cidadãos, para além de sua origem cultural, suas convicções religiosas ou metafísicas e suas formas individuais de vida, as mesmas liberdades fundamentais”.<sup>31</sup> O objetivo é chegar a um acordo sobre os princípios que devem regular as instituições políticas e sociais básicas da sociedade, ou seja, legitimar um fundamento normativo para a vida social de tal modo que estas instituições básicas da sociedade possam garantir e preservar a justiça. A fundamentação deve ser tal que as pessoas possam conviver com todas as suas diferenças culturais, étnicas e religiosas.

A teoria da justiça, que é o cerne da ética, se fundamenta através de um *procedimento de construção*<sup>32</sup> que conduz aos dois princípios básicos da justiça política, que são precisamente o objeto do *acordo original* e que por conseguinte regulam todos os outros acordos, pactos, contratos, numa palavra, todas as formas de cooperação social. “Segundo Rawls, nem a universalizabilidade (*universalizability*) nem a primazia do justo sobre o bem fariam de tal princípio um conceito metafísico ou transcendental...A justiça como eqüidade é uma versão sofisticada do imperativo categórico, mas Rawls procura esquivar-se do fundacionalismo de uma moral metafisicamente fundamentada e regida por princípios absolutos”.<sup>33</sup> Apel resume com precisão a aporia básica que perpassa toda esta forma de fundamentação procedimental da ética: Rawls não fundamenta por que razão ele dispôs as condições da condição original de tal modo que os eleitores, estrategicamente egoístas, são obrigados a se decidir como se fossem motivados pela justiça. Na realidade, para Apel, a intenção de Rawls é fundamentar a justiça como o resultado de uma escolha livre num contrato original, entendendo a liberdade, de acordo com a tradição britânica e no sentido da teoria estratégica dos jogos de escolha racional, como liberdade de arbítrio do interesse próprio; então, ele se vê obrigado, para poder garantir de antemão a eqüidade

da escolha racional, a impor condições de equidade<sup>34</sup>, o que faz do procedimento um círculo vicioso.

b) A Ética do discurso de K-O Apel.

Para Apel, a globalização de todos os problemas revela a premência da fundamentação de um princípio regulativo-normativo, isto é, de uma norma fundamental de justiça universalmente válida. O historicismo e o relativismo que marcam a cultura contemporânea não tornam inútil esta questão da validade, mas, ao contrário, a tornam mais aguda e fazem com que a filosofia possa tematizar o que a caracteriza como saber específico: “tematizar reflexivamente as condições não-contingentes do conhecimento válido do contingente”.<sup>35</sup> Ele parte da tese fundamental da reviravolta lingüístico-hermenêutica do pensamento, isto é, que a linguagem é a mediação intransponível de todo sentido e validade. A filosofia se distingue de todo conhecimento empírico, inclusive da ciência da linguagem, na medida em que levanta a pergunta pelas condições de possibilidade e validade do discurso humano enquanto tal, o que implica que nada em filosofia pode considerar-se suficientemente legitimado se, em sua justificação, não estiverem incluídas as condições necessárias, universais e últimas de possibilidade e validade do próprio discurso. A estas condições só se chega através da mediação de uma auto-reflexão estrita, ou seja, filosofia é, para Apel, auto-reflexão estrita do discurso humano sobre si mesmo para tematizar suas condições irrecusáveis de possibilidade e validade, que não podem ser negadas sem que se caia em autocontradição e não podem ser demonstradas sem que sejam pressupostas.

A exigência fundamental de nossa época é a fundamentação de um princípio de justiça universalmente válido enquanto princípio normativo de articulação da organização social. Este princípio tem sua fundamentação racional através do retorno reflexivo do discurso humano sobre si mesmo<sup>36</sup>, pois ele emerge

como um pressuposto necessário de toda argumentação sensata. Numa palavra, entre as condições transcendentais de sentido e validade da argumentação sensata está uma norma que é fundamental para todo uso da razão: a reciprocidade dialógica universal, que implica que todo aquele que argumenta é livre e autônomo para levantar todas as pretensões que julgar necessárias em seu conhecimento e agir no mundo, o que significa dizer que ele tem o direito e o dever de argumentar, isto é, de legitimar estas pretensões pela mediação de um discurso responsável frente a si mesmo e aos outros. Isto implica que nada pode ser aceito como válido que não seja justificado através de argumentos (princípio da responsabilidade argumentativa) e que, em princípio, há uma igualdade básica de direito na argumentação.

Pressupõe-se com isto o reconhecimento dos outros como sujeitos capazes de verdade, portadores dos mesmos direitos de levantar pretensões de validade e de trazer à discussão bons argumentos o que, por sua vez, implica o dever recíproco de fazer valer unicamente argumentos e nenhuma instância alheia à argumentação, portanto a exclusão da violência e a obrigação ética de resolver, pela mediação do diálogo e da argumentação, todas as pretensões de validade da vida histórica em todos os seus níveis. A política é a atividade humana que procura efetivar esta razão comunicativa na esfera da solução dos problemas coletivos e seu sentido é instaurar uma comunidade baseada na razão, rejeitando portanto radicalmente a violência e o arbítrio como forma de solução dos conflitos humanos. Central neste contexto de argumentação é o postulado da universabilidade, que é sem dúvida essencial para a ética,<sup>37</sup> mas não suficiente uma vez que com este postulado só se diz que, se há normas morais, estas têm que ser necessariamente universais, mas não diz se há. Daí a tese básica das éticas teleológicas: a avaliação de determinados estados de coisa é indispensável quando se pretende ir além de um mínimo de normas abstratas.

## **II - Éticas Teleológicas.**

### a) Retorno às tradições morais de pesquisa racional de MacIntyre

MacIntyre parte de um diagnóstico da ética contemporânea que, segundo ele, não constitui mais um todo coerente. A partir da modernidade não temos mais a possibilidade conceitual de formular critérios, de modo integrado e objetivo, para nossos juízos morais e uma disputa interminável entre teorias rivais conduz à impossibilidade de um acordo moral em nossa cultura. Na base de toda esta fragmentação está, para MacIntyre, o emotivismo, que defende a tese de que a moralidade não tem qualquer conteúdo racional e o debate moral é um simples jogo de afirmações e contra-afirmações sem qualquer possibilidade de justificação racional válida dos padrões objetivos de moralidade. A linguagem moral se reduz à expressão de sentimentos pessoais e para MacIntyre isto é o resultado a que conduziu a crise da cultura iluminista moderna que fracassou em seu intento de fundamentar uma moralidade independentemente da tutela teológica e das tradições, radicado numa concepção calculadora da razão, incapaz de captar essências e a dimensão teleológica do mundo objetivo.

O propósito de MacIntyre é defender a tese contrária da existência de padrões morais impessoais racionalmente justificados sem que com isto se destrua a autonomia do agente moral individual. Hoje estamos diante de um dilema: “sustentar o projeto nietzscheano de uma crítica radical da moralidade ou retomar a perspectiva da ética aristotélica das virtudes como forma de devolver coerência e racionalidade ao desacordo moral que reina na cultura moderna”.<sup>38</sup> Só que racionalidade, para ele, implica o reconhecimento das conquistas das tradições como um constitutivo epistemológico e a afirmação da importância fundamental da historicidade tanto da vida prática como do espírito humano.

A pesquisa racional é estruturada sempre em sistemas históricos sem jamais chegar à necessidade ou à possibilidade de legitimar padrões racionais a-históricos. Por esta

razão a filosofia moral implica um nexos entre filosofia, história e sociologia. MacIntyre articula seu conceito de racionalidade em estreita ligação com o conceito de paradigma de Th. Kuhn. A crítica das posições deontológicas a esta postura é que ela desemboca na plausibilidade de admitir que todas as nossas valorações são fundamentalmente dependentes de uma tradição cultural determinada, ou seja, na tese relativista e historicista das normas morais que é o resultado da destranscendentalização do pensar como a forma mais radical de superação da metafísica, confirmando assim o caos moral de onde se havia partido e para o qual se propunha trazer um remédio.

b) Ética da alteridade de Levinas.

Levinas parte do que ele denomina o abalo de toda a tradição cultural do ocidente, que revela que o sentido subjacente a toda a história da civilização ocidental põe o ser humano e a sociedade sem rumo e orientação. A questão essencial é, portanto, o sentido do ser que marcou todo este processo histórico e que está na base das formas de organização, das estruturas culturais, das codificações de ética e, leis civis e penais, numa palavra, na base de tudo o que constituiu nossa história está a concepção da ordem do ser como expansão o que faz com que, apesar das boas intenções, a ética permaneça sempre à mercê do jogo dos vencedores e a civilização ocidental essencialmente egoísta e penetrada de violência. Impõe-se aqui uma ruptura com a velha ordem, isto é, com o bloco identidade-ser-totalidade e a articulação de um novo ponto de partida: a experiência originária do encontro humano, ou seja, a idéia básica de que o ser humano encontra seu sentido maior em sua relação com o outro ser humano, seu próximo, numa relação responsável de tal modo que o outro não seja integrado no mesmo.

O núcleo mais profundo do ser humano é este ser para, uma heteronomia que constitui a libertação do ser humano, uma relação face a face, direta, sem mediações e que prolonga, na área social do cotidiano, a relação com o infinito, que a consciência em relação atesta e que dá à subjetividade humana

uma marca de infinitude e de abertura. “Conseqüentemente, é o rosto, no vestígio do infinito, que possibilita ao mesmo descobrir e realizar sua verdadeira e profunda humanidade, para além da velha ordem ontológica”.<sup>39</sup> A ética se instaura, portanto, na relação inter-humana, ela é então essencialmente uma ética da alteridade e constitui o sentido profundo do humano, precedendo a ontologia e enquanto tal é a filosofia primeira. São três as intuições filosóficas fundamentais de Levinas<sup>40</sup>: a afirmação da subjetividade individual como ponto de refúgio e sustento da moral, a relação inter-humana a partir de onde se estrutura a ética como inteligibilidade e sentido e o método fenomenológico. Não é contudo claro como toda esta riqueza de conteúdo da ética alternativa possa legitimar-se. A questão toda pode resumir-se no problema de como é possível passar da simples descrição das formas essenciais através do método fenomenológico para um contexto de desenvolvimento conceitual e propriamente de fundamentação<sup>41</sup>.

### c) Ética da Libertação de E. Dussel.

E. Dussel vai insistir que o centro da ética é um critério material universal: “Aquele que atua humanamente sempre e necessariamente tem como conteúdo de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução ou desenvolvimento auto-responsável da vida de cada sujeito humano numa comunidade de vida, como cumprimento material das necessidades de sua corporalidade cultural (a primeira de todas o desejo do outro sujeito humano), tendo por referência última toda a humanidade”.<sup>42</sup> Para Dussel se trata no núcleo da ética da passagem de enunciados descritivos para enunciados normativos pela mediação de uma fundamentação dialético-materialista de juízos normativos a partir de juízos de fato sobre a vida. O procedimento de fundamentação, enquanto dialético, não é dedução formal como é o caso da falácia naturalista denunciada por Hume. Dussel, no entanto, não nos diz qual é a estrutura da fundamentação dialético-materialista, apenas recusa a fundamentação contra o céptico de ordem transcendental

que para ele é formal e propugna uma fundamentação contra o cínico “que pretende justificar uma ordem ética fundada na aceitação da morte, do assassinato ou do suicídio coletivo”.<sup>43</sup>

#### d) Utilitarismo.

O utilitarismo constitui uma família de éticas<sup>44</sup> com alguns aspectos gerais que são comuns a todas elas como, por exemplo, a ideia de que a ética tem a ver com o bem-estar das pessoas, que a qualidade moral de nossas ações depende de suas consequências (portanto, é uma teoria teleológica ou consequencialista) que o bem dos indivíduos em questão deve ser maximizado e seu sofrimento minimizado, que a ética diz respeito a todos os indivíduos capazes de sentir e sofrer. O cerne desta postura se exprime através do “princípio de utilidade”, que, segundo M.C.M. de Carvalho poderia ser formulado assim: “Uma ação (ou regra de ação) será moralmente boa na medida em que o saldo líquido de felicidade ou de bem-estar decorrente de sua realização (ou de uma conformação à regra) for maior que o resultante de qualquer ação ou regra alternativa e disponível ao agente”.<sup>45</sup> Assim, o utilitarismo se caracteriza “por tentar conciliar o normativo (o princípio ético básico) e o empírico (o cálculo hedonístico), pois uma fundamentação moral utilitarista não pode realizar-se sem referência ao empírico, uma vez que são consideradas as consequências das ações e sua significação para o bem-estar das pessoas em jogo, o que significa abertura para as necessidades interesses e fins dos outros”.<sup>46</sup>

O grande mérito do utilitarismo, que é uma ética universalista, mas não formal, é ter reconhecido que a valoração de determinados estados de coisa é algo irrecusável para a ética. Mas sua postura tem problemas<sup>47</sup> como por exemplo sua valoração orientar-se nas preferências subjetivas fáticas de seres passionais além da dificuldade estrutural de determinar o conceito de utilidade, pois aí coisas extremamente heterogêneas são unificadas. Desde o princípio, o utilitarismo tem um déficit de fundamentação<sup>48</sup>, pois considera o princípio de utilidade uma



sentença fundante que enquanto tal não pode ser demonstrada, já que se pressupõe que a única forma de demonstração é a dedução a partir de sentenças primeiras o que torna a demonstração das sentenças primeiras uma contradição e exige sua aceitação como uma evidência originária que é intuída.

e) Ética da responsabilidade de H. Jonas.

H. Jonas<sup>49</sup> põe no centro de sua reflexão ética a idéia de que o ser humano é o único ser que, por ter conhecimento e vontade, pode ter responsabilidade, o que pressupõe a capacidade de escolha entre alternativas. A responsabilidade se revela assim uma conseqüência necessária da liberdade: sou responsável diante de minha consciência livre e isto significa dizer que sou responsável, antes de tudo, pelas conseqüências de minhas ações na medida mesma em que elas tocam um ser, o que significa dizer que o verdadeiro objeto de minha responsabilidade é o próprio ser tocado por ela, o que implica que o próprio ser seja em si mesmo portador de valor. Se o ser tem valor em si mesmo, então ele se apresenta a mim como portador de uma exigência: através deste particular me confronto com a valoridade do ser em sua totalidade e o valor constitui um direito em relação a mim o que significa dizer que do próprio ser das coisas vêm exigências a mim. Todo ser, enquanto portador de valor, me diz respeito e o reconhecimento deste valor se torna uma obrigação de tal modo, no caso de uma decisão, se faz necessário considerar a hierarquia de valores, o que é fundamental numa situação de litígio<sup>50</sup>. Numa palavra, para H. Jonas, sou responsável diante do ser em sua totalidade de tal forma que a responsabilidade é a mediação entre dois pólos constitutivos de toda ação: a liberdade e o caráter valorativo do ser.

O mérito de H. Jonas consiste, em primeiro lugar, em ter mostrado, a partir de uma reflexão feita no horizonte da crise ecológica, que só é capaz de enfrentá-la uma teoria que reconhece o valor intrínseco do ser natural, sobretudo do ser orgânico, o que é incompatível com as posições formalistas

modernas e pressupõe uma metafísica da natureza. Para H. Jonas, um filósofo que pretende articular uma ética, deve, em primeiro lugar, admitir a possibilidade de uma metafísica racional, se com racional não se entende necessariamente o que é determinado de acordo com os critérios da ciência positiva. O ético então precisa ir até à última (primeira) pergunta da metafísica<sup>51</sup>, a que não se pode mais responder, para do sentido do ser de algo enquanto tal, ele mesmo não fundamentável, talvez experimentar um porque para o dever ser de um ser determinado. No entanto, tudo indica que para H. Jonas a metafísica se situa na esfera da especulação necessária, mas não mais capaz de uma legitimação<sup>52</sup>.

### **III – Éticas Sintéticas.**

#### **a) Ética da coerência universal de Cirne Lima.**

A proposta de Cirne Lima emerge no quadro das éticas contemporâneas como sintética na medida em que aqui normas e valores se unem enquanto ética e ontologia e constituem uma unidade de tal modo que antes de pensar a ética como ação humana a própria realidade enquanto tal é em si mesma pensada como um dever ser já que o princípio supremo da realidade e do pensamento é um princípio deontico. Por esta razão, para Cirne Lima, não se pode pôr a questão da fundamentação da ética, perguntando como se faz a justificação da passagem de proposições descritivas para proposições normativas. Para ele, o reino das proposições normativas é um conjunto maior no seio do qual se situa o conjunto específico das proposições descritivas. “Isto aceito, a reta colocação do problema não consiste em justificar a passagem de proposições descritivas para normativas a rigor, deveria ser exatamente o contrário, mas de justificar o deve-ser ínsito em nossas expressões e proposições primeiras, que além de descritivas são desde sempre normativas.”<sup>53</sup> Isto só é possível na medida em que o dever-ser deixa de ser uma questão apenas da ética

entendida como teoria da ação humana e se revela como o grande operador modal de toda a filosofia.

Cirne Lima parte do princípio de não-contradição como o princípio primeiro do ser e do pensar, que não pode ser negado sem que seja repostado na própria negação, um procedimento circular de autodemonstração, tipicamente transcendental no sentido de uma demonstração reflexiva<sup>54</sup>, embora ele aceite a conclusão dos filósofos analíticos contemporâneos<sup>55</sup> de que os argumentos transcendentais não se distinguem propriamente de argumentos empíricos, uma vez que todo argumento transcendental possui uma premissa empírica. A objeção contra o argumento transcendental é então: “em havendo uma premissa empírica, a conclusão é sempre tão fraca como a mais fraca das premissas. Ora, havendo uma premissa meramente descritiva, toda a argumentação cai por terra”...No entanto, dada a impossibilidade de negar o princípio de não-contradição, este princípio emerge como princípio verdadeiro e universalmente válido.<sup>56</sup>

A questão fundamental aqui, para Cirne Lima, é perceber que a formulação aristotélica não é correta, pois o operador modal “impossível” foi usado de forma imprópria: “O princípio de não-contradição não diz que é impossível dizer ou escrever uma contradição, diz apenas que não devemos fazê-lo, que a contradição deve ser evitada”,<sup>57</sup> o que significa dizer que o dever-ser já está no começo de tudo, pois está no princípio universalíssimo do ser e do pensar, que é assim um princípio ético, formulado através de um operador deôntico, isto é, o primeiro princípio, quando corretamente formulado, já é uma proposição normativa e exprime um dever-ser. A filosofia, em seu núcleo duro, é assim uma lógica que é originariamente ontologia e mais originariamente ainda uma ética, que é então a filosofia primeira e perpassa toda a filosofia. Só a partir daqui se pode pôr a questão da ética menor, isto é, da ética enquanto teoria da ação humana. Numa palavra, a síntese aqui é feita a partir da primazia absoluta do dever-ser, isto é, as sentenças normativas têm prioridade sobre as avaliativas.

## b) Ética intencionalista-teleológica de V. Höhle.

Para V. Höhle, a ética é uma disciplina racional, que possui proposições normativas e avaliativas. Em relação a elas se põe a questão de sua verdade ou falsidade; por esta razão é central a questão da validade das sentenças éticas, que não pode ser decidida a partir de fatos, pois estes em princípio podem ser sempre postos em questão em relação à sua validade. Nada empírico vale como critério de validade para normas e valores. Nisto está o momento de verdade da tese de Hume sobre a “falácia naturalista”, ou seja, o dever-ser não se fundamenta no ser real, mas no ser ideal, que é princípio em relação ao ser real e conseqüentemente transcende o mundo empírico a que pertence também o mundo intersubjetivo. Para Höhle, Apel não separa com clareza o ser ideal de uma das esferas do ser real, ou seja, do mundo intersubjetivo

A existência portanto de uma ética objetiva exige uma ontologia que transcenda o simplesmente fático e empírico, o que foi a tese fundamental de Kant. Assim, a esfera normativa se revela como autônoma em relação a qualquer facticidade, portanto, é a priori e o acesso a ela se faz unicamente, em virtude de seu caráter não empírico, pela mediação de argumentos reflexivos, isto é, através da reflexão do pensamento sobre si mesmo e seus pressupostos irrecusáveis, cujo objetivo é legitimar os próprios princípios de nosso conhecimento e de nossa ação, reflexão que não pode ser negada, pois quem a nega, reflete, utiliza, categorias, numa palavra pressupõe o que nega.

O específico dos argumentos reflexivos é que aqui não se trata de uma dedução lógica, já que ela se faz a partir de axiomas que não podem ser deduzidos e apelar para uma intuição seria abandonar o procedimento demonstrativo. Ora, o que caracteriza os argumentos reflexivos é precisamente o fato de que aqui não há derivação de conhecimentos a partir de outros, o que é impossível no caso de princípios, mas de explicitar o que necessariamente pressupomos, quando tentamos demonstrar algo. Numa palavra, não se pode demonstrar os princípios da

razão sem que eles já sempre sejam pressupostos, pois sem eles não tem sentido o próprio conceito de demonstração. Mas igualmente, eles não podem ser negados sem serem pressupostos por sua própria negação, numa palavra, os argumentos reflexivos nos fazem captar o incondicionado, o sem pressupostos, a estrutura que se fundamenta a si mesma. Portanto, eles nos fazem captar pensamentos objetivos numa razão objetiva absoluta. O cerne do procedimento consiste em que ele nos leva a ter que reconhecer uma esfera do lógico, do ser ideal irreduzível a entidades naturais, a estados da consciência ou a processos intersubjetivos de entendimento. Esta estrutura, que se fundamenta a si mesma, constitui o mais íntimo e o centro do pensamento, subjaz a todo ente e é pressuposto de todo pensar, portanto, é fundamento ontológico de tudo, já que tudo participa na razão objetiva.

É a partir daqui que se pode conhecer a hierarquia de bens e valores, que têm primazia na ética, pois só assim é possível solucionar os casos de conflito. Daí porque as sentenças avaliativas têm prioridade sobre as normativas, uma vez que proibições, prescrições e permissões se decidem a partir da existência de uma ordem objetiva de valores. Neste sentido, são os conceitos teleológicos que fundamentam os deontológicos<sup>58</sup>. Com isto, Höhle se contrapõe, através de uma síntese, a duas posições fundamentais da ética: em primeiro lugar, ele defende uma posição universalista como irrecusável em ética, porém insuficiente, o que significa dizer que para ir além de normas inteiramente abstratas se faz necessário valorar os estados de coisas, o que é a tese básica do utilitarismo; por outro lado, o universalismo formalístico precisa desembocar numa ética de bens e valores, o que pressupõe o conhecimento das essências, superando o utilitarismo como única alternativa ao formalismo.

Se o grande mérito da tese de Kant é ter mostrado que sentenças normativas são sentenças *a priori* e, por esta razão, não podem ser nem fundamentadas nem contestadas por sentenças *a posteriori*, empíricas, no entanto, para Höhle, esta posição é unilateral, porque o saber empírico tem uma função importante a cumprir na solução dos problemas éticos, não só

porque muitas decisões exigem um conhecimento empírico, como por exemplo, se não se deve matar pessoas, saber se embriões são pessoa é um problema empírico; mas também porque em muitos casos em ética trabalhamos com o que Höhle denomina “silogismos mistos” em que sentenças normativas são deduzidas de uma sentença normativa e uma descritiva, isto é, neste caso são combinadas duas fontes de conhecimento, a empírica e a normativa. De outro modo não seria possível levar a sério as conseqüências de nossas ações, que constituem parte do mundo empírico. Numa palavra, para Höhle, não se pode perder a vinculação da filosofia prática com o todo da reflexão filosófica, ou seja, é impossível fundamentar uma ética sem metafísica e filosofia transcendental, isto é, sem afirmações sobre a estrutura do ser enquanto tal e sem tematizar as questões da validade; por outro lado, a ética deve corresponder à integridade do ser pessoal, portanto não deve ser nem puramente uma ética individual, nem uma ética exclusivamente política. Sem metafísica uma ética não pode ser fundamentada; sem filosofia política ela permanece incompleta.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Cf. Jonas H., *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979. Müller W.E., *Der Begriff der Verantwortung bei Hans Jonas*, Frankfurt am Main, 1988. Wetz F. J., *Hans Jonas zur Einführung*, Hamburg, 1994. Böhler D. (org.), *Ethik für die Zukunft. Im Diskurs mit Hans Jonas*, München, 1994. Giacoia Júnior O, *Hans Jonas: O Princípio Responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, in: Oliveira M. A de (org.), *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, Petrópolis: Vozes, 2000, p.193-206.

<sup>2</sup> Tal postura pressupõe uma dicotomia radical entre espírito e natureza e compreende a ciência e a técnica como instrumentos de domínio sobre a natureza. Cf. Jonas H., *Philosophical Essays: From Ancient Faith to Technological Man*, Englewood Cliffs, 1969.

<sup>3</sup> Cf. Hösl V. *Philosophie der ökologischen Krise*, München: Beck, 1991.

<sup>4</sup> Cf. Pivatto P. S., *Ética da alteridade*, in: Oliveira M. A de, op. cit., p. 79.

<sup>5</sup> Cf. Apel K-O, *Die Situation des Menschen als ethisches Problem*, in: *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, p. 42.

<sup>6</sup> Cf. Beck U., *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

<sup>7</sup> Cf. Oliveira M. A de, *Neoliberalismo e ética*, in: *Ética e Economia*, São Paulo: Ática 1995, p. 59-103.

<sup>8</sup> Cf. Schmied-Kowarzik W., *A nossa realidade social e a utopia da sobrevivência moral da humanidade*, in *Veritas*, v. 45, n. 4

(2000) 644: “Mais recentemente, o processo de reificação de todas as instâncias humanas se universalizou, tornando-se mais incisivo, tanto pela infiltração em todos os âmbitos sociais e na vida cotidiana como também através de sua expansão global” ....

<sup>9</sup> Cf. Apel K-O, *Diskurs und Verantwortung*, op. cit., p. 15-41.

<sup>10</sup> Cf. Beck U. (org.), *Politik und Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

<sup>11</sup> Cf. Henrich D., *Ethik zum nuklearen Frieden*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

<sup>12</sup> Cf. Höffe O, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München: Beck, 1999, p.16.

<sup>13</sup> Cf. Höhle V., *Philosophie der ökologischen Krise*, op. cit., p. 96 e ss.

<sup>14</sup> Cf. Giacoia Júnior O, op. cit., p. 203: “O perigo emergente deste superdimensionamento da civilização tecnológica em escala planetária é o apocalipse de uma catástrofe universal, plausivelmente cogitável, como consequência do curso e do rumo atual do progresso baconiano de dominação da natureza por intermédio da técnica científica”.

<sup>15</sup> Cf. Apel K-O, *Die Situation des Menschen als ethisches Problem*, in: *Diskurs und Verantwortung*, op. Cit., p. 42-68.

<sup>16</sup> Cf. Jonas H., op. cit., p. 251.

<sup>17</sup> Cf. Gadamer H-G, *Da Palavra ao Conceito*, in: Almeida C.L.Silva de et alii(org.), *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 25-26: “A mim parece que, desde os últimos três séculos, a civilização européia desleixou a lei do equilíbrio. Ela levou, sim, de uma maneira admirável, a cultura da ciência e sua aplicação técnica e



organizatória ao seu pleno desenvolvimento. Mas não terá ela desenvolvido, também, e cunhada a capacidade de estar em poder de armas mortais e de saber o que nossa cultura carrega, com isso, de responsabilidade para a humanidade em seu todo?"

<sup>18</sup> Cf. Giacoia Júnior O, op. cit., p. 206.

<sup>19</sup> Cf. Levinas E., Totalité et infini Essai sur l'Exteriorité, La Haye: Martinus Nijhoff, 1971; Humanismo do outro homem, Petrópolis: Vozes, 1993; Entre nós: ensaios sobre a alteridade, Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>20</sup> Cf. Pivatto P., Ética da alteridade, in: Oliveira M. A de(org.), op. cit., p. 80

<sup>21</sup> Cf. Habermas J., Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983; Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

<sup>22</sup> Cf. Oliveira M. A de, A teoria da ação comunicativa e a teologia, in: Diálogos entre Razão e Fé, São Paulo: Paulinas, 2000, p.201-222.

<sup>23</sup> Cf. Oliveira M. A de, O Debate acerca da fundamentação de uma teoria da justiça:Rawls e Habermas, in: Felipe S.T. (org.), Justiça como Equidade. Fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas), Florianópolis: Insular, 1998, p. 89

<sup>24</sup> Cf. MacIntyre A, After Virtue, 2<sup>a</sup>. ed., London, 1985; Justiça de quem? Qual racionalidade, São Paulo: Loyola, 1990.

<sup>25</sup> Cf. Carvalho H.B.A de, Alasdair MacIntyre e o retorno às tradições morais de pesquisa racional, in: Oliveira M. A de (org.), op. cit., p. 33.

<sup>26</sup> A respeito de uma outra postura frente ao iluminismo moderno cf.: Rouanet S.P., Dilemas da moral iluminista, in: Novaes A (org.), Ética, São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 149-162.

<sup>27</sup> Cf. Carvalho H. B. A de, op. cit., p. 41.

<sup>28</sup> Cf. Kutschera F. von, Grundlagen der Ethik, Berlin/New York: de Gruyter, 1982.

<sup>29</sup> Cf. Kutschera F. von, op. cit., p. 41.

<sup>30</sup> Cf. Kutschera F. von, op. cit., p.66.

<sup>31</sup> Cf. Oliveira M. A de, O debate acerca da fundamentação, op. cit., p.89-90.

<sup>32</sup> Que assim emerge como uma hipótese criada com a finalidade da fundamentação dos princípios. Uma outra forma de contratualismo é o “Contratualismo Transcendental” em que, através da reflexão, chegamos aos “interesses transcendentais”, ou seja, às condições a que nenhum ser humano pode renunciar, porque são válidas para qualquer forma vida e, enquanto tais, condições de possibilidade de qualquer forma concreta de reciprocidade e dos contratos comuns. Trata-se aqui de uma “troca transcendental”, isto é, de situar o contrato no nível das condições necessárias da ação humana enquanto tal, uma posição hoje defendida pelo contratualismo transcendental de O Höffe. Cf. Höffe O, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München: Beck, 1999, s.53 e ss.

<sup>33</sup> Cf. Oliveira N. F. de, Kant, Rawls e a fundamentação de uma teoria da justiça, in: Felipe S.T.(org.), op. cit., p. 116.

<sup>34</sup> Cf. Apel K-O, Diskurs und Verantwortung., op. cit., p. 174-175.

<sup>35</sup> Cf. Oliveira M. A de, Sobre a Fundamentação, Porto Alegre: Edipucrs, 1993, p. 59-60.

<sup>36</sup> Cf.: Herrero F. J., Ética do discurso, in: Oliveira M. A de (org.), op. cit., p. 170 e ss.

<sup>37</sup> Cf. Kutschera F. von, op. cit., p. 32. Höhle, V., Moral und Politik, op. cit., p. 154 e ss.

<sup>38</sup> Cf. Carvalho H. B. A de, Alasdair MacIntyre, op. cit., p. 41.

<sup>39</sup> Cf. Pivatto P. S., Ética da Alteridade, in: Oliveira M. A de (org.), op. cit., p. 91.

<sup>40</sup> Cf. Pivatto P. S., op. cit., p. 85.

<sup>41</sup> Cf. Höhle V., op. cit., p. 222.

<sup>42</sup> Cf. Dussel E., Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão, Petrópolis: Vozes, 2000, p. 134.

<sup>43</sup> Cf. Dussel E., op. cit., p. 144.

<sup>44</sup> Cf. Carvalho M. C. M. de, Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo, in: Oliveira M. A de (org.), op. cit., p. 100.

<sup>45</sup> Cf. Carvalho M. C. M. de, op. cit., p. 100.

<sup>46</sup> Cf. Oliveira M. A de, Ética e Práxis histórica, São Paulo: Ática, 1993, p. 38.

<sup>47</sup> Cf. a respeito das dificuldades da posição utilitarista: Carvalho M. C. M. de, op. cit., p. 111-112.

<sup>48</sup> Cf. Oliveira M. A de, Ética e Práxis histórica, op. cit., p. 38-39.

<sup>49</sup> Cf. Giacoia Júnior O., op. cit. Oliveira M. A de, Ética e Economia, São Paulo: Ática, 1995, p. 25 e ss.

<sup>50</sup> Uma questão que é também fundamental na solução do problema da relação entre meio e fim. Cf. Höhle V., op. cit., p.178.

<sup>51</sup> Cf. Jonas H., op. cit., p.94-95.

<sup>52</sup> Cf. Jonas H., *Materie, Geist und Schöpfung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, p. 35 e ss.

<sup>53</sup> Cf. Cirne Lima C., *Ética de coerência dialética*, in: Oliveira M. A de (org.), op. cit., p. 214.

<sup>54</sup> Cf. Oliveira M. A de, *Sobre a Fundamentação*, op. Cit., p. 68 e ss.

<sup>55</sup> Cf. Cirne Lima C., *Dialética e Liberdade. Razões, Fundamentos e Causas*, in: *Veritas* v.43, n. 4 (1998) 800: “Não há fundamentação que seja última. Não há nenhuma *arkhé* que esteja, como pedra de fundamento inicial, no começo da série de *apódeixis*. Nossos argumentos, por mais lógicos e transcendentais que sejam, desembocam sempre no “trilema de Münchhausen”. Não há, pois, *Letzbegründung*, como querem Apel e Kuhlmann”

<sup>56</sup> Cf. Cirne Lima C., *Ética de coerência dialética*, op. cit., p. 215.

<sup>57</sup> Cf. Cirne Lima C., op. cit., p. 216.

<sup>58</sup> Na perspectiva de síntese, tendo a dimensão teleológica o primado, se põe também a reflexão de P. Ricoeur. Cf. Ricoeur P., *O Si-Mesmo como um Outro*, Campinas: Papyrus, 1991, p. 200-201: “Reconhecemos facilmente na distinção entre perspectiva e norma a oposição entre duas heranças, uma herança aristotélica, em que a ética é caracterizada pela sua perspectiva *teleológica* e uma herança kantiana, em que a moral é definida pelo caráter de obrigação da norma, portanto, por um ponto de vista *deontológico*. Propomo-nos estabelecer, sem

preocupação com a ortodoxia aristotélica ou kantiana mas não sem uma grande atenção aos textos fundadores dessas duas radições: 1) o primado da ética sobre a moral; 2) a necessidade, para a perspectiva ética, de passar pelo crivo da norma; 3) a legitimidade de um recurso da norma à perspectiva, quando a norma conduz a impasses práticos que lembrarão nesse novo estádio de nossa meditação as diversas situações aporéticas que nossa meditação teve de enfrentar sobre a ipseidade. Em outras palavras, segundo a hipótese de trabalho proposta, a moral só constituiria uma efetuação limitada, embora legítima e mesmo indispensável, da perspectiva ética, e a ética neste sentido envolveria a moral. Não veríamos, pois, Kant substituir Aristóteles, a despeito de uma tradição respeitável. Estabelecer-se-ia antes entre as duas heranças uma relação ao mesmo tempo de subordinação e de complementariedade, reforçada enfim pelo recurso final da moral à ética”.



## **A SUPERAÇÃO DAS ÉTICAS TRADICIONAIS NA PERSPECTIVA DA ÉTICA DA RESPONSABILIDADE**

**Flávio José Moreira Gonçalves**

*Mestre em Direito (UFC)*

*Mestrando em Filosofia (UECE)*

*Professor da Universidade Federal do Ceará (UFC)*

*e Universidade de Fortaleza (UNIFOR)*

*Coordenador Acadêmico da Especialização em Direito Constitucional da  
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)*

“Já não é absurdo perguntar se a condição da natureza extra-humana, a biosfera como um todo e nas suas partes, agora sujeita ao nosso poder, não se transformou numa responsabilidade humana e se não nos confronta com uma questão moral a respeito não apenas da nossa ulterior preservação, mas também da sua própria e por seu próprio direito” (JONAS, Hans. **Ética, Medicina e Técnica**, p. 40)

### **1 Pressupostos Teóricos e Metodológicos**

Como assinala Hans Jonas<sup>1</sup>, nem a religião como força modeladora da alma, nem a ciência, com as suas atuais perplexidades e incertezas, ante os abalos provocados pela racionalidade moderna, podem servir mais de fundamento à ética, pois esta “tem de erguer-se sobre os seus mundanos pés – ou seja sobre a razão e a sua aptidão para filosofar. E enquanto que da fé se pode dizer que ela existe ou não existe, da ética forçoso é que exista”<sup>2</sup>.

Jonas justifica a inafastabilidade da existência de uma ética racional pela simples necessidade de regular as ações do homem. O homem não pode deixar de agir e, na sua ótica, quanto mais os poderes deste se ampliam sobre a natureza e sobre ele próprio, tanto mais se tornam necessárias regras éticas e, quiçá, até mesmo uma nova ética para orientá-los e regulá-los<sup>3</sup>.

E, assim, por paradoxal que possa parecer, a crise da razão somente pode ser compreendida e tematizada pela própria razão. A razão, que irá fazer o trabalho de crítica compreensiva da realidade para superá-la não pode, entretanto, ser a mesma razão instrumental da qual se valeram e se valem as ciências e a tecnologia, tampouco a razão filosófica tradicional herdada dos gregos, com o seu caráter universalista e antropocêntrico, ainda

vislumbrando limites muito claros entre *nomos* (lei humana) e *physis* (natureza), limites que não mais subsistem no horizonte de nossa época. Daí o caráter paradoxal da situação-limite em que nos encontramos.

Vivendo agora permanentemente à sombra de um utopismo indesejado, ensimesmado e automático, vemo-nos constantemente confrontados com alternativas cuja escolha positiva requer suprema sabedoria – uma situação impossível ao homem contemporâneo, que nega a própria existência ao objecto da sabedoria: a saber, o valor objectivo e a verdade<sup>4</sup>

Hans Jonas<sup>5</sup> denuncia o caráter antropocêntrico das éticas tradicionais, considerando-as inaptas para pensar a nova ordem de problemas suscitada pela ampliação do poder do *homo faber* sobre a natureza. E Pe. Vaz, tentando interpretar as razões que norteiam o pensamento jonasiano, ressalta:

O fenômeno contemporâneo da irrupção do futuro como grandeza deontológica no universo ético do presente, analisada agudamente por Hans Jonas e que retira muito da eficácia exemplar dos paradigmas éticos do passado, pode ser apontado, sem dúvida, como um dos fatores do progressivo enfraquecimento das tradições éticas<sup>6</sup>

A contemporaneidade, portanto, embora precise urgentemente de uma ética universal e solidária que oriente o agir humano, cujo poder foi consideravelmente ampliado pelo desenvolvimento da ciência e da técnica, ainda carece de uma orientação ético-política que evite pôr em risco o futuro em nome do presente. A ética que Jonas propõe volta-se integralmente para o futuro, antecipando os efeitos da ciência e da técnica para regular o seu alcance.

Como ressalta Jonas, a possibilidade cada vez mais real de que a humanidade um dia possa chegar a seu termo, reforça



o argumento da continuidade da humanidade autêntica, argumento pelo qual torna possível sustentar que “o sacrifício do futuro pelo presente, não é logicamente mais passível do que o sacrifício do presente pelo futuro. A diferença está apenas em que num caso a série continua e no outro não”<sup>7</sup>.

Nesta perspectiva, fundada numa nova ontologia do perecível e numa ética teleológica, situa-se a proposta de Hans Jonas, cujas bases aristotélicas são inegáveis, como veremos adiante.

Ao discutir o projeto de salvação da natureza, ao invés de sua reconstrução à guisa baconiana, Jonas articula a salvação do próprio homem essencial, projeto representado pela nova *ética de prospectiva e da responsabilidade*. Ele o faz em contraposição às antigas *éticas da contemporaneidade e da imediatez*. Como ressalta Cascais:

se a ciência nos revela uma realidade (físico-química, biológica) de onde está ausente todo sentido, isto é, onde não é possível reconhecer qualquer finalidade, o projecto humano que é o fazer ciência não pode por seu lado escapar à teleologia a que se submete a acção enquanto actividade representada como meio para atingir um fim<sup>8</sup>

É possível identificar, como pressupostos teóricos e metodológicos dos quais Hans Jonas partiu para propor o princípio responsabilidade, a constatação da incapacidade ou insuficiência das éticas tradicionais para resolver os grandes problemas morais surgidos no âmbito da civilização tecnológica e a imprescindibilidade de uma ética universal que possa garantir uma fundamentação para o agir em um contexto no qual o poder da ciência e da técnica expandiu-se muito além dos limites outrora concebidos como “naturais”.

Para tanto, Jonas recorrerá, a uma crítica do antropocentrismo das éticas tradicionais, principalmente das paradigmáticas propostas de Aristóteles e Kant e do ideal utópico moderno em todas as suas formas, mormente aquelas formas representadas pelo projeto baconiano de reconstrução das

ciências para o domínio na natureza e pela visão mecanicista de mundo, presente em Descartes e Bacon. Por fim, tecerá críticas à utopia marxista, presente no princípio da esperança (Bloch) e sua ontologia do ainda-não-Ser.

Jonas destaca e enumera algumas características do atual estado de coisas que mostram, claramente, o grau de ampliação da ação humana *sobre* e *no* mundo natural, em comparação com a restrita intervenção, aliás quase inexistente, no passado. Para ele, nas éticas do passado:

- 1) Tudo o que tivesse a ver com o mundo não humano, isto é, com todo o reino da *techne* (à excepção da medicina), era eticamente neutro – tanto no respeitante ao objecto como ao sujeito da acção (...)
- 2) O significado ético pertencia ao trato directo do homem com o homem, incluindo o trato consigo próprio: toda a ética tradicional é antropocêntrica
- 3) Para os efeitos da acção neste domínio, a entidade “homem”, e a sua condição básica, era considerada constante em essência e em si mesma não um objecto passível de ser remodelado pela *techne*.
- 4) O bem e o mal com que a acção tinha de se preocupar permaneciam próximos do acto, tanto na própria práxis como no seu imediato raio de alcance e não constituíam matéria de planeamento remoto<sup>9</sup>

Neste contexto, o antropocentrismo que Jonas vislumbra nas éticas tradicionais via limites muito claros na ação humana, a qual não poderia cogitar em estender-se além dos limites da *polis*, confinada à relação homem-homem e limitada às idéias de proximidade e da simultaneidade, do contexto intra-humano.

Como ressaltará Jonas, “a ética tinha a ver com o aqui e o agora, como as ocasiões se apresentavam aos homens, com as situações recorrentes e típicas da vida privada e pública”<sup>10</sup>.

Serão apresentadas a seguir, como exemplos destes modelos de éticas tradicionais, a ética aristotélica e a ética kantiana.

## 2 A *Ética Eudaimonística*, de Aristóteles

Desde a Antiguidade, com a *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, há uma tendência a pensar a ética em termos teleológicos.

Aristóteles, logo nas primeiras páginas da *ética nicomaquéia*<sup>11</sup> ressalta que toda ação visa a um fim (*telos*) e que este fim visado é sempre algum bem, apresentando a felicidade como o bem maior a ser alcançado pela ação humana, o que somente poderia verificar-se pela prática da virtude em termos de atos individuais e na ação política, em termos coletivos.

A ética aristotélica pode ser concebida, deste modo, como uma ética teleológica, da felicidade (*eudaimonia*), mas também uma ética da reciprocidade, da simultaneidade e, nestes termos, uma ética inteiramente antropocêntrica, voltada para imediatez e para a proximidade.

Afirmando a dificuldade em estabelecer critérios precisos para distinguir o bem do mal, Aristóteles<sup>12</sup> ressalta desde o início a necessidade de se reconhecer a impossibilidade de tratar de modo matemático determinadas questões, como as questões de ordem ética, dizendo ser o reconhecimento disto próprio dos homens instruídos.

Nossa discussão será adequada se tiver a clareza compatível com o assunto, pois não se pode aspirar à mesma precisão em todas as discussões, da mesma forma que não se pode atingi-la em todas as profissões (...) os homens instruídos se caracterizam por buscar a precisão em cada classe de coisas somente até onde a natureza do assunto permite, da mesma forma que é insensato aceitar raciocínios apenas prováveis de um matemático e exigir de um orador demonstrações rigorosas<sup>13</sup>

A virtude, para o Estagirita, era sempre o meio termo (*mesotes*) entre extremos, de modo que toda virtude situar-se-ia sempre entre dois extremos, que se dão em termos de falta ou excesso. A antípoda da virtude, assim, seria sempre um vício,

o qual poderia verificar-se ora pela falta daquela virtude, ora por excesso da mesma. Aristóteles procura sustentar a sua concepção ética na idéia de equilíbrio e a busca deste equilíbrio pessoal seria inseparável da necessidade de sua afirmação coletiva através da política.

Em sua filosofia moral, ética e política ainda se apresentam de modo conjunto, mutuamente dependentes e até indissociáveis sob certos aspectos. Embora seja desejável para o homem procurar a felicidade pela prática da virtude, Aristóteles considera mais nobre e mais digno que este procure a felicidade geral, não se atendo exclusivamente a sua própria felicidade, até porque como *zoon politikon* (animal político), o homem não consegue viver isolado.

Apresenta-se, a seguir, uma simplória tabela abordando as situações que poderiam representar, didaticamente, a situação mediana das virtudes em relação aos vícios na obra do filósofo de Estagira, sem ter, entretanto, a pretensão de exaurir com ela as possibilidades reais de conduta, cuja infinitude evidentemente impõe seja reconhecida, mas apenas para demonstrar quais seriam as virtudes e os vícios na abordagem feita por Aristóteles:

<b>Vício (por falta)</b>	<b>Virtude (meio termo)</b>	<b>Vício (por excesso)</b>
insensibilidade	Temperança	libertinagem
covardia	Coragem	temeridade
avareza	Liberalidade	prodigalidade
humildade	Magnificência	vaidade
vileza	Respeito próprio	vulgaridade
indiferença	Gentileza	irascibilidade
grosseria	Agudeza de espírito	zombaria
tédio	Amizade	condescendência
timidez	Modéstia	timidez
malevolência	Justa apreciação	inveja
inveja	Justa indignação	malevolência

Fonte: BITTAR, Eduardo, C. B. **Curso de Ética Jurídica**: ética geral e profissional, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 177 e 178 (feita adaptação)

Para Aristóteles, portanto, a prática da virtude conduz à felicidade. Em seu modelo ético, o homem que encontrasse o meio termo (*mesotes*) e agisse reiteradamente de acordo com ele, seria virtuoso e ético, sendo a Justiça a mais elevada de todas as virtudes, porque síntese de todas as outras.

A ética está ligada à idéia de agir de forma equilibrada, isto é, não agir por falta, nem por excesso, mas na medida. Porém, não vislumbra uma perspectiva futura: a ação tem relação com o aqui e o agora, em termos de relação homem-homem (simultaneidade).

### 3 A *Ética do Dever*, de Kant

A ruptura com a idéia aristotélica de finalidade da ação humana verificou-se somente com o advento do pensamento de Kant, na Modernidade, para o qual “uma ação praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina”<sup>14</sup>

A partir de Kant, a ética assume uma feição deontológica. Para o filósofo de Königsberg, a ação boa é aquela que não visa outra finalidade senão ela mesma. Constituindo uma *ética do dever*, Kant caracteriza a boa vontade como a única coisa boa em si mesma e institui a autonomia no âmbito das discussões acerca da filosofia moral.

Os pressupostos dos quais partiu, entretanto, permitiram que Kant constituísse, à base de um solipsismo metódico sem precedentes na história da filosofia, uma separação quase absoluta entre o ser e o dever ser, operando ainda a reviravolta copernicana que colocaria toda a centralidade investigativa no sujeito.

Em Kant, o ético desponta como auto-emancipação do homem, na condição de sujeito cognoscente e livre. Como destaca Manfredo Oliveira,

O homem então emerge como subjetividade, à medida que é fonte de determinação do outro de si: ele conquista sua subjetividade à medida que faz do

outro seu objeto. Kant vai não só ser profundamente influenciado por essa nova postura do homem perante o mundo, como também dar-lhe sua legitimação, uma vez que sua filosofia transcendental é a fundamentação filosófica desse novo modo de o homem ser no mundo<sup>15</sup>

Se a filosofia antiga, de cunho metafísico, estava centrada no objeto, buscando a essência das coisas em si mesmas, a filosofia crítica a partir de Kant poria acento no sujeito e este passaria a ocupar o cerne da investigação filosófica.

Propõe Kant a idéia de imperativo categórico, pelo qual cada sujeito deveria agir sem levar em conta aspectos heterônomos, mas somente aqueles ditados pela consciência do dever, dever este que impunha a obrigação moral e autônoma de respeito aos preceitos que constituem a base deste imperativo racional (1º Age unicamente segundo a máxima pela qual tu podes querer, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal; 2º Age de forma a tratar a humanidade, não só em tua própria pessoa, mas na pessoa de qualquer outro, ao mesmo tempo como uma finalidade e jamais simplesmente como um meio; 3º Age de tal maneira que o teu arbítrio possa coexistir com o arbítrio dos demais segundo uma lei geral da liberdade).

Observe-se que os preceitos do imperativo categórico, entretanto, são sempre pensados a partir de uma perspectiva antropocêntrica, já que a natureza seria regida por outras leis, as leis do mundo do ser, as leis da física e “o homem é o único ser que se apresenta, aos seus próprios olhos, como um fim em si mesmo. Todos os demais entes, ao contrário, podem ser, de alguma forma, utilizados como meio ou instrumento para a consecução de finalidades de outrem”<sup>16</sup>.

Em Kant, portanto, restam bem diferenciados os dois domínios. Física e metafísica não se confundem, ser e dever ser são incomunicáveis. Este foi somente mais um dos reflexos do pensamento cartesiano-newtoniano na filosofia moderna.

Kant pretendia descobrir as leis universais do agir, usando a razão, assim como Newton revelara para o mundo as leis

universais da natureza, aquelas que regem o movimento dos corpos. Para isto, porém, tentou estabelecer um fosso intransponível entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), desautorizando, como Hume, a dedução de sentenças prescritivas a partir de sentenças descritivas.

Além do solipsismo metódico que caracteriza seu pensamento ético, Kant tomou como definitivas as descobertas da física de seu tempo, vendo nestas as leis universais da natureza, não sendo poucos os que hoje denunciam sua manifesta ingenuidade teórica, sob este aspecto.

A atitude de Kant em relação à ciência era incrivelmente ingênuo, como todos concordarão se folhearem seu livro *Fundamentos metafísicos da ciência (Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft)*. Ele aceitava a ciência física, na forma que ela tinha atingido em seu tempo de vida (1724-1804) como algo mais ou menos definitivo, e se ocupou em justificar filosoficamente suas sentenças<sup>17</sup>

Bem diferente do espírito do tempo no qual viveu Kant, vivemos numa época desconcertante, na qual as incertezas das ciências da natureza, antes tidas como exatas, neutras e objetivas, dão lugar ao diálogo destas ciências com as ciências humanas e destas com as mais antigas tradições espirituais da humanidade, rompendo as tradicionais fronteiras estabelecidas entre as disciplinas, na perspectiva da transdisciplinaridade, como ressaltou a Declaração de Veneza (1986), resultado de um colóquio promovido pela UNESCO nesta bela cidade italiana.

Na primeira década do século XXI, tudo parece apontar uma necessidade de aproximação entre a física e a metafísica, a biologia e a ética, a necessidade e a liberdade, o ser e o dever ser. São representativas deste contexto as palavras de um dos mais respeitados físicos da atualidade:

Assim, a velha ciência destes três últimos séculos nos ensinou que todos os fenômenos são fenômenos de coisas formadas por matéria. É um monismo baseado na idéia de que a matéria está na base de tudo o que existe. Em lugar disso, o novo paradigma postula um monismo baseado no primado da consciência – que a consciência (chamada de Espírito, Deus, Mente de Deus, *Ain Sof*, *Brahman* etc., nas tradições populares e espirituais), e não a matéria, é a base de tudo o que existe; um monismo baseado numa consciência unitiva e transcendente, mas que se torna muitas em seres sencientes como nós. Nós somos essa consciência. Todo o mundo da experiência, inclusive a matéria, é a manifestação material de formas transcendentais de consciência<sup>18</sup>

Ora, a própria física, antes a mais materialista de todas as ciências, permite chegar hoje a essa conclusão. Estando ela realmente correta, então a velha perspectiva cartesiana e kantiana, herdeira da metafísica platônica, a qual gerou todas as formas de dualismo (inclusive o dualismo corpo-alma) que predominaram na modernidade, estaria ameaçada em seus fundamentos.

Retornando à questão da crítica a eticidade tradicional, vê-se que as éticas kantiana e aristotélica são criticadas por Jonas exatamente em razão de seus pressupostos antropocêntricos, os quais consistem respectivamente na afirmação exclusiva do homem como “fim em si” (Kant) ou da “felicidade humana” (Aristóteles) como fundamento dos preceitos ético-políticos.

Para Jonas, tais éticas antropocêntricas não mais seriam capazes de dar solução aos problemas morais advindos do progresso científico-tecnológico, revelando-se insuficientes para pensar a relação homem-natureza e a relação entre gerações presentes-gerações futuras, pois a simultaneidade e reciprocidade que as caracterizam impede uma visão prospectiva, de futuro.



Como ressalta Hans Jonas, a natureza modificada e ampliada do agir humano e a nova ordem de incertezas que se instaurou no domínio das ciências naturais, tornaram insuficientes todas as éticas tradicionais, incapazes de alcançar a extensão ilimitada do poder humano sobre o mundo macrocósmico, microcósmico e sobre si mesmo em sua vulnerabilidade incontestável.

Explica-se a insuficiência dos modelos éticos do passado porque, a partir da ampliação do poder humano sobre a natureza, uma nova ordem de problemas éticos se instaura, para a qual as éticas do passado realmente não estavam e nem poderiam estar preparadas.

Seria possível ampliar o conceito de “fim em si” para abarcar a esfera, agora ameaçada pela ação do homem? A virtude intelectual e moral pode realmente dirigir-se exclusivamente à “felicidade humana”, sem considerar o equilíbrio dos ecossistemas e outros seres sencientes em sua ordem de preocupações?

Embora seja demais exigir de Aristóteles ou de Kant que houvessem formulado estas questões, pelas razões aqui apresentadas, não é legítimo que a filosofia possa ignorá-las, deixando ao arbítrio dos cientistas a discussão acerca da eticidade das pesquisas científicas e suas conseqüências no âmbito da civilização tecnológica.

#### 4 As limitações éticas do imperativo categórico: em busca de um novo imperativo

Como já se ressaltou, bastava ao homem antigo e moderno agir de maneira virtuosa ou de acordo com a sua consciência do dever, respeitando a lei moral, para que tivesse coroada de êxitos a sua trajetória ética na Terra. A natureza era concebida como uma ordem natural, praticamente inalterada pela sua vontade.

Com a ampliação dos instrumentos de intervenção humana na natureza, em grande parte decorrente do progresso científico-tecnológico, essa mesma ordem natural foi

radicalmente alterada pela ação humana. Exatamente por isto, a ética agora precisava ser pensada de forma mais prospectiva, em termos de responsabilidade, não somente em termos de respeito ao semelhante próximo, o qual continua com o status de “fim em si”, mas a própria idéia de *fim em si* amplia-se para alcançar os outros seres, pois entre os novos objetos da ação humana, estão nada menos que a ecosfera e as futuras gerações de seres vivos.

A ética da responsabilidade proposta por Jonas, embora tenha indubitável aspecto teleológico, bebendo em fontes aristotélicas, preocupa-se em preservar as gerações futuras do flagelo da destruição. Embora também receba influências da ética kantiana, procura ampliar o conceito de *fim em si* nela presente, indo muito além do imperativo categórico, para compreender cada ser vivo como um fim em si mesmo e admitir, na natureza, certa teleologia final pela qual há simbiose e sinergia pela autopreservação de tudo o que é vivo.

A proposta que Hans Jonas apresenta à discussão é de um novo imperativo que fosse mais adequado para pensar a ética na nova civilização científico-tecnológica, um imperativo que levasse em consideração o futuro, podendo ser enunciado da forma a seguir: *Age de maneira tal que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de autêntica vida humana sobre a terra; ou: Age de maneira tal que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos da possibilidade de autêntica vida humana futura na terra*<sup>19</sup>.

Para Jonas, “os novos tipos e limites do agir exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites, que seja tão nova quanto as situações com as quais ele tem de lidar”<sup>20</sup>.

Em Hans Jonas, encontramos uma alternativa que se apresenta à discussão intersubjetiva como apta a superar este dilema ético, não se apegando às éticas tradicionais. Embora reconheça o valor do imperativo categorico e das máximas da eticidade tradicional no plano das decisões individuais, Jonas propõe uma ética da responsabilidade que seja capaz de pensar a relação entre os homens existentes e aqueles que ainda virão,

bem como a relação entre homem e natureza, tendo esta última se tornado objeto da ética por força do agigantamento dos poderes da técnica humana sobre a ecosfera.

Diferentemente do imperativo categórico kantiano, que exigia a mera concordância da razão consigo mesma, o novo imperativo proposto por Hans Jonas tem seu objeto ampliado para alcançar o novo objeto do agir e os efeitos remotos da ação.

Na crítica de Jonas a Kant, portanto, é possível identificar que o imperativo categórico kantiano se “refere somente a seres que já estão aqui, a próximos, concidadãos, por assim dizê-los, no *Kosmos* da razão, a outros seres racionais, que existem ao mesmo tempo que eu que e que, em parte, também são objetos de minha ação, que são afetados por ela”<sup>21</sup>, daí a sua insuficiência para regular o novo poder alcançado pela ação humana cujo objeto alarga-se ao ponto de abranger atualmente toda a ecosfera.

## NOTAS:

<sup>1</sup> JONAS, Hans. *Técnica e responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da Ética*. In: **Ética, medicina e técnica**, Lisboa: Vega Passagens, 1994, p. 57 (“Em face das potencialidades para-escatológicas dos nossos processos tecnológicos, a ignorância das implicações últimas torna-se ela própria numa razão para que se faça uso de comedimento responsável – à falta da própria sabedoria”) e p.59 (“Porém, a religião, como força modeladora da alma, não pode já ser convocada em socorro da ética”)

<sup>2</sup> JONAS, Hans. *Técnica e responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da Ética*. In: **Ética, medicina e técnica**, Lisboa: Vega Passagens, 1994, p.59-61

<sup>3</sup> JONAS, Hans. *Técnica e responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da Ética*. In: **Ética, medicina e técnica**, Lisboa: Vega Passagens, 1994, p. 61

<sup>4</sup> JONAS, Hans. *Técnica e responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da Ética*. In: **Ética, medicina e técnica**, Lisboa: Vega Passagens, 1994, p.56

<sup>5</sup> Cf. JONAS, Hans. **Le Principe Responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique**, 3ª edição, trad. Jean Greisch, Paris: Flammarion, 1998 p. 27, onde lemos: “*La signification éthique faisait partie du commerce direct de l’homme avec l’homme, y compris le commerce avec soi même; toute éthique traditionnelle est anthropocentrique*”

<sup>6</sup> VAZ, Pe. Henrique C. de Lima. **Escritos de Filosofia IV: Introdução à Ética Filosófica 1**, 2ª edição, São Paulo: Loyola, 2002, p. 42

<sup>7</sup> JONAS, Hans. *Técnica e responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da Ética*. In: **Ética, medicina e técnica**,

Lisboa: Vega Passagens, 1994, p. 45

<sup>8</sup> CASCAIS, António Fernando. Salvar que natureza e que homem?. In: **Ética, medicina e técnica**, Lisboa: Vega Passagens, 1994, p.16

<sup>9</sup> JONAS, Hans. **Ética, Medicina e Técnica**, Lisboa: Vega Passagens, 1994, p. 33-4

<sup>10</sup> JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Do original alemão Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 35-6

<sup>11</sup> Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury, 4ª edição, Ed. UnB: Brasília, 2001, p.17 (“Toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam”)

<sup>12</sup> Como destaca Manfredo Oliveira, “Aristóteles foi, como sabemos, o grande sistematizador da ciência ocidental, e nossas distinções científicas, hoje, tornam-se ininteligíveis se se perde de vista sua origem longínqua no pensamento aristotélico” (OLIVEIRA, Manfredo. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 55)

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**, trad. Mário da Gama Kury, 4ª edição, Ed. UnB, Brasília, 2001, p. 18

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela, Edições 70: Lisboa-Portugal, 1986, p. 30

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Manfredo. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 131

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 297

<sup>17</sup> SCHRÖDINGER, Erwin. **Mente e Matéria**, trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kawajima de Paula Assis, São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, p. 159

<sup>18</sup> GOSWAMI, Amit. **A Física da Alma**. Trad. Marcello Borges. São Paulo: Aleph, 2005, p. 23

<sup>19</sup> Cf. JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. do original alemão Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006

<sup>20</sup> JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. do original alemão Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 57

<sup>21</sup> JONAS, Hans. *Más cerca do perverso fin y otros diálogos y ensaios apud* NÓBREGA, Adriano Rodrigues da. **Ética e Responsabilidade no Tractatus Technologico-Ethicus de Hans Jonas** (Dissertação de Mestrado), Fortaleza: UFC, 2004, p. 43

## VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO: RECONSTRUÇÕES, PERSPECTIVAS E DESAFIOS\*

**Friedrich Müller**

*Professor Catedrático Emérito em Direito Constitucional,  
Filosofia do Direito e do Estado e Teoria Geral do Direito  
na Universidade de Heidelberg*

Excelentíssimo Sr. Presidente da Mesa,  
Prezados e Caros Colegas e Amigos,  
Caros Estudantes!

Os Senhores estão me dando a oportunidade de falar sobre os “Vinte Anos da Constituição: Reconstruções, Perspectivas e Desafios”. Só posso agradecer sinceramente por isso.

Eu não moro no seu país; não vivo o seu cotidiano; não compartilho dos seus conflitos práticos e teóricos. Só com humildade, posso me encarregar desta tarefa. Não se esqueçam: Falo necessariamente com um **“olhar de fora”**.

Faz-me refletir que eu fale agora para os Senhores como alemão. E a expressão “vinte anos” me faz refletir mais ainda. A sua Constituição é tão antiga; e a Lei Fundamental Alemã já completará sessenta anos em 2009. Esses são apenas conceitos para medir, medir o **tempo** — e qual é o significado que o tempo pode ter para uma Constituição? Não resolvemos a questão ontológica sobre o que “é” o tempo. Desde Aristóteles e Santo Agostinho, não houve, aqui, um avanço real. Não precisamos nos ocupar aqui da discussão da Teoria do Conhecimento, ou seja, sobre se a mesa ou as pessoas que estão diante de mim são reais. O Direito nos obriga ao pragmatismo: Como vivenciamos nosso tempo? Como lidamos com ele?

---

\* [Conferência de Abertura do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Brasília 2008]

O tempo circular das culturas antigas, também o dos denominados “povos da natureza” nos é ultrapassado: primeiramente, do ponto de vista da Teologia, através da “História da Salvação”; em seguida, por meio do conceito moderno de tempo histórico linear. Esses já são, entretanto, construções do pensamento. Os indivíduos vivenciam o tempo de maneira distinta; assim como o mesmo indivíduo em diferentes situações. A biografia da vida de cada um é uma apresentação do pensamento. Toda cultura, assim toda cultura constitucional, pode ter a sua **própria construção**. Através da ação da Assembléia Constituinte e das emendas constitucionais, a Constituição moderna passa, sem dúvida, a pertencer ao tipo linear — desde Rousseau como ponto de partida para soberania popular, democracia e Estado de Direito.

O fenômeno central do tempo contém dois pontos negativos: seu esvaecimento e sua não-simultaneidade. O esvaecimento do tempo torna uma Constituição válida objeto da História Constitucional; e a ausência de simultaneidade temporal marca a estrutura interna da Constituição: a Lei Fundamental Alemã carrega em si ainda uma parte da Constituição de Weimar de 1919 e se sujeita ao Direito supranacional da União Européia. O desenvolvimento desta União se estende, no futuro, em direção a uma formação constitucional ainda não definida.

E o Brasil tem, de certo modo, ainda estruturas histórico-sociais dos séculos XVIII e XIX. Os demônios do passado se fazem presentes na impraticabilidade de algumas normas dos tempos de hoje. O clientelismo regional, como uma forma de feudalismo tardio, freia ainda mais o desenvolvimento democrático do todo. Em outras palavras: O grande projeto brasileiro do “Estado de Direito democrático e federal” é ainda marcado por ausência de simultaneidade temporal — um ponto em comum entre o seu país e o meu.

Ainda há outros. Diferentemente das Constituições (ainda) não-escritas do Reino Unido ou da, em parte, arcaica Constituição dos Estados Unidos, as do Brasil, da Alemanha e da Suíça são tidas como modelo para o século XXI. Tanto a Constituição Brasileira quanto a Lei Fundamental Alemã



mostram, com a sua abordagem, que **não** são apenas “simbólicas” ou “nominalistas”, mas pelo contrário **diretamente normativas** — a do seu país será “promulgada (...) por nós, representantes do povo brasileiro”, a alemã, “adotada ... pelo povo alemão” (Preâmbulos) — ambas protegidas por meio da instituição de uma justiça constitucional central.

Uma Constituição organiza, orienta e legitima todo o sistema jurídico. Ela se expõe mais profundamente a rupturas histórico-políticas do que uma simples lei jurídica. Na Constituição de Weimar, os partidários de direita na Política e no Direito tentaram se introduzir nas “relações latino-americanas”: Os direitos fundamentais foram deformados em “normas programáticas não-obrigatórias”, a Constituição (através de Carl Schmitt) rebaixada à simples lei constitucional. Os partidários do Nacional-Socialismo a desrespeitaram como mero “símbolo”, e ela permaneceu “válida” puramente do ponto de vista formal. Em países com passado ditatorial ou autoritário, encontramos tipicamente a mais alta Corte Constitucional como o próprio órgão de mais alta hierarquia. Não por coincidência “compete (...) ao STF (...) precipuamente, a guarda da Constituição” (Art. 102 da CF/1988). Infelizmente, ele foi constituído, com base no modelo norte-americano, meramente como uma “Supreme Court” e, não, como o alemão, de acordo com o modelo orientado para o futuro de um Tribunal Constitucional específico.

A **fideldade à Constituição** não precisa apenas de dispositivos processuais, mas também de uma orientação clara para o conteúdo da Constituição. Ela é um **projeto material**. As experiências mais dolorosas dos dois países coincidiram neste sentido mais profundo de um ordenamento jurídico positivo: ele está a serviço de objetivos e finalidades materiais no interesse do bem-comum, senão ele não existiria entre nós, como projeto do Estado de Direito e da democracia. O Brasil e a Alemanha podem, ao lado de outros países, servir como exemplos com relação ao seguinte: à validade constitucional direta; à validade direta dos direitos fundamentais (Art. 5º, § 1º e Art. 1º, § 3º da CF/88); à precedência da Constituição na hierarquia do Direito Positivo; e à proteção de tudo isso por meio da eficácia de uma justiça constitucional de última instância.

Em resumo: A Constituição, como uma classe normativa de “valores” materiais, o código de mais alta hierarquia no Estado Nacional e que também se abre para estruturas e cooperações internacionais e supranacionais — um modelo basilar para o novo século. O nominalismo constitucional tradicional é incompatível com isso; a Constituição, que foi mal compreendida “apenas como símbolo” não pode influenciar as relações sociais e de poder.

Algo ainda mais fundamental resulta do que foi dito até aqui: No campo constitucional, não há distinção na hierarquia normativa: nem entre os direitos fundamentais, nem entre os textos normativos da Constituição. A Constituição toda é Direito Positivo de mesmo nível — existem artigos mais basilares e outros especiais, existem matérias do regramento mais amplas e mais restritas, mas nenhuma está além ou aquém do ordenamento de previsões constitucionais. Exemplo principal: A regra “a lei especial tem primazia sobre a geral” também vale naturalmente para o Direito Constitucional. Pois, acima de tudo, ela só pode valer entre previsões de mesma hierarquia. No caso de posições hierárquicas distintas, por exemplo entre a Constituição e a lei, então, esta antiga regra não é mais necessária: a colisão já se resolve por meio da diferença hierárquica.

Com base nas teorias de professores, não se pode contrabandear nenhuma hierarquia para dentro da Constituição. Isso vale, por exemplo, para a doutrina dos “**princípios**”. Esses devem ser tão-somente “mandamentos de otimização”; por sua vez, textos que são dotados de “clareza” são normativos. Porém, a polissemia da linguagem natural do Direito e a pragmática da sua operacionalidade trazem argumentações em sentido oposto. Por meio de uma mudança imprevista do caso concreto, todo texto aparentemente “claro” pode-se tornar repentinamente obscuro, duvidoso, discutível. Todo operador do Direito conhece essa experiência. Na prática, existem apenas “princípios” na lei e na Constituição — por isso, esse termo é metodologicamente supérfluo. E a Constituição, sobretudo, não permite nenhuma hierarquia interna.

Isso também vale para o debate sobre a “Constituição dirigente”. Esse tema é compreendido sob diversos ângulos. Se se trata de discutir sobre a “Constituição dirigente ou nominalista/simbólica?”, então, o resultado é claro: A Constituição “dirige”, sim, ou seja, dirige tudo o que se refere a ela própria. De acordo com o meu conhecimento, essa é a compreensão abalizada no Brasil. Isso é legal e legítimo. Nos termos da teoria dos conjuntos: a Constituição não permite que se construam subclasses normativas.

Ainda num outro caso importante este elemento é central: na denominada “ponderação de normas”. Essa ponderação não é um instrumento metodológico geral. Ela não deve tomar o lugar dos tipos reconhecidos de interpretação; ela não deve desbancar as interpretações gramatical, sistemática, histórica, teleológica, etc. Seu papel é bem mais restrito; e, além disso, ela não pode nunca, no interior de uma mesma codificação, adotar a orientação de que uma das previsões “ponderadas” venha a ocupar uma posição de **superioridade** em relação às outras previsões normativas.

Essas possuem um âmbito normativo; são, dessa forma, absolutamente materiais – isso a doutrina não pode reconhecer, na medida em que ela continue sendo positivista. Nenhuma das previsões colidentes pode ser “empurrada para debaixo da mesa” — pois elas são direito válido, e a previsão “vencedora” não ocupa uma posição superior.

Deve-se produzir um balanceamento *proporcional* onde não basta a delimitação dogmática — mas lá também apenas como *ultima ratio*. Assim se defende a *normatividade* da Constituição *válida* como um todo.

Depois de vinte anos de validade de uma nova Constituição no Brasil, dever-se-ia aprofundar ainda mais este pensamento: *Como* “vale” a Constituição? O que significa, na prática, “normatividade”? Friedrich Nietzsche escreve: “Não existem fatos, apenas interpretações”. Refiro-me aqui a isto: Não existe mesmo um “fato” normativo; nem na Constituição. Ela não deve ser, porém, uma norma pretérita; isso seria História da Constituição; muito menos, uma norma futura que desejamos,

pois isso seria Política da Constituição. O Texto de 1988 não é nem a utopia de uma norma, nem o seu fantasma. A norma é a que “se encontra em vigor”. Isso só pode ser afirmado de uma norma que realmente produz efeitos. Algo só pode “produzir efeitos” se alcançar a realidade dos dias de hoje. E isso só é possível, se ele for preenchido pela realidade.

Para nós, juristas, o Direito é eficaz como *concretizado*: como norma jurídica, como resultado de uma decisão concreta — e, então, ele é um fato: A norma jurídica deve ser formulada como norma de decisão (isto é o teor do julgamento); e essa deve ser cumprida na realidade social. É preciso que se entenda que o movimento constitucional será sempre um processo contínuo, *sine die*, onde as alterações devam suceder.

A Constituição não confere, contudo, poder ao STF de se afirmar, nesse sentido, como substituto do legislador ou como órgão direto do Poder Constituinte. Mesmo que a sua influência seja ainda grande, o STF está sujeito a numerosos vínculos dogmáticos e metodológicos, os quais podemos controlar. Essa é uma das tarefas mais significativas das Ciências Jurídicas do ponto de vista prático. O STF também *pode* se equivocar em suas decisões, e nós podemos mostrar-lhe esse equívoco. Na Alemanha, os Tribunais Superiores da Federação, também o Tribunal Constitucional, já modificaram, em diversas oportunidades, sua própria jurisprudência a partir de tais críticas. A Alemanha e o Brasil não são Repúblicas de Juízes. Os Ministros não são — com a vestimenta de juízes — os reis-filósofos, com os quais sonhou Platão.

Faz parte, por exemplo, do campo das vinculações da Justiça Constitucional que o texto constitucional deva ser “tomado ao pé da letra” e interpretado também sistematicamente. Faz parte disso o fato de que os chamados “princípios” não estão num jogo contra as normas. Também disso faz parte a precedência da lei especial sobre a geral, assim como a diferença categórica entre o Direito Constitucional válido e a mera Política Constitucional. A isso também se soma o fato de que os casos não possam ser solucionados simplesmente com uma vaga

“ponderação”. A solução prática para a questão da “ponderação” se denomina portanto: em vez da “ponderação de bens e valores”, **a dogmática racional de programas normativos e âmbitos normativos**. Um excelente exemplo é a “proibição de excesso”, melhor conhecida como Princípio da Proporcionalidade. Essa figura se desenvolveu na jurisprudência alemã, especialmente no Tribunal Constitucional Federal. Ela também se introduziu no Brasil há bastante tempo. Podemos discuti-la com base no exemplo da delimitação de territórios indígenas.

“Proporcionalidade” não significa que se possa chegar imediatamente à solução; que apenas se precise indagar: Esta solução é “proporcional”? De acordo com a jurisprudência e a doutrina reconhecidas, esse é somente o último nível. Corretamente, o argumento significa: A medida pertinente é (1º) apropriada?, e (2º) necessária? e (3º) proporcional? Esse não é ainda todo o argumento; pois, até aqui, ele contém fatores meramente empíricos nos níveis (1º) e (2º). Em cada nível, a permissibilidade normativa também precisa ser provada.

**Só quando** o meio permitido e adequado for **também** absolutamente necessário, só então se segue o último nível da prova: O meio e a finalidade se encontram – ou não - numa relação de “proporcionalidade”? Nessa, invocam-se naturalmente as leis e as previsões de grau mais elevado, as da Constituição.

Bem, que argumentos jurídicos isso acarreta para a questão da demarcação de terras dos povos indígenas, no caso da Reserva Raposa Serra do Sol? Vou indicar uma série de elementos que necessariamente devem desempenhar um papel no Estado de Direito.

Primeiramente, portanto: Qual é o meio, e ele é permitido? Trata-se de uma intrusão dos não-índios na mencionada reserva do Estado de Roraima. E se trata de amplas atividades econômicas no território indígena, sobretudo, de rizicultores privados, que se iniciaram em 1992. Atualmente, existe uma ação popular que um senador está apoiando. Ela pretende que o poder público legitime essa situação e modifique a demarcação dessa reserva. “Civilização” e “desenvolvimento” são apontados como finalidades da intrusão.

Pois bem, um procedimento não permitido metodologicamente residiria em “ponderar” o interesse dos índios em contraposição aos interesses econômicos privados e ao desenvolvimento econômico. Já falei a esse respeito. **Primeiramente**, a questão precisa ser esclarecida do ponto de vista normativo e dogmático. Um outro equívoco residiria em estabelecer entre os dois interesses uma relação meio/finalidade e se indagar se a medida seria “proporcional”. Isso também **não** podemos avaliar **antes** de se pôr à prova todo o esquema da “proporcionalidade”.

As primeiras questões normativas são portanto: O meio é permitido, e as finalidades também?

Através do meio, os índios serão privados de uma grande extensão de terra produtiva, a qual necessitam para suas próprias atividades produtivas; o acesso aos rios lhes será obstruído e sua base de vida natural degradada. Além disso, a demarcação da reserva seria modificada, que, de acordo com o art. 231 da CF/88, é reservada à União: uma violação da reserva em área contínua, ou seja, do modelo contínuo de demarcação da terra indígena.

“Demarcação” significa, com isso, a totalidade do que se encontra no seu interior? Ou significa a forma exterior do limite, em que podem se encontrar também territórios alheios?

Esse último caso existe nos enclaves por força dos tratados de Direito Internacional Público. São, em sua grande parte, as cicatrizes do colonialismo de outrora e que se desfazem depois de um determinado tempo — como os territórios franceses e portugueses na Índia ou, como Hong Kong na China. Isso não tem nada a ver com a nossa questão.

Encontramos, duas vezes, na História Contemporânea um território “perfurado”: Na Guerra do Vietnã, onde o mapa geográfico foi descrito como “pele de leopardo”; e na Cisjordânia, com relação a numerosas colônias israelenses. Ali se fala em “queijo suíço”. Aliás, os índios brasileiros são particularmente avessos a qualquer idéia desse gênero. De qualquer forma, lá tivemos, ou melhor, temos algo a ver com as circunstâncias da guerra e da ocupação; o que, mais uma vez,

não é relevante para a nossa problemática especial.

Se se quisesse entender, porém, a **demarcação**, em termos gerais, como uma **mera forma**, isso significaria: demarcação pelo lado de fora, mas por dentro os não-índios podem se instalar e exercer suas atividades. Isso é, no entanto, falso, segundo as leis gerais do pensamento. A forma não é nenhum *a priori* (só o são o tempo e o espaço). A forma é *sempre*, antes de tudo, *a forma de um conteúdo específico*. No caso do art. 231 da CF/88, “demarcação” significa (“competindo à União demarcá-las...”) essa demarcação *dessa* terra (em seu interior reservado e protegido). O mesmo resulta *da finalidade* da normatização do art. 231 da CF/88: “O formato da demarcação indígena deve ser contínuo, pois somente ele viabiliza os imperativos constitucionais que respondem pela vertente fundiariamente generosa do Texto Magno, inclusive para o efeito de incorporar todos os recursos ambientais servientes da reprodução física e cultural de uma dada etnia segundo o Art. 231, §1º” (Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27/8/2008, p. 6). O marco temporal para a ocupação é o dia da promulgação da Constituição Federal, portanto, o dia 5 de outubro de 1988.

A prova até aqui mostra, portanto, que a **medida** investigada não se coaduna com a Constituição Federal. Isso seria suficiente para a decisão prática. Devemos, porém, continuar a provar no contexto científico: Como isso fica em relação à permissão da **finalidade**? Como finalidade, propõe-se, em parte, a “civilização”. Mas como intrusão e confrontação forçada com a idéia não-indígena de cultura isso seria inconstitucional: Os artigos 215 e 216 da CF/88 também protegem expressamente as “culturas ... indígenas” como “participantes do processo civilizatório nacional” (§1º). Protegem também seu patrimônio herdado em sua função de identidade e memória coletiva das minorias étnicas (Art. 216 CF/88). Assim como as áreas indígenas pertencem ao domínio estatal e os índios à nação, assim também a cultura dos seus grupos particulares pertence ao conjunto das culturas vivas do país.

O processo atual oferece uma boa oportunidade de que, sobre essa questão, a Constituição seja implementada. Não

é por nada que o art. 231, §1º fala da “reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. Esse reconhecimento “opera como declaração de algo preexistente, inclusive à própria Constituição, e, ainda, à transformação de um Território Federal em Estado-membro” (Pet 3388, Min. Carlos Britto, 27/8/2008) — como, neste caso, Roraima.

Esse Estado Federal deve ser “desenvolvido” de acordo com o segundo argumento. Nisso se deve constatar: segundo a Constituição, o Estado é o principal ator político da vida brasileira. É o Estado quem conduzirá o desenvolvimento econômico, político e social. Os Senhores entendem isso, e com razão, no Direito Constitucional brasileiro sob a denominação de *Constituição dirigente*; disso, já tratei anteriormente. No caso dos territórios indígenas, o ator é a União — “as terras indígenas constituem bens da União (CF, Art. 20, XI). Então, não há antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento. Também a política do esbulho do passado se justificou sempre sob a alcunha do “desenvolvimento”. A Constituição de 1988 marca uma cisão com os elementos do colonialismo no próprio país.

Como isso se manifesta do ponto de vista da **dogmática constitucional**? Com base nas previsões explícitas e especiais que a Constituição construiu para a cultura indígena como um todo no art. 215 e para as suas “terras ... inalienáveis e indisponíveis” e seus “direitos sobre elas, imprescritíveis” (Art. 231, §4º). Elas são *leges speciales*. Deixam de lado as previsões gerais — incluindo a *preservação* de “suas atividades produtivas”, de seus “recursos ambientais” (Art. 231, §1º) e do “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes nas terras indígenas (Art. 231, §2º).

O que se extrai dessa análise? Primeiro: Nós não podemos “ponderar”. Isso só é possível para previsões de mesmo patamar hierárquico e somente se não existir nenhuma especialidade. Por isso, é tão importante a prova normativo-dogmática *precedente* — com os “instrumentos de trabalho” jurídicos, sólidos e tradicionais que aprendemos.

Segundo: Não chegamos de forma alguma ao último



nível, o nível seis da proporcionalidade. Nos níveis dois e três, já se deduz o seguinte: Tanto esse meio quanto essa finalidade infringem a Constituição.

Como foi dito, não me atrevo a solucionar o caso inteiro. Sei que a ação popular também censurou algumas questões processuais; tudo isso só o STF pode decidir e ele vai decidir. O que eu desenvolvi é o fundamento dogmático-normativo de uma solução num Estado democrático de Direito como o brasileiro.

Minha palestra contém algo da História e da Filosofia. Isso é necessário — pois ela se trata da sua **Constituição no Tempo** — do **tempo da sua Constituição**. Mas ao mesmo tempo, argumento também concretamente com o Direito cotidiano, como com a questão indígena. Com isso, escolho mais um outro exemplo atual, qual seja, o entendimento de uma norma central sobre a reforma agrária. Pelo que saiba, o Supremo, teve, até este momento, o costume de dar uma interpretação equivocada aos dispositivos constitucionais da reforma agrária.

Limito-me a um único e especialmente discutível texto normativo: segundo o art. 185, I e II CF/88 é “insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária” a “pequena e média propriedade rural” e também “a propriedade produtiva”. O que significa aqui “produtivo”? Deve-se, para isso, interpretar apenas essa única palavra? Se a resposta for afirmativa, então isso significaria: a propriedade de terra “produtiva” *nunca* poderá ser desapropriada; também não, quando **não** se satisfizer sua “função social”, segundo os artigos 184 a 186. A indagação é, portanto, se a Constituição estabelece ou não uma proibição absoluta da desapropriação para fins de reforma agrária, caso que se trate de propriedade “produtiva”.

Essa opinião será realmente assim defendida. Ela esbarra, entretanto, em enormes obstáculos para que possa ser convincente. Primeiramente, considera que seja *inequivocamente* “produtivo” somente o que é “produtivo economicamente”. Mas isso é apenas a transposição do problema. Pois, nesse sentido, o que significa “economicamente”? Essa expressão é inequívoca? Não, não é

— apenas dois exemplos: O grande economista alemão Friedrich List desenvolveu no século XIX o Princípio da “Produtividade Humanista” — quer dizer, produção material *mais* cultura, educação, criatividade do homem num país — um princípio bem moderno ainda nos dias de hoje. E um fluxo crescente na Economia Internacional calcula, nesse meio tempo, o produto social bruto não mais unicamente por meio de cálculos (em que circunstâncias negativas, como acidentes graves ou terremotos, podem ampliar esse parâmetro). Ela o calcula de acordo com o desenvolvimento *socialmente positivo* e com dados da Economia.

“Economicamente”, no sentido da interpretação discutida aqui do art. 185, II da CF/88, significa num sentido ainda mais restrito: “administrativamente” ( só segundo a economia *industrial*).

O que aprendemos disso? Em primeiro lugar: a expressão “produtivo” não é clara. Deixa margem para interpretação. Num certo sentido, inclui-se o social; num outro, o exclui.

Em segundo lugar: É possível se entender “produtivo” como “produtivo administrativamente” — quer dizer, como mera contraposição a “terreno baldio”, à “terra inculta”. De acordo com essa afirmação, deve-se, portanto, apenas se tratar de dados de produção de produtos agrícolas.

Mas o que se faz quando se interpreta dessa forma? Acaba-se por agarrar-se a uma única palavra e não se leva em conta, em nenhum momento, o contexto do mesmo artigo em que se encontra. Isso se chama “semântica gramatical” (ou “semântica dos traços característicos das palavras”); na lingüística moderna, já faz tempo que ela foi ultrapassada. Ela pertencia ao velho e superado Positivismo dos séculos XIX e parte do século XX. A **lingüística** atual faz semântica do contexto e semântica de texto. E a moderna **Teoria do Direito** compreende o âmbito de normas das previsões; aqui, as previsões da reforma agrária - apenas como exemplos: a estrutura regional, o efeito sobre a economia nacional, dependência ou independência do país em relação à importação

agrícola, desenvolvimento da infra-estrutura, melhoria dos níveis sociais. Por meio disso, confere-se significado administrativo à expressão “produtivo”. Mas essa é completamente insuficiente, fragmentária, permanece defasada na realidade.

Esse mesmo resultado pode ser também objetivado já com os meios completamente tradicionais da interpretação. A tradição felizmente não consiste apenas no Positivismo. A ela pertencem também doutrinas materiais, como a Jurisprudência dos Interesses, não esquecendo da Hermenêutica. Ao lado da mera interpretação gramatical, temos há tempo a interpretação *genética e histórica*. E a não menos importante interpretação *sistemática*: Isso já se iniciou com o próprio art. 185. Seu parágrafo único prescreve: “A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.” Essa previsão não poderia existir nunca, se o atributo “produtiva” mostrar uma proibição absoluta contra a desapropriação. A Constituição deseja claramente — confirmam o parágrafo único — que a propriedade da terra “produtiva” também tenha sua “função social”. Isso é confirmado através da interpretação sistemática do art. 185 combinado com o art. 170, III, como a previsão geral da função social da propriedade. Esse é o padrão mais moderno; a Lei Fundamental Alemã também engloba essa regra. Os arts. 184 a 186 da CF/88 são, em nosso caso, os textos normativos **especiais**.

Quando empregamos a interpretação *teleológica* tradicional, caminhamos também para além da mera Administração: O objetivo dos art. 184 ss. **não** é apenas avaliar uma determinada propriedade de terra, de acordo com sua Economia local — lucros e dividendos. A essas finalidades, pertence também a justiça social maior — com o objetivo primordial de uma maior harmonia, da paz interna na sociedade e da cisão com um passado desastoso. A isso pertence um melhor fornecimento de produtos alimentícios, maior independência de importações, a fim de lograr uma balança comercial externa mais equilibrada. A isso pertence o desenvolvimento das técnicas de infra-estrutura nas regiões

graças à reforma agrária. A isso pertence, por fim, a educação de uma nova classe média rural empreendedora — portanto, uma melhoria estrutural do nivelamento social. O econômico é muito importante e legítimo — mas ele é apenas uma parte do todo social.

Como resultado, a propriedade rural “produtiva” precisa preencher também sua função social no sentido dos art. 184 ss. — senão, poderá ser desapropriada de acordo com este mesmo artigo.

A problemática indígena e a reforma agrária fazem parte do rol de questões relevantes para a **totalidade da Constituição**. Com um olhar sobre esse todo, pode ser afirmado o mais resumidamente possível: O Texto Magno de 1988 pertence ao quadro de um dos mais modernos textos constitucionais do mundo. Ele inclui, por exemplo, com relação ao Ministério Público, institutos jurídicos de se invejar. Ele tem, o que é, aliás, inovador, um perfil avançado e humanístico. Pela primeira vez, existe, no Brasil, uma Constituição que fala também para os índios, as mulheres, os negros, os pobres, as crianças, os idosos, as minorias culturais e étnicas, que se compromete também com a redução da desigualdade, com o combate à pobreza e com o compromisso internacionalista do Brasil.

Essa é a Constituição que enfrentou — e superou — diversas crises: *impeachment* de Presidente da República, escândalos de toda sorte, a crise política desde 2005. Se esses episódios causaram profundas marcas na sociedade política, provaram, mais uma vez, não apenas a estabilidade democrática da Constituição e do País. Também revelaram ações nunca antes realizadas, com punições de toda ordem, ainda hoje em andamento. Não resta dúvida de que a democracia brasileira está amadurecida. Por outro lado, a elite brasileira ainda demonstra grande dificuldade de assimilar o fato de que os conflitos pertencem à natureza da democracia e assim devem ser considerados.

Sob uma perspectiva externa, a imprensa desempenhou, desde 2005, um papel duvidoso na crise. A corrupção precisa ser necessariamente e decididamente

combatida — mas em todas as direções e, não, somente numa. A imprensa é livre e comercial; entretanto, a informação, a opinião pública e a consciência democrática não são mercadorias como outras. O *espírito das leis* não é mercantil. **Não é para a imprensa**, mas ao contrário para o *rádio e a televisão* é extremamente recomendável o chamado *sistema dual europeu*. Por exemplo: na Alemanha, existem, ao lado de numerosos canais privados, dois canais de Direito Público. Sua direção é proporcionalmente composta de partidos e grupos da sociedade; o Tribunal Constitucional fiscaliza a objetividade das transmissões *sem* interferir na sua liberdade.

Isso é essencial para o espaço público — o espaço público da informação, do debate, da consciência política coletiva. O céu é do condor — essa é a verdade descritiva. *A praça é do povo — essa é a verdade normativa.*

O Brasil está, nesse sentido, *ainda a caminho* de uma república no sentido moderno. A palavra provém do latim *res pública, res popúlica* = coisa do povo. Isto se torna um projeto primordial: a republicanização do Estado. A noção do privilégio, da impunidade poderia ter sido melhor enfrentada com uma frase singular: Todos são iguais perante a lei. A aplicação imparcial da lei, a transparência das ações do Estado poderiam fortalecer a democracia brasileira.

Nesse sentido, apresentam-se sugestões concretas que me tocam particularmente: a reforma da iniciativa popular e do referendo/plebiscito, para que essas formas de participação não permaneçam, na prática, nas mãos da elite política; além disso, também as minhas sugestões sobre a reforma judiciária, como a criação de uma jurisdição administrativa especializada, a especialização do STF apenas no tocante às questões constitucionais; a introdução de uma reclamação constitucional, entre outras. Elas podem ser reforçadas do ponto de vista do Direito Comparado, elas demonstraram muito valor no meu país. Esse pensamento já publiquei várias vezes no Brasil, não precisa ser repetido aqui. Os Senhores, juristas deste país, têm um papel primordial nessa caminhada para uma república e democracia mais fortalecidas. E justamente por isso, têm o papel de tornar a

justiça, em sua estrutura e ações, mais eficiente e mais acessível ao povo. Os juristas brasileiros desempenham objetivamente um papel de avanguarda no Estado de Direito, republicano e democrático.

Concluindo:

A Constituição de 1988 também se denomina “Texto Magno”. Ela é também, portanto, *texto*. A língua é a moradia do que é essencial. A língua preserva o núcleo de algo. O núcleo da democracia é o *demos*.

A Constituição é a casa do *demos*. Não como a massa dos súditos, o que se denominou historicamente também como “povo” — “*notre bon peuple*” do Antigo Regime na França. Mas, sim, como **o povo deste Texto Magno: o povo ativo, o povo legitimante, o povo destinatário e o povo participante**<sup>\*</sup>.

Trata-se do **povo** desta Constituição, e se trata do seu **tempo**. O tempo corre — isso é lamentado pelo livro Hiob; e milênios antes dele, pelo Epos de Gilgamesch. E o tempo contém, paradoxalmente, muito da *não-simultaneidade*. Essa é a fonte mais grave de problemas na vida jurídica e social do país.

Todo trabalho das instituições, dos encarregados, dos cidadãos e, não por último, o seu, o dos juristas, deveria ter a seguinte orientação: que o decorrer do tempo desta Constituição *não* se torne a “fúria do desaparecer”, como Hegel fala na Fenomenologia do Espírito. E que o particularismo e o feudalismo tardio, a desigualdade e a ausência de direcionamento para o bem *comum* — que essa herança nociva, no campo da *nao-simultaneidade* temporal, venha a desaparecer *no tempo de validade desta Constituição* do povo.

Obrigado a todos!

<sup>\*</sup> © Friedrich Müller

<sup>\*</sup> Cf. Friedrich Müller, Quem é o Povo?, 4a ed. São Paulo 2009.

## **A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO.**

**Rui Verlaine Oliveira Moreira**

*Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Lateranense de Roma*

*Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade de Colônia na Alemanha*

*Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da UFC*

**Ana Araújo Ximenes Teixeira Mendes**

*Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFC*

*Especialista em Direito Processual. Promotora de Justiça*

**RESUMO:** O propósito deste artigo é analisar os equívocos da interpretação constitucional realizada no Brasil com base nos padrões da Hermenêutica Clássica, a qual denominamos interpretação semântica. Também enfatizamos, em razão da indeterminação semântica dos signos lingüísticos das normas constitucionais, a necessidade de utilização, na análise da Constituição, de uma interpretação fundada na Nova Hermenêutica Jurídica, vale dizer, de uma interpretação pragmática. Nesse intuito, sublinhamos onexo entre o giro lingüístico e a Nova Hermenêutica Jurídica, tornando possível compreender a natureza pragmática de ambos e como ela reflete positivamente na interpretação da Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nova Hermenêutica Giro Lingüístico – Interpretação Constitucional.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the mistakes of the brazilian constitutional interpretation based on the Classical Hermeneutics standards – wich we nominate semantic interpretation. We also stress, because of the semantic indetermination of the linguistic signs of the constitutional laws, the necessity of using, in the analysis of the Federal Constitution, an interpretation founded in the New Hermeneutics (that we call pragmatic interpretation). In this task, we outlined the link between the linguistic turn and the New Hermeneutics, making possible

the realization of their pragmatic nature and of how it reflects positively on the interpretation of the Federal Constitution.

**KEY WORDS:** New Hermeneutics – Linguistic Turn – Constitutional Interpretation.

## **1. PRAGMATISMO: NEXO ENTRE O GIRO LINGÜÍSTICO-FILOSÓFICO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL OU NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA.**

Registrando fenômeno comum a todos os sistemas jurídicos na atualidade, quer sigam a tradição jurídica romano-germânica, quer sigam a tradição anglo-saxônica, Mauro Capelletti alude à guinada da Ciência Jurídica rumo ao pragmatismo referindo-se à ‘presente realidade jurídico-cultural italiana’ em termos de uma ‘verdadeira e própria explosão do papel da jurisprudência, como fator de adaptação do direito às profundas transformações da nossa realidade social’, com o que enfatiza o espaço que a construção jurisprudencial do Direito concede à realidade.<sup>3</sup>

A Nova Hermenêutica Jurídica ou Hermenêutica Constitucional, por influxo do giro lingüístico desenvolvido no bojo da Nova Hermenêutica filosófica, baseia a interpretação no pragmatismo, vale dizer, no uso dos signos lingüísticos para convencer, para influir na vontade de outrem, o que equivale a fundar a interpretação na argumentação, no discurso, que assim assume o *status* de metodologia interpretativa.<sup>4</sup>

A filosofia, desde os estudos pioneiros de Hamann, Herder e Humboldt, evoluiu com filósofos do quilate de Peirce e Heidegger no sentido da consideração da identidade entre pensamento e linguagem, passando a encarar a linguagem como condição de possibilidade do conhecimento. Consoante esse movimento - denominado por Richard Rorty ‘giro lingüístico’, por Habermas ‘guinada lingüística’ e por Manfredo de Oliveira ‘reviravolta lingüística’ -, que consistiu, em linhas gerais, na invasão da filosofia pela linguagem, esta é o ambiente no qual desenvolve-se o conhecimento.<sup>5</sup> Em outras palavras, a linguagem é aquilo



que unifica, que funde sujeito cognoscente e objeto em uma só estrutura, constituindo tanto um quanto o outro.

Portanto, o giro lingüístico iniciou-se e centraliza-se na ruptura com o padrão de racionalidade que encarava a linguagem como instrumento de mera designação dos objetos, o que para Habermas configura a substituição do paradigma de racionalidade da filosofia da consciência pelo paradigma de racionalidade da filosofia da linguagem.<sup>6</sup>

Conforme a *linguistic turn*, todo pensamento é signo; o pensamento é de natureza lingüística, possuindo o homem, portanto, a lingüisticidade em seu ser. Peirce subdivide as relações do signo lingüístico em sintática (relações dos signos entre si), semântica (relações dos signos com os objetos) e pragmática (relações dos signos com seus usuários).<sup>7</sup> A pragmática, portanto, ocupa-se do uso que é feito da linguagem pelos homens, vale dizer, da linguagem como ação, como meio de convencimento e dominação.

Kant preconizou com pioneirismo a idéia da 'perspectiva pragmática', segundo a qual aplicar-se-íam conhecimentos gerais (racionais) para fins práticos de orientação ética na condução da vida.<sup>8</sup> Para Kant, existem 'leis práticas absolutamente necessárias' - decorrentes todas do princípio da moralidade - mediante as quais a razão regula a vontade.<sup>9</sup> A semiótica de Peirce – vale dizer, seus estudos em filosofia da linguagem relativamente aos signos lingüísticos -, é profundamente influenciada por Kant, tanto que introduziu o termo pragmatismo em sua semiótica para definir a vertente do estudo dos signos lingüísticos que se ocupa das relações dos signos com seus usuários, ou seja, para aquela que analisa como e com que propósitos a linguagem é utilizada pelos seus usuários para influir na vontade e no comportamento de outrem, investigando, outrossim, como e em que medida essa utilização (a comunicação) é bem sucedida no propósito de repercutir na vontade e, pois, nas vidas dos usuários da linguagem.

Heidegger, Gadamer, Apel e Habermas – cujas obras são os pilares de sustentação das duas mais vigorosas vertentes da Nova Hermenêutica filosófica, a saber, a Filosofia

Hermenêutica e a Hermenêutica Crítica - desenvolveram suas contribuições em matéria de Hermenêutica sob o pálio das idéias de Kant e Peirce.<sup>10</sup> O pragmatismo, mercê do giro lingüístico-filosófico, da Filosofia Hermenêutica de Gadamer e de Heidegger e da Hermenêutica Crítica de Apel e de Habermas, é o setor da semiótica em torno do qual, através das teorias do discurso, gravitam atualmente a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Constitucional ou Nova Hermenêutica Jurídica.

As teorias do discurso nada mais são que teorias acerca do modo, da aptidão e das possibilidades do uso dos signos lingüísticos para convencer os interlocutores acerca do sentido dos preceitos jurídicos e da realidade na qual incidem.<sup>11</sup> Podemos citar com propriedade, nesse terreno, a teoria da ação comunicativa de Habermas, cuja excelência burila a razão prática (pragmática), vale dizer, a parcela da razão composta por normas, por preceitos destinados a regular a vontade, transmutando-a em razão comunicativa, fundada sobre o caráter inelutavelmente comunicativo (voltado ao consenso, ao acordo mútuo) das relações sociais. Habermas utiliza e preconiza a comunicação como meio para interpretação/legitimação do direito.<sup>12</sup>

O pragmatismo marca profundamente o pensamento jurídico nos países dotados de sistemas jurídicos baseados na *Common Law* e ampliou de modo crescente seu espectro de influência, até alcançar a Ciência Jurídica nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, a partir da reintrodução da tópica no Direito por Viehweg com sua obra *Tópica e Jurisprudência*.<sup>13</sup>

## **2. O PRAGMATISMO DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS ABERTOS OU INDETERMINADOS.**

Grande parte dos direitos fundamentais são previstos em dispositivos permeados de conceitos abertos. Praticamente não há regras nessa seara, no sentido que Dworkin emprega para essa palavra.<sup>14</sup> Os termos utilizados para enunciar, por exemplo, os direitos à saúde e à educação não estabelecem uma conduta

determinada a ser adotada, não designam especificamente quais as prestações aptas a materializar sua realização.

A polissemia e a indeterminação, características dos princípios jurídicos, permeiam os preceitos jusfundamentais, donde resulta uma clara dificuldade de definir o seu conteúdo, as condutas que impõem a seus destinatários. Exemplificativamente, é visível a indeterminação do dispositivo constitucional que determina a 'progressiva universalização do ensino médio gratuito' (art. 208, II, da CF/88). Pode-se com toda propriedade perquirir como ela deve ser implementada pelo Estado, quando e a que condutas tal expressão vincula a Administração Pública.

Nessa ordem de idéias, ações judiciais destinadas a concretizar a maioria dos direitos fundamentais configuram causas complexas. Quando implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, inequivocamente assumem a feição de casos difíceis (*hard cases*), pois a intervenção do Poder Judiciário no orçamento público, que aqui tratamos como instrumento para a efetivação de alguns direitos fundamentais, envolve um conflito adicional entre princípios constitucionais igualmente encartados em cláusulas abertas, a saber, o Princípio da Supremacia da Constituição e o Princípio da Separação de Poderes, o que potencializa a dificuldade já identificada na solução das demandas retromencionadas.<sup>15</sup>

Os postulados interpretativos da Nova Hermenêutica Jurídica ou Hermenêutica Constitucional são os únicos aptos a orientar a pesquisa do sentido e alcance dos preceitos jusfundamentais, assim como das demais cláusulas constitucionais semanticamente abertas. Todas essas modalidades de normas possuem acentuado grau de imprecisão relativamente ao que proíbem, autorizam ou determinam, e tais postulados, no processo interpretativo, permitem, além do manejo dos mecanismos hermenêuticos tradicionais, a utilização da argumentação, da razoabilidade, da comparação com precedentes judiciais, dentre outros fatores exteriores ao estrito legalismo formalista.<sup>16</sup>

### 3. O PRAGMATISMO DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO MAIS AMPLO DA REAÇÃO CONTRA O FORMALISMO.

A Nova Hermenêutica Jurídica ou Hermenêutica Constitucional consiste precipuamente no conjunto de teorias interpretativas que assumiram a renovação jurídico-metodológica trazida pela adoção da argumentação ou discurso como mecanismo interpretativo no Direito, fenômeno que foi inaugurado, no âmbito dos sistemas jurídicos romano-germânicos, pela obra *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg. Consoante Paulo Bonavides, constitucionalistas como Kriele, Hesse, Horst Ehmke e Friedrich Muller, valeram-se da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica do Direito Constitucional, emancipando-a da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações jusprivatistas.<sup>17</sup>

Os pontos nevrálgicos do afastamento da tópica dos métodos de interpretação clássicos, mediante os quais ela perfaz o giro metodológico diametral que funda a Nova Hermenêutica são: a) a não aceitação da lógica formal como único mecanismo para interpretação e aplicação do Direito e; b) a possibilidade de utilização dos *topoi*, critérios não fornecidos pelo ordenamento para a solução da lide, os quais promovem a abertura do sistema jurídico orientada pela idéia de Gadamer de que interpretação e aplicação da norma ocorrem no mesmo momento (consistindo na 'concretização').<sup>18</sup>

O surgimento da tópica como teoria inaugural da Nova Hermenêutica e a própria escola da Nova Hermenêutica Jurídica não consistiram, todavia, em fenômeno isolado – como pode supor quem limita sua análise ao universo dos sistemas jurídicos romano-germânicos (sistemas que adotam a *Civil Law*, o direito legislado e codificado como fontes precípua). Na verdade, ambas são a manifestação de um fenômeno maior que se verificou concomitantemente em praticamente todo o hemisfério ocidental: o combate ao formalismo no âmbito do Direito.

A ruptura que a Hermenêutica Constitucional faz com o

formalismo positivista, com a rigidez dos cânones savignyanos de interpretação e com o monopólio hermenêutico-metodológico da lógica formal e da subsunção nos sistemas jurídicos romano-germânicos, encontra paralelo em movimento verificado nos sistemas jurídicos da *Common Law* (baseados no direito consuetudário) contra o formalismo do *case methode*.<sup>19</sup>

A Nova Hermenêutica Jurídica, assim como a reação ao formalismo na utilização da técnica do precedente judicial (*case methode*), passa a admitir abertamente algo de há muito praticado e perceptível na Ciência Jurídica, conquanto veementemente negado pelo formalismo, a saber: a criatividade judicial, a participação dos magistrados na criação (e não somente na declaração) do Direito.

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional da escolha. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *interessenjurisprudenz* e a *freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Geny e de seus seguidores em França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva ‘inanimada boca da lei’. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da idéia de que o juiz se encontra na posição de ‘declarar’ o direito de maneira não criativa, apenas com instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito

legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.<sup>20</sup>

A Nova Hermenêutica Jurídica (iniciada a partir da Tópica de Viehweg) é, nos sistemas jurídicos que seguem a tradição romano-germânica como o brasileiro, um desdobramento desse amplo movimento de reação contra o formalismo, precedido imediatamente pela teoria material da Constituição, a qual, por sua vez, consiste num desenvolvimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre. No panorama hermenêutico atual, apenas a metodologia da Nova Hermenêutica Jurídica presta-se à realização de uma interpretação concretizante dos direitos fundamentais, pois é a única que promove a aproximação entre a realidade e o Direito necessária a esse tipo de interpretação. Desvincular a tutela dos direitos fundamentais do contexto metodológico da Hermenêutica Constitucional equivale a dificultar grandemente a efetivação contenciosa desses direitos.

Esclarecida a relação de implicação entre os direitos fundamentais e as teorias da argumentação jurídica da Hermenêutica Constitucional, derivada do fato de sua interpretação exigir a utilização da argumentação como mecanismo para obtenção do seu sentido, passamos a discorrer acerca de outra valiosa contribuição dessa escola hermenêutica. Realmente, o influxo do pragmatismo na Ciência do Direito através da Nova Hermenêutica Jurídica ou Constitucional espargiu efeitos benéficos no terreno da justificação racional da eficácia plena e aplicabilidade imediata (justiciabilidade) dos direitos fundamentais, mormente sociais, sendo fator decisivo na luta pela efetivação dos direitos fundamentais.

#### **4. A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO.**

O que, acima de tudo, torna as regras mais fáceis de aplicar que os princípios? Em que consiste essa abertura tão referida quando tratamos das normas principiológicas? Em uma oração, a abertura das cláusulas, dos conceitos aludidos, nada mais é que uma abertura semântica.

Com efeito, tudo gira em torno da aptidão maior ou menor do dispositivo constitucional para definir ou não previamente seus possíveis significados. Quando os signos lingüísticos utilizados pelo preceito constitucional não dependem de grande esforço interpretativo para transmissão dos seus significados, das condutas que impõem, vedam ou facultam, estamos diante de um dispositivo semanticamente fechado ou completo, embora não em sua totalidade.

Realmente, a totalidade de significados de um texto é incognoscível, de maneira que aquilo que denominamos dispositivo normativo semanticamente fechado é apenas um preceito com menor grau de abertura semântica.

Ao revés, quando os signos lingüísticos existentes no texto da norma jurídica são inaptos para comunicar uma mínima parcela da miríade de significados que podem assumir sem complementação de sentido jurisprudencial, ou seja, quando não declaram prévia e inequivocamente as inúmeras condutas que impõem, vedam ou facultam, estamos diante de um dispositivo semanticamente aberto, dependente de complementação através da consideração de elementos exteriores, não inseridos na literalidade do preceito.<sup>21</sup>

A positivação crescente e reconhecimento da normatividade dos princípios - preceitos constitucionais semanticamente abertos - caminha na proporção direta da necessidade de abandono das teorias semânticas de interpretação, as quais, em suma, buscam extrair o significado do texto da norma em si, desvinculado e independente da realidade à qual aplica-se.<sup>22</sup>

A complementação do sentido do texto da norma semanticamente aberta requer a consideração de elementos exteriores a esse texto, que em sua maioria são fornecidos pela

situação fática a ele relacionada, de sorte que só pode ser empreendida pragmaticamente, ou seja, no nível da argumentação jurídica.

No atual estágio de desenvolvimento da hermenêutica, mesmo nos países europeus de tradição romano-germânica, o sentido dos preceitos constitucionais semanticamente indeterminados e os casos difíceis em geral são solucionados pragmaticamente, donde advém o nexu intransponível – embora pouco difundido fora dos círculos acadêmicos – entre o pragmatismo oriundo do giro lingüístico-filosófico (inserido na seara jurídica pelas correntes interpretativas enfeixadas sob a designação Nova Hermenêutica Jurídica) e a interpretação constitucional, prenhe de casos difíceis devido, em grande parte, ao elevado grau de indeterminação semântica dos preceitos constitucionais e ao estado de tensão latente em que muitos deles convivem no seio da Lei Maior.

Com efeito, a Nova Hermenêutica Jurídica, como inserção do pragmatismo no âmbito da interpretação do Direito, surgiu para solucionar o abandono em que jaziam as normas semanticamente indeterminadas ou incompletas, com as de índole principiológica, para cuja interpretação e efetivação o positivismo e a Hermenêutica clássica não possuem mecanismos adequados.

No Brasil, as normas principiológicas ou semanticamente abertas, como inúmeros dos direitos fundamentais, têm negada sua aplicabilidade imediata, principalmente sob o argumento de que necessitam de complementação legislativa de sentido. Para Eros Roberto Grau:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade.<sup>23</sup>

Aplicabilidade imediata, portanto, independe, mas não é



incompatível com ato legislativo ou administrativo voltado a garantir a efetividade da norma jurídica. A necessidade de complementação de sentido de uma norma jurídica pela atuação do Poder Legislativo ou pela implementação de programas pelo Poder Executivo não impede que goze de aplicabilidade imediata desde que lhe seja reconhecida a justiciabilidade.

A decisão jurisdicional que aplique a norma jurídica não regulamentada – quer se trate de norma semanticamente completa (a qual também pode ter seu sentido minudenciado por legislação), quer se trate de norma jurídica dependente de complementação de sentido – pode perfeitamente ser sucedida pela complementação de sentido efetuada pelo Poder Legislativo, assim como pode remanescer apenas com a complementação especificamente procedida pelo Poder Judiciário para o caso concreto que julgou.

Por que então, consoante a maior parte da doutrina constitucional brasileira, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é considerada atributo exclusivo das normas jusfundamentais que independem de complementação de sentido pelo Poder Legislativo? Primeiramente, porque a doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia dos direitos fundamentais, via de regra, não reconhece ao Poder Judiciário a possibilidade de complementar o sentido de preceitos jusfundamentais que necessitam de atuação do Poder Legislativo e/ou de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo e que não foram beneficiados com legislação e atuação administrativa concretizante.

Minudenciando a questão, colocamos agora a seguinte indagação: por que a doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia dos direitos fundamentais, via de regra, não reconhece ao Poder Judiciário a possibilidade de complementar o sentido de preceitos jusfundamentais que necessitam de atuação do Poder Legislativo e/ou de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo e que não foram beneficiados com legislação e atuação administrativa concretizante ?

#### **4.1. A (in)eficácia das normas constitucionais e a interpretação semântica.**

Inspirado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, Rui Barbosa inaugurou a reflexão acerca da eficácia das normas constitucionais no Brasil classificando tais normas quanto à eficácia em auto-executáveis e não auto-executáveis (em inglês: *self executing e not self executing*).

Nas normas auto-executáveis Rui Barbosa reconhece a aptidão para gerar efeitos independentemente de atuação do legislador ('já que seu conteúdo se encontra devidamente determinado'), mas impõe como condição à produção de efeitos das normas não auto-executáveis a intervenção legislativa para explicitação de seu conteúdo.<sup>24</sup>

Consoante Rui Barbosa, normas auto-executáveis:

são, portanto, as determinações para executar as quaes, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquellas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação [...] uma disposição constitucional é executável por si mesma quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio suppletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime.<sup>25</sup>

As palavras de Rui Barbosa não deixam dúvidas de que, desde o início, as normas constitucionais foram subdivididas, relativamente à sua eficácia, consoante a dependência ou independência semântica na comunicação dos seus significados essenciais, do âmago do seu sentido, vale dizer, conforme sua capacidade de revelar autonomamente (sem complementação de sentido ulterior) seus significados essenciais.

Ainda de acordo com as lições de Rui Barbosa, uma disposição constitucional 'não é auto-aplicável quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo

meio se logre dar a esses princípios vigor de lei'.<sup>26</sup>

Pontes de Miranda elaborou classificação das normas constitucionais quanto à eficácia que contempla três categorias, a saber, normas que independem de concretização legislativa, normas que dependem de concretização legislativa e normas programáticas, cuja normatividade limita-se a cercear atividade legislativa que as contrarie.<sup>27</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, que assina uma das mais completas obras em matéria de eficácia das normas constitucionais, embora modestamente dirigida apenas à eficácia das normas jusfundamentais, colaciona uma crítica de José Horácio Meirelles Teixeira à utilização do critério da completude de conteúdo e, por via de conseqüência, às classificações de Rui Barbosa e Pontes de Miranda, pelo fato de que toda norma constitucional é, em alguma medida, incompleta na expressão de seu conteúdo, já que:

[...] quando de sua aplicação aos casos concretos, reclama – em virtude de seu grau de abstração e generalidade – uma atividade exegética, o que ocorre mesmo com as normas diretamente aplicáveis, que igualmente podem conter conceitos vagos e imprecisos, de tal sorte que é possível falar em normas mais ou menos completas, isto é, em graus de completude normativa. Por outro lado – tal como observa Meirelles Teixeira -, esta crítica não deveria ser encarada de forma por demais severa, 'pois quando se fala em norma completa, tal conceito se refere a uma aptidão da norma para significar e produzir seus efeitos essenciais, não todos os efeitos possíveis'.<sup>28</sup>

Embora redigida nas décadas de cinquenta e sessenta, a obra de Meirelles Teixeira só foi publicada há alguns anos, razão pela qual, embora já proclamasse a eficácia de todas as normas constitucionais, coube a José Afonso da Silva o mérito de haver elaborado pioneiramente a mais importante revisão na doutrina

clássica da eficácia das normas constitucionais, segundo a qual todas as disposições constitucionais são eficazes, embora possuam cargas distintas de eficácia.<sup>29</sup>

Realmente, José Afonso da Silva, superando a doutrina clássica, postula a existência de alguma eficácia jurídica em todas as disposições constitucionais e estabelece a subdivisão das normas constitucionais, quanto à eficácia jurídica, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, incluídas nessa última categoria as normas programáticas (ou de princípio programático) e as de princípio institutivo.<sup>30</sup>

Consoante Luís Roberto Barroso, a clássica obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* de José Afonso da Silva, editada pela primeira vez em 1967, tratou, por uma questão de opção metodológica, da eficácia jurídica das normas constitucionais e não da eficácia social.<sup>31</sup>

Luís Roberto Barroso classifica as normas constitucionais quanto à eficácia jurídica em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas, sustentando que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, mas apenas aquelas que veiculam direitos subjetivos – ou seja, aquelas que conferem ‘poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse’ - são dotadas de aplicabilidade imediata, sendo portanto justiciáveis.<sup>32</sup>

A posição de Luís Roberto Barroso, principalmente por destacar o relevante papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição - em contraste com outros posicionamentos que, mais influenciados pela doutrina clássica, ainda pautam-se pelo monopólio do Poder Legislativo nessa tarefa -, é avançada e comprometida com a normatividade constitucional, embora, devido manter-se ainda presa à interpretação exclusivamente semântica da Constituição, não logre abordar satisfatoriamente a eficácia jurídica no que diz respeito às normas constitucionais de índole principiológica, as quais caracterizam-se pela incompletude semântica.

Um dos pontos fracos da teoria de Luís Roberto Barroso

sobre a eficácia das normas constitucionais, denunciador de sua vinculação à tradicional visão exclusivamente semântica da interpretação constitucional, é aquele onde discorre sobre as normas constitucionais programáticas. Luís Roberto Barroso caracteriza tais normas, essencialmente, como preceitos não justiciáveis, com força normativa apenas para, em suma: a) revogar atos normativos anteriores contrários; b) eivar de inconstitucionalidade atos normativos posteriores contrários; c) dar ensejo a oposição judicial ao cumprimento de regras ou atos administrativos posteriores contrários; d) orientar a interpretação e decisão jurisdicional em sede de ação judicial que os aborde.<sup>33</sup>

Juntamente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, José Afonso da Silva situa os direitos sociais no âmbito das normas programáticas, mas, para Luís Roberto Barroso, os conceitos de direitos sociais e normas programáticas não se confundem, ainda que haja direitos sociais que configuram normas programáticas.<sup>34</sup>

Com efeito, Luís Roberto Barroso conceitua os direitos sociais como 'regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual', e normas programáticas como 'aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se não de orientar os poderes públicos'.<sup>35</sup>

Dessarte, Barroso entende existirem direitos sociais que configuram direitos subjetivos, sendo, pois, justiciáveis, e direitos sociais vazados em dispositivos que apenas traçam orientações aos poderes públicos, os quais são destituídos de justiciabilidade. Os direitos sociais que não configuram normas programáticas, de acordo com Luís Roberto Barroso, são normas que 'definem direitos para o presente', ou seja, exigíveis no presente por encartarem direitos subjetivos. Já os direitos sociais positivados em normas programáticas são 'proposições diretivas' e devem ser 'efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do estado'.<sup>36</sup>

Em suma, embora aluda à ocorrência, no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, de um rompimento

com a concepção do constitucionalismo liberal ou Estado de Direito da legalidade, para o qual as normas programáticas representavam meras 'exortações morais destituídas de eficácia jurídica', e afirma que nem todo direito social é norma programática (exemplificando tal afirmação ao citar, dentre outros, o direito a seguro-desemprego), Luís Roberto Barroso concebe, através das normas programáticas, a existência de normas constitucionais não justiciáveis.<sup>37</sup>

Com efeito, aliando-se nesse tocante à doutrina da eficácia jurídica de José Afonso da Silva – a qual por sua vez baseou-se nas lições de Vezio Crisafulli e Ugo Natoli -, Luís Roberto Barroso não formula hipótese de violação justiciável de norma programática (por ação ou omissão estatal), sustentando, ao revés, a não justiciabilidade das normas constitucionais programáticas como sua nota característica.<sup>38</sup>

Luís Roberto Barroso capta com enorme perspicácia os diversos graus de incompletude e indeterminação semântica das normas constitucionais, bem como as possibilidades de mudança na interpretação da eficácia das normas, mormente jusfundamentais, advindas dessa constatação. Mas incorre na tradicional falha da interpretação semântica de limitar a justiciabilidade às normas dotadas de maior grau de completude semântica, bem como na contradição de caracterizar as normas programáticas como não justiciáveis para depois admitir algumas hipóteses de justiciabilidade dessas normas, o que revela a índole ideológica e não científica da limitação retromencionada.<sup>39</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet - sem romper com a doutrina clássica otimizada pela revisão de José Afonso da Silva, segundo a qual é reconhecido algum grau de eficácia a todas as normas constitucionais - posiciona-se nos seguintes termos acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais:

Uma análise mais detida de todas as formulações referidas fatalmente revela que o conteúdo do dispositivo é de suma relevância para a determinação de sua normatividade, noção esta que, em última análise, pode ser reconduzida (com as

devidas ressalvas críticas) ao entendimento já advogado por Ruy Barbosa, de que a completude da norma assume feições de verdadeiro pressuposto para sua aplicabilidade e eficácia.<sup>40</sup>

Não pode haver dúvidas, em face de tal declaração, sobre o inequívoco comprometimento da teoria de Sarlet com uma visão exclusivamente semântica da interpretação constitucional. Como todos os constitucionalistas desde José Afonso da Silva, Sarlet postula a existência de eficácia jurídica em todas as normas constitucionais, mas as distingue em razão do que denomina 'densidade normativa', sustentando que as normas constitucionais de alta densidade normativa podem gerar seus efeitos independentemente de intervenção do legislador, ao passo que as de baixa densidade normativa não podem, sem a *interpositio legislatoris*, gerar seus efeitos.

Epistemologicamente essa nova nomenclatura não indica nenhum novo critério que distinga as normas constitucionais quanto à eficácia, pois não há nenhuma diferença entre o critério de divisão das normas constitucionais pela 'densidade normativa' e pela incompletude de seu conteúdo – a não ser a afirmação do autor da teoria da densidade normativa de que a diferença de densidade normativa não responde sozinha pelas diversas cargas de eficácia das normas constitucionais, ao contrário do critério da incompletude de conteúdo, o qual desincumbe-se sozinho do papel de justificar os distintos graus de eficácia atribuídos a cada preceito da Lei Maior.

Com efeito, Sarlet enuncia a densidade normativa, a forma de positivação e a função da norma constitucional como fatores que influenciam sua eficácia, sem aperceber-se de que nenhuma dessas categorias o faz ultrapassar o fator que realmente distingue os preceitos constitucionais quanto à aplicabilidade, a saber, a incompletude semântica, denominada pela doutrina clássica 'incompletude de conteúdo'.

A classificação das normas constitucionais pelas funções – de defesa ou a prestações – não se sustenta primeiramente tendo em vista a indivisibilidade originária dos direitos

fundamentais, visível através da análise das declarações de direitos que os consagraram como direitos humanos.<sup>41</sup> Tal categorização não vinga, outrossim, em virtude da recente jurisprudência que, comprovando a tese da indivisibilidade, vem extraindo direitos a prestações de direitos individuais clássicos.<sup>42</sup> Por fim, mas não por último, a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações revela-se frágil em razão das lições de Gustavo Amaral e Flávio Galdino, inspiradas em Holmes e Sunstein, no sentido de que os denominados 'direitos de defesa' também implicam em prestações onerosas como, *v.g.*, a manutenção do sistema judiciário.<sup>43</sup>

Já a densidade normativa é uma repercussão da forma ou técnica de positivação das normas e ambas vinculam-se à maior ou menor indeterminação semântica dos signos utilizados no texto da norma, gravitando portanto em torno da incompletude semântica.

Dessarte, 'densidade normativa' não passa de uma expressão designativa da mesma coisa já tratada pela doutrina clássica: os diferentes graus de incompletude semântica dos textos das normas constitucionais.

#### **4.2. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição.**

Luigi Ferrajoli classifica as normas jurídicas como pertencentes a dois sistemas, o nomoestático e o nomodinâmico, sendo possível, no primeiro, a identificação das figuras deônticas (proibição, permissão, obrigação), presentes em cada norma, simplesmente com o uso da lógica formal e do raciocínio dedutivo, ao passo que, no segundo, as figuras deônticas seriam induzidas do confronto da norma com fatores exógenos.<sup>44</sup>

As normas do sistema nomoestático – dentre as quais Ferrajoli identifica os direitos fundamentais individuais - indicam claramente, desde o primeiro instante da positivação de seu texto, quais categorias deônticas contêm, razão pela qual estão aptas desde que entram em vigor a produzir seus efeitos essenciais. Já as normas do sistema nomodinâmico não



possuem auto-suficiência deôntica, dependendo de elementos situados fora do texto da norma para, diante de um caso concreto, elaboração das categorias deônticas a elas correspondentes.

Apesar de discordarmos da relação de exclusão que o autor estabelece entre incompletude semântica e expressão de plano das categorias deônticas – a qual revela uma excessiva influência da lógica formal em sua obra - pois há normas semanticamente incompletas que, todavia, apontam desde o início a criação de uma obrigação (categoria deôntica), *v.g.*, de fazer, como é o caso de alguns preceitos que enunciam os direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, citamos o magistério de Ferrajoli porque ele corrobora e clarifica o entendimento de que normas semanticamente incompletas não podem ser interpretadas da mesma forma que as normas semanticamente completas.<sup>45</sup>

Aquilo que Ferrajoli denomina auto-suficiência deôntica preferimos designar 'auto-suficiência semântica para expressar a parte essencial de seu sentido', visto que não resumimos as possibilidades de regulamentação normativa às categorias deônticas da lógica formal. Quando inexistente essa auto-suficiência, somente a interpretação pragmática, argumentativa - que utilize dados e conceitos oriundos da realidade ou simplesmente externos ao texto da norma - pode extrair parcelas de sentido do preceito interpretado.

Luís Roberto Barroso e Eros Roberto Grau, no âmbito das normas jusfundamentais, quando preconizam a complementação endoprocessual de sentido dos dispositivos legais pelo Poder Judiciário, com fulcro no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, estão propondo exatamente a via pragmática para o desenrolar da interpretação. Realmente, ela é única apta a dar concretude a tais preceitos, que caracterizam-se, mormente no caso dos direitos sociais, pela incompletude semântica.

## **5. CONCLUSÕES.**

O equacionamento do problema da eficácia jurídica das normas constitucionais – ao contrário do que fazem crer o

magistério de Sarlet e de algumas recentes obras sobre o tema, como a de Maria Helena Diniz (que insere a intangibilidade na discussão) – não reside em identificar um novo critério para distinguir as normas quanto à eficácia, vale dizer, em apontar o que responde pela maior ou menor dificuldade de aplicação (tarefa da qual a doutrina clássica já se desincumbiu satisfatoriamente), mas sim em transpor o nível semântico da interpretação para lograr colmatar a incompletude semântica identificada em muitos dos preceitos constitucionais.<sup>46</sup>

Embora a Constituição abrigue a maior parcela de normas jurídicas cujo texto é formado por signos lingüísticos abertos, semanticamente incompletos/indeterminados e/ou polissêmicos, do ordenamento jurídico, como os princípios da separação de poderes, do devido processo legal etc., a doutrina constitucional brasileira insiste em aplicar-lhe uma interpretação semântica, peculiar ao positivismo e inteiramente inadequada para o propósito de extrair o significado de preceitos dessa natureza.

Realmente, a interpretação semântica, calcada na razão teórica, procura extrair o significado ou a maior parcela do sentido do texto de cada dispositivo constitucional simplesmente à partir da leitura de tais signos, como se seu significado pudesse ser obtido em abstrato, destacado da realidade sobre a qual incide. Obviamente, quando adotado esse esquema de interpretação pelo Poder Judiciário, somente uma norma cujo texto comunique de pronto, em abstrato, seu significado pode ser interpretada e, portanto, aplicada, razão pela qual as normas constitucionais abertas ou semanticamente incompletas/indeterminadas têm sua interpretação/aplicação postergada indefinidamente, até receberem complementação legislativa de sentido.

A interpretação semântica das normas constitucionais – utilizada comumente pelas teorias nacionais acerca da eficácia das normas constitucionais - busca delimitar de antemão (ou seja, em estágio anterior à aplicação da norma) todas as suas potenciais significações. Ela extrai os significados possíveis exclusivamente através da leitura em abstrato do texto da norma e não perante um caso concreto que a invoque, caracterizando-se, dessarte, por encarar a norma jurídica apenas como texto,

estática e abstratamente. Todavia, não se pode extrair a eficácia de uma norma semanticamente incompleta exclusivamente de seu enunciado porque o texto desse tipo de norma, isoladamente considerado, não expressa sequer uma parcela mínima dos significados nos quais seu sentido pode desdobrar-se em face da realidade sobre a qual incide.

A interpretação pragmática, ao contrário, é realizada argumentativamente, no âmbito de um caso concreto, no qual podem ser obtidos elementos não presentes no texto da norma para complementação de seu sentido e, consoante preconizado por Friedrich Müller, elaboração da norma jurídica propriamente dita. A interpretação pragmática visa elucidar o significado da norma em atividade, perante um caso concreto, caracterizando-se, portanto, pelo seu dinamismo e complexidade. Ela transcende o significado estático do texto normativo, sendo indicada exatamente para a exegese de preceitos com elevado grau de abstração e generalidade, preenhes em conceitos indeterminados, para a solução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais, enfim e sobretudo, para casos difíceis.

Dessarte, apenas a utilização da interpretação pragmática das normas constitucionais semanticamente dependentes de complementação, introduzida pela Nova Hermenêutica Jurídica ou simplesmente Hermenêutica Constitucional, é capaz de resolver a grave questão da eficácia das normas constitucionais, colmatando a omissão legislativa e administrativa em propiciar a concretização da Constituição, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais sociais e normas ditas programáticas, dotando de normatividade todos os dispositivos constitucionais que não expressam *prima facie* a parcela essencial de seu sentido, em virtude de serem compostas por signos lingüísticos cujos múltiplos significados só podem ser desvelados em face do caso concreto e com o auxílio de elementos exteriores ao seu texto.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_; Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 217, p. 67-79, julh.-set./1999.

\_\_\_\_\_; Teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000. 2 v.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abr.-jun./2005.

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

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional e transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson

Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de: Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 29, p. 29-58, jun./1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. 2 v.

GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 2 v.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.].

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abr.-jun./2001.

MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PALMER, Richard E.. **Hermenêutica.** Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

**NOTAS:**

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 7.

<sup>4</sup> Sobre a evolução da Hermenêutica, *vide*: BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea.** Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 157.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 412. Cf. a esse respeito, outrossim, OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 345.

<sup>7</sup> COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e da verdade em Apel.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 337 e segs.. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 157. Os estudos de Charles Sanders Peirce sobre os signos lingüísticos, que ele houve por bem designar semiótica, foram publicados por seus alunos apenas a partir de 1930 - logo posteriormente ao surgimento de *Sein und Zeit*, de Martin Heidegger. A concepção acerca do papel da linguagem na compreensão esposada pela semiótica de Peirce possui notável harmonia com a postura heideggeriana sobre o tema e ambas influenciaram decisivamente o giro lingüístico-filosófico. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 2 v.

<sup>8</sup> É mister frisar que o pragmatismo em si transcende a obra de Peirce e mesmo a de Kant, consistindo em um grupo de correntes filosóficas no âmbito das quais a obra de Peirce integra o pragmatismo anglo-norte-americano, juntamente com F. C. S. Schiller, William James, John Dewey e George Herbert Mead. Cf. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia.** Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 573-577. GUERRA FILHO, Willis

Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 61.

<sup>9</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 571-573.

<sup>10</sup> A evolução da Hermenêutica filosófica é didaticamente traçada por Bleicher como uma sucessão de três grandes tendências de pensamento hermenêutico: a Teoria Hermenêutica, a Filosofia Hermenêutica (integrada por Heidegger e Gadamer) e a Hermenêutica Crítica (desenvolvida por Apel e Habermas). BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

<sup>11</sup> Para as diversas teorias do discurso, seu objetivo maior é o consenso, cuja extensão é situada na razão direta da correspondência do discurso à realidade, de maneira que o consenso universal equivaleria à plena coincidência entre discurso e realidade, logo ao atingimento da verdade.

<sup>12</sup> Em Habermas, apenas o discurso racional – ou seja, aquele que observa os pressupostos discursivos formais necessários para que imponha-se o melhor argumento - permite agregar satisfatoriamente facticidade (positividade) e validade (legitimidade), satisfazendo assim as exigências de segurança jurídica e correção. Em suma, a teoria da ação comunicativa de Habermas permite vislumbrar mais concretamente a racionalidade existente no âmbito da razão prática (pragmática), ao qual pertencem o Direito e a Moral. Ao extrair da razão prática a razão comunicativa, Habermas amplia o âmbito da racionalidade, permitindo ao Direito uma fundamentação racional pragmática. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

<sup>13</sup> Utilizamos as expressões *Civil Law* e *Common Law*, a exemplo de Mauro Cappelletti, para designar, respectivamente, os sistemas jurídicos fundados sobre o direito legislado e codificado – dos quais podemos citar o Brasil, a França, a Alemanha, e muitos países da Europa continental - e os sistemas jurídicos fundados sobre o direito jurisprudencial, nos quais a técnica do precedente judicial tem papel fulcral – dos quais são exemplares os sistemas vigentes na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto



Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>15</sup> Idem. *Ibidem*, 2002, p. 127 e segs..

<sup>16</sup> A Nova Hermenêutica Jurídica consiste no complexo de teorias interpretativas que adotam o viés pragmático utilizado pela tópica de atribuir a tarefa de interpretação e fundamentação jurídica à argumentação desenvolvida dentro dos parâmetros da lógica do razoável. Conforme Siches, usamos a expressão lógica do razoável para diferenciá-la da lógica formal ou lógica do racional. A lógica do razoável consiste em uma maneira de pensar que, em síntese, diferencia-se da lógica racional principalmente por ser impregnada de valorações condicionadas pela realidade concreta que analisa, bem como de juízos embasados na experiência individual e social de quem a utiliza. Ela permite o afastamento de interpretações da lei que conduzam a absurdos ou a flagrantes injustiças, pois trabalha com a ponderação dos efeitos resultantes da interpretação – embora, *v.g.*, na obra de Siches, encontre seu limite nas normas jurídicas em vigor. A interpretação razoável através da utilização da lógica do razoável, consoante Siches, deve submissão ao Direito vigente. Evidentemente essas valorações concretas, juízos fundados em experiência etc. só podem ser desenvolvidos dentro da argumentação, do discurso, razão pela qual Siches faz apologia da tópica, da dialética e do pensamento sobre problemas na medida em que a estes cabe o mérito de ‘insistir sobre el dialogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre aquilatar cada uno de los argumentos’. SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. Cidade do México: Porrúa S/A, 1973, p. 281-291. Uma exposição esclarecedora e didática da lógica do razoável é a elaborada por Fábio Ulhôa Coelho em : COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 95 e segs.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 517.

<sup>18</sup> Ao sistema lógico-dedutivo fechado da Hermenêutica Clássica, a tópica contrapõe uma abertura metodológica que possibilita a aproximação entre ordem jurídica (mormente a Constituição) e realidade.

<sup>19</sup> Em português: a técnica do precedente judicial. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-69. Cappelletti desenvolve a abordagem sobre esse fenômeno comum aos sistemas jurídicos do ocidente com arrimo em juristas e filósofos oriundos de ambos os tipos de sistema jurídico. O grande jurista italiano adota farta bibliografia norte-americana e inglesa, no bojo da qual cita, por exemplo, a obra do filósofo Morton G. White, *Social Thought in América: The Revolt Against Formalism*, na qual o prestigiado pensador identifica e denomina o referido fenômeno 'revolta contra o formalismo'.

<sup>20</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 32-33. Logo, enfeixando, como expoentes do movimento amplo de reação contra o formalismo, as escolas da jurisprudência sociológica e do realismo (surgidas e desenvolvidas nos Estados Unidos da América), a escola da jurisprudência dos interesses e a escola do direito livre (na Alemanha), bem como a escola da livre investigação ou livre pesquisa do direito (de matriz francesa), Cappelletti lança luzes sobre a abrangência do movimento e apreende uma das notas mais marcantes desse capítulo da evolução da Ciência Jurídica: o reconhecimento e defesa da criatividade dos magistrados, a conclusão de que os juízes também constroem Direito com suas decisões e não apenas declaram um Direito pré-existente. A Escola do Direito Livre é uma ramificação mais extremada, no sentido da criatividade judicial, da Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa Científica do Direito, cujo maior expoente é o jurista Haermann Kantorowics e que distingue-se da vertente moderada da Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa do Direito em virtude de postular a possibilidade de julgamentos *contra legem*. A maioria dos juristas considera a Escola do Direito Livre de Haermann Kantorowics como englobada pela Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa do Direito. Cf. ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 149-155. MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 68-73.

<sup>21</sup> Adotamos, com a finalidade de evitar equívocos e para conferir uma noção da inesgotabilidade do sentido, donde promana a miríade de significados nos quais ele pode desdobrar-se, a distinção entre sentido e significado - mercê da qual o sentido, por ser inapreensível em sua totalidade, pertence ao plano ontológico, ao passo que significado, por ser uma projeção do sentido sobre a realidade, pertence ao plano ôntico.

<sup>22</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson

Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 38-55. Nessa obra, Dworkin elabora uma percuciente crítica às teorias semânticas da interpretação.

<sup>23</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318-319.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 250. Cf. também BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 284.

<sup>25</sup> BARBOSA, Rui apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.

<sup>26</sup> BARBOSA, Rui apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.

<sup>27</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 252.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254-255.

<sup>29</sup> Idem. Ibidem, 2006, p. 254-255. Cf. também: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118.

<sup>31</sup> Como a opção metodológica pela eficácia jurídica é a regra e não a exceção em Direito, só podemos concluir que, com tal afirmação, Luís Roberto Barroso indicou o enfoque rigidamente centrado na eficácia jurídica da brilhante tese do publicista José Afonso da Silva, que não insere-se no movimento doutrinário e jurisprudencial comprometido com a efetividade ou eficácia social da Constituição, o qual busca há décadas estreitar os laços entre eficácia jurídica e eficácia social. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Esse movimento, que se iniciou na Europa

do pós-guerra, só atravessou o Atlântico rumo ao Brasil pouco antes da convocação da Assembléia Nacional constituinte que elaborou a Carta de 1988, o que explica, com relação à doutrina constitucional brasileira elaborada até essa época, a abordagem formal que fazia da eficácia jurídica, como algo rigidamente apartado da eficácia social, sem buscar na hermenêutica ou na teoria geral do direito saídas para ampliar e aprofundar a eficácia jurídica dos preceitos constitucionais, como fizeram os constitucionalistas comprometidos com a efetividade da Constituição desde o período imediatamente anterior à promulgação da Carta de 1988, e principalmente após sua promulgação. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288. Um dos expoentes desse movimento pela efetividade das normas constitucionais no Brasil, Luís Roberto Barroso, alude à existência de um elenco de direitos sociais desprovidos de eficácia jurídica e social já na Constituição de 1969, possuindo sua tese de livre-docência o título *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer*. Nesse trabalho acadêmico o referido constitucionalista insere, como uma preocupação de sua geração, o tema da eficácia social ou efetividade no debate acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais. Outro expoente dessa geração de constitucionalistas empenhados na luta pela normatividade constitucional, principalmente no setor dos direitos sociais, foi Paulo Lôpo Saraiva. Cf. SARAIVA, Paulo Lôpo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Há relativamente aos direitos fundamentais um movimento em prol da promoção de sua eficácia. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 292-294.

<sup>33</sup> Idem. *Ibidem*, 2006, p. 117.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140. Luís Roberto Barroso sustenta que apenas alguns direitos sociais consistem em normas programáticas. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106 e segs.. A jurisprudência do STF e do STJ considera os direitos sociais à saúde e à educação espécies de normas programáticas, mas não lhes nega por isso em todas as hipótese a justiciabilidade, o que indica que faz

uso simbólico da classificação de J. Afonso da Silva sem aderir integralmente aos seus conceitos.

<sup>35</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

<sup>37</sup> Paulo Bonavides estabelece com rigor histórico e jurídico a transição do Estado de Direito pós-revolucionário da legalidade, com constituições vazadas no molde abstrato das declarações de direitos, para o Estado de Direito da constitucionalidade, caracterizado pela superioridade hierárquica e normatividade das constituições. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 113-118. Luís Roberto Barroso realça, todavia, a possibilidade de oposição judicial ao cumprimento de regras ou atos administrativos posteriores contrários a norma constitucional programática (op. cit., 2006, p. 151-152). Cf. também: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 174-178.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 151-152.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 262.

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>42</sup> KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

<sup>43</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

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

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

<sup>45</sup> Não se podendo olvidar que toda norma jurídica é passível de regulamentação, de detalhamento, logo não há, a rigor – como observou argutamente Meirelles Teixeira –, norma jurídica semanticamente completa. O que denominamos completude semântica da norma é apenas a aptidão de comunicar parcela essencial do sentido e não de comunicá-lo integralmente.

<sup>46</sup> DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

## A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS

**Flávio Maria Leite Pinheiro**

*Bacharel em Direito, Professor Universitário da Universidade Federal do Ceará (UFC) e da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA)  
Procurador Autárquico Federal, Especialista em Direito Processual, em  
Direito Empresarial e em Direito Constitucional*

**RESUMO** - Breve estudo sobre o alcance da teoria dos direitos humanos, apresentando como principal intenção da pesquisa promover a correta compreensão das características técnico-jurídicas que compõe o conceito de direitos humanos.<sup>2</sup>

Palavras-chave: Direitos Humanos. Conceito. Compreensão.

### INTRODUÇÃO

A convicção de que todos os seres humanos têm o direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade é a idéia central do movimento em prol dos direitos humanos.

A dimensão internacional dos direitos humanos é um fenômeno recente na história mundial consolidando-se a partir da II Grande Guerra. A sucessão de tragédias humanas ocorridas a partir da segunda metade do século XX impõe uma conscientização permanente sobre a capacidade de destruição do ser humano. Instiga, por isso mesmo e de igual modo, uma revisão das lições do passado além de modéstia em relação ao progresso e aos avanços materiais e tecnológicos da humanidade.

Tendo como fundamental essa compreensão, buscar-se-á fazer neste trabalho um breve estudo sobre o alcance do conceito de direitos humanos, abstendo-se acerca de sua fundamentação política ou filosófica, embora sejam matérias também relevantes, mas que ensejam um debate mais aprofundado sobre o tema.

A principal intenção da pesquisa é promover a correta divulgação, das características técnico-jurídicas que compõem o conceito de direitos humanos numa abordagem voltada

principalmente para os iniciantes neste tema.

Observando-se a evolução do direito internacional público nas últimas décadas, percebe-se a aceleração do fenômeno da internacionalização de matérias como meio-ambiente, desenvolvimento sustentável, autodeterminação dos povos e dos direitos humanos, em geral.

O fluxo de assuntos, originalmente tidos como privativos do Estado, transpostos ao domínio internacional, incrementou-se grandemente. O reconhecimento da existência ou da supremacia de normas de direito internacional, imponíveis aos Estados, contribui significativamente para erodir o princípio do voluntarismo.

Contudo, somente a partir da Segunda Guerra Mundial vem sendo instaurado progressivamente o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Aliás, como bem sintetiza a emérita Professora Flávia Piovesan:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessário a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético de restaurar a lógica do razoável. (PIOVESAN, 2006, p.13)

Vislumbra-se que seu desenvolvimento histórico rompe com numerosas concepções tradicionais de direito internacional<sup>3</sup>. Afirma, a propósito, o renomado Celso Mello que:

O direito internacional dos direitos humanos pode ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelecem mecanismos para a proteção de tais direitos. (MELLO, 2001, p. 33).

## **1- O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS**

O conceito de direitos humanos pode ser definido sob dois aspectos. O primeiro trata da análise dos fundamentos



primeiros desses direitos, sendo tema de grande relevância para a filosofia, sociologia e ciência política contemporânea. O segundo aspecto é a abordagem jurídica dessa categoria de direitos que se relaciona diretamente com o conjunto de tratados, convenções e legislações cujo objeto é a definição e regulação dos mecanismos, internacionais e nacionais, garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A expressão direitos humanos pode referir-se a situações políticas, sociais e culturais que se diferenciam entre si, tendo significados diversos. Assim, o conceito de direitos humanos alcança um caráter fluido, aberto e de contínua redefinição. Neste ambiente, como é fácil perceber, cada autor encontrará a definição que julgar mais apropriada.

Para Louis Henkin (1993, p. 36), os direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo; reivindicações estas reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade.

Sob essa ótica, os direitos humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser humano, por sua própria natureza e pela dignidade que a ela é inerente.

Ademais, além dos aspectos normativos, os direitos humanos são produtos de lutas políticas e dependem de fatores históricos e sociais que refletem os valores e aspirações de cada sociedade, sendo que também requerem um ambiente propício para que sejam respeitados. Por isso, os direitos humanos devem ser examinados sistematicamente a partir de uma perspectiva interdisciplinar que considere todos os seus aspectos e não perca de vista o contexto histórico e social em que estão inseridos<sup>4</sup>.

## **2- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS**

Resultado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, a Declaração de Viena é um dos documentos

mais abrangentes adotados consensualmente pela comunidade internacional sobre o tema dos direitos humanos. Tal Conferência contribuiu decisivamente para consolidar e difundir a importância de temas de interesse internacional como os direitos humanos. Além disso, pôs fim a antigas disputas doutrinárias sobre os principais fundamentos dos direitos humanos.

De fato, os direitos humanos adquirem algumas características próprias, que os diferenciam dos demais direitos, e que ajudam a defini-los e a reconhecê-los, são eles: internacionalismo, universalidade, indivisibilidade e como direitos frente ao Estado.

## **2.1 A Universalidade e Indivisibilidade dos Direitos Humanos**

O debate sobre os fundamentos comuns dos direitos humanos encontra-se intimamente relacionado com a própria eficácia dos mecanismos garantidores do sistema de proteção desses direitos. A questão de legitimação universal dos direitos humanos deixou de ser teórica e abstrata passando a fazer parte do conjunto de fatores determinantes de sua eficácia.

Assim, a construção de uma teoria justificadora dos direitos humanos, que possa fundamentá-los e sirva para definir quais são os direitos humanos, supõe a superação da dicotomia universalismo/relativismo. A idéia central do relativismo consiste em afirmar que não existe um valor moral único que possa atender ao bem-estar de todos os seres humanos porque as particularidades culturais exercem um papel determinante na forma sob a qual os valores assegurados pelos direitos humanos irão formalizar-se.

Contudo, é preciso modificar esse entendimento por meio da identificação de argumentos racionais que possibilitem a construção dos fundamentos dos direitos humanos em torno também de valores universais, resumidas na idéia de dignidade humana. A manutenção da dignidade humana constitui o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana e garantida a realização integral da pessoa.

A marca característica da universalidade dos direitos

humanos residirá no seu conteúdo, isto é, normas gerais que se destinam a todas as pessoas como seres humanos quer sejam nacionais ou estrangeiros.

O problema da fundamentação ética dos direitos humanos está relacionado com a busca de argumentos racionais e morais que justifiquem sua pretensão de validade universal. A argumentação permite o exercício da liberdade, do confronto e do amadurecimento de idéias, em direção a uma solução jurídica que não tem a pretensão de aniquilar as diferenças culturais como afirma a corrente relativista e sim de propor uma solução razoável.

A reafirmação da universalidade dos direitos humanos constituiu uma das conquistas da Declaração de Viena ao afirmar no seu artigo 1º. que: “A natureza universal de tais direitos e liberdades não admite dúvidas”. E ainda afirma no artigo 5º. que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger todos os direitos, independentemente dos respectivos sistemas.

A indivisibilidade dos direitos humanos está relacionada com a compreensão integral desses direitos os quais não admitem fracionamentos. São os direitos econômicos, sociais e culturais que sofrem as maiores críticas relacionadas a esse respeito. Essa questão foi tratada por ocasião da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, de 1968, realizada em Teerã e também ratificada na II Conferência de Viena de 1993.

A idéia inicial durante a Conferência de Teerã era instituir um Pacto Internacional de Direitos Humanos, de natureza jurídica obrigatória, para complementar o sistema da Declaração Universal e estabelecer um mecanismo jurídico de controle internacional. Contudo, por razões políticas decorrentes da Guerra Fria, o Pacto Internacional foi dividido em dois: o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Durante a elaboração dos dois Pactos, instituiu-se então que o “grupo ocidental” enfatizava os direitos cíveis e políticos enquanto o “grupo socialista” privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais. Mais tarde, com o fim da Guerra Fria,

percebeu-se que os argumentos levantados em prol de uma ou outra “categoria” de direitos ressaltava a unidade fundamental de concepção dos direitos humanos, pois tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais ora requerem ações positivas ora negativas por parte do Estado.

De qualquer maneira, o Direito Internacional dos Direitos Humanos consagra, efetivamente, os direitos políticos, a saber, tanto o direito de votar e ser votado, quanto de ter eleições periódicas autênticas e o sufrágio universal e secreto; quanto os direitos econômicos, sociais e culturais, relacionados ao direito à moradia, à saúde, à alimentação ao desenvolvimento sustentável. Desta forma, a garantia dos direitos civis e políticos é condicionada à observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

Atualmente, o entendimento predominante é de que todos os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis, cabendo aos direitos civis e políticos importante papel na consecução do desenvolvimento. Se, por um lado, as condições estruturais têm reflexo óbvios na situação dos direitos econômicos e sociais, afetando também os direitos civis mais elementares; por outro lado, a ausência de níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico-social não é mais aceita como escusa para a inobservância de tais direitos. Assim como as deficiências econômicas deixaram de ser justificativas para as violações, também perdeu valor explicativo o relativismo cultural.

Conseqüentemente, pode-se dizer que todos os direitos humanos, nacional e internacional, constituem um complexo integral, harmônico e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si. Afinal, como proclamou a Conferência de Teerã, a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

## **2.2 Os Direitos Humanos como Direitos frente ao Estado**

Ao refletir sobre o tema direitos humanos, observa-se que é de grande relevância a lição de Buergenthal:

A derrocada dos regimes ditatoriais em muitas partes do mundo e a luta contra os que ainda permanecem no Poder encontram sua inspiração moral e sua validade jurídica e política no direito internacional contemporâneo dos direitos humanos. Este direito une a humanidade em um compromisso comum com a liberdade e a dignidade humana. E embora o mundo ainda não se tenha livrado das violações de direitos humanos brutais e em larga escala, já percorreu um longo caminho desde os dias em que Governos podiam escapar das condenações por estes atos ao alegarem que o direito internacional não os prescrevia e que, por conseguinte, tratava-se de intervenção em sua jurisdição interna por organizações internacionais e outros Governos ao condenarem tais abusos (BUERGENTHAL, *apud* CANÇADO TRINDADE, 1992, p. 72).

Geralmente, a expressão “direitos humanos” é reservada a certos direitos básicos ou elementares que são inerentes a todas as pessoas e derivam unicamente do fato de sua condição de ser humano.

Então, como saber quais são esses direitos?

De um lado, verifica-se que o conteúdo material tem como referência a dignidade inerente a todo ser humano, independentemente da controvérsia entre positivistas e jusnaturalistas. Por outro lado, esta noção substantiva também supõe um elemento formal, o qual indica as circunstâncias em que os direitos humanos adquirem relevância. Com efeito são, antes de tudo, as prerrogativas que o indivíduo tem frente ao Estado e que limitam o exercício de seu Poder.

Pode-se, então, a partir dessas premissas, definir os direitos humanos como prerrogativas que tem todo indivíduo frente aos órgãos do Poder para preservar sua dignidade como ser humano e cuja função é executar a interferência indevida do Estado em áreas específicas da vida individual e assegurar a prestação de determinados serviços por parte do Estado para satisfazer as necessidades básicas que reflitam as exigências

fundamentais de cada ser humano.

Esta definição proposta faz referência tanto ao conteúdo material quanto ao elemento formal inerentes ao conceito de direitos humanos e alude ao caráter universal desses direitos; também ressalta o caráter histórico-valorativo dos direitos humanos sugerindo que possuem um caráter aberto, fluido e dinâmico.

### **2.3 O Efeito Vertical e Horizontal dos Direitos Humanos**

Enquanto direitos inerentes a todo ser humano e de vigência universal – que o distingue de outros direitos – os direitos humanos se caracterizam por sua obrigatoriedade recair nos Estados e não em outros indivíduos. Neste sentido, a doutrina faz referência a esse fenômeno como sendo o efeito vertical dos direitos humanos. Esta característica de nenhuma maneira implica em desconhecer as repercussões que as relações com outros indivíduos têm para o gozo e exercício desses direitos – o que constitui o chamado efeito horizontal – e que também traz consigo obrigações específicas para o Estado enquanto garantidor desses mesmos direitos.

O efeito vertical também pode ser explicado da perspectiva do direito internacional, podendo-se observar uma diferença radical entre o direito internacional clássico e o direito internacional dos direitos humanos. No primeiro, as relações entre os Estados, como sujeitos desse ordenamento jurídico, são horizontais fundamentalmente. No direito internacional dos direitos humanos supõe-se uma relação desigual entre Estado e os indivíduos sob sua jurisdição que bem pode caracterizar-se como vertical.

Como parte do debate político, que considera um mundo marcado pela violência em suas variadas formas, existe uma discussão doutrinária sobre quem pode violar os direitos humanos. Os diversos instrumentos de proteção aos direitos humanos incorporam obrigações e conteúdos de naturezas diversas: alguns são suscetíveis de aplicação imediata, outros são programáticos.

Essa assertiva é fundamental para que se possa entender sobre a natureza jurídica das obrigações de direitos humanos e identificar esses direitos como de validade *erga omnes*, sendo obrigações integrais, objetivas e inderrogáveis no sentido de que são reconhecidos em relação ao Estado, mas também necessariamente em relação a outras pessoas, grupo ou instituições que poderiam impedir o seu exercício.

Além disso, o fato de os instrumentos internacionais serem direcionados principalmente para a prevenção e punição de violações de direitos humanos cometidas pelo Estado, seus agentes e órgãos, revela uma grave lacuna: a da prevenção e punição de violações de direitos humanos cometidos por particulares ou por autores não identificados.

Para Caçado Trindade (*op. cit.*), o Estado é responsável por omissão, ou seja, por não tomar as medidas positivas de proteção. Além do Estado, acredita-se que podem as organizações internacionais, as empresas multinacionais, órgãos de comunicação, os grupos guerrilheiros ou terroristas e os delinqüentes comuns em relações inter-individuais (e.g. violência doméstica) cometerem violações aos direitos humanos.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que a obrigação de respeitar/fazer respeitar ou assegurar/garantir todos os direitos humanos consagrada em alguns tratados internacionais, pode ser interpretada como o dever da devida diligência dos Estados-Partes para prevenir e evitar que os direitos de uma pessoa possam ser violados por outrem; e em caso afirmativo pressupõe-se a obrigação de punir. Desta forma, uma violação de direitos humanos por indivíduos ou grupos pode ser sancionada indiretamente, quando o Estado não cumpre seu dever de dar a devida proteção e de tomar as medidas necessárias para prevenir ou punir os responsáveis.

Em segundo lugar, a negligência na prevenção do delito e na aplicação da punição constitui uma violação das obrigações assumidas pelo Estado em matéria de direitos humanos. Tal obrigação, no caso da obrigação penal, resulta do fato de que toda pessoa tem o direito de viver sem o temor da violência criminal e deve o Estado evitar – de todos os meios possíveis –

a impunidade de tais atos.

Pode ainda o fato ilícito não acarretar inicialmente a responsabilidade internacional do Estado – por ter sido praticado por particular – mas não o exime da falta de diligência para preveni-lo e garantir uma punição de responsabilidade das instâncias judiciais nacionais. Na realidade, a determinação da responsabilidade internacional dos indivíduos ou particulares por delitos penais assim como as suas sanções é uma etapa do desenvolvimento do Direito Internacional Penal.

Por último, cabe salientar que a existência de órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos obedece à necessidade de proporcionar uma instância na qual os indivíduos possam recorrer quando seus direitos tiverem sido violados por órgãos ou agentes do Estado, porém os órgãos internacionais também estão investidos na função de supervisionar o respeito às obrigações assumidas pelo Estado nessa matéria, que implicam deveres jurídicos de tomar medidas positivas para prevenir, investigar e punir as violações dos direitos humanos.

### **3 CONCLUSÃO**

São numerosas as questões que envolvem o tema dos direitos humanos, mas não é fácil resumi-las nem comentar sobre todos os aspectos doutrinários. O importante é tê-las presentes, é ter delas consciência, a fim de que, no momento próprio, os problemas possam ser superados. É imperioso que os estudiosos trabalhem conscientes de que, nesta época em que tudo se questiona, o tema da fundamentação dos direitos humanos assume papel central na academia das ciências jurídicas.

Desse modo, é preciso operar a mudança de mentalidade e a conscientização dos estudantes e dos operadores do direito a respeito do tema ora analisado, a fim de que novos princípios e conceitos sejam aplicados, mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a uma convivência própria dos períodos mais obscuros registrados pela história.



## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- CANÇADO TRNDADE. Antônio Augusto. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. San José: IIDH, 1992.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. A contribuição de Karl Marx para o desenvolvimento da ciência do direito. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v.28, n. 28, p. 69-74, 1995.
- HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.
- MELLO. Celso D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

## NOTAS:

<sup>2</sup> Este artigo científico trata-se de um resumo na monografia classificada em 1º lugar no VI Congresso Brasileiro de Operadores e Estudantes de Direito, realizado em Fortaleza, no ano de 2008.

<sup>3</sup> “Os direitos humanos têm caráter peculiar no direito e nas relações internacionais por várias razões. Em primeiro lugar porque têm como sujeitos não os Estados, mas sim, no dizer de Noberto Bobbio, o homem e a mulher na qualidade de ‘cidadãos do mundo’. Em segundo porque, pelo menos à primeira vista, a interação dos Governos nesta área não visa a proteger interesses próprios. Em terceiro, e indubitavelmente, porque o tratamento internacional da matéria modifica a noção habitual de soberania”. ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

<sup>4</sup> Recentemente, sob a influência dos juspublicistas alemães, adotou-se a expressão direitos fundamentais para designar aqueles direitos inerentes à pessoa humana, inseridos no texto das constituições e que se encontram portanto tutelados jurídica e jurisdicionalmente pelo Estado. (GUERRA FILHO 1995, p. 69-74).

## O ESTADO DEGRADADOR E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

**Antônio Nilo Rayol Lobo Segundo**

*Promotor de Justiça (MP/CE)*

*Especialista em Direito Ambiental (ESMP/CE)*

*Mestrando em Direito Público - UFC*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Um pressuposto fundamental. 02. Considerações gerais sobre o *sursis* processual. 3. O *sursis* processual na Lei n. 9.605/98 - Lei de Crimes Ambientais. 4. A questão da competência. 5. Da concessão de *sursis* processual à pessoa jurídica de direito público. 6. Das condições gerais do *sursis* processual da Lei n. 9.099/95 e de sua aplicabilidade às pessoas jurídicas de direito público. 7. Da necessidade de aplicação do § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95. 8. Considerações finais. Referências bibliográficas.

### RESUMO

Trata-se sobre a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser beneficiada pelo instituto da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95. Estuda-se inicialmente a possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser responsabilizada criminalmente pela prática crime ambiental, para em um segundo momento verificarmos tal possibilidade especificamente em relação à pessoa jurídica de direito público. Após analisa-se os contornos gerais do *sursis* processual, as hipóteses de cabimento, os requisitos para a sua concessão e as condições a serem observadas durante o período de prova, mediante análise interpretativa dos dispositivos legais que regulamentam o benefício, com enfoque na aplicabilidade à pessoa jurídica de direito público.

**Palavras-chave:** Crime ambiental. Suspensão condicional do processo. Pessoa jurídica de direito público.

## INTRODUÇÃO

Com a previsão constitucional da responsabilização penal da pessoa jurídica, surgiram controvérsias quanto à possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público pela prática de delito ambiental, uma vez que a Constituição Federal não excepcionou a regra geral de responsabilidade penal prevista em seu art. 225, § 3º.

Não tendo havido a exclusão da responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público, os operadores do direito passaram a debater acerca da possibilidade da concessão de benefícios legais à pessoa jurídica de direito público quando esta vier a cometer crimes que comportam aplicação de tais benefícios.

Em relação aos crimes ambientais, cuja Lei n. 9.605/98 estabelece textualmente em seu art. 28 a aplicabilidade do benefício da suspensão condicional do processo aos delitos de menor potencial ofensivo ali definidos, a questão ganha contornos ainda mais controversos, em face da possível inaplicabilidade das condições do *sursis* processual à pessoa jurídica de um modo geral, e mais especificamente, à pessoa jurídica de direito público.

Com efeito, trata-se de saber da possibilidade de recebimento do benefício da suspensão condicional do processo pela pessoa jurídica de direito público responsável pela prática de delito ambiental de menor potencial ofensivo, haja vista que o legislador não cuidou de adaptar a legislação ordinária à previsão constitucional de responsabilização penal da pessoa jurídica.

A perquirição é por demais necessária, pois a negação de benefício processual previsto em lei constitui causa de nulidade absoluta do processo, por se haver ofendido direito subjetivo do réu.

Outrossim, a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público pela prática de crime ambiental de menor potencial ofensivo é hipótese perfeitamente possível de verificar-se nos trabalhos forenses, não se tratando a questão, pois, de discussão estéril, já que o potencial degradador da

atuação estatal vem constantemente causando impactos significativos na qualidade do meio ambiente.

Por outro lado, é necessário que se saiba até que ponto é possível compatibilizar o instituto da suspensão condicional do processo com a previsão constitucional de responsabilização da pessoa jurídica de direito público, de maneira a se estabelecer quais as condições passíveis de serem exigidas e quais as conseqüências do descumprimento do *sursis* por parte do ente público.

Isso porque é tarefa do operador do direito delimitar as responsabilidades decorrentes da prática de delito ambiental, de maneira a assegurar a punição penal aos causadores do dano e, principalmente, assegurar à sociedade - na qualidade de titular difusa do direito ao meio ambiente sadio - a efetiva reparação do dano ambiental mediante restituição ao *status quo ante*.

O objetivo do presente trabalho é exatamente perquirir acerca da possibilidade de concessão de *sursis* processual à pessoa jurídica de direito público que venha a praticar crime ambiental considerado por lei como de menor potencial ofensivo, procurando saber quais as condições aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, quais outras condições poderão ser especificadas pelo magistrado com base no § 2º da Lei n. 9.099/95, quais os requisitos necessários à concessão do *sursis* processual, e, finalmente, quais das condições previstas na referida Lei são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público.

## **1. UM PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL**

Busca-se no presente estudo saber-se da possibilidade - ou não - da concessão do benefício da suspensão condicional do processo à pessoa jurídica de direito público que venha a praticar delito considerado de menor potencial ofensivo à luz das Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2001.

Para que possamos perseguir a resposta ao questionamento, contudo, é necessário que aceitemos como pressuposto lógico fundamental a possibilidade de não somente

a pessoa jurídica vir a ser sujeito ativo de crime ambiental, como mais especificamente a possibilidade de a pessoa jurídica *de direito público* vir a ser responsabilizada criminalmente pela prática de delito ambiental.

Não desconhecemos, todavia, as controvérsias existentes acerca da matéria, pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência<sup>1</sup> pátrias têm posicionamentos respeitáveis no sentido de que a pessoa jurídica de direito público não pode ser responsabilizada pela prática de delito de natureza ambiental – *societas delinquere non potest*<sup>2</sup>.

Com efeito, enquanto ZAFFARONI e PIERANGELI<sup>3</sup>, REALE JUNIOR<sup>4</sup>, DOTTI<sup>5</sup> e CERNICCHIARO<sup>6</sup> - entre tantos outros – defendem a impossibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, outra leva de respeitáveis juristas sustenta a possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser sujeito ativo de delito ambiental, dentre os quais se alinham SHECAIRA<sup>7</sup>, FREITAS e FREITAS<sup>8</sup>, MACHADO<sup>9</sup> e MILARÉ<sup>10</sup>, entre tantos outros.

Entre os que entendem que a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crime ambiental, há os que entendem que somente a pessoa jurídica de direito privado poderia sê-lo, estando excluída tal possibilidade em relação à pessoa jurídica de direito público. É o pensamento de, *verbi gratia*, FREITAS e FREITAS<sup>11</sup>, e SHECAIRA<sup>12</sup>, entre outros.

Outros, por sua vez, entendem que até mesmo a pessoa jurídica de direito público pode ser sujeito ativo de delito ambiental, entre os quais pontificam MACHADO<sup>13</sup> e ROTHENBURG<sup>14</sup>.

Ocorre que, para que ingressemos no mérito da questão acerca da possibilidade de aplicação do *sursis* processual à pessoa jurídica de direito público, é necessário que aceitemos como premissa básica, primeiramente, o entendimento de que a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crime, e num segundo momento, que a pessoa jurídica *de direito público*<sup>15</sup> pode vir a praticar crime ambiental, como já foi reconhecido inclusive na conclusão 33 da Carta de São Paulo – 2001, *ipsis litteris*: “a pessoa jurídica de direito público pode ser

sujeito ativo de crime ambiental, afigurando-se mais adequada sua sujeição à pena de prestação de serviço à comunidade”<sup>16</sup>.

Entre as recomendações do XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado na cidade do Rio de Janeiro, SILVA<sup>17</sup> cita as seguintes:

“1. A conduta que suscita a imposição de sanções penais pode proceder de entidades jurídicas e públicas, bem como de pessoas físicas.

2. Os sistemas penais devem, sempre que possível, no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e de outras medidas às entidades jurídicas e públicas.”

Isto porque para que se chegue à fase processual de oferecimento da proposta de *sursis* processual ao ente público, é necessária a prévia existência de denúncia-crime oferecida pelo Ministério Público, o que pressupõe a existência das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte.

Para o nosso estudo, ganha especial relevo a questão da legitimidade da parte, mais especificamente da legitimação criminal passiva *ad causam*, pois antes do oferecimento da denúncia há de ser aquilatada em juízo de prelibação a possibilidade de a pessoa jurídica de um modo geral, e mais especificamente, de a pessoa jurídica de direito público vir a figurar no pólo passivo da ação criminal.

Em nosso socorro existe dispositivo constitucional expresso atribuindo a responsabilidade criminal à pessoa jurídica (art. 225, § 3º), bem assim diversos exemplos na legislação comparada<sup>18</sup> (v. g., legislação francesa) que admitem a sujeição da pessoa jurídica à responsabilização criminal<sup>19</sup>.

Por outro lado, não ignoramos a melhor doutrina no sentido de que a responsabilização criminal da pessoa jurídica implica necessariamente a responsabilização da pessoa física administradora (concurso necessário), com fulcro no ar. 3º da Lei n. 9.605/98, em incidência do *princípio da dupla imputação*<sup>20</sup>

ou, sob outro prisma, da *responsabilização própria indireta*<sup>21</sup>.

Assim, embora não desconhecamos as controvérsias jurídicas existentes quanto à possibilidade da prática de delito ambiental pela pessoa jurídica de direito público e a verificação do concurso necessário daí decorrente, o presente trabalho não comporta perquirições dessa natureza, por possuir objetivo diverso, relativo tão somente à possibilidade de aplicação de *sursis* processual ao ente público, o que pressupõe a prévia superação da controvérsia quanto à possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a figurar no pólo passivo de demanda criminal pela prática de delito de natureza ambiental.

## **2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O *SURSIS* PROCESSUAL**

*Sursis* é a denominação francesa original do instituto que entre nós ficou reconhecido como *suspensão condicional*, consistente na paralisação do procedimento criminal (*sursis* processual) ou do cumprimento da pena (*sursis* penal), em benefício do réu, desde que atendidos determinados requisitos e aceitas determinadas condições previstas em lei.

No nosso direito positivo, o *sursis* processual foi introduzido pela Lei n. 9.099/95, conhecida por Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em cujo art. 89 estão consignados os requisitos e as condições genéricas para a sua concessão.

A suspensão condicional do processo é proposta privativamente pelo Ministério Público, nos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei n. 9.099/95, tendo período de prova de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizem a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Uma vez aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o magistrado receberá a denúncia e suspenderá o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob a condição de: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-



lo; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização judicial; d) comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 89, § 1º, da Lei n. 9099/95).

Caso entenda pertinente, o magistrado poderá estabelecer outras condições adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (art. 89, § 2º, da Lei n. 9099/95).

A suspensão condicional será revogada obrigatoriamente se, no curso do prazo, o acusado vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano (art. 89, § 3º, da Lei n. 9099/95).

A suspensão poderá ser revogada facultativamente se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta (art. 89, § 4º, da Lei n. 9099/95).

Decorrido o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, independentemente do cumprimento das condições impostas<sup>22</sup> (art. 89, § 5º, da Lei n. 9099/95).

Providência necessária foi tomada pelo legislador, ao estabelecer que a prescrição não correrá durante o prazo de suspensão do processo (art. 89, § 6º, da Lei n. 9099/95).

Se o acusado não aceitar a proposta de suspensão condicional do processo, o feito prosseguirá em seus ulteriores termos, até decisão judicial final.

É o *sursis* instituto despenalizador, que tem por objetivo evitar a imposição de pena privativa de liberdade aos acusados por delitos de médio potencial ofensivo, assim entendidos aqueles cuja pena mínima não ultrapassa um ano<sup>23</sup>.

Fundamenta-se no senso de disciplina do acusado, buscando evitar com a sua colaboração os transtornos decorrentes de persecução criminal e eventual condenação.

É instituto jurídico moderno, de índole transaccional, pois assentado na manifestação de vontade do acusado em se submeter às condições que lhe forem apresentadas.

É instituto jurídico de caráter pessoal, em regra, sendo que de acordo com as condições adquire caráter

personalíssimo, como é o caso do comparecimento mensal em juízo. Algumas condições, contudo, possuem caráter impessoal, como é o caso da reparação do dano, eis que o legislador impôs tal condição tendo em conta o benefício da vítima, independentemente de que o patrimônio a suportar a reparação seja efetivamente o do sujeito ativo do delito.

### **3. O Sursis Processual na Lei n. 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais**

A possibilidade de suspensão condicional do processo criminal pela prática do delito ambiental já estaria abrangida pelo disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, mas o legislador ambiental entendeu por bem em mencionar expressamente no art. 28 da Lei n. 9.605/98 a aplicação do referidos benefícios aos delitos de menor potencial ofensivos nela previstos, com algumas modificações.

As modificações são por demais pertinentes, pois o caráter técnico do direito ambiental demanda providências na seara criminal diversas das existentes de maneira geral, uma vez que o objetivo principal da concessão do *sursis* processual ao infrator ambiental é propiciar a efetiva reparação do dano causado pela conduta delituosa.

Com efeito, a privação da liberdade ou aplicação de outra sanção penal ao degradador em nada contribuiria à reparação do dano causado, pelo contrário, torná-la-ia mais dificultosa, de molde que o legislador criou mecanismo de responsabilização criminal com nítido propósito de reparação do dano, vale dizer, o direito penal ambiental positivado na Lei dos Crimes Ambientais tem por escopo muito mais proteger a vítima (*in casu*, a sociedade, titular difusa do meio ambiente sadio) que propriamente punir o agressor por sua conduta.

De maneira que a quase totalidade dos delitos previstos na Lei n. 9.605/98 permite a concessão em tese do benefício da suspensão condicional do processo, como bem acentua LECEY<sup>24</sup>:

“Assim, a grande maioria, na verdade quase a totalidade (apenas um delito está excluído – o art. 41 – incêndio doloso em mata ou floresta com penas de reclusão de 2 a 4 anos e multa) das infrações contra o meio ambiente tipificadas na Lei 9.605/98 são abrangidas pela Lei dos Juizados Especiais, seja por serem infrações de menor potencial ofensivo, na sistemática de tal lei especial, com aplicação de suas regras amplamente, inclusive quanto ao procedimento, seja por admitirem a suspensão do processo introduzida pela Lei 9.099/98 (art. 89).” (sic)

Sob esse *prima*, o legislador previu no art. 28 da Lei dos Crimes Ambientais a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo, mas não sem ter o cuidado de fazer as modificações exigidas pelas peculiaridades da matéria.

Com efeito, ficou consignado que as disposições do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 aplicar-se-iam aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com modificações (art. 28, *caput*, da Lei n. 9.605/98).

Assim, para que haja a declaração de extinção de punibilidade pelo transcurso do período de prova, é necessária a realização de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada sempre a impossibilidade de ser feita tal reparação (art. 28, I).

Caso o laudo de constatação comprove não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo de quatro anos, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição (art. 28, II).

Durante e apenas durante o período de prorrogação, não se aplicarão as condições de não freqüentar determinados lugares, de não se ausentar da comarca sem autorização e de comparecimento mensal em juízo, restando como única condição a ser cumprida a reparação efetiva e cabal do dano ambiental (art. 28, III).

Expirado o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo de cinco anos (art. 28, IV).

Decorridos cinco anos de suspensão do processo e do prazo prescricional, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano (art. 28, V).

Resumindo o que foi dito, MONTEIRO e ZAGO<sup>25</sup> pontificam:

“Também é possível suspender o processo de forma a permitir a reparação do dano causado, salvo se referido dano for considerado irreparável. A suspensão do processo poderá ser prorrogada por um prazo máximo de quatro anos, acrescidos de mais um ano, havendo suspensão do prazo de prescrição. Entretanto, a extinção da punibilidade está condicionada à prévia reparação do dano ambiental a qual será verificada através de um laudo de constatação.”

Decorrido o prazo máximo, e não tendo havido a reparação por parte do acusado, embora tivesse a possibilidade de fazê-lo, a extinção da punibilidade dar-se-á tão-somente após o decurso do prazo prescricional da pena considerada *in abstracto*.

Analisando as modificações feitas pelo legislador, constata-se que a suspensão condicional do processo em matéria ambiental possui contornos próprios que se coadunam com o propósito do legislador de privilegiar a reparação do dano ambiental em detrimento da mera responsabilização criminal do degradador. Concluímos com WERNER<sup>26</sup>:

“O objetivo maior a ser perseguido durante o período

de suspensão é, sem sombra de dúvida, a composição do dano ambiental. Para tanto, a lei de crimes ambientais condiciona a extinção da punibilidade a um laudo de constatação do dano ambiental, ressalvada sempre a impossibilidade de repará-lo.”

#### **4. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA**

Interessante questão que se coloca ao aplicador da lei diz respeito à competência para processamento e julgamento dos delitos cometidos pela pessoa jurídica, e, por conseguinte, para a propositura dos benefícios despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95.

A nosso sentir, porém, a problemática é meramente aparente, pois a dicção do art. 8º da Lei n. 9.099/95<sup>27</sup> aplica-se tão-somente às causas cíveis de menor complexidade, excluída a vedação relativamente aos delitos de menor potencial ofensivo praticados por pessoas jurídicas.

Tal conclusão decorre não só da técnica legislativa adotada, uma vez que o art. 8º está situado na Seção III – Das partes, do Capítulo II – Dos Juizados Especiais Cíveis, da Lei n. 9.099/95, bem como da própria interpretação sistemática do referido dispositivo.

Com efeito, o art. 8º excluiu da competência do Juizado Especial o processo em que, *v. g.*, o preso seja parte, mas é por demais evidente que a vedação não se aplica ao âmbito criminal dos juizados, pois é cediço – e até mesmo recorrente – que o preso deverá ser processado criminalmente no Juizado Especial pela prática de delito de menor potencial ofensivo.

De modo que a única diferenciação de competência que vislumbramos possível refere-se às causas criminais em que sejam réis, co-réis ou partícipes a União, autarquia ou empresa pública federal, em que o feito tramitará perante o Juizado Especial Federal<sup>28</sup> por força do art. 109, I, da Constituição Federal.

Assim, a responsabilização do sujeito ativo pela

prática de crime ambiental é competência absoluta do juizado especial criminal, à exceção do delito previsto no art. 41 da Lei n. 9.605/98, inclusive se o autor do fato for pessoa jurídica de direito privado e até mesmo de direito público, desde que admitida como pressuposto a possibilidade de virem a delinquir.

## **5. DA CONCESSÃO DE *SURSIS* PROCESSUAL À PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO RESPONSÁVEL POR CRIME AMBIENTAL**

Superadas essas considerações preliminares e introdutórias, é momento de se perquirir acerca da possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a ser beneficiária do instituto do *sursis* processual previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, com as alterações contidas no art. 28 da Lei n. 9.605/98.

Em princípio, caso se admita a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a figurar no pólo passivo de demanda criminal, é natural que se lhe sejam concedidos os benefícios despenalizadores da Justiça Consensual<sup>29</sup>, sob pena de violação a direito subjetivo da Ré, no caso a pessoa jurídica pública.

Ocorre que o problema não comporta solução simplista, pois se verá que algumas das condições previstas em lei para a concessão do *sursis* processual são inaplicáveis às pessoas jurídicas de um modo geral, ao passo que outras são especificamente inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, pelas próprias peculiaridades decorrentes de sua natureza jurídica.

A dificuldade é agravada em função de o legislador ambiental brasileiro não haver tido o cuidado que houve em outras legislações alienígenas, em que a responsabilização penal da pessoa jurídica veio acompanhada de modificações na legislação material e processual com o intuito de fazer as necessárias adaptações à vista das particularidades dos entes morais<sup>30</sup>.

Nesse tocante, bastante pertinente é a crítica formulada por Luiz Regis Prado, citado por WERNER<sup>31</sup>:

“Em França, tomou-se o cuidado de adaptar-se de modo expresse essa espécie de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional. A denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/92) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes como (*sic*) novo Código Penal, contendo inclusive disposições de processo penal, no intuito de uma harmonização processual, particularmente necessária com a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica... Ora bem, em nosso país deu-se exatamente o oposto, visto que o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo instituí-las completamente. Isso significa não ser ela passível de aplicação concreta e imediata, pois lhe faltam instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tal desiderato...”

Ocorre que, conquanto o legislador brasileiro não tenha tido o cuidado devido, dificultando sobremaneira o trabalho do intérprete, tal não escusa o aplicador da lei de torná-la efetiva, buscando interpretação teleológica compatível com as finalidades perseguidas pelo legislador ambiental e fazendo a necessária integração normativa do ordenamento<sup>32</sup>. É essa a sugestão de MILARE<sup>33</sup>:

“Portanto, não cabe mais, diante da expressa determinação legal, entrar no mérito da velha polêmica sobre a pertinência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Melhor será exercitar e buscar os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador.”

Isso porque compete ao intérprete buscar solução que atribua a maior *força normativa* possível à Constituição, construindo solução hermenêutica que possibilite a

implementação da vontade constitucional de responsabilização das pessoas jurídicas.

Trata-se, pois, de interpretar a Lei n. 9.099/95 de uma maneira construtiva, procurando dar ao art. 225, § 3º da Constituição a maior efetividade possível, de maneira que deve ser buscada uma interpretação que adapte as condições do *sursis* processual às particularidades das pessoas jurídicas, em especial das pessoas jurídicas de direito público.

## **6. DAS CONDIÇÕES GERAIS DO *SURSIS* PROCESSUAL DA LEI N. 9.099/95 E DE SUA APLICABILIDADE ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO**

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 estabelece a possibilidade de concessão de *sursis* aos autores de crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano<sup>34</sup>, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Cumprir ressaltar inicialmente que para a concessão do benefício em comento é necessário que o órgão do Ministério Público, quando do oferecimento da proposta, e o magistrado, quando de sua apresentação ao acusado, aquilatem acerca do preenchimento por parte da pessoa jurídica dos requisitos subjetivos previstos na parte final do referido dispositivo legal.

Naturalmente, a análise dos requisitos do art. 77 do Código Penal, relativamente às pessoas jurídicas, há de ser feita de maneira diversa da que é feita quanto às pessoas físicas.

Com efeito, na valoração da conduta da pessoa jurídica, o magistrado deve ter em conta uma moral do ente coletivo, diversa da moral individual, levando em consideração, *mutatis mutandis*, os balizamentos do art. 77 do Código Penal.

Assim, para aquilatar a possibilidade de concessão do benefício, o magistrado deve ter em conta os antecedentes ambientais, como lavratura de autos de infrações administrativas, cumprimento – ou não – de termos de compromisso de ajustamento de conduta celebrados etc., bem assim a



preocupação que a pessoa jurídica tem pela defesa do meio ambiente, através da verificação de atividades positivas no sentido de tutela do meio ambiente por parte do ente público, buscando-se aferir o seu grau de comprometimento com a causa ambiental.

Os motivos e circunstâncias do delito dizem respeito aos objetivos perseguidos pelo ente público com a prática do ato e as conseqüências condicionantes da sua realização, bem assim a extensão do dano causado e as medidas tomadas para evitá-lo ou minorar os seus efeitos.

Atento a essa dificuldade, o legislador ambiental fixou no art. 6º da Lei n. 9.605/98 os balizamentos para a fixação da pena, critérios estes que podem ser perfeitamente utilizados para aquilatação da possibilidade da concessão do *sursis* processual: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Tais critérios são perfeitamente verificáveis em relação à pessoa jurídica, inclusive de direito público, de modo que para a concessão do *sursis* processual o aplicador da lei deve ter em consideração os balizamentos previstos no art. 6º da Lei n. 9.605/98.

O § 1º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 estabelece que, aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Aqui mais precisamente começa a dificuldade do intérprete e do aplicador da lei quando se trata de pessoa jurídica responsável pela prática de delito ambiental.

Na sistemática do *sursis* ambiental, a reparação do

dano não é propriamente condição para a concessão do benefício, mas pressuposto para a extinção da punibilidade do agente.

De qualquer modo, é fato que a pessoa jurídica de direito público beneficiada pela concessão da suspensão condicional do processo deverá proceder à reparação do dano ambiental causado, sob pena de, em não o fazendo, restar obstada a declaração de extinção da punibilidade.

Relativamente à impossibilidade de reparação do dano, o melhor posicionamento é no sentido de que tal não se verifica em relação à pessoa jurídica de direito público, pois existe sempre a possibilidade da conversão da obrigação em perdas e danos a serem indenizados pelo ente público.

Com efeito, a reparação do dano pode se dar mediante recomposição do meio ambiente degradado ao *status quo ante*, ou, em caso de impossibilidade física, mediante indenização de perdas e danos. Nesse sentido, LECEY<sup>35</sup>:

“A reparação já era condição à extinção da punibilidade na Lei n. 9.099/95. Agora é exigível laudo de constatação da reparação do dano (vejam-se incisos do art. 28, Lei 9.605/98). Excepcionada a impossibilidade que há de ser entendida não como a irreversibilidade do dano, já que sempre será possível reparação pela indenização do dano ambiental. Dever-se-á entender como a impossibilidade de o autor do fato ter condições econômicas de fazê-lo.”

Assim, apenas a ausência absoluta de condições financeiras poderia justificar a impossibilidade de reparação do dano ambiental, o que, entretanto, não se verifica em regra em relação aos entes públicos, pois se fosse aceita a idéia de que não teria condições de arcar com o montante dos prejuízos causados, estar-se-ia admitindo a falência do Estado.

Em regra, pois, a extinção da punibilidade da pessoa jurídica de direito público não poderia se fundamentar na

impossibilidade de reparação do dano ambiental causado.

A condição consistente na proibição de freqüentar determinados lugares é absolutamente inaplicável à pessoa jurídica de direito público, pois é fato que não possui capacidade de locomoção.

Relativamente à pessoa jurídica de direito privado, todavia, a condição pode ser aplicável em alguns casos, como, por exemplo, aos entes ambulantes (v. g., circos).

A condição consistente na proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz, também é aplicável, somente em alguns casos, às pessoas jurídicas de direito privado, como no exemplo supracitado das entidades ambulantes, restando inaplicável no plano fático às pessoas jurídicas de direito público.

Pelas mesmas razões supra-expendidas, o comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades é inaplicável às pessoas jurídicas de direito público, podendo ser aplicável apenas em alguns casos às pessoas jurídicas de direito privado.

Poder-se-ia argumentar, todavia, que o comparecimento da pessoa jurídica de direito público dar-se-ia mediante o comparecimento do administrador público responsável.

Ocorre que tal não é possível, não só porque implicaria em ofensa ao princípio da personalidade da pena, pois a pessoa jurídica de direito público não se confunde com a pessoa física do administrador, como também porque, em caso de mudança do gestor do ente público, o descumprimento da condição por parte do gestor anterior implicaria a revogação do benefício, em prejuízo da pessoa jurídica pública e de seu atual gestor.

Em arremate, podemos afirmar que, das condições previstas na Lei n. 9.099/95 para a concessão do *sursis* processual, a única aplicável às pessoas jurídicas de direito público é aquela consistente na reparação do dano, com a observação de que somente em casos excepcionais deve ser extinta a sua punibilidade sob o pálio da impossibilidade da

reparação do dano, eis que sempre presente a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos.

Por sua vez, o *caput* do art. 28 da Lei dos Crimes Ambientais determina a aplicação da suspensão condicional do processo aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo nela previstos, com algumas alterações que visam garantir a reparação do dano ambiental causado, sem a necessidade do ajuizamento da ação civil correspondente.

De maneira que a reparação do dano ambiental causado não é propriamente requisito para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo (o que se verifica, todavia, para a concessão da transação penal, conforme art. 27 da Lei n. 9.605/98<sup>36</sup>), mas condição para a declaração de extinção da punibilidade do delinqüente ambiental, salvo impossibilidade de fazê-lo.

A Lei de Crimes Ambientais não especificou novas condições para a concessão da suspensão do processo; apenas impôs a tomada de providências no intuito de buscar a efetiva reparação do dano ambiental causado, com influência na declaração de extinção da punibilidade do agente degradador.

Tais providências são sintetizadas satisfatoriamente por AZEVEDO<sup>37</sup>:

“Pois bem. De acordo com art. 28 da lei em comento, a suspensão condicional do processo, *apenas em relação às infrações ambientais de menor potencial ofensivo*, submete-se a algumas modificações:

I. O cumprimento das condições transacionadas só permitirá a extinção da punibilidade se houver ‘laudo de constatação de reparação do dano ambiental’. Sem tal perícia o réu não terá extinta a punibilidade, pelo cumprimento das condições. Vê-se, pois que a prova da reparação só pode ser feita de uma maneira, vedados outros meios, talvez até menos onerosos. Por óbvio, se o autor do fato ou réu estiver impossibilitado de cumprir o avençado, não ficará vedada a declaração de extinção da punibilidade.

II. Se o laudo for negativo, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o máximo previsto na lei 9.099/95 (4 anos), acrescido de mais um ano, mantida a suspensão da prescrição.

III. Durante esse período de prorrogação a única condição a ser cumprida pelo réu será a reparação efetiva e cabal do dano ambiental.

IV. Por fim, esgotado o período de suspensão e não reparado integralmente o dano, poderá o réu comprovar que tomou as providências necessárias, a seu alcance. Diante de sua justificativa, poderá o juiz decretar a extinção da punibilidade”

Merece realce a aparente injustiça decorrente do fato de que a aceitação de suspensão condicional do processo não implica confissão de culpa, mas o beneficiário fica obrigado à reparação do dano ambiental causado.

Tal não ocorre, contudo, pois a responsabilidade pela reparação do dano ambiental é de ordem objetiva, como previsto no § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 - Lei de Política Nacional do Meio Ambiente<sup>38</sup>, bastando que se comprove a conduta do autor e o nexos causal entre a conduta e o dano para que surja a obrigação de reparar.

Ora, para que seja ofertada a denúncia e, conseqüentemente, para que seja apresentada a proposta de suspensão condicional do processo, é necessário que existam indícios de autoria da prática delituosa causadora de dano ao meio ambiente, de maneira que tais indícios de autoria autorizem seja condicionada extinção da punibilidade à efetiva reparação do dano causado, o que, outrossim, seria obrigação do autor independentemente de culpa.

Sobre o assunto, interessantes as colocações de LECEY<sup>39</sup> a respeito da reparação do dano como condição da transação penal, pois aplicáveis perfeitamente à reparação do dano em sede de *sursis* processual:

“Na Lei dos Juizados Especiais a composição do dano não é condição para a transação. Na Lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente, o é. Há quem aponte ‘perversidade’ em tal exigência de reparação do dano, independentemente de culpa do autor do fato.

Todavia, como destaca o parágrafo 1º do artigo 14 da Lei n. 6938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) está prevista a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente. Dita responsabilidade independe de culpa, sendo irrelevantes o licenciamento da atividade, o cumprimento de padrões e até a ocorrência de fortuito. Ou seja, basta a conduta e o nexo causal com o dano ao meio ambiente para haver a responsabilização pela reparação. Daí, não perversa a exigência de prévia composição do dano à transação penal, já que responsável objetivamente é o autor do fato, no âmbito cível”

De maneira que as condições da suspensão do processo pela prática de delito ambiental são as mesmas previstas para os delitos de menor potencial ofensivo de um modo geral, havendo diferenciação apenas quanto ao prazo do período de prova e à declaração de extinção da punibilidade do agente.

A inovação da legislação especializada reside, propriamente, no direcionamento do processo para o fim de propiciar a efetiva reparação do dano ambiental causado, no próprio juízo criminal, sem a necessidade de interposição de ação de natureza cível.

Ocorre que a imposição ao ente público apenas da obrigação de reparar o dano ambiental esvazia por completo a responsabilização criminal, já que a providência é decorrência natural da responsabilidade civil já estabelecida no ordenamento jurídico.

Assim, compete ao intérprete buscar extrair da lei a imposição de condições outras que fortaleçam o cumprimento da obrigação de reparar o dano, já que a Constituição Federal

exigiu a responsabilização penal da pessoa jurídica degradadora, inclusive dos entes públicos.

## **7. DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO § 2º DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95**

Importante instrumento para tornar efetiva a responsabilização criminal da pessoa jurídica está especificado no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, que permite ao magistrado especificar outras condições a serem cumpridas durante o período da suspensão condicional do processo, com implicações diretas na declaração de extinção da punibilidade do agente.

Com efeito, o descumprimento das condições especificadas com supedâneo no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 é fundamento suficiente para a revogação facultativa do benefício com fulcro no § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, obstando a continuidade do período de prova e determinando a continuação do processo criminal até então suspenso.

As condições específicas assumem, assim, importância preponderante na responsabilização da pessoa jurídica de direito público, uma vez que, como vimos, à exceção da reparação do dano, as demais condições previstas no art. 89 da Lei n. 9.099/95 são absolutamente inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, em face de suas peculiaridades.

Interessante sugestão é colocada por LECEY<sup>40</sup>, no sentido de cumular como condição para a suspensão do processo a adoção de medidas e até mesmo o estabelecimento de penas a serem cumpridas pelo causador do dano, como a prestação de serviços à comunidade:

“Forte na finalidade precípua de tutela do meio ambiente, recomenda-se incluir no rol das condições da suspensão do processo medidas de valia ao meio ambiente como são as elencadas na lei ambiental como prestação de serviços à comunidade e já destacadas quando da abordagem da transação. Observa-se que na suspensão do processo não é

admissível crítica que vem sendo feita de no sursis se incluir uma pena substitutiva, como a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana. Isso porque o não cumprimento da condição leva à revogação do sursis e à execução da pena privativa de liberdade. Todavia, tal não se passaria na suspensão do processo, como destacam Ada Grinover e co-autores. Ou seja, acaso não cumprida a condição na suspensão do processo, não haveria execução da pena, sendo que apenas prosseguiria o processo até então suspenso.”

A jurisprudência pátria – inclusive do Superior Tribunal de Justiça - já acolheu o entendimento de que é possível especificar-se como condição para o recebimento do benefício da suspensão condicional do processo o cumprimento de “penalidade”<sup>41</sup>, sem que tal implique violação ao devido processo legal ou a qualquer outro direito subjetivo do réu:

“SUSPENSÃO DO PROCESSO – NÃO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – O não cumprimento das condições impostas (prestação de serviços à comunidade, submissão a tratamento psicológico, comparecimento mensal à Comarca, não frequentar bares ou similares e não se ausentar da Comarca sem autorização) pelo magistrado por ocasião da suspensão condicional do processo acarreta, consoante preceitua o art. 89, § 4º, da Lei 9.099/95, a revogação do benefício com o conseqüente prosseguimento da ação penal. – Ordem denegada.”<sup>42</sup>

“PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – Réu acusado de praticar o crime tipificado no art. 10, caput, da lei 9437/97. Suspensão condicional do processo homologada com exclusão da condição consistente na prestação de serviços à comunidade.



Recurso ministerial. A prestação de serviços à comunidade, que já era prevista como pena substitutiva (art. 44 do CP), como condição do *sursis* (art. 98 do CP) e pena alternativa a ser aplicada mediante transação (art. 76 da lei 9.099/95), pode ser imposta como condição do *sursis* processual, porquanto uma mesma obrigação pode cumprir diferentes funções no ordenamento, ora assumindo o caráter de pena, cujo descumprimento pode ensejar a conversão em prisão, ora revelando-se como mera condição, cuja inobservância tem conseqüência bem menos grave. Apelo improvido.”<sup>43</sup>

É exatamente nessa possibilidade já reconhecida jurisprudencialmente de aplicação de “penalidade” como condição do *sursis* processual com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 que reside, a nosso ver, a compatibilização do instituto da suspensão condicional do processo com a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público, haja vista a inaplicabilidade das condições gerais do art. 89 aos entes públicos.

Assim, a concessão da suspensão do processo às pessoas jurídicas de direito público pode ser condicionada ao cumprimento de “penalidade” prevista no ordenamento jurídico.

Releva acentuar que a “penalidade” a ser inserida como condição da suspensão condicional do processo em relação à pessoa jurídica de direito público não deve se revestir de caráter punitivo, sob pena de agravar ainda mais a situação da coletividade já agredida em seu direito ao meio ambiente sadio, pois é fato que arcará, em última instância, com os ônus decorrentes da condição apresentada ao ente público.

Ora, o que o legislador buscou ao introduzir modificações na sistemática do *sursis* processual ambiental foi propiciar a efetiva reparação do dano ambiental no próprio juízo criminal, e não punir a pessoa jurídica mediante imposição de condição gravosa de caráter meramente punitivo.

É evidente que algumas condições possuirão caráter

dúplice, de pena e medida de reparação do dano, mas na condição a ser especificada deve prevalecer o intuito de reparação do dano ambiental em detrimento do caráter meramente punitivo.

Surge, então, outra dificuldade: verificar quais as penalidades aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público podem ser postas como condição do *sursis*, pois veremos que a maior parte delas não comporta aplicação aos entes públicos, seja em razão de suas próprias peculiaridades, seja por implicarem a aplicação de medida de caráter precipuamente punitivo.

Com efeito, as penas aplicáveis às pessoas jurídicas estão previstas no art. 21 da Lei dos Crimes Ambientais: a) multa; b) restritivas de direitos; e c) prestação de serviços à comunidade.

As penas restritivas de direitos consistem, por sua vez, em suspensão parcial ou total de atividades (art. 22, inciso I e § 1º), interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (art. 22, inciso II e § 2º) e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22, inciso III e § 3º).

Já a prestação de serviços à comunidade consiste em custear programas de projetos ambientais (art. 23, inciso I), executar obras de recuperação de áreas degradadas (art. 23, inciso II), manter espaços públicos (art. 23, inciso III) e contribuir a entidades ambientais ou culturais públicas (art. 23, inciso IV).

A pena mais grave é a decretação da liquidação forçada da pessoa jurídica que permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 24).

Passemos a analisar a aplicabilidade dessas penalidades aos entes dotados de personalidade jurídica de direito público.

A liquidação forçada não requer maiores considerações, pois a sua aplicação à pessoa jurídica de direito público implicaria em abolição do próprio Estado e negação

absoluta do direito posto.

O pagamento de multa como condição para o recebimento do *sursis* processual é perfeitamente aplicável ao ente público, mas é necessário notar que não se trata em absoluto de estimativa pecuniária do valor do dano ambiental causado, pois tal somente será possível com exatidão depois da perícia técnica referida no art. 19 da Lei n. 9.605/98<sup>44</sup>.

Assim, muito embora o valor da multa aplicada em sede de suspensão do processo deva ser deduzido do montante de eventual indenização dos danos ambientais causados, é fato que se torna particularmente difícil a sua fixação em face da ausência de parâmetros apriorísticos para aquilatação da gravidade e extensão dos danos ambientais.

Sob outra perspectiva, a aplicação de multa ao ente público implicará na prevalência do caráter punitivo em detrimento do intuito de reparação do dano, uma vez que a multa penal será revertida em favor do Fundo Penitenciário Nacional, sem qualquer vinculação específica com a finalidade ambiental, já que o art. 73 da Lei n. 9.605/98<sup>45</sup> refere-se apenas às multas de caráter administrativo.

O cumprimento de pena restritiva de direito consistente na suspensão total ou parcial de atividades também pode ser apresentado como condição para o recebimento do *sursis* processual pela pessoa jurídica de direito público, desde que não implique em paralisação ou descontinuidade da prestação de serviços públicos necessários ou essenciais, devendo-se limitar a atingir a obra ou atividade pública geradora do dano ambiental, donde confundir-se em particular com a interdição temporária de que trata o inciso II do art. 22 da Lei Ambiental.

Sob esse prisma, caso aceite a proposta, o ente público estará tão-somente reconhecendo em sede de Justiça Consensual providência que de qualquer modo poderia ser obtida mediante ajuizamento de ação civil pública, em nítida homenagem ao propósito do legislador de procurar reparar o dano ambiental no próprio juízo criminal, sem a necessidade de aforamento de outras demandas.

Por outro lado, em alguns casos será possível a aplicação da proibição de contratar com o Poder Público como condição para o *sursis* processual, relativamente aos repasses decorrentes de negócios jurídicos – *v.g.*, convênios - como nos relata SILVA<sup>46</sup> :

“Do contrário, há sanções que são plenamente aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, como ocorre com a pena de proibição de contratar com o Poder Público, nas hipóteses, ressaltadas por Walter Claudius Rothenburg, onde ocorressem a ‘proibição de um Município firmar determinados contratos com o Estado-membro, a União e demais pessoas jurídicas de direito público destes’, e ‘a proibição de uma autarquia federal – uma Universidade que tenha violado a legislação sobre engenharia genética – receber incentivos estaduais ou municipais.”

Ocorre que condicionar a concessão da suspensão condicional do processo à proibição de o ente público contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, é providência de temerária aplicação prática, não apenas especificamente em relação ao recebimento dos repasses financeiros expressamente previstos na Constituição Federal, face ao caráter de irrenunciabilidade, mas ainda relativamente aos repasses oriundos de negócios jurídicos (*v.g.*, convênios), pois implicaria em dano ainda maior à coletividade já lesada em seu direito ao meio ambiente sadio.

Particularmente no tocante à inconveniência da aplicação de tal condição estamos, pois, com WERNER<sup>47</sup> :

“Aqui, estamos diante de uma das críticas mais coerentes contra a aplicação da pena para as pessoas jurídicas de direito público, pois, em regra, quem acaba sofrendo e o cidadão, o contribuinte. O exemplo mais claro é o pagamento da multa, que

terá seu valor retirado do erário. Não podemos aventar a hipótese de aplicação de penas restritivas de direito, com a suspensão de atividades, interdição temporária de estabelecimento, sancionando mais uma vez a população. O mesmo raciocínio deve ser usado para a hipótese de proibição de contratar com o Poder Público.

A finalidade da pena é retributiva e preventiva. Retributiva ao impor uma mal a quem viola a norma e preventiva por evitar que outras pessoas cometam o crime, servindo como exemplo aos demais cidadãos. Aplicar a pena contra o ente público não alcança nenhuma das finalidades, pelo contrário, a privação do bem jurídico atinge a coletividade, que já fora uma vez prejudicada pela lesão ao meio ambiente e, depois, pela aplicação da pena contra a pessoa moral.”

Assim, a prestação de serviços à comunidade é, a nosso ver, a condição mais apropriada a ser ofertada para a concessão da suspensão condicional do processo, pois consiste em custear programas de projetos ambientais, executar obras de recuperação de áreas degradadas, manter espaços públicos e contribuir a entidades ambientais ou culturais públicas, donde se coadunar perfeitamente com os objetivos perseguidos pelo legislador ambiental por não possuir caráter eminentemente punitivo, pois se reveste em benefício concreto para a coletividade violada em seu direito.

Um argumento que se coloca contrariamente à possibilidade de aplicação da condição de prestação de serviços públicos à comunidade por parte da pessoa jurídica de direito público é o fato de que a razão de ser do ente público é exatamente atender ao interesse público mediante prestação de serviços de interesse geral<sup>48</sup>.

O argumento é bom, mas ainda assim é possível sustentar-se a aplicação da condição em comento quando da suspensão do processo, pois implica em concretizar por

intermédio de atos concretos o interesse público genérico, de maneira a direcionar a realização da política pública de valorização do meio ambiente violado pela conduta indevida do ente público.

Ora, é claro que o interesse público sempre deve ser perseguido pela pessoa jurídica de direito público, pois é essa a razão de sua existência.

Ocorre que isso nem sempre se verifica, pois se vier a praticar crime ambiental, é patente que a pessoa jurídica de direito público desviou-se da tarefa de concretizar o interesse público, razão pela qual se justifica plenamente a atividade jurisdicional no sentido de corrigir o desvio de conduta, condicionando o recebimento do *sursis* à efetiva consecução do interesse público mediante prestação de serviços públicos específicos à coletividade.

Poder-se-ia alegar, ainda, que o Estado não pode impor condições a si mesmo<sup>49</sup>. A objeção, todavia, é falaciosa, pois a idéia de o Estado-Juiz aplicar penalidade ao Estado-Administração é perfeitamente aceita pela Ciência do Direito, sendo esta possibilidade um dos fundamentos da tripartição fictícia dos poderes estatais. Refutando o argumento, vejamos SILVA<sup>50</sup>:

“Muito se assemelha o fundamento esboçado por Shecaira, àquele expandido pelos autores Guilherme Purvin e Solange Teles, quando se referiam à irresponsabilidade do Estado em virtude do caráter estigmatizante da sanção penal, sendo certo que o argumento de que o Estado não se pode auto sancionar será rebatido pela demonstração das formas de sanção existentes em outros ramos do direito, como o direito civil e o direito administrativo, passíveis de serem aplicadas ao Estado, pelo próprio Estado. Ademais, não configura nada de extraordinário no cotidiano do direito a sua criação pelo Estado-legislador, que também define as sanções inerentes à sua violação, as quais podem

ser aplicadas pelo Estado-juiz, em face do Estado-administrador, quando este cometer alguma infração”

Em matéria ambiental não é diferente, pois ao Judiciário é lícito aplicar sanção ao Executivo, inclusive de natureza criminal, quando o ilícito é proveniente de ato do próprio ente público.

Doutra banda, não se objete que o direcionamento da política pública de meio ambiente mediante condições estabelecidas judicialmente implicariam em cerceamento à discricionariedade do administrador, já que a jurisprudência vem reconhecendo que o Judiciário pode – e deve – fazer concretizar a vontade do Constituinte mediante imposição de posturas ativas ao Estado<sup>51</sup>.

Finalmente, salutar mencionar que a lei é clara ao estabelecer que o descumprimento das condições da suspensão condicional do processo poderá gerar a revogação obrigatória ou facultativa do benefício (art. 89, §§ 2º e 3º, Lei n. 9.099/95).

Ocorre que, como vimos, as condições aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público somente podem ser aquelas especificadas com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, de maneira que o eventual descumprimento autoriza tão-somente a revogação facultativa do benefício como prevê o § 4º da Lei.

Ao contrário do que possa parecer inicialmente, é extremamente vantajoso que a revogação do benefício concedido à pessoa jurídica de direito público seja facultativa, pois permite ao juiz considerar os motivos que ensejaram o descumprimento, sem ficar adstrito à revogação obrigatória prevista no § 3º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, valorando acerca da conveniência social da manutenção do benefício, ou, por outro lado, de sua revogação.

O que se pretende deixar assentado é que a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público pressupõe que o magistrado lance mão da possibilidade prevista no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Assim, no tocante à criminalidade ambiental dos

entes públicos, a especificação de outras condições que não as previstas expressamente na lei é imposição lógica decorrente da obrigação constitucional de propiciar garantia efetiva ao bem jurídico-ambiental, de modo que o não-estabelecimento de condições especiais implica frustração da vontade constitucional.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto, pudemos constatar ser possível a concessão do benefício da suspensão condicional do processo à pessoa jurídica de direito público responsável pela prática de delito ambiental considerado por lei como de menor potencial ofensivo.

Para tanto, é necessário que se supere inicialmente a controvérsia quanto à possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, e, mais especificamente, da pessoa jurídica de direito público.

Embora existam controvérsias, a tendência das modernas legislações é reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica figurar no pólo passivo de demanda criminal ambiental, inclusive a pessoa jurídica de direito público, como já reconhecido na Carta de São Paulo, comemorativa dos dez anos da ECO92.

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica é uma realidade à luz do § 3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988, cabendo ao operador do direito proceder ao esforço interpretativo necessário à compatibilização da legislação ordinária com a vontade do Constituinte.

A Lei de Crimes Ambientais não especificou novas condições para a concessão da suspensão do processo; apenas impôs a tomada de providências no intuito de buscar a efetiva reparação do dano ambiental causado, com influência na declaração de extinção da punibilidade do agente degradador.

Das condições gerais previstas na Lei n. 9.099/95 para a concessão do *sursis* processual, a única aplicável às pessoas jurídicas de direito público é aquela consistente na reparação do dano, com a observação de que somente em casos excepcionais deve ser extinta a sua punibilidade sob o pálio da



impossibilidade da reparação do dano, eis que sempre presente a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos.

Em razão dessa insuficiência, as condições específicas autorizadas pelo § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 assumem importância preponderante na responsabilização da pessoa jurídica de direito público.

As condições específicas a serem propostas à pessoa jurídica de direito público não devem se revestir de caráter eminentemente punitivo, pois o objetivo do *sursis* é a valorização do meio ambiente por intermédio de medidas que efetivem a proteção ambiental perseguida pelo legislador, inclusive mediante reparação do dano causado.

É possível a fixação de pena como condição do *sursis* processual, com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Entre as condições que o magistrado pode especificar com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 está a prestação de serviços à comunidade, restrição de direitos e determinação de realização de políticas públicas ativas em defesa do meio ambiente, sem que tal implique em ofensa ao princípio da harmonia e separação entre os poderes.

O condicionamento da concessão do *sursis* processual ao pagamento de multa não atende aos objetivos perseguidos pelo legislador, face ao caráter eminentemente punitivo, onerando ainda mais a coletividade já lesada pelo dano ambiental.

A prestação de serviços à comunidade é a condição mais apropriada a ser ofertada para a concessão da suspensão condicional do processo, pois consiste em custear programas de projetos ambientais, executar obras de recuperação de áreas degradadas, manter espaços públicos e contribuir a entidades ambientais ou culturais públicas, donde se coadunar perfeitamente com os objetivos perseguidos pelo legislador ambiental por não possuir caráter eminentemente punitivo, pois se reveste em benefício concreto para a coletividade violada em seu direito.

Para a responsabilização criminal das pessoas

jurídicas de direito público, a fixação de condições especiais com base no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 é uma imposição lógica decorrente de uma interpretação que busque atribuir a máxima eficácia ao mandamento previsto no art. 225, § 3º da Constituição da República.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. "Pessoa Jurídica: ação penal e processo na lei ambiental". *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DOTTI, René Ariel. "A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)". In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em evolução – n. 2*, Curitiba, Juruá, 2000.

LECEY, Eladio. "Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais". *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 15, jul./set., 1999.

LECEY, Eladio. "O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente". *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*, São Paulo, Malheiros, 1994.

MILLARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Edis. “A nova tutela penal do ambiente”. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999.

MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres e ZAGO, Andrea Steuer. “Crimes ambientais – a nova responsabilidade da empresa”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998.

PASTORE, Ana Cláudia Ferreira. “A teoria da imputação objetiva e a responsabilidade por crimes ambientais”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

REALE JUNIOR, Miguel. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica”. In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica na nova lei de infrações ambientais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, jan./mar., 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “O impacto da Lei n. 9.605/98. Uma breve reflexão de seu primeiro ano de vigência e propostas para aperfeiçoamento de sua eficácia na área penal”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

## NOTAS:

<sup>1</sup> O Superior Tribunal de Justiça aceita a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito privado, segundo a teoria da dupla imputação. Ver nota 20.

<sup>2</sup> Para uma análise dos argumentos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 164-167.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.409-411.

<sup>4</sup> REALE JUNIOR, Miguel. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica". In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.138.

<sup>5</sup> DOTTI, René Ariel. "A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)". In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.150.

<sup>6</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 144.

<sup>7</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.

<sup>8</sup> FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

<sup>9</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 644-645.

<sup>10</sup> MILARÉ, Edis. "A nova tutela penal do ambiente". *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 95.

<sup>11</sup> FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 65-66.

<sup>12</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 142-44.

<sup>13</sup> *Apud* SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2434: “A Administração Pública direta como a Administração indireta podem ser responsabilizadas penalmente. A lei brasileira não colocou nenhuma exceção. Assim, a União, os Estados e os Municípios, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e fundações de Direito Público, poderão ser incriminadas penalmente.”

<sup>14</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica na nova lei de infrações ambientais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, jan./mar., 1998, p. 59-66.

<sup>15</sup> Quando nos referimos a pessoa jurídica de direito público, entenda-se pessoa jurídica de direito público interno. A aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público externo encontra menos resistência por parte da doutrina, desde que se reconheça a existência de uma jurisdição transnacional. Sobre o assunto, cf. SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2252-2449.

<sup>16</sup> *Apud* WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. In *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2421.

<sup>17</sup> *Apud* SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

<sup>18</sup> Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica na legislação estrangeira, cf. RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. “Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a nova Lei dos Crimes Ambientais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Trimestral, ano 3, out./dez., 1999, p. 84-93.

<sup>19</sup> Sobre a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a ser responsabilizada por delito ambiental, cf. SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2252-2449.

<sup>20</sup> Sobre o assunto, cf. PASTORE, Ana Cláudia Ferreira. “A teoria da imputação objetiva e a responsabilidade por crimes ambientais”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2459-2466. A teoria da dupla imputação é esposada pelo Superior Tribunal de Justiça: HC 93867/GO, REsp 889528/SC, RMS 20601/SP, entre outros.

<sup>21</sup> Sobre esta última, especificamente, cf. SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. In *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2252-2449.

<sup>22</sup> O entendimento não é unânime. Enquanto uns entendem que a suspensão condicional do processo pode ser revogada enquanto não for extinta a punibilidade, outros entendem que com o decurso do período de prova deve ser extinta a punibilidade, independentemente do cumprimento das condições. Pessoalmente adotamos o segundo entendimento, pois obriga o Estado a efetivar a fiscalização do cumprimento das condições do *sursis*, o que atualmente não é feito a contento. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de ser possível a revogação após o decurso do prazo, desde que por fato praticado durante o período de prova: HC 90.833/RJ, entre outros.

<sup>23</sup> Sobre o conceito de delito de menor potencial ofensivo na Lei de Crimes Ambientais, estamos com Ada Grinover, *apud* AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. “Pessoa Jurídica: ação penal e processo na lei ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista

dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998, p. 113, para quem “a dicção legislativa, no caso examinado, permite considerar que os crimes ambientais cuja pena mínima não exceda de um ano, são considerados de menor potencial ofensivo”. No mesmo sentido, cf. MILARÉ, Edis. “A nova tutela penal do ambiente”. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 128-129.

<sup>24</sup>LECEY, Eladio. “Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 15, jul./set., 1999, p. 14.

<sup>25</sup>MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres e ZAGO, Andrea Steuer. “Crimes ambientais – a nova responsabilidade da empresa”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998, p. 105.

<sup>26</sup>WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “O impacto da Lei n. 9.605/98. Uma breve reflexão de seu primeiro ano de vigência e propostas para aperfeiçoamento de sua eficácia na área penal”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 85.

<sup>27</sup>Art. 8º: “Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.”

<sup>28</sup>Os juizados especiais criminais no âmbito federal foram instituídos pela Lei n. 10.259/01, que adotou em linhas gerais a disciplina contida na Lei n. 9.099/95.

<sup>29</sup>O termo Justiça Consensual é utilizado para designar o microsistema jurídico criado pela Lei n. 9.099/95, com a previsão de diversos institutos despenalizadores (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, representação) com o intuito de possibilitar a reparação do dano no próprio juízo criminal e evitar a aplicação privativa de pena de liberdade.

<sup>30</sup>Não desconhecemos a controvérsia quanto à natureza jurídica da pessoa jurídica (teoria da ficção, teoria da realidade etc.), mas o propósito



desse estudo não comporta aprofundamento da discussão. Optamos por utilizar a teoria da realidade por ser satisfatoriamente difundida e atender a contento aos objetivos didáticos ora perseguidos.

<sup>31</sup> WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. In *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2414.

<sup>32</sup> É o que está expresso no Enunciado 37 da Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente: “A Constituição Federal acolheu opção política no sentido de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica e, portanto, cabe aos operadores do direito construir caminho dogmático capaz de materializar, com segurança, a vontade política.” In <http://www.mp.pr.gov.br/institucional/araxa.html>, acesso em 23.06.2008.

<sup>33</sup> MILARÉ, Edis. “A nova tutela penal do ambiente”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 100.

<sup>34</sup> Sobre o conceito de delito de menor potencial ofensivo em direito ambiental, v. nota 23.

<sup>35</sup> LECEY, Eladio. “Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 15, jul./set., 1999, p. 17.

<sup>36</sup> Art. 27: Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o artigo 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

<sup>37</sup> AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. “Pessoa Jurídica: ação penal e processo na lei ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998, p. 112-113.

<sup>38</sup> Art. 14, § 1º: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.”

<sup>39</sup> LECEY, Eladio. “O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2408-2409.

<sup>40</sup> LECEY, Eladio. “O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2410.

<sup>41</sup> As aspas se justificam na medida em que a colocação, *v.g.*, de prestação de serviços gratuitos à comunidade como condição para a concessão do *sursis* processual desnatura o seu caráter de pena, já que o descumprimento não gera conseqüência alguma de ordem material, mas tão somente de natureza processual, com a continuação do feito conforme previsão do § 4º c/c do § 7º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

<sup>42</sup> STJ – HC 14380 – GO – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 12.03.2001 – p. 00159, *in* *Juris Síntese Millennium – Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual*, Set./Out./2003. CD ROM.

<sup>43</sup> TJPE – ACr 83925-8 – Rel. Des. Og Fernandes – DJPE 30.10.2002, *in* *Juris Síntese Millennium – Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual*, Set./Out./2003. CD ROM.

<sup>44</sup> Art. 19, caput: “A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa.”

<sup>45</sup> Art. 73: “Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, Fundo Naval, criado pelo Decreto nº 20.923, de 08 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.”

<sup>46</sup> SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2432-2433.

<sup>47</sup> WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2420.

<sup>48</sup> Sobre o argumento, *cf.* WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2420.

<sup>49</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.

<sup>50</sup> SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2434.

<sup>51</sup> Com mais razão ainda em sede consensual, em que a condição é espontaneamente aceita pela pessoa jurídica de direito público.



## A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

**Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto**

*Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará  
Professor da Universidade de Fortaleza e da Esmec  
Promotor de Justiça no Estado do Ceará*

1 Introdução. 2 Argumentos Históricos. 3 A Discussão Terminológica. 4 A Constitucionalização do Direito Privado. 5 A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais. 6 As Teorias sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações privadas. 6.1 As Teorias no Direito Comparado. 6.2 As Teorias Desenvolvidas no Brasil 7 A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais nos Tribunais Brasileiros 8 Considerações conclusivas.

**Resumo:** Os direitos fundamentais, em dado momento histórico, visaram limitar a atuação do Estado, no entanto se desenvolveram para reclamar prestações positivas em favor dos cidadãos, englobando também as relações entre os particulares. A constitucionalização do Direito acarretou a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais por toda a ordem jurídica, inclusive nas relações típicas de Direito Privado. Os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes de uma comunidade política, que servem de elemento norteador para a interpretação e aplicação das normas nos seus diversos ramos, autorizando o reconhecimento de sua eficácia no domínio das relações entre particulares. As teorias sobre a matéria desenvolvidas em outros países, notadamente Alemanha e Estados Unidos, não podem ser transpostas para o Brasil, em face das peculiaridades do nosso texto constitucional e de nossa realidade social. No Brasil, prevalece a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que vem sendo feito pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, mas sem se

basear ainda em uma construção dogmática sistematizada.

## 1 - INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, dada a sua importância, têm sido objeto de grande número de estudos tanto no Brasil, quanto na comunidade internacional. Sua relevância se acentua em face do acelerado processo de globalização que vem ocorrendo, ainda que em um cenário de guerras, terrorismo, espionagem, insegurança e avançadas tecnologias, em que não é raro observar, mesmo em nações tidas como desenvolvidas, o desrespeito aos direitos humanos e à soberania dos países.

Nesse ambiente, pode-se constatar que os principais temas relacionados à teoria dos direitos fundamentais como os seus conceitos básicos, definição, características, fase de evolução, classificação, natureza jurídica, fundamentação e eficácia, têm sido elaborados satisfatoriamente pela doutrina e pela jurisprudência, contudo, alguns aspectos ainda carecem de maiores estudos. Um destes pontos ainda não explorados amiúde diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais regulam somente as relações verticais de poder que se estabelecem entre o Estado e o cidadão ou vinculam também as relações entre particulares? Historicamente, existem razões para sustentar a dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado, com o conseqüente afastamento dos direitos fundamentais do âmbito deste último? Reconhecendo-se a incidência dos direitos fundamentais no domínio das relações privadas, de que forma e em que intensidade esta deve ocorrer? É possível realizar a compatibilização dos direitos fundamentais com a autonomia privada? São questões de tal jaez que se pretende enfrentar no presente trabalho.

Por se tratar de um artigo, as questões enfocadas não receberão abordagem exaustivamente aprofundada, mas buscar-se-á principalmente apresentar argumentos para melhor compreensão do assunto, considerando a experiência dos países

que já vêm se debruçando sobre o tema há mais tempo. Assim, conquanto se saiba que a Alemanha desenvolveu as teorias da eficácia direta e da eficácia indireta dos direitos fundamentais, bem como a teoria dos deveres de proteção, e também que nos Estados Unidos floresceu a teoria da ação estatal (*state action*), cumpre advertir que tais soluções estrangeiras que não podem ser simplesmente transpostas para o Brasil, em face das marcantes diferenças do nosso texto constitucional e de nossa realidade social.

## **2 - ARGUMENTOS HISTÓRICOS**

Os direitos fundamentais, como vistos atualmente, constituem realidades históricas, resultantes de lutas e batalhas travadas ao longo do tempo, na busca pela afirmação da dignidade humana.<sup>2</sup> É necessário, portanto, examinar o contexto histórico no qual se desenvolveram as teorias dos direitos fundamentais e como se chegou à dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, para que melhor se possa analisar se estes efetivamente vinculam as relações entre particulares.

Partindo-se da origem contratualista da maioria das teorias sobre os Direitos, forjadas na passagem para a modernidade, e da distinção entre estado de natureza e estado de sociedade, os direitos naturais eram originalmente aplicados nas relações entre particulares, já que no estado de natureza ainda não existia o poder estatal. O pacto que justificou a origem da sociedade e do Estado não alterou essa situação, ao contrário, teve como objetivo salvaguardar e tornar mais eficazes os direitos naturais.

Desse modo, para o jusnaturalismo contratualista, os direitos humanos eram realidades pré-políticas, anteriores à criação do Estado, direitos naturais que valiam também no âmbito das relações privadas. Da mesma forma, os primeiros escritos jurídicos da revolução liberal, que materializaram essas concepções contratualistas, reconheciam os direitos naturais como direitos de todos. O destaque conferido à propriedade como direito fundamental foi concebido também para as relações

particulares. O poder estatal foi instaurado precisamente, como núcleo do pacto, para permitir uma melhor realização dos direitos.

Para Gregório Peces-Barba Martínez<sup>3</sup>, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, revela tais efeitos, ao declarar:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

Do mesmo modo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expressou a mesma idéia no seu artigo II: “O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Então, na origem histórica dos direitos fundamentais não havia razão para excluir sua incidência das relações privadas. Pelo contrário, os direitos naturais, posteriormente convertidos em individuais e civis, seriam oponíveis aos terceiros particulares.

O liberalismo-burguês, todavia, não manteve inteiramente esta idéia do jusnaturalismo racionalista, passando a conceber os direitos fundamentais como limites ao poder do Estado, afastando-os das relações entre os particulares. Na esfera das relações privadas, existiriam relações entre partes iguais que, por isso, gozariam de plena autonomia para regular seus próprios interesses. Nessa época, surge,



concomitantemente, a doutrina econômica de Adam Smith, pregando a auto-regulação do mercado e da mão invisível como forças autônomas e independentes, suficientes para equacionar os problemas sociais e promover o bem comum. Assim, qualquer intervenção do Estado nas relações econômicas e privadas seria considerada uma intrusão indevida.

Por conseguinte, naquele período prevaleceu a idéia de que o Código Civil representava o centro do sistema privado, expressando normas racionais e imutáveis, assentadas principalmente na garantia da propriedade e da liberdade contratual, protegendo os interesses liberais e individualistas da burguesia ascendente, como observou Cristiano Tutkian:

Sob essa inspiração surgiu o *Code Napoléon* em 1804, tendo como princípios fundamentais a propriedade individual e a autonomia da vontade, onde o indivíduo era livre para agir conforme sua vontade. Estavam representados na lei os valores liberais de uma sociedade extremamente individualista, sendo a propriedade um direito absoluto e quase ilimitado.<sup>4</sup>

A dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, portanto, foi o traço marcante da época liberal-individualista-patrimonialista. O primeiro disciplinava o Estado seu modo de estruturação e funcionamento, já ao segundo cabia regular as relações entre as pessoas privadas, sua capacidade, estado, família, propriedade, tudo sob o manto da liberdade individual. Assim, Constituição e Código Civil caminhavam paralelamente, conformando duas realidades distintas, aquela dirigida ao Estado e ao espaço político, enquanto este tratava do espaço social e da sociedade, configurando um ordenamento jurídico composto por campos diversos, estanques e separados, cada um governado por uma lógica própria de interesses.

A partir do século XVIII, a Revolução Industrial operou

profundas mudanças sociais, deflagradora de alterações no Direito. Houve um incremento das relações de trabalho (empregado e empregador) e das relações comerciais, gerando uma cultura massificada, com grande circulação de bens, muitos deles dissociados da propriedade clássica regulada nas codificações, de cunho marcadamente imobiliário.

A igualdade e a liberdade meramente formais presentes nos Códigos, mostraram-se terreno fértil para a exploração do homem, surgindo a necessidade de uma intervenção maior do Estado nas relações privadas, a fim de garantir condições mínimas de existência para cada ser humano. É nesse contexto histórico que começa a surgir o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

O advento do Estado Social mostrou que a igualdade formal entre particulares materialmente desiguais ensejava a opressão do economicamente mais fraco pelo mais forte. O Estado e o Direito ganharam novo enfoque, consolidando-se o entendimento de que os direitos fundamentais não são voltados somente para as relações entre o Estado e os cidadãos, incidindo também na seara privada, no mercado, nas relações de trabalho e na família. A valorização de princípios como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade material fez com que desaparecesse a dicotomia existente entre Direito Público e Direito Privado. Com o incremento da atividade governamental, a área dominada pela autonomia privada foi reduzida e, como corolário, houve a modificação dos conceitos fundamentais do Direito privado, que passaram a ser influenciados pela incorporação de elementos sociais ou públicos.

Dentro desse cenário, as Constituições passaram a disciplinar também as relações econômicas e privadas, rompendo o monopólio quase absoluto do Código Civil neste campo. Ademais, a expansão e o fortalecimento da jurisdição constitucional sedimentaram a idéia de que a Constituição é norma jurídica, dotada de força vinculante, e não somente uma diretriz política para o legislador. A Constituição alcança o centro da ordem jurídica, impondo uma releitura de todos os institutos e conceitos de todos os ramos do Direito, inclusive aqueles que

tratam das relações entre particulares, típicas do Direito Privado.

Desta forma, podemos concluir que, não obstante em dado momento histórico tenham tido o intuito de limitar a atuação do Estado, os direitos fundamentais se desenvolveram para reclamar prestações positivas em favor dos cidadãos, abarcando também as relações entre os particulares.

### **3 - A DISCUSSÃO TERMINOLÓGICA**

A doutrina tem utilizado diversas designações quando trata da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, tais como: eficácia privada, eficácia entre terceiros (*Drittwirkung*), eficácia externa, eficácia horizontal (*horizontalwirkung*), eficácia frente a particulares e eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, privatização dos direitos humanos, dentre outras. Há autores que evitam o termo eficácia, optando pela denominação de validade (ou validez) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ou ainda vinculação dos particulares ou das entidades privadas aos direitos fundamentais.

Na Alemanha, foram criadas as expressões eficácia entre terceiros e eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A primeira, cunhada com base na ultrapassada teoria liberal dos direitos fundamentais, que os restringia às relações entre o Estado e o cidadão, considerando o particular como um terceiro estranho a esta. Já a segunda, refere-se à circunstância de que os direitos fundamentais não incidem somente nas relações verticais de poder, mantidas entre órgãos estatais e cidadãos, mas também alcançam as relações entre particulares, que se encontram num mesmo patamar de igualdade jurídica. Contudo, tal igualdade ou horizontalidade não existe de fato, porquanto na esfera privada existem situações de manifesta desigualdade de poder social entre particulares que denotam manifesta verticalização.

O termo eficácia externa é também criticado por partir da premissa de que, em princípio, os particulares estariam excluídos do pólo passivo das relações jurídicas referentes aos

direitos fundamentais, posicionando-se assim externamente às mesmas, o que contraria a teoria constitucional contemporânea.

Sobre o assunto, Daniel Sarmento reputa a polêmica irrelevante, utilizando em sua obra várias das denominações acima referidas, não obstante reconheça a procedência das críticas<sup>5</sup>, mas Ingo Sarlet se posiciona nos seguintes termos:

Verifica-se um dissenso no que diz com a terminologia apropriada, sendo cada vez maiores as críticas em relação às expressões mais conhecidas, como é o caso da *Drittwirkung* (eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa) dos alemães, mas também da expressão eficácia horizontal, já que, relativamente ao primeiro termo, não estaria em causa verdadeiramente um terceiro nível eficaz (tendo em conta que os direitos ou operam nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si), ao passo que a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, no que diz com o exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre os particulares e o poder público. Por tais razões, o mais apropriado é, de fato, falarmos de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou mesmo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.<sup>6</sup>

De todo modo, são procedentes as críticas formuladas às denominações equivocadas, devendo o tema ser tratado como vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações interparticulares, como bem pontificou o Professor gaúcho.

## 4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A partir da segunda metade do século XX, no cenário do pós-guerra, o Direito Constitucional sofreu profundas alterações, dando ensejo ao surgimento do chamado Neoconstitucionalismo, no ambiente filosófico do pós-positivismo. No plano teórico, as principais mudanças de paradigma consistiram no reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e na elaboração das diferentes categorias da nova hermenêutica constitucional.

Como corolário, ocorreu a chamada constitucionalização do Direito que consistiu na irradiação dos valores albergados nos princípios e regras da Constituição para todo o ordenamento jurídico, principalmente através da jurisdição constitucional em seus diferentes níveis. As principais conseqüências dela resultantes foram a aplicação direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Magna e a interpretação das normas infraconstitucionalis conforme o disposto na Constituição, que irá determinar-lhes o sentido e o alcance.

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos preceitos constitucionais passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. A constitucionalização influencia a atividade dos três Poderes do Estado, inclusive e precipuamente em suas relações com o setor privado. Outrossim, repercute igualmente nas relações entre particulares, que obviamente não podem constituir uma casta inalcançável pelas normas supremas da Constituição.

No âmbito do Poder Legislativo, a constitucionalização limita a sua liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e impõe-lhe determinados deveres de atuação para concretizar direitos e programas constitucionais. Na Administração Pública, a constitucionalização limita a sua discricionariedade, lhe impõe deveres de atuação e fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta

e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. No Judiciário, serve de parâmetro para o controle da constitucionalidade (direto ou incidental) e condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Em relação aos particulares, estabelece limitações à sua autonomia, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais.<sup>7</sup>

O principal efeito da constitucionalização do direito, portanto, é a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, por serem mandados de otimização - normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes<sup>8</sup> - com assento constitucional, por toda a ordem jurídica, inclusive nos domínios do Direito Privado.

## **5 - A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As declarações de direitos fundamentais expressas nas Constituições não são meras “declarações de princípios” ou “diretrizes”, mas contêm verdadeiras normas jurídicas, notadamente no tocante às liberdades públicas, asseguradoras de direitos subjetivos aos indivíduos. A sedimentação desta idéia foi sem dúvida um dos grandes avanços na teoria dos direitos fundamentais na segunda metade do século XX. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa – espécie de abstenção em respeito ao espaço de liberdade do indivíduo – ou positiva de outrem – esta entendida como prestação, sobretudo em relação aos direitos sociais. Além dessa feição subjetiva dos direitos fundamentais, houve, também no período do pós-guerra, outra importante mudança de paradigma no seu domínio: o reconhecimento de sua dimensão objetiva.

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais constituem princípios básicos da ordem constitucional, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. Eles representam um sistema de valores que as constituições

democráticas assumem e positivam, fazendo com que eles influam sobre todo o ordenamento jurídico, orientando a ação de todos os poderes constituídos.

Assim sendo, os direitos fundamentais transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais (dimensão subjetiva), para alcançar a estatura de normas que incorporam os valores básicos da sociedade política e os irradiam para todo o direito positivo, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. O bem tutelado pelo direito fundamental é visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado, ensejando um dever de proteção pelo Estado contra agressões dos próprios poderes públicos, provenientes de particulares ou de outros Estados.<sup>9</sup>

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais interfere na dimensão subjetiva, atribuindo-lhe reforço de efetividade, na medida em que cobra a adoção de providências, materiais ou jurídicas, de salvaguarda dos bens constitucionalmente protegidos, ou seja, o Estado tem o dever de adotar medidas que protejam e concretizem os direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores - não na concepção de “mera declaração de intenções” do poder constituinte em relação à atividade legislativa, sem valor normativo e não vinculante -, mas como ordem objetiva de valores, com caráter vinculante e que fundamenta a constitucionalização do direito e a ampliação da própria força normativa da Constituição.

A partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da sua concepção de valores que se irradiam por todo o direito, servindo de elemento norteador para a interpretação e aplicação das normas dos seus diversos ramos, é reconhecida sua eficácia na esfera privada, no domínio das relações entre particulares.

Sobre o assunto, Francisco Gérson Marques de Lima fazendo referência a Ingo Wolfgang Sarlet, afirma com propriedade:

[...] esta feição mais ampla dos direitos fundamentais, referindo-se a uma visão jurídico-objetiva a seu propósito, de acordo com a qual eles exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar por sua observância, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. Desta sorte, ditos direitos, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, “se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada”, bem como “há necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. Citando doutrinadores estrangeiros, o autor afirma que os direitos fundamentais constituem “normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição”, não se podendo aceitar “que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.”<sup>10</sup>

Desta forma, com fundamento na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reforçada por uma hermenêutica galgada nos princípios da unidade e da força normativa da Constituição, quase não há mais divergência quanto à extensão dos direitos fundamentais ao setor privado.

## **6 - AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

### *6.1 As teorias no Direito Comparado*

Atualmente, tem-se certa uniformidade quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. As



divergências surgem no momento de determinar a forma e a intensidade dessa vinculação, que não pode ser idêntica à do Estado, uma vez que todos os particulares são titulares de direitos fundamentais e sua autonomia goza de proteção. Em um Estado de Direito, o espaço mínimo de autodeterminação da pessoa não deve ser tolhido pela multiplicação de deveres constitucionais, correlatos aos direitos, o que poderia atentar contra a garantia e a promoção da dignidade humana.

Há, portanto, na aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, a necessidade de ponderar interesses, figurando de um lado os direitos fundamentais em jogo e do outro alguma emanção da autonomia privada: autonomia negocial, privacidade, autonomia associativa, liberdade de contratar etc.

Nos Estados Unidos, foi desenvolvida a doutrina da *State Action*, segundo a qual a Constituição e os direitos nela consagrados só vinculam, em princípio, os poderes públicos. Só há incidência dos direitos fundamentais no domínio privado quando o particular desempenhar alguma função típica do poder público (*public function theory*) ou quando se vislumbrar na sua conduta, uma implicação do Estado<sup>11</sup>.

Uma das primeiras decisões judiciais a reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi proferida pela Suprema Corte americana no caso *Shelley x Kraemer* (1948). Com o objetivo de evitar a presença de negros em um loteamento em *Saint Louis*, exigiu-se, via contrato, que os compradores não poderiam vender seus terrenos a pessoas não-brancas. Um dos proprietários resolveu vender o seu terreno a um casal de negros e a venda foi contestada judicialmente, por violação da cláusula restritiva. O pedido foi deferido no Tribunal de Missouri, mas a Suprema Corte decidiu que aquela cláusula restritiva feria a cláusula de igualdade da Emenda XIV da Constituição americana.

Na Alemanha, o debate acarretou o surgimento de duas correntes, uma galgada na defesa da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e outra na eficácia indireta e mediata. Para a primeira, a qual se filiaram Nipperdey e Leisner, alguns direitos fundamentais vinculam

diretamente os particulares, independentemente da mediação do legislador ordinário, havendo, contudo, a necessidade de realizar uma ponderação de interesses entre o direito fundamental envolvido e a autonomia privada para estabelecer os termos e os limites da incidência. Para o segundo bloco, no qual figurou Dürig, cabe precipuamente ao legislador a tarefa de estender os direitos fundamentais às relações interparticulares, ao passo que os Tribunais utilizariam os direitos fundamentais como diretrizes interpretativas das normas do Direito Privado, notadamente das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, mas fora destes casos, não estariam autorizados a aplicar diretamente os direitos fundamentais nas lides privadas. A primeira teoria acabou prevalecendo na jurisprudência alemã, enquanto a segunda foi dominante na Espanha, Portugal e Itália.

### *6.2 As teorias desenvolvidas no Brasil*

No Brasil, as peculiaridades do nosso texto constitucional e da nossa realidade social fazem com que a questão não possa ser enfrentada da mesma forma como o foi nos países mencionados. Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz foram os pioneiros em realizar a abordagem do tema, recebendo posteriormente a contribuição de Virgílio Afonso da Silva<sup>12</sup>.

Segundo Daniel Sarmento, a solução para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais passa por dois pontos primordiais: a dicotomia simetria/assimetria entre as partes e a contraposição entre questões existenciais e questões de cunho patrimonial. A assimetria consiste na desigualdade fática entre os sujeitos da relação jurídica, de modo que, quanto maior for a desigualdade fática entre os envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. De outra banda, numa situação de tendencial igualdade, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela conflitante.<sup>13</sup>

Para Virgílio Afonso da Silva, esse critério peca por ignorar o jogo de forças no interior da relação, que pode ser mais

importante do que a condição material dos envolvidos e não estar necessariamente a ela vinculado. Ele exemplifica com o caso de participantes dos *reality shows*, em moda nas emissoras de televisão no Brasil e no mundo, que o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade. Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade. Ademais, a desigualdade material entre a rede de televisão e os participantes do *reality show* é inegável, mas nem por isso há necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos, uma vez que a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades. Para o autor, o decisivo é a sinceridade no exercício da autonomia privada, que não necessariamente terá alguma relação com desigualdades externas a ela.<sup>14</sup>

O segundo critério de Sarmiento, leva em consideração o tipo de questão envolvida: existencial ou econômico-patrimonial. Nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior do que naqueles concernentes a questões econômico-patrimoniais. Além disso, nesses últimos casos, a proteção da autonomia privada em face de um eventual direito fundamental restringido deverá variar em função da essencialidade do bem envolvido. O critério é relevante por tentar evitar a “homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como ‘politicamente corretas’, à custa do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais”.<sup>15</sup>

Para Steinmetz, tanto os direitos fundamentais quanto a autonomia privada têm estrutura de princípios, nos termos definidos por Alexy, ou seja, ambos são mandamentos de otimização. A compatibilização entre ambos, portanto, deve seguir a mesma linha mestra que dirige a compatibilização de direitos fundamentais em caso de colisões entre eles, ou seja, a utilização do princípio da proporcionalidade. O autor desenvolve critérios para nortear a aplicação da proporcionalidade aos casos de atos de autonomia privada que restrinjam direitos fundamentais.<sup>16</sup>

Havendo conflito em que a autonomia privada tenha mitigado direito fundamental, a solução somente pode ser encontrada aplicando-se o princípio da proporcionalidade. É necessário examinar se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Se houver a necessidade de sopesar autonomia privada e direito fundamental, é necessária a adoção de alguns critérios para orientar o operador do direito. Partindo do conceito de precedência *prima facie*, usado por Alexy, Steinmetz desenvolve um modelo próprio. Segundo Alexy, as precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio, contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por conseqüência, uma carga de argumentação contra o outro.

Transportando o raciocínio para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, Steinmetz desenvolve quatro diferentes precedências *prima facie*: 1) Em uma relação contratual de particulares sob condições de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; 2) Sob as mesmas condições de igualdade, se o direito fundamental tiver conteúdo patrimonial, a precedência *prima facie* é do princípio da autonomia privada; 3) Em uma relação de particulares sob condições de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; e 4) Em uma relação de particulares sob condições de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Para Virgílio Afonso da Silva há dois problemas no modelo de Steinmetz. O primeiro, semelhante ao apontado na formulação de Daniel Sarmento, qual seja, a importância que se dá à idéia de igualdade ou desigualdade fática entre as partes. A exemplo das observações feitas quando da análise do trabalho de Sarmento, mais correto seria substituir igualdade e

desigualdade fáticas por sinceridade e insinceridade no exercício da autonomia privada. O segundo problema decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade nas relações nas quais o Estado não participa.

Quando a proporcionalidade é aplicada a casos envolvendo atos estatais que mitigam direitos fundamentais, aferir se a medida é necessária implica em indagar sobre a existência de outras eventualmente eficazes para alcançar o mesmo objetivo, mas que restrinjam menos o direito atingido. Se houver alguma medida alternativa nesses termos, a medida estatal adotada não era necessária e, por isso, foi desproporcional. A utilização desse critério nas relações privadas traz uma séria complicação: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias (as menos gravosas), para o atingimento dos fins perseguidos. Isso implica esvaziar a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Se, então, não lhes resta outra opção além da adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia. Diante disso, as precedências *prima facie* perdem seu sentido, porquanto mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática ou de sinceridade e o direito fundamental tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos, o pacto será sempre nulo.<sup>17</sup>

Sem embargo das críticas formuladas aos diversos critérios apresentados, impende constatar que já se dispõe de elementos suficientes para solucionar conflitos decorrentes da colisão entre direitos fundamentais e a autonomia privada no Brasil, sem recorrer à fácil solução de que tudo se resolve no caso concreto por meio de sopesamento. Assim, aumenta-se a possibilidade de controle desse procedimento interpretativo, evitando o excesso de subjetividade e a quase total liberdade dos juízes na solução dos casos concretos. A consequência última é racionalidade dos procedimentos e maior concretização dos direitos fundamentais.

## **7 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Os Tribunais brasileiros têm proferido muitas decisões utilizando os direitos fundamentais para dirimir conflitos entre particulares, no entanto, estes julgamentos, salvo raras exceções, carecem de uma construção dogmática sistematizada que sirva de supedâneo à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares.

O Tribunal Superior do Trabalho já emitiu decisões atribuindo eficácia imediata aos direitos fundamentais da personalidade nas relações de trabalho, afastando o poder de direção do empregador, fundado no direito de propriedade.<sup>18</sup>

Em 1995, o Supremo Tribunal Federal discutiu se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria de lingerie o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Infelizmente o processo acabou sendo extinto sem julgamento do mérito em face da incidência da prescrição superveniente.

[...] II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente.<sup>19</sup>

Em 1996, o STF preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações privadas no caso de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do

contraditório e da ampla defesa.<sup>20</sup> Posteriormente, a Corte não admitiu a invocação do princípio da autonomia para discriminar nacionais de estrangeiros, quanto à percepção de benefícios previstos no estatuto pessoal de determinada empresa.

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF/67, art. 153, § 1º; CF/88, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF/67, art. 153, § 1º; CF/88, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. <sup>21</sup>

Por fim, recentemente, o STF negou provimento a recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da União Brasileira de Compositores-UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, por não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Para os Ministros, as penalidades impostas extrapolaram a liberdade do direito de associação, em prejuízo da das garantias

constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada deve ser solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa.<sup>22</sup>

Assim, mesmo sem o desenvolvimento de uma construção dogmática sistematizada, os Tribunais brasileiros vêm aplicando reiteradamente os direitos fundamentais nos litígios entre particulares.

## **8 - CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.**

Sintetizando, em algumas breves proposições, as principais conclusões alcançadas em nosso trabalho, podemos afirmar que:

1. Apesar dos direitos fundamentais, em dado momento histórico, após a influência do liberalismo, tenham tido o intuito de limitar a atuação do Estado, estes se desenvolveram para reclamar prestações positivas em favor dos cidadãos, englobando também as relações entre os particulares.

2. A constitucionalização do Direito acarretou a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, caracterizados como princípios constitucionais, por toda a ordem jurídica, inclusive nas relações típicas de Direito Privado.

3. Os direitos fundamentais ostentam uma dimensão objetiva, consagrando os valores mais importantes de uma comunidade política. Essa dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais por todo o direito, servindo de elemento norteador para a interpretação e aplicação das normas dos seus diversos ramos, autorizando o reconhecimento de sua eficácia na esfera privada, no domínio das relações entre particulares.

4. Atualmente, há praticamente unanimidade quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo o foco dos debates se posicionado na forma e na



intensidade dessa vinculação.

5. As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas desenvolvidas em outros países, notadamente na Alemanha e nos Estados Unidos, não podem simplesmente ser transpostas para o Brasil, tendo em vista as peculiaridades do nosso texto constitucional e de nossa realidade social.

6. No Brasil, prevalece a teoria da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que vem sendo feito pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de tais julgamentos não se basearem ainda em uma construção dogmática sistematizada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, Ano III, n.6, p. 211-252, 2005.2.

LIMA, Francisco Géron Marques de. **Por uma visão internacional antropocêntrica dos Direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas Tecnologias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <[www.Jusnavigandi.com.br](http://www.Jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 04 dez. 2006.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; ROIG, Rafael de Asís; Avilés, Maria del Carmen Barranco. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares dos direitos fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**. *Revista Direito GV*. São Paulo, ano 1, n.1., p. 173-180. Maio, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TUTIKIAN, Cristiano. **Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais**. In: ARONE, Ricardo. (Organizador). *Estudos de direito Civil – Constitucional*. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Artigo elaborado em 12/2006 para avaliação final na disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais, no Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará.

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; ROIG, Rafael de Asís; Avilés, Maria del Carmen Barranco. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 335.

<sup>4</sup> TUTIKIAN, Cristiano. **Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais**. In: ARONE, Ricardo. (Organizador). **Estudos de direito Civil – Constitucional**. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 42.

<sup>5</sup> Ibid., p. xxxi.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: alguns considerações em torno da vinculação dos particulares dos direitos fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 112.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, Ano III, n.6, p. 211-252, 2005.2.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 153.

<sup>10</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Por uma visão internacional antropocêntrica dos Direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas Tecnologias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em:

<[www.Jusnavigandi.com.br](http://www.Jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 04 dez. 2006.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel, 2006, op. cit., p. 327.

<sup>12</sup> Em resenha intitulada “**Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**”, publicada na Revista Direito GV. São Paulo, ano 1, n.1., p. 173-180. Maio, 2005, o autor realiza uma crítica das obras: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004 e Steinmez, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, notadamente quanto à compatibilização dos direitos fundamentais com a autonomia privada.

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel, 2006, op. cit., p. 261.

<sup>14</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso, 2005, op. Cit., p. 4.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel, 2006, op. cit., p. 268.

<sup>16</sup> STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 216-225.

<sup>17</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso, 2005, op. cit., p. 6.

<sup>18</sup> TST, RR 512.905/98.0, Rel. José Pedro de Camargo (Juiz convocado), DJ 07/02/2003.

<sup>19</sup> STF, RE n° 160.222-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995.

<sup>20</sup> STF, RE n° 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/06/1996.

<sup>21</sup> STF, RE n° 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/12/1997.

<sup>22</sup> Brasil, STF, 2ª Turma, RE 201819/RJ, julgado em 11.10.2005, acórdão pendente de publicação.

## **LIÇÕES DE MAX WEBER A AKIRA KUROSAWA DOMINAÇÃO BUROCRÁTICA E CARISMÁTICA NO FILME VIVER**

**Edilson Baltazar Barreira Júnior**

*Mestre e doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará  
Professor e coordenador do Curso de Especialização em Administração  
Judiciária da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Analista Judiciário Adjunto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e  
pesquisador associado ao Núcleo de Estudos em Religião, Cultura e  
Política da Universidade Federal do Ceará.*

**Cláudia Maria Lima de Oliveira**

*Pedagoga e Especialista em Gestão Pública pela  
Universidade Estadual do Ceará  
Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.*

Este ensaio busca identificar formas de dominação no filme *Viver* (Ikiru, 1952) do cineasta japonês Akira Kurosawa (1910-1998) com base na teoria formulada pelo cientista social alemão Max Weber (1864-1920).

Entre os vários trabalhos de Weber há um destaque para *Economia e Sociedade*. Este livro publicado em 1920, traz a explicitação dos três tipos puros de dominação legítima.

Os três tipos de dominação legítima – tradicional, legal e carismático constituem formas possíveis de legitimação da autoridade. De acordo Martins (1997:43), Weber utiliza os termos autoridade e dominação como sinônimos. O dominador ou autoridade constitui-se no vértice decisório da estrutura, não se levando em conta se a organização é grande ou pequena, simples ou complexa ou com poucos e difusos degraus hierárquicos ou de uma pirâmide perfeitamente hierarquizada na sua verticalidade decisória.

Para Weber (1998), a dominação se verifica empiricamente em todo tipo de organização social onde se detecta um chefe ou soberano. Isto confere à categoria de análise uma versatilidade, a qual viabiliza uma aplicação a muitas classes distintas de organização.

Weber (1998), no livro *Economia e Sociedade*, apresenta um estudo sobre as formas legítimas de dominação. Para tanto, lançou mão daquilo que chamou de “tipos puros de dominação”. O tipo-ideal é uma categoria de análise, que não interessa como um fim, mas como meio, afinal:

Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo de pensamento. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois se trata de uma utopia (...) trata-se de um quadro de pensamento, e não da realidade histórica, e muito menos da realidade ‘autêntica’, e não serve de esquema no qual se pudesse incluir a realidade à maneira de exemplar. Tem antes o significado de um conceito limite puramente ideal, em relação ao qual se mede a realidade a fim de esclarecer o conteúdo empírico de alguns dos seus elementos importantes, e com o qual esta é comparada (COHN, 1997: 106,109).

A formulação weberiana do tipo-ideal é a que mais recebeu crítica. Bresser Pereira e Motta figuram entre os críticos da tipologia ideal quando assinalam o seguinte:

Evidentemente, o pressuposto peca pela base. Mais uma vez se pretende colar o tipo ideal à realidade e ver o que fica do lado de fora. O nível de abstração em que trabalhou Weber foi bem mais alto. Além disso, é preciso distinguir entre organização burocrática e burocratas. (BRESSER PERREIRA & MOTTA, 1981:233).

Portanto, o tipo-ideal não é a realidade, mas uma construção ou um procedimento para organizar a diversidade presente na realidade.

Weber (1998:141) listou três tipos de dominação legítima que são:

a) dominação legal: também chamada de racional-legal ou burocrática, está fundada em estatutos legais racionalmente definidos, impessoais, os quais todos obedecem. O chefe ou superior exerce e tem direito ao poder por procedimentos legais. Nessa forma de dominação a lei é obedecida e não o superior. Cria as condições de possibilidade de uma organização;

b) dominação tradicional: funda-se em crenças relacionadas ao passado e se limita aos costumes e a tradição, opondo-se a qualquer forma de mudança. A relação com os subordinados ocorre de forma pessoal e arbitrária. A obediência se dá pela pelo respeito às tradições e pela lealdade pessoal. Não há nenhuma base racional. A manifestação se apresenta de modos ideais: 1) patrimonial: o poder é exercido devido à dependência financeira dos servidores diante dos patrões; 2) feudal: além da dependência econômica, existe também um juramento de fidelidade e um estrita relação de subsistência;

c) dominação carismática: a origem está no carisma, que é imersa por poderes mágicos. O superior é visto como um herói e o exercício de seu domínio é justificado por suas qualidades e pela fé de seus subordinados. Assim como a dominação tradicional também não tem nenhuma base racional. O domínio é instável, pessoal e intransferível. O poder, entretanto, é um instrumento de transformação social, pois os limites são fornecidos pela própria personalidade.

Assim, dominação é a “probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas. Não significa, portanto, toda espécie de possibilidade de exercer ‘poder’ ou ‘influência’ sobre outras pessoas” (WEBER 1998:139). Nenhuma forma de dominação, porém, “contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos ou racionais referentes a

valores, como possibilidades de sua persistência. Todas procuram despertar e cultivar a crença em sua ‘legitimidade’” (WEBER, 1998:139).

A outra contribuição a este trabalho vem de Akira Kurosawa, cineasta japonês, que iniciou sua carreira profissional no cinema em 1936 e terminou com o seu falecimento ocorrido aos seis de setembro de 1998. Seu legado cinematográfico para a humanidade é composto de trinta filmes que vão desde *Sanshiro sugata* (1943) até *Madadayo* (1993).

Em quase toda sua cinematografia, Kurosawa pautou-se por algumas temáticas recorrentes como:

(...) a relação entre o homem e a natureza, o embate entre tradição e modernidade, os traumas causados pela ação das bombas nucleares, os horrores da guerra, as mazelas sociais, a história e sua relação com os samurais, a rigidez das condutas sociais no Japão e a infância (MENDOZA, 2006:84).

Ao pesquisar o filme *Viver* da obra de Kurosawa, pretendeu-se analisá-lo a partir das seguintes questões: existe uma concepção de dominação no filme? Se há, então como o cineasta japonês explicita tal noção?

Thompson (1995:373) lembra que uma narrativa pode ser considerada como um discurso que conta uma história ao apresentar uma seqüência de acontecimentos. Assim, a narrativa é uma forma discursiva que permite à história ir tomando forma, já que ela enquanto tal ainda não existe. Quando contamos verbalmente uma história, seja oralmente ou por escrito, a estamos situando na forma narrativa. Uma história consta de uma sucessão de fatos e da presença de personagens, e a combinação deles produz um todo organizado chamado de enredo.

Em um filme, a história é contada quando são articulados a um conteúdo os devidos elementos expressivos, pois o conteúdo e a expressão formam um todo. Um *traveling*<sup>3</sup>, por exemplo, por si só, não quer dizer nada. Porém, à medida



que vai acompanhando uma personagem, vai adquirindo um sentido, ou, quando focaliza uma paisagem, vai obtendo outro (VANOYE & GOLIOT-LÉTÉ, 1994). Portanto, como ensina Morin (1980), a narrativa vai ganhando sentido na medida em que um plano<sup>4</sup> se liga ao precedente e orienta o seguinte.

Em vista disto, parece-nos que a estrutura narrativa, como uma das instâncias da hermenêutica de profundidade formulada por Thompson (1995), é significativa e adequada para a compreensão e análise de *Viver*, pelo fato de ser um enfoque que comumente tem sido utilizado nos campos de análise literária e textual, bem como em estudos de mitos e discursos políticos. Portanto, esta análise apresenta uma descrição da estrutura narrativa do filme centrada na atuação do protagonista.

O filme é narrado a partir da história de vida do protagonista Kanji Watanabe (Takashi Shimura). Ele é um funcionário público que exerce a função de gestor do Departamento de Negócios Públicos, uma unidade administrativa que como as demais se abstêm de atender os serviços básicos reclamados pela população. Watanabe e seus comandados se limitam a exercer atividades burocráticas rotineiras, como carimbar e arquivar documentos, alheios a qualquer implicação do papel social.

A estrutura narrativa de *Viver* é dividida em duas partes. A primeira compreende a história de Watanabe desde a sua dedicação profissional, a descoberta do câncer até a luta empreendida para vencer os departamentos burocráticos e conseguir construir o parque para as crianças. Neste primeiro momento desenvolve-se o conflito emocional vivido pelo protagonista, no qual passa por uma profunda crise pessoal como o resultado do conhecimento da chegada iminente da morte. Watanabe, agora um velho, tenta inutilmente recuperar o tempo perdido e percebe que não pode reparar a relação de não comunicação com o seu filho e nora. A personagem principal desfruta seus momentos mais alegres ao lado de uma ex-funcionária de sua repartição, cuja vitalidade juvenil o transmite a alegria de viver e se torna a mola propulsora da decisão de Watanabe em realizar seu compromisso social, dando assim

sentido ao final de sua existência.

A segunda parte do filme inicia com a narração em voz off<sup>6</sup> que anuncia a morte de Watanabe ocorrida há cinco meses atrás. Este segundo momento tem como elemento narrativo o funeral do protagonista, no qual se procede a reconstrução da história de vida de Watanabe, por meio dos vários depoimentos dos amigos presentes no funeral. Nessa parte, ao que tudo indica, Kurosawa desejava dar ênfase ao lento desenvolvimento do velório, no qual os presentes evocam a memória do amigo falecido, cujos comentários revelam as suas virtudes e seus defeitos (ESTÉVEZ, 2000:57). Os presentes ajudados pela embriaguez, provocada pelo saquê, transformam aquele momento, em um debate sobre a vida de Watanabe que poucos ou ninguém conhecia realmente.

Portanto, como dizem Vanoye & Goliot-Lété (1994:52): “descrever um filme, contá-lo, já é interpretá-lo, pois é de certa maneira, reconstruí-lo (e até desconstruí-lo?)”. Um filme pode conter vários objetivos, como distrair, criticar, documentar, descrever e denunciar. Assim, a sociedade não é revelada nua e crua por ele, mas encenada, ou seja, como descrevem Vanoye e Goliot-Lété (1994:5):

O filme opera escolhas, organiza elementos entre si, decupa no real e no imaginário, constrói um mundo possível que mantém relações complexas com o mundo real: pode ser em parte seu reflexo, mas também pode ser sua recusa (ocultando aspectos importantes do mundo real, idealizando, ampliando certos defeitos, propondo um contramundo, etc.). Reflexo ou recusa, o filme constitui **um ponto de vista** sobre este ou aquele aspecto do mundo que lhe é contemporâneo.

Nesta empreitada evitou-se a armadilha de proceder uma leitura muito além do que realmente o filme apresenta, pois, caso isso ocorresse, poderia nos desviar da atitude de investigadores fílmicos para voltarmos à condição de cinéfilos.

O filme, no entanto, ajuda a compreender a sociedade japonesa após a Segunda Guerra Mundial, pois:

Imagens fotográficas, filmicas e, mais recentemente, videográficas retratam a história visual de uma sociedade, expressam situações significativas, estilos de vida, gestos, atores sociais e rituais e aprofundam a compreensão de expressões estéticas e artísticas. Nesse, caso o que está em jogo é a análise de imagens e discursos visuais, produzidos no âmbito de uma cultura, como uma possibilidade para dialogar com as regras e os códigos dessa cultura. Imagens podem ser utilizadas como meio de acesso as formas de compreensão e interpretações das visões de mundo dos sujeitos e das teias culturais em que eles estão inseridos. (BARBOSA & CUNHA, 2006: 53-54).

No filme, Kurosawa desfere suas críticas à estrutura do serviço público japonês, que pouco ou nada fazia para ajudar os cidadãos mais carentes. *Viver* é um grito de denúncia contra a esterilidade e passividade dos organismos governamentais ante a situação de crise econômica e social pela qual passava o Japão no período pós-guerra. Reveladora é a frase proferida por um dos funcionários que presenciam o funeral de Watanabe que diz: “na Administração não há nada o que fazer, se fazes algo lhe tacham de radical”. A sala de trabalho de Watanabe exemplifica muito bem isso, pois montanhas de pedidos se acumulam nas estantes revelando a quantidade de queixas dos cidadãos reclamando serviços de qualidade, mas as pilhas de processos demonstram o descaso de Watanabe e de seus comandados.

Kurosawa pontua sua crítica nas disfunções do sistema burocrático japonês no pós-guerra. Com base na narrativa do filme, percebemos algumas características na gestão de Watanabe como chefe do departamento. Primeiramente, ele não se empenha em resolver as demandas dos cidadãos que procuram sua unidade administrativa. Em

segundo lugar, há pouca comunicação entre o gestor e seus colaboradores, bem como há uma centralização das atividades no chefe. Por fim, ele é resistente às mudanças.

Primeiramente, verifica-se que os processos com as demandas dos cidadãos não são encaminhados para a devida solução, mas arquivados ali mesmo. Watanabe, como gestor público, não se envolve com os problemas daquelas mulheres, pois prefere passar a reclamação para outro órgão público. Ele está tão preocupado em ver o tempo passar e não se dá conta, que é um gestor de uma instituição estatal e como tal é um servidor do público. Habermas (1984:14) lembra que “o Estado é o poder público. Ele deve o atributo de ser público à sua tarefa de promover o bem público, o bem comum a todos os cidadãos”.

Entendo que para ressaltar esse caráter da atividade pública é que Kurosawa destaca com letrados, tanto o cargo ocupado por Watanabe como o espaço da sua seção. Assim, não há dúvida de que ele e seus colegas são funcionários públicos e preenchem as características apontadas por Weber que compõem a estrutura burocrática da administração pública. No entanto, estão longe de cumprirem aquilo que o Pensador alemão chamou de “espírito normal da burocracia racional”, como sendo:

- “1. formalismo, reclamado por todos os interessados na proteção de oportunidades pessoais de vida, de qualquer espécie – porque, de outro modo, a consequência seria arbitrariedade e porque o formalismo é a tendência que exige menos esforço. Em contradição aparente – e parcialmente efetiva – a esta tendência desta classe de interesse está
2. a tendência dos funcionários a uma execução materialmente utilitarista de suas tarefas administrativas, a serviço dos dominados a serem satisfeitos. Esse utilitarismo material costuma manifestar-se na tendência a exigir os correspondentes regulamentos – de natureza formal, por sua vez, e na maioria dos casos aplicados de modo formalista”. (WEBER, 1998:147).

Diante do pleito das mulheres, Watanabe e seus comandados agem apenas pelo formalismo e não utilitariamente. Para Weber, a ação do funcionário burocrático é o “racional orientado a fins”, pois sua atividade limita-se a solucionar problemas referentes a um fim dado de antemão de forma unívoca, e dentro do campo de sua competência. Watanabe não a age assim, pois passa o problema para outro, não o encarando como parte de sua atividade de gestão. Ele assumiu o formal – o processo – não como um meio, mas como um fim em si mesmo, pois sua preocupação é carimbar os papéis para depois arquivá-los.

Quando Watanabe não resolve a demanda das mulheres e repassa para a Seção de Engenharia inicia-se o “calvário” pelos setores inoperantes e engessados pela estrutura burocrática do serviço público. As senhoras percorrem um círculo irracional, peregrinando de órgão em órgão, sem que uma solução seja dada para o problema do esgoto a céu aberto. Por cada setor, são tratadas com escárnio, desprezo, ironia etc. Eis a “via dolorosa” daquelas mulheres pelas unidades da administração pública de uma cidade japonesa inominada: **Negócios Públicos** ? Engenharia ? Parques ? Saúde ? Sanitário ? Ambiental ? Prevenção ? Doenças Contagiosas ? Pestes ? Esgoto ? Rodovias ? Planejamento ? Reorganização ? Incêndio ? Educação ? Conselho da Cidade ? Assessoria do Prefeito ? **Negócios Públicos.**

O ciclo se fecha. As mulheres retornam para o local da partida e são recebidas no balcão por um funcionário que permanece sentado e não dando a atenção devida, diz simplesmente: “você precisam tratar disso com a Engenharia, mesa oito”. Elas já estavam se preparando para percorrer todo o carrossel novamente de forma resignada, quando uma delas rompe o círculo e questiona o servidor público:

Como se atreve? Pare de nos enrolar. Que diabos este cartaz quer dizer? Ajude-nos a matar o tempo? Nós chamamos pessoas como você de matadores de tempo. Todas nós queremos que aquela fossa

fique limpa. Se é Engenharia, Esgoto, Saúde, Sanitário ou Incêndio, o Órgão deveria resolver. Esqueça. Nós não o incomodaremos mais. Você está rindo de nós, o que é um escárnio da democracia. Vamos.

As mulheres já estão indo embora, quando o homem fala com outro colega que o aconselha a pedir às mulheres que coloquem o problema por escrito, pois o chefe havia tirado um dia de folga.

Essas cenas além de revelarem o descaso no tratamento com o público também indicam a centralização das atividades no gestor. A ausência do chefe é um fato inusitado. A folga é o assunto principal na hora do almoço. Um lamenta, que dentro de um mês ele completaria trinta anos de serviço sem nenhuma falta. Outro acha estranho, pois ele não se ausentaria do trabalho nem por um resfriado. Porém um dos colegas é taxativo, quando diz: “nada funciona sem ele carimbar”.

O ato de carimbar (pelo chefe) é a ação principal do Departamento de Negócios Públicos. Na sua ausência os papéis se avolumam sobre sua mesa. As tarefas dependem de sua presença, porém ele inspira desprezo em seus colegas, pois nos comentários na hora do almoço dizem:

algumas pessoas estão felizes por ele ir. Só um burocrático esquema para substituir seu chefe tão rápido (...) se o pior acontecer quem o substituirá?

A falta de comunicação e amizade de Watanabe para com seus companheiros de trabalho gerou neles uma situação na qual a ausência é motivo de alegria e a morte esperança de promoção funcional.

A terceira característica na gestão de Watanabe é a sua resistência à mudança. Vinte anos antes uma proposta para melhoria na eficiência do departamento havia sido apresentada. Ela não foi levada a efeito. O tempo passou e as sugestões permaneceram engavetadas. Quem produziu aquele

documento? Teria sido o próprio Watanabe, ainda jovem, e devolvido por seu chefe, na época, achando tudo muito idealista frente à burocracia estatal. Ou algum subordinado do próprio Watanabe, que o entregou, ele disse que iria ler, mas nunca saiu da gaveta. Estas seriam algumas tentativas de resposta para a elaboração de tal projeto de mudança. Porém tudo se transformou em lixo.

Qualquer mudança vem acompanhada de receios e incertezas, que produzem nas pessoas uma sensação de desconforto. Muitos relutam por medo do desconhecido, insegurança ou por ignorar o que está por vir, pois a “resistência à mudança é qualquer atitude ou comportamento que reflete a falta da pessoa de fazer ou apoiar a mudança desejada” (SCHERMERHORN ET ALII, 1999:296).

O gestor deve ser um agente de mudança, pois lhe cabe o papel importante de liderar e acompanhar a equipe gerida por ele. Espera-se que pela atividade de sua gestão estimule o compromisso de toda equipe e o interesse pelas ações a serem desenvolvidas, por que:

Quando há interesse para as tarefas tudo se faz melhor. Não basta saber fazer, é preciso querer fazer. Um trabalhador competente, e até com experiência, não apresentará necessariamente o melhor desempenho. A motivação é um diferencial para o sucesso. (MOSCOVICI, 2001:157).

Watanabe não faz o tipo de agente de mudança. Ele quer que tudo permaneça como está, pois o melhor é continuar folheando obscuros papéis, carimbando-os e vendo o tempo passar. Esta rotina é cômoda. Agindo assim, ele não interage com seus subordinados, os quais deveriam ser seus parceiros, mas de fato são seus rivais.

Essas atitudes de Watanabe revelam um gestor preso às teias da administração burocrática do Japão no pós-guerra. Weber não construiu uma teoria sobre a gestão pública, mas de autoridade. Para ele, autoridade é poder institucionalizado

e oficializado, assim a utilização do termo gestão é para demonstrar como se expressa a dominação burocrática de Watanabe. Poder é a probabilidade de impor a própria vontade numa relação social. Autoridade proporciona poder, o qual conduz à dominação.

Quando o protagonista se dá conta da doença e é despertado por Odagiri de que deveria utilizar seu cargo em benefício da sociedade, então ele muda. A mudança é fundamental no transcurso do filme, pois ele deixa de ser um gestor meramente burocrático, cuja função é o formal – o processo – e converte-se no líder de uma causa.

A meta abraçada por Watanabe é a construção do parque infantil aterrando o local insalubre. Ele percorre o mesmo caminho, antes trilhado pelo grupo de mulheres. Rivera (2004) resume a peregrinação de Watanabe pelos órgãos da administração pública da seguinte maneira:

A partir desse momento, Watanabe se move com uma vontade indomável através do emaranhado burocrático que ele conhece tão bem. Pede uma entrevista com um chefe de seção, estimula outro, suplica a outro mais...; procurando animar as esferas de influência estritamente demarcadas dos distintos departamentos, todo esse conjunto de pessoas das jurisdições zelosas de sua independência provocam a falta de comunicação e a inoperância nas piores e mais arrogantes burocracias. Solícito, inoportuno, pertinaz, possuído por um frenesi missionário, Watanabe não se dá trégua nem a concede, pois se lança nessa última aposta para dar sentido a toda a sua existência: só ficará satisfeito se conseguir este propósito, o único que foi realmente concretizado em seus últimos vinte inócuos anos. Ele, ele não sabe, mas lhe restam cinco meses para dar sentido à sua vida (p. 170).

Segundo Weber, a dominação de caráter carismático, como tipo puro de dominação legítima, baseia-se



na “veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por estas reveladas ou criadas”. (WEBER, 1998:141).

Saint-Pierre (1994) assinala que nas análises weberianas, um caso de grande conflito entre o topo e o restante da estrutura burocrática resulta quando o vértice é o ocupado por um líder carismático. Isto se evidencia em tempos de agitação social ou em períodos de eleições políticas, nos quais é de fundamental importância à presença do líder dotado de carisma, tanto para unir as forças partidárias como efeito da confiança que sua “graça” pessoal desperta, quanto no enfrentamento às outras correntes partidárias.

Weber assinala que nada se opõe tanto à estrutura racional burocrática do que a liderança carismática, pois esta se caracteriza pelo seu modo de agir não-racional, enquanto que:

A dominação burocrática é especialmente racional no sentido da vinculação a regras discursivamente analisáveis; a carismática é especificamente irracional no sentido de não conhecer regras. A dominação tradicional está vinculada aos precedentes do passado e, nesse sentido, é também orientada por regras; a carismática derruba o passado (dentro de seu âmbito) e, nesse sentido, é especificamente revolucionária. Esta não conhece a apropriação do poder senhorial ao modo de uma propriedade de bens, seja pelo senhor seja por poderes estamentais. Só é ‘legítima’ enquanto na medida em que ‘vale’, isto é, encontra reconhecimento, o carisma pessoal, em virtude de provas; e os homens de confiança, discípulos ou sequazes só lhe são ‘úteis’ enquanto tem vigência sua confirmação carismática (WEBER, 1998:160).

O agir da liderança carismática é direcionado para despertar emoções em seus seguidores, enquanto que a marca da estrutura burocrática da dominação racional é a introdução

de uma revolução por meios técnicos, a qual transforma primeiro as coisas e as organizações e finalmente os homens.

O despertar das emoções, ao qual se refere Weber sobre o líder carismático é a marca de Watanabe quando resolve enfrentar pela paciência e insistência as barreiras da estrutura burocrática. Três testemunhos são importantes, em nível emocional, para identificar Watanabe como detentor de uma liderança carismática. As mulheres que reclamam pela fossa estourada, um colega de trabalho e o policial que o encontra morto no parque. Todos os depoimentos são proferidos no velório de Watanabe.

Portanto, por meio do depoimento das mulheres, do policial militar e dos colegas de trabalho, a partir da leitura weberiana, percebe-se a conversão de Watanabe em um líder carismático, pois a sua atuação se opôs às bases de legitimidade da ordem estabelecida e institucionalizada. O enfrentamento ao sistema burocrático foi revolucionário, pois ele se colocou em oposição consciente ao que estava estabelecido na estrutura administrativa estatal.

Para o reconhecimento da autoridade de Watanabe foi necessário que o seu apelo fosse considerado por seus “seguidores”, os quais estabeleceram com ele uma lealdade de tipo pessoal. As mulheres seguiram os seus passos pelos corredores dos órgãos estatais e honraram à sua memória. O único colega de trabalho que chorou em seu velório, num ato silencioso, rebela-se quando percebe que após a morte de Watanabe tudo voltara a ser como antes, tendo como consolo a contemplação do parque, onde as crianças brincam. O policial emociona-se ao lembrar a canção que é um tributo à vida.

Portanto, a enfermidade de Watanabe o levou a uma tomada de consciência, na qual ele deixou de ser um mero gestor burocrático, que pela técnica e competência executa uma tarefa formal, como carimbar processos, para se transformar num líder carismático, cuja obra mexeu com as emoções das pessoas, as quais firmaram com ele uma relação de lealdade.

## REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Andréa & CUNHA, Edgar Teodoro da. **Antropologia e imagem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

COHN, Gabriel (org.). **Weber**. In: Coleção Grandes Cientistas Sociais. Vol. 13. São Paulo: Ática, 1997.

ESTEVEZ, Manuel Vidal. **Akira Kurosawa**. Madrid: Cátedra, 2000.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a revolução gerencial – persistência da dicotomia entre política e administração. In: **Revista do Serviço Público**, nº1, ano 48, Janeiro-abril, 1997.

MENDOZA, Helder Quiroga. **Cinema e poesia: Uma relação intersemiótica em Akira Kurosawa**. 2006, 133 p. (Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília).

MORIN, Edgar. **O cinema ou o homem imaginário: Ensaio de Antropologia**. Lisboa: Moraes, 1980.

MOSCOVICI, Felá. **A organização por trás do espelho: Reflexos e Reflexões**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

RITTNER, Maurício. **Compreensão de cinema**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1965.

RIVERA, Juan Antonio. Luz que agoniza. In: **O que Sócrates diria a Woody Allen: Cinema e Filosofia**. São Paulo: Planeta, 2004.

SAINT-PIERRE, Héctor L. **Max Weber: Entre a paixão e a razão**. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.

SHERMERHORN, John R. Jr et alii. **Fundamentos do comportamento organizacional**. São Paulo: Campus, 1999.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 1995.

VANOYE, Francis & GOLIOT-LÉTÉ, Anne. **Ensaio sobre a análise fílmica**. Campinas: Papirus, 1994.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: EdUnb, 1998.

#### **NOTAS:**

<sup>1</sup> É um suave movimento da câmera numa certa direção. O aparelho fica instalado numa base retangular que é empurrado sobre rodas quando da tomada da cena. O movimento pode ser obtido pela base móvel e, o tripé, com a câmera de mão. (RITTNER, 1965:19).

<sup>2</sup> Um plano é definido em relação à proporção que a figura humana é enquadrada. (RITTNER, 1965:16) .

<sup>3</sup> Um mecanismo muito usual no cinema, no qual há um narrador, mas que não aparece na cena, apenas a sua voz.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE LEALDADE DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO<sup>1</sup>**

**Fábio Campelo Conrado de Holanda**

*Professor e Mestre em Direito pela UFC*

*Procurador-Federal da Advocacia-Geral da União*

Sumário: 1 Considerações gerais; 2 O dever de lealdade processual; 3 Evolução legislativa da lealdade processual, 3.1 Direito comparado, 3.2 Direito brasileiro; 4 Aspectos objetivos da litigância ímproba; 5 Aspectos subjetivos da litigância ímproba; e 6 Referências.

Resumo: Se o fundamento moral dos direitos reclama um coerente sistema de valores, os direitos não podem ter um tratamento autônomo desligado dos deveres em que se concretizam estes valores. O dever de lealdade das partes não se identifica numa restrição ao direito de acesso à justiça, mas condiciona a atitude das partes a valores éticos em busca da realização de um processo justo. Impõe-se que os meios utilizados para a realização da justiça no processo estejam influenciados pela Ética e a Moral.

### **1 Considerações gerais**

A Constituição Federal de 1988 intitula o Capítulo I do Título II de *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, mas não distingue os direitos dos deveres, enfocando-os todos ao mesmo tempo, sem classificá-los.

Os direitos fundamentais estão necessariamente sujeitos a limites, ainda que de natureza e grau diversos. Não há liberdades absolutas; elas aparecem, pelo menos, limitadas pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros. Neste cenário, interessante se afigura o estudo dos deveres.

Existe uma cláusula geral no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem onde não só se professa que

o individuo tem deveres para com a comunidade, como se prescreve que, no gozo dos direitos e liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vistas exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

Se o fundamento moral dos direitos exige um desenvolvimento coerente do sistema de valores em que eles se inserem, parece fora da discussão a idéia de que os direitos não podem ter um tratamento autônomo desligado dos valores e, por conseqüência, dos deveres em que se concretizam estes valores, carecendo de sentido a pretensão, tão corrente, de querer fundamentar os direitos fundamentais sem relacioná-los com os deveres e valores morais.

A propósito, Gregório Robles tece considerações sobre a relação entre direitos e deveres na teoria moderna dos direitos fundamentais, lecionando que

*La consideración autónoma de los derechos, sin conectarlos con los deberes en un sistema axiológico coherente, es típica de la mentalidad moderna contractualista. (...) Es un hecho social palpable que en la sociedad de nuestros días el sentimiento del deber empalidece, con frecuencia se muestra extinguido, mientras que su contrario, el sentimiento reivindicativo, alcanza las mayores cotas de intensidad. Desde un punto de vista ético este fenómeno se traduce en un decrecimiento de la solidaridad y en una justificación del hedonismo.<sup>2</sup>*

A teoria dos direitos fundamentais como teoria desconectada dos deveres e dos valores, é obra, sobretudo, dos grandes pensadores ingleses que romperam com a Escolástica: Thomas Hobbes e John Locke.<sup>3</sup> Sua filosofia política individualista toma como ponto de partida o homem abstrato, desligado de todo vínculo social e, portanto, desconectado de

todo dever.

Quando se trata dos deveres, não se pode cometer o equívoco de enfocá-los unilateralmente, ou seja, apenas sobre a óptica do cidadão ou do Estado. As teorias de direitos fundamentais, porque apresentam larga inspiração na sua primeira dimensão (as chamadas liberdades públicas), tendem a enxergar deveres apenas no Estado. Nos regimes autoritários a situação se inverte, eis que o Estado passa a ser titular de incontáveis direitos, enquanto aos cidadãos são debitados inúmeros deveres. Nos regimes democráticos, contudo, parece possível traçar certo equilíbrio neste cenário de cotejo dos direitos e deveres.

Entendemos que a expressão “devido processo legal” se relaciona intimamente com o objetivo da jurisdição, qual seja, a aplicação da justiça ao caso concreto. E não seria razoável admitir que a realização do justo acontecesse por conduto de ilegalidades ou mecanismos desprovidos de valores éticos, razão por que se afigura como imprescindível o estudo dos deveres, especialmente o de lealdade das partes, no desenvolvimento do presente trabalho.

É fato que o debate em torno de deveres, encargos e responsabilidades está de certa forma na contramão do cenário histórico de nosso País, recém-egresso de um regime de repressão política cujo marco divisor vem a ser a promulgação da Constituição Federal de 1988, ávida para reaver e resguardar o destronado patrimônio jurídico do cidadão brasileiro.

Aliás, se tivermos em conta a doutrina europeia do segundo pós-guerra, facilmente constatamos que os deveres foram objeto de um compreensível pacto de silêncio (certamente em razão da ruptura com o positivismo clássico que operava o distanciamento do ordenamento jurídico vigente em relação aos direitos calcados em princípios morais. Logo, a ânsia pela reconstrução da Ciência Jurídica a partir daquele momento, devolvendo-a aos cidadãos, inibiu a assunção de deveres por estes).

Para alguns, a construção teórica e normativa dos direitos e garantias fundamentais olvidou de mencionar a

contrapartida destes, identificada na assunção dos deveres. Atento a este fenômeno, presente, inclusive, em terras alémmar, Casalta Nabais afirma que

Estou seguro de que o objeto, que escolhi para esta minha exposição, não está a moda nos tempos que correm. A bem dizer, não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica.<sup>4</sup>

A despeito da resistência ora mencionada, parece evidente que tanto os direitos quanto os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional da pessoa, ambos igualmente importantes para compreender o lugar que o homem deve ter na ordenação das matérias constitucionais.

Seguindo orientação de Gérson Marques, a primeira dificuldade na abordagem do assunto está na falta de simpatia do tema, ao ponto de criar embaraço na sua aceitação e na exposição. Falar de deveres é apontar, sobretudo, os erros dos indivíduos, indicando seus ônus, seus compromissos, o necessário ímpeto moral e jurídico que os orienta à boa ação.<sup>5</sup>

Sobre o significado de “dever”, Fernando Bastos de Ávila leciona que

... dever indica uma necessidade, fundada em um determinismo físico, isto é, indica que um fenômeno não pode deixar de ocorrer. Assim dizemos, por exemplo, que o eclipse solar deverá ter lugar em tal dia, em tal momento preciso. Dever, como substantivo, é empregado num sentido abstrato e num sentido concreto. No primeiro, refere-se à



própria obrigação moral considerada em si mesma, de modo geral, sem referência a tal ou qual regra de ação (...). No sentido concreto, um dever significa uma obrigação determinada (...). Dos deveres concretos, alguns são comuns a todos os homens e a tôdas as condições, e se resumem fundamentalmente na admirável síntese que a tradição bíblico-cristã conservou sob o nome de Decálogo, ou seja, os dez mandamentos. Eles compreendem todos os deveres essenciais do homem para com Deus, para consigo mesmo e para com o próximo. (...) Além destes deveres essenciais, comuns a todos os homens, existem ainda deveres concretos inerentes à condição de cada e à função que ele desempenha na comunidade.<sup>6</sup>

José Ferrater Mora, em seu Dicionário de Filosofia, assinala que em todos os deveres há um conteúdo moral, tendo havido o emprego dos vocábulos *dever* e *obrigação*, indistintamente. Esclarece que alguém deve algo quando está obrigado a fazer algo.

Na classificação dos deveres, registra a existência de deveres para com Deus, com a natureza, com o Estado, a família, os pais *etc*, sendo o dever moral o mais alto da categoria.<sup>7</sup> Abaixo segue a visão de alguns pensadores sobre a temática dos deveres:

Cícero apresenta-nos os deveres como sendo a face imprescindível das virtudes, e delas decorrenciais (...) A fonte dos deveres é o decoro, em suas inúmeras dimensões. O decoro derivaria de quatro fontes: a prudência, a justiça, a generosidade e a moderação. Os deveres se relacionam mais perto com a justiça. (...) Entre os deveres que alicerçam a justiça está o da boa-fé, da sinceridade nas palavras e da lealdade nas convenções. (...) Kant define o dever como imperativo, porque ele apresenta à

consciência como uma ordem. Intimamente relacionado a mandamentos morais, o dever deriva da razão, sendo bom se puder se amoldar ao imperativo categórico (...). É assim que o referido pensador interpreta, por exemplo, a ordem da Bíblia para que amemos o próximo e até o inimigo. Os *deveres da virtude*, como modalidade de deveres éticos, envolvem lata obrigação, enquanto os *deveres de direito* impõem estrita obrigação, esta bem definida e delimitada juridicamente. (...) De Locke e Hobbes conclui-se que: a) inicialmente, no estado de natureza, o homem tem direito a tudo, e tudo é só direitos; não há deveres; e b) os deveres só surgem posteriormente, com a constituição da sociedade organizada, mediante o pacto social. (...) De volta ao século XX, recorremos a Kelsen. Segundo ele, é a norma de conduta quem prescreve a que o sujeito está obrigado; e dizer a que este está obrigado é o mesmo que estabelecer o seu dever. Desta forma, na sua visão positiva, a conduta só pode ser considerada prescrita, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção. A teoria de Kelsen, precedida, no particular, por Ihering, esvaziou o conceito de dever do seu conteúdo idealmente moral. (...) Canotilho se reporta a *deveres objetivos*. Uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto. (...) Crítica esta visão de que ao titular de um direito fundamental corresponde um dever por parte de um outro titular. Não se estabelece a correspondência estrita entre direitos e deveres fundamentais.<sup>8</sup>

Assim, vê-se que a imposição de um dever não tem apenas uma significação individual de aperfeiçoamento moral do indivíduo, mas tem um imediato sentido social, porque dele

dependem diretamente o desenvolvimento e o progresso da sociedade.

Os deveres de lealdade e probidade no processo são manifestações do princípio da boa-fé, constituindo-se como expressões da conduta que se dão no campo dos fatos, sendo, por isso, aferições objetivas.

A seguir, o aprofundamento deste conceito de dever se dará no âmbito do processo judicial, onde, na exposição de suas teses perante o Estado-Juiz, exige-se a probidade da conduta ao longo do feito.

## **2 O dever de lealdade processual**

O vínculo que se forma entre as partes de um processo cria relações recíprocas entre ambas, provocando ao mesmo tempo uma série de conseqüências jurídicas relevantes. De acordo com sua posição no processo, a parte adquire uma qualidade especial, de onde seguem numerosas situações ativas e passivas que constituem o conteúdo da relação jurídica processual. Para Osvaldo Alfredo Gozaíni

*“Se forma así un conjunto activo de poderes jurídicos y de derechos subjetivos procesales, y otro conjunto pasivo de cargas, obligaciones o deberes y sujeciones. Los primeros corresponden siempre a un conferimiento de carácter público, por el cual se otorga a un individuo la posibilidad de reclamar un interés propio. El poder jurídico se expone como una potestad de carácter genérico, atribución de origen constitucional (no procesal) que admite distintas calidades, según la posición que se tenga en el proceso (vgr.: el actor tiene la potestad de pretender y el demandado de resistir a esa pretensión; es el clásico juego de la demanda y la defensa. (...)) Las cargas, deberes e sujeciones provienen directamente del proceso y atienden al modo como se llega a la consagración del interés. (...) El deber*

*es una regla establecida en favor de la generalidad. Se impone su acatamiento como una forma de observar el normal desarrollo de un proceso”.*<sup>9</sup>

A posição ética é pressuposta a todos os protagonistas da cena judiciária. Quando a controvérsia é entregue à apreciação do Poder Judiciário, conduzir-se eticamente é norma cogente. A lealdade se insere numa concepção de processo sob a óptica de uma estrutura cooperativa. José Renato Nalini ressalta que

O processo, instrumento de consecução de um bem da vida chamado justiça, deve deixar de ser encarado como pugna civilizada, ou como verdadeira luta entre contendores irados e prontos a qualquer crueza, para ser concebido como expressão da democracia. Todos os envolvidos no processo querem o mesmo: a realização do possível justo humano. A parte, mesmo se vier a sucumbir, deverá resignar-se, pois se realizou o direito e ela foi tratada com dignidade, como deve ser o tratamento dispensado aos seres humanos. O réu, mesmo condenado, deverá estar consciente de que se realizou justiça e de que não havia alternativa diversa ao juízo, diante da contundência do elemento de prova amealhado contra ele.<sup>10</sup>

A lealdade processual apresenta-se como espécie particular de lealdade, onde a figura própria do processo é a sua base de sustentação. A caracterização dessa lealdade processual surge, assim, de uma exclusiva visão do comportamento de pessoas ligadas ao processo. Busca, por isso, identificar um padrão de comportamento a ser seguido diante dele.

No Direito Processual (direito público por excelência), a boa-fé está prevista com a imposição de deveres a todos os que atuam no processo - partes, advogados, juizes e auxiliares

da justiça. Piero Calamandrei introduz a metáfora da idéia do processo visto como um jogo para explicar esta realidade:

A lealdade prescrita pelo art. 88 é a lealdade no jogo; o jogo, isto é, a competição de habilidade, é lícito, mas não se permite fazer armadilhas. O processo não é somente a ciência do direito processual, não é somente a técnica de sua aplicação prática, senão que também é leal observância às regras do jogo, a fidelidade aos cânones não escritos de correção profissional que marcam o limite entre a elegante e meritória maestria do esgrimista perfeito e as torpes manobras do fulheiro.<sup>11</sup>

Em nossa óptica, o dever de lealdade das partes não se identifica numa restrição ao direito de acesso à justiça, na medida em que apenas condiciona a posição dos agentes processuais a valores éticos em busca da realização de um processo justo. Em verdade, impõe-se que os meios utilizados para a consecução do fim do processo (realização da justiça) estejam sobejamente influenciados pelos ditames da Ética e da Moral das partes. Na doutrina de Arruda Alvim

A expressão usada pela lei, ‘proceder’, abrange não só os atos fundamentais do processo, de postulação – isto é, propositura da ação, contestação, reconvenção, oposição – como também toda a atividade procedimental. A lealdade e a boa-fé são princípios informativos do processo, de caráter ético, abrangentes de toda atividade das partes, desde o início, durante todo o procedimento, inclusive, no desdobramento recursal, como, ainda, no processo executório.

Não parece razoável acreditar, porém, que a lealdade processual só teria razão depois de expressamente prevista pelo legislador. Na verdade, admitir-se um processo sem a presença

de certos limites seria comprometer seu funcionamento, exigindo-se uma tomada de posicionamento para se frear atitudes prejudiciais. O prejuízo, neste caso, estaria vinculado à efetividade do processo.

Qualquer atitude desleal estaria provocando, não somente, conseqüência à parte adversa, como à própria jurisdição, que estaria aplicando tempo e diligências para a realização de procedimentos provocados desonestamente. Não causa preocupação apenas a atitude desonesta em si mesma, mas sim seu resultado.

Lealdade é a virtude do litigante que, embora não meça esforços para fazer prevalecer o que entende seja seu direito, assim age respeitando, mostrando a face, olhando nos olhos. Leal é a parte que vê, no contrário, não o inimigo, mas o adversário circunstancial; é a que não surpreende, que mostra as armas de que dispõe, que não atira pelas costas. Já a boa-fé é a honestidade interior, o propósito de acertar, de não se enganar nem enganar os outros; é o contrário da malícia, da velhacaria, sendo a consciência de que se usa o processo sem intenção de descumprir a lei.

Identificada no processo a existência de uma relação jurídica que envolve as partes e o juiz, em decorrência da qual se lhes impõem, entre si, deveres, é possível daí sistematizar a figura da litigância de má-fé, compreendida como a violação do dever de lealdade processual, prevista expressamente no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Com a aproximação da ética ao processo, diagnosticaram-se paulatinamente as patologias que o poderiam deformar. Daí a luta que se principiou travar contra a fraude, o dolo, a simulação, o abuso do direito de demandar *etc.*<sup>12</sup>

Os imperativos ético-jurídicos, veiculados por meio de deveres jurídicos impostos principalmente aos litigantes, objetivam impor a lealdade das partes, cuja violação caracteriza a figura da litigância de má-fé.

Por fim, concluímos que independentemente da positivação do dever de lealdade processual no código de processo, tal valor já se encontrava inserido no conteúdo do

princípio do acesso à justiça, reforçando toda a ordem de valores que orienta a condução do processo ao préstimo da justiça. Didaticamente, é como se o direito de acionar o Poder Judiciário se revelasse por meio da cláusula do acesso probo à justiça.

A seguir, visando a melhor compreender o tratamento sancionatório dado à figura da litigância de má-fé, ilustremos uma breve digressão histórica desse instituto no Direito nacional e estrangeiro.

### 3 Evolução legislativa da lealdade processual

#### 3.1 Direito comparado

Já no Velho Testamento estavam presentes preceitos acerca da boa conduta processual: “Não levanteis falso testemunho contra nosso próximo”; “não mintais, e que ninguém engane seu próximo”; “evita todo ato de injustiça e toda sentença injusta”.<sup>13</sup>

A “Lei das XII Tábuas” (455 a.C.) dizia que: “Se alguém é chamado a juízo, compareça. Se não comparece, aquele que o citou tome testemunho e o prenda. Se procurar enganar ou fugir, o que o citou pode lançar mão sobre (segurar) o citado”.<sup>14</sup> No Direito Romano, desde a época do processo *per formulas*, foram instituídos mecanismos para desestímulo à corrupção, ao espírito litigioso, às lides temerárias e ao dolo processual. A sentença era revestida da consciência da relevância pública da atividade exercida pelo *iudex*.<sup>15</sup>

Na Idade Média, a influência da Igreja ampliou-se de forma a examinar e a resolver questões não mais adstritas aos seus temas próprios; também as causas mistas, ou seja, aquelas relativas ao matrimônio, ao estado da família, dotais, testamentárias, entre outras, passaram a ser resolvidas sob a égide do Direito Romano-Canônico que manteve presente o juramento de calúnia.<sup>16</sup>

Dos primórdios do século XVIII até o declinar do século XIX, tendo por propulsor o individualismo, o processo judiciário civil assistiu ao afastamento do controle estatal sobre

as atividades das partes. Prevaleceu, então, o princípio da discussão que, levado ao extremo, tornou o processo uma arma desprezível.

O quadro no início do século XX, no que tange à prevenção do dolo processual, considerava a divisão das nações em dois grupos, conforme o caráter punitivo de suas legislações: aquelas em que o dolo processual era combatido e punido com sanções determinadas, sendo assegurada ao juiz uma iniciativa ampla (Suíça e Inglaterra, por exemplo); e outras em que já se elaborava movimentação contra a repressão do dolo processual e onde existiam esparsos dispositivos que visavam à conduta dos litigantes, sem, entretanto, formarem um verdadeiro sistema repressivo (França, Portugal e Brasil, por exemplo).<sup>17</sup>

Rosana Josefa Martins Dias informa que o Direito Processual anglo-americano também se ocupa de combater a litigância ímproba, estando a moralidade preservada à luz do critério da prudência do homem médio, constituindo-se a deslealdade uma espécie de atentado contra a pessoa do julgador.<sup>18</sup>

#### 4.3.2 Direito brasileiro

Ao tempo do Brasil-Colônia, o Direito Processual Civil estava regulado nas Ordenações Filipinas, que dele tratavam em seu Livro III. As Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas também tiveram sua vigência entre nós; no entanto, os reflexos diretos de ambas em nossa legislação e história do processo civil são quase nulos, pois que estes só se fizeram sentir, realmente, no Código Filipino.

A matriz legislativa da figura da litigância de má-fé no Brasil remonta ao Direito português. Exportadas ao Brasil, as Ordenações, pelo processo colonialista luso, vigoraram as Filipinas, cuidando do processo civil e comercial. Naquele conjunto legal, era a justiça considerada a virtude principal e, por força de lei, devia ser conduzida da maneira mais proba possível.<sup>19</sup>

Sob a vigência das Ordenações Filipinas, Título XLVIII



do Livro 3º, restou disciplinada a exigência de juramento de veracidade do autor da demanda. A malícia da demanda acarretava a condenação nas custas processuais e prisão. O uso do linguajar tinha de ser o mais honesto. Verificada a mentira, sua utilização por um litigante em prejuízo do outro, implicava degredo para a África pelo tempo de dois anos, bem como a condenação em pecúnia, em proveito do adversário lesado (Fil., Liv. V, t. 10, par.).

As Ordenações vigoraram até a promulgação do Regulamento nº 737, em 25 de novembro de 1850. O Regulamento manteve a preocupação de probidade processual, em especial, resguardando o respeito à figura do julgador, mas, antes de sua entrada em vigor, foi aprovada a adoção obrigatória da Consolidação das Leis do Processo Civil, em cumprimento à delegação do Governo Imperial. Segundo Elísio de Cresci Sobrinho,

“A Consolidação, no art. 10 da Disposição Provisória, aboliu a regra do juramento geral (ou universal) presente desde a “manquadra” (juramento prévio das partes cujo conteúdo consistia na afirmação de que não se litiga caluniosamente ou por espírito de chicana), mantendo-o excepcionalmente para determinados casos.”<sup>20</sup>

Como salienta José Frederico Marques, no âmbito do processo civil, a sujeição às formas do direito comum perdurou incólume até o advento do Código de Processo Civil de 1939, haja vista que “as leis e códigos que até então haviam existido, continuavam fiéis, em suas linhas básicas, ao procedimento romano-canônico do direito medieval”.<sup>21</sup>

Interessante imersão histórica acerca do ambiente que permeava a edição do Código de Processo Civil de 1939, de feição eminentemente técnica e formalista, nos é fornecida por Antônio Pereira Braga, membro da 12ª Sub-Comissão Legislativa da referida norma, para quem,

no caso do Código de Processo Civil o legislador brasileiro tinha apenas de reformar e unificar as leis do processo existentes, e sua tarefa deveria ser, além de fazer as modificações fundamentais que a experiência tenha mostrado serem precisas, esclarecer os preceitos obscuros e completar a lei lacunosa. Houve uma voz no Congresso Nacional de Direito Judiciário, realizado em 1936, que assim opinou: 'Dar ao corpo do novo direito formal a extensão pretendida pelos ante-projetos em exame é, *data vênia*, torná-lo inacessível à população brasileira'. Um Código de Processo, porém, não se faz para o povo, e sim para os juristas – juízes e advogados, únicos que o estudam e aplicam. (...) não nos impusemos a preocupação de fazer um Código pequeno, mas sim a de estabelecer as regras necessárias, preenchendo todas as lacunas encontradas e evitando omissões, porque é sempre 'en réponse à un doute que la loi s'exprime'. (...) Um código não pode ser um toro bruto, de que o artífice venha tirar utilidades; há de ser já um artefato. Não pode ser uma pedra informe; há de ser um cristal lapidado. Não pode ser a massa cósmica turbilhonante em vertigem de caos; há de ser já um astro em estado de solidez, com os seus planetas em órbitas certas, com sua natureza sem vácuos. (...) Ora, nem só a sucessão de atos processuais constitui o que geralmente se chama a *forma* do processo; todas as normas de processo que, embora não constituam rito, regulam as atividades jurisdicionais do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça, subordinando-as a condições de lugar, de tempo e de meios de expressão, constituem a 'forma processual'. 'Norma' legal é qualquer dispositivo de lei, de qualquer natureza, seja de direito material seja de direito formal. Ora, no direito processual as normas legais instituem preceitos *formais*, pois que

os dispositivos processuais são destinados a estabelecer *a forma* de algum ato do processo.<sup>22</sup>

Vemos, pois, que o legislador processual da época se mostrava muito mais preocupado com o preciosismo das formas e com a busca pela onisciência das fórmulas normativas do que com a visão do processo visto como instrumento destinado à efetividade, intimamente conjugado com a realidade social.

Em rigor, até mesmo a reforma de 1973, capitaneada por Alfredo Buzaid, não se caracterizou como revolucionária em relação à antiga estrutura processual, já que foi obra de seu tempo e do estado da doutrina brasileira de quando foi editado. Na verdade, reconhecemos o progresso desta nova reforma com a adoção de conceitos modernos e a correta estruturação de institutos à luz da doutrina de Enrico Tullio Liebman, porém, temos de reconhecer que é um código ainda individualista.

Situando o momento histórico de transição do estatuto processual de Getúlio Vargas para o atual Código de Processo, Cândido Rangel Dinamarco é enfático em demonstrar a deficiência metodológica deste diploma normativo em relação à moderna doutrina brasileira:

Nossos olhos não estavam ainda suficientemente abertos, nem nossos sentidos atentos à verdadeira revolução cultural em prol da bandeira da efetividade do processo, então brotando em plagas européias; o legislador brasileiro de 1973 não foi inspirado por aquelas premissas metodológicas de que hoje estão imbuídos os setores progressistas da doutrina brasileira, como a visão crítica do sistema processual *pelo ângulo externo*, a preponderância dos interesses do *consumidor* dos serviços judiciários, a fortíssima guinada para a *tutela coletiva* e, sobretudo, o sublime empenho pela *universalização da tutela jurisdicional* e efetivo acesso à ordem jurídica justa. Fiel ao estado da doutrina brasileira de seu tempo, o Código de 1973

veio a lume como um excelente instrumento técnico, mas faltavam-lhe esses ingredientes de que hoje não se pode prescindir.<sup>23</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), na esteira do que o antecedeu, procura impor aos litigantes uma conduta condigna para que as atividades processuais se desenvolvam regularmente, procurando concentrar nos artigos 14 a 18 a disciplina da litigância ímproba (a despeito de outras passagens esparsas ao longo do texto).<sup>24</sup>

Tal norma conseguiu superar a antinomia entre as figuras da litigância de má-fé e do abuso de direito, ao cuidar daquela exclusivamente a partir do dever de lealdade processual. Para Valentino Aparecido de Andrade,

A litigância de má-fé, como ilícito processual, exige, portanto, a previsão em norma jurídica de um dever específico de lealdade processual, sendo este, aliás, o *quid* que o caracteriza como instituto processual e que o distingue da figura do abuso do direito de demandar. Impõe-se, à vista disso, a indisputável conclusão de que se não há, em norma jurídica específica, a previsão do dever de lealdade ou de qualquer outro dever que dele seja derivado, não se caracterizará um ato ilícito processual condutor à figura da litigância de má-fé.<sup>25</sup>

A doutrina lusitana de Pedro de Albuquerque também enfrenta a delimitação deste par de institutos:

O abuso de direito tem natureza objectiva. Ele é independente da consciência de quem comete o apelidado acto abusivo, bastando o comportamento em si mesmo. Dito de outra maneira: o abuso de direito não está dependente nem da existência de culpa do agente nem de qualquer outro elemento subjetivo, embora a presença ou ausência desses elementos possa contribuir para a definição das

conseqüências do abuso. Diversamente, a litigância de má-fé depende, como se viu, da existência de culpa grave ou de dolo. O elemento subjectivo é, pois, um pressuposto constitutivo da figura. Além disso, o abuso de direito pressupõe a existência de danos, devendo eles ser considerados na totalidade. Não sucede o mesmo com a litigância de má-fé. A simples obstrução da justiça e a violação de deveres processuais é suficiente para a condenação da parte.<sup>26</sup>

O vigente Código de Processo Civil, instrumento catalisador da disciplina processual clássica, concebido no início da década de 1970 e reformado em período de convivência democrática, tem foco eminentemente individualista, mostrando-se, por vezes, descompassado da Constituição de 1988 (marco contemporâneo da redemocratização brasileira).

O instituto da litigância de má-fé experimentou um incremento legal, com o objetivo de dotá-la de mecanismos que exerçam um controle ético-jurídico dos atos praticados no processo, como revela o artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil (introduzido pela lei federal nº 10.358/2001).

O movimento reformador do Código de Processo Civil está ligado ao advento da Constituição Federal de 1988, que destacou com nitidez o compromisso do Estado brasileiro não só por uma tutela jurisdicional adequada (como já declinavam os arautos das reformas precedentes), mas que isto se dê mediante um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável (quanto a este aspecto, não se nega, a litigância de má-fé é um fator inibidor a ser considerado).<sup>27</sup>

No dizer de Cândido Rangel Dinamarco, ao exacerbar exigências éticas no Código de Processo Civil, a *Reforma da Reforma* o fez com toda a legitimidade e nos limites do que é conveniente, diante da realidade das freqüentes e repetidas resistências ao cumprimento de medidas destinadas a tornar efetiva e pronta a tutela jurisdicional. Assim, ao tratar dos provimentos mandamentais, o autor diz que

Constitui específico dever ético de todos os participantes do processo, explicitado pela lei n. 10.358, de 27.12.2001 ao criar o novo inc. V do art. 14 do Código de Processo Civil, o de 'cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final'. Estamos no campo da luta pela efetividade e pela tempestividade da tutela jurisdicional, que já na primeira *Reforma* foi alvo de muita atenção do legislador. Ao falar em *provimentos mandamentais*, o novo inciso reporta-se à disciplina da execução das obrigações específicas, contida no art. 461 que a lei n. 8.952, de 13.12.1994 introduziu no Código de Processo Civil; *provimentos de natureza antecipatória* são, no pensamento do legislador de 2001, aqueles disciplinados pelo art. 273, por obra dessa mesma lei integrante da *Reforma*. Esses são dois pontos altos do movimento reformador de 1994-1995. (...) Com a nova *Reforma*, ganhou nova dimensão o âmbito da mandamentalidade no processo civil regido pelo Código, em razão do art. 461-A que lhe acresceu a lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, segundo o qual 'na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação'. Agora são mandamentais também as sentenças que condenam a entregar coisa certa ou determinada pelo gênero e quantidade e também estas estão contidas no preceito ético contido no novo inciso do art. 14.<sup>28</sup>

Traçadas as considerações histórico-legislativas da litigância de má-fé, e com o visó de não abandonar o viés eminentemente constitucional deste trabalho, segue uma perfunctória abordagem acerca dos aspectos objetivo e subjetivo deste instituto. No penúltimo capítulo deste trabalho, cuidaremos dos avanços que a noção de "boa-fé" enfrenta no processo civil

contemporâneo e da inclusão do princípio da cooperação e da solidariedade no ambiente processual, como pressupostos da realização da justiça no processo.<sup>29</sup>

#### 4.4 Aspectos objetivos da litigância ímproba

A manifestação da improbidade ao longo do processo ocorre de uma forma variada, mediante institutos como dolo, fraude, emulação, erro grosseiro, meios protelatórios *etc.*, todos capazes de comprometer o bom andamento do processo e, conseqüentemente, a realização da justiça por meio do processo.<sup>30</sup>

Recentemente, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, formalizando no texto do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, uma preocupação há muito debatida pela doutrina e jurisprudência pátrias, consistente na duração razoável do processo<sup>31</sup>.

Marcelo Lima Guerra informa que essa exigência foi explicitada pela primeira vez na definição do direito ao processo justo, reconhecido no art. 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950, lecionando que

à proteção desse direito à duração razoável convergem tanto medidas destinadas a preservar a sua realização no caso concreto, sobretudo medidas judiciais fundadas no *poder diretivo* do juiz, como também medidas *ressarcitórias*, voltadas à reparação dos danos sofridos em virtude da violação ao mesmo direito ao tempo razoável. Assim, por exemplo, em se tratando de uma demora injustificada imputada a uma conduta (sobretudo a uma omissão) abusiva de uma das partes, o juiz pode tentar dissuadi-la de permanecer na atuação desleal, seja de maneira direta, através de uma medida coercitiva, seja de maneira indireta, punindo a conduta desleal.<sup>32</sup>

O Supremo Tribunal Federal enfrentou caso de conduta protelatória das partes (identificando os institutos da litigância de má-fé e do abuso do direito), tendo reconhecido o abuso do direito de recorrer, qualificável como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual, a caracterizar um ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório. Impôs a multa do art. 557, § 2º, do CPC (de natureza inibitória).<sup>33</sup>

José Rogério Cruz e Tucci revela que a Corte Européia de Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional.<sup>34</sup>

Vale realçar que, inclusive a argumentação velha, de caráter meramente abusivo, também foi considerada litigância de má-fé pelo Supremo Tribunal Federal, com a imposição de multa ao litigante infrator, à luz dos artigos art. 557, § 2º, CC; artigos 14, II e III, e 17, VII, do CPC.<sup>35</sup>

Quando à aferição da correspondência entre os fatos narrados e a verdade, não se está a exigir que o demandante a sustente (a verdade), mas que tenha convicção de que não se baseia em mentiras. Novamente, Piero Calamandrei argumenta:

Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com o seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Hão de notar duas paisagens completamente diferentes e tão diferentes que vos há de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. Podeis dizer que um deles traiu a verdade?<sup>36</sup>

O que seria, então, diante de tão amplas e admitidas opções, permeadas por uma série de vicissitudes, faltar com a verdade? Recorrendo aos clássicos, Alfredo Buzaid informa que,



Santo Agostinho escreveu dois tratados sobre a mentira, um intitulado de *mendacio* e outro *contra mendacium*, sustentando que dirá mentira aquele que, tendo uma coisa na mente, expressa outra distinta com palavras ou outro sinal qualquer. São Tomaz de Aquino, discursando sobre o tema, ensina que ‘o verdadeiro e o falso não estão nas coisas, mas no intelecto’. E por isso define a verdade como a conformidade da coisa com o intelecto.<sup>37</sup>

A lei não exclui, nem poderia excluir a possibilidade de uma imagem falsa, mas sincera, dos fatos. Ela não espera que a parte não se engane; o que exige é que ela não engane o juiz. Firmando histórico acórdão sobre esta discussão, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que deverá o julgador, para constatação da fraude ao dever de veracidade, avaliar a intenção do agente. Tal determinação vinha expressa no texto legal anterior, a recordar, no art. 63 do Código de Processo Civil de 1939.<sup>38</sup>

Por fim, convém esclarecer que, das práticas de litigância de má-fé ao longo do processo, podem resultar, como principais efeitos: a) a nulidade do ato ou sua invalidez parcial; b) a conservação dos atos (como atenuação das conseqüências nulificantes em favor da parte lesada); c) o pagamento das custas processuais; e d) a responsabilidade civil e penal do litigante ímprobo.

## **5 Aspectos subjetivos da litigância ímproba**

Uma vez debatidos os aspectos objetivos da litigância ímproba, cumpre-nos tratar do elemento subjetivo da conduta desleal ao longo do processo, direcionando o foco aos sujeitos da demanda (autores, réus e seus advogados).

Intensiva característica dos processos judiciais está no fato de que neles a ação é contraditória, observando-se o interesse das partes em preservar aquilo que entendem ser-

lhes seu, em detrimento da parte contrária (sendo, não raras vezes, envolvidas pela iniciativa de manejar expedientes torpes e egoísticos).

Em face desta característica congênita da realidade forense é que o processo deve ser permeado de mecanismos de controle ético, sem os quais esses riscos podem tornar o processo instrumento de injustiça.

Claramente, o Código de Processo Civil brasileiro optou por elevar a boa conduta das partes litigantes e de seus procuradores à condição de dever, e não de ônus, ao impor, diante de desobediência, a sanção da responsabilidade pelos danos (artigos 16, 18 e 601, além de outras previsões esparsas já estudadas). O artigo 16 do Código de Processo afirma que: “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”, nenhuma referência havendo, assim, aos advogados das partes e àqueles que de qualquer forma participam do processo.

Logo, embora cuidando o legislador de informar que os deveres do artigo 14 dizem respeito tanto à conduta das partes como “daqueles que de qualquer forma participam do processo” (nesse conceito, reprisa-se, incluindo os procuradores dos litigantes) e que o dever de abstenção do artigo 15 é dirigido aos litigantes e respectivos advogados, deixou o mesmo de prever, para os advogados, qualquer sanção direta ou indireta dentro do processo quando restarem feridos os preceitos estampados nos incisos I a IV do art. 14 do Código de Processo Civil (no caso do inciso V, está expresso, a questão se resolve internamente no órgão de classe).

Teriam tais deveres então, para os advogados, caráter meramente moral pela falta de previsão de punibilidade direta de possível imposição pelo juiz? Como então justificar que a parte suporte pena, pela litigância ímproba, mesmo quando partir de seu advogado a causa da condenação, na medida em que poucos são os atos processuais em que aquela intervém diretamente? A questão ainda é controversa e não admite uma solução categórica.

Um caminho, porém, está aberto à responsabilização

(ao menos indireta) dos advogados pela má-conduta no patrocínio dos interesses de seu cliente, já que, no plano do direito material se pode invocar como fundamento da condenação direta e exclusiva da parte a má eleição (culpa *in eligendo*) que esta fez daquele que atuou como seu mandatário, respondendo pelos danos que este, em seu nome, tiver causado. Corroborando esta fundamentação, a aplicação da analogia tendo como parâmetros os artigos 692 e 679 (primeira parte), ambos do Código Civil<sup>39</sup>, endossa a responsabilidade do advogado.

Em Portugal, Rui Correia de Sousa defende o argumento de que a condenação do litigante de má-fé tanto pode ser aplicada às partes, como aos seus representantes:

... se os mandatários forenses actuaram ao abrigo de procuração forense com poderes especiais, também estes estão obrigados, solidariamente, ao pagamento da multa e da indemnização fixadas na condenação, sem prejuízo das conseqüências legais afloradas no capítulo seguinte.<sup>40</sup>

Historicamente, porém, os tribunais pátrios vinham acompanhando a doutrina nacional, entendendo inaplicáveis aos advogados os comandos legais punitivos à desobediência aos deveres de bom comportamento processual.

Reativando o debate em torno do tema, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no final do ano de 2002<sup>41</sup> (quando já em vigor a Lei nº 10.358/01 que alterou a redação do artigo 14 do Código) que os advogados também são sujeitos da norma em tratamento, nesta condição direta e pessoalmente respondendo pelos atos de improbidade que praticarem, conforme se vê adiante:

**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CARACTERIZADA FINALIDADE PROTELATÓRIA. MULTA APLICADA AO PATRONO DA CAUSA. MAJORAÇÃO. ARTS. 14, II, C/C 17, VII, 18, "CAPUT" E 538, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CPC.**

POSSIBILIDADE. De acórdão proferido em recurso especial interpôs-se agravo regimental, flagrantemente intempestivo, caracterizando-se a finalidade procrastinatória da medida processual. Em segundo agravo regimental pede-se o afastamento da multa de 1%, aplicada ao patrono da causa, inexistindo, contudo, argumentos que ilidam as razões da decisão impugnada. Persistindo o intento protelatório, mostra-se de rigor a majoração da multa para 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, a teor dos artigos 14, II, c/c 17, VII, 18, “caput” e “mutatis mutandi”, 538, parágrafo único, todos do CPC. Agravo regimental desprovido.

**PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - RECURSO PROTRELATÓRIO - CONDENAÇÃO DO PROCURADOR AO PAGAMENTO DE MULTA.** 1. Inexistência de omissão, mas inconformismo da parte com o julgamento do recurso especial. 2. Embargos de declaração interpostos com propósito meramente protelatório, buscando retardar o desfecho da demanda. 3. Aplicação de multa de 1% (um por cento), além de indenização de 20% (vinte por cento), ambos incidentes sobre do valor atualizado da causa, a ser suportada pelo advogado subscritor do recurso, nos termos do art. 14, II c/c 17, VII e 18, caput do CPC, pois é dever das partes e dos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé. 4. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa e indenização.

A decisão causou certa reviravolta no debate sobre o tema, instigando estudiosos a debater os efeitos da decisão em desfavor dos advogados.

O advogado é o primeiro julgador da sua conduta, o que determina seja absolutamente escrupuloso. A advocacia impõe que, além de ser honesto, sejam observados todos os valores éticos. O artigo 6º do Código de Ética do Advogado é expresso, ao assinalar que “é defeso ao advogado expor os fatos em juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”, sendo indubitável que o dever de probidade, ora debatido, também se estende ao referido profissional.

Sobre a degradação da atitude ética do advogado nos últimos tempos, também levada a cabo, dentre outros motivos, pela saturação do mercado de trabalho deste profissional, Raimundo Bezerra Falcão constrói o seguinte raciocínio com base em dados empíricos:

Tomando o meu Estado, o Ceará, como exemplo. Em 1981, tínhamos, em cifras genéricas, 3.377 inscritos. Entre esse ano e 1990, o salto foi impressionante, a ponto de em setembro desse último ano termos 7.698 inscrições. Mais do que o dobro, o que significa anualmente um pouco mais de 10% de incremento no total de advogados. De 1990 até hoje, o número de inscrições saltou para bem mais do dobro, já estando beirando as duas dezenas de milhares. Os cursos de Direito, que eram somente três, subiram para dezessete nos últimos anos, do que se infere que, estando todos eles lançando bacharéis no mercado, chegar-se-á a cerca de 2.000 diplomados por semestre, pondo em risco, entre mais coisas, o respeito à ética profissional, pois a luta pela sobrevivência tende a fazer esquecer os valores, por mais fundamentais que sejam. (...) Trata-se de algo destinado a aumentar, em termos quantitativos, podendo também agravar-se em termos qualitativos, em face da proliferação de faculdades de Direito, muitas delas criadas para atender a cabos eleitorais ou a interesses e emulações provincianas e descabidas. São cursos

condenados à ineficiência e ao baixo nível de ensino. (...) O problema não é de encher as universidades de alunos, mas de encher o espírito dos alunos de idéias e de cultura.<sup>42</sup>

Quanto ao critério para exame da responsabilidade das partes e de seus procuradores por dano processual e extraprocessual, Ugo Rocco ensinava que para a verificação da responsabilidade, é essencial encontrar o elemento **subjetivo** (dolo ou culpa).<sup>43</sup>

Diz Francisco César Pinheiro Rodrigues que a pena deve ser imposta restritivamente, nos casos de má-fé processual, ante a intenção deliberada não só de enganar, mas de enganar e retardar, confundir e prejudicar, considerando que se somente a má-intenção autorizasse a pena, haveria sensível vantagem em contratar um advogado confuso e incompetente, mas muito combativo, que manejaria petições e agravos sem qualquer fundamento. Revela o doutrinador a idéia de que,

Se a culpa é grave, afrontosa (é impossível, aqui, afastar o subjetivismo do julgador), caberia a punição, porque 'reputa-se' (atente-se para o verbo) litigante de má-fé quem 'provoca incidentes manifestamente infundados' (inciso VI do art. 17). A confusão onera a Justiça até mais do que a inteligente argumentação (ao contrário do que pensa o vulgo), mesmo procurando induzir o juiz em erro. Petições confusas implicam duplo trabalho, porque o juiz de boa-vontade fica na dúvida se no meio do cipal de argumentos mal expostos não existirá um grão de verdade ou injustiça a reparar<sup>44</sup>

A circunstância de a lei afirmar que será considerado como litigante de má-fé aquele que atuar em consonância com qualquer das hipóteses dos incisos do art. 17 realça o elemento objetivo da conduta. Opinando pelo critério **objetivo** está Moacyr Amaral dos Santos, para quem,

Ocorrida qualquer das hipóteses previstas no referido artigo do Código, considera-se haver má-fé do litigante. Esta, portanto, independe de prova concreta, direta, mas resulta de uma apreciação dos fatos, que a lei enumera e dos quais se presume a ilicitude do procedimento processual do litigante. Verificando qualquer desses fatos, presume-se a má-fé deste.<sup>45</sup>

Conclusivamente, a despeito de reconhecer a complexidade e infinitude do tema, entendemos que a aplicação destes critérios isoladamente não pode fundamentar a solução da controvérsia, já que a dinâmica dos embates forenses, a par da iniciativa de defender seus interesses levam, por vezes, as partes e os advogados ao manejo de um excessivo número de incidentes, o que é natural na atividade forense, porém, não se pode desgarrar dos preceitos da boa-fé objetivamente considerada.<sup>46</sup>

Para Cândido Rangel Dinamarco, o advogado só responde se houver participado conscientemente da ilicitude, o que é natural em toda representação jurídica aos atos ilícitos (responsabilidade subjetiva); mas as hipóteses de sua responsabilidade por litigância de má-fé são todas aquelas indicadas no sistema do Código de Processo Civil. O autor realça que

Uma emenda apresentada na Câmara dos Deputados e vitoriosa graças a um lobby corporativista, alterou o projeto que redundou na lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, para fazer consignar no caput do art. 14 apenas as partes e demais pessoas que atuam no processo e não, como ali estava, as partes, seus procuradores etc. Essa emenda, que se associava à expressa imunização dos advogados à sanção cominada no novo parágrafo do art. 14, teve o nítido propósito de deixá-los também a salvo de toda a disciplina ética processual, contida no Código de Processo Civil, e

do controle judicial de possíveis infrações. Essa é, porém, uma arbitrariedade que só pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao processo com lealdade e boa-fé, de expor fatos em juízo conforme a verdade, de dar cumprimento e não resistir à efetivação de sentenças mandamentais *etc.*<sup>47</sup>

A preservação da atuação funcional do advogado, à luz do artigo 133 da Constituição Federal, é exigência do Estado Democrático, não sendo compatível com uma sociedade livre e plural que o exercício de tão importante mister seja limitado pelo subjetivismo do magistrado no caso concreto, esta sim, uma faceta evidente do autoritarismo no ambiente processual.<sup>48</sup>

Devemos atentar, assim, para o fato de que as prerrogativas outorgadas aos advogados não podem servir de instrumentos facilitadores da corrupção e da chicana no âmbito do processo, reclamando-se, de todos aqueles que ali atuam, apurado senso de responsabilidade e cooperação em prol do resultado prático e justo da tutela judicial.



## REFERÊNCIAS:

ALBUQUERQUE, Pedro. **Responsabilidade Processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004.

ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, Ministério da Educação e Cultura – MEC, 1967.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Loyola, 1989.

BRAGA, Antônio Pereira. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1945.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 393175 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Celso de Mello Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Parte(s) AGTE.(S): Estado do Rio Grande do Sul ADV.(A/S): PGE-RS - Karina da Silva Brum AGDO.(A/S): Luiz Marcelo Dias e outro (A/S) ADV.(A/S): Lúcia Liebling Kopittke e outro (A/S).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 583103 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Agravo de Instrumento Relator(a): Min. Cezar Peluso Julgamento: 24/04/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma AGTE.(S): Luiz Carlos Duarte ADV.(A/S): Daniela Menegat Biondo AGDO.(A/S): Instituto Nacional do Seguro Social.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª T. do STJ, Resp. nº 40.638-RJ, 02.09.96, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJU de 21.10.96, p. 40.230.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma do STJ, EEREsp. Nº 435.824-DF, 17.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU

17.03.03, p. 219; 1ª Seção do STJ, EAGRAR nº 2.400-CE, 11.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 24.03.03, p. 128; 1ª Seção do STJ, EEAAR nº 1.599-SC, 27.11.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU 03.02.03, p. 254; 2ª Turma do STJ, EAResp. nº 427.839-RS, 17.10.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 18.11.02, p. 205. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no REsp 464391 / SP ; agravo regimental no agravo regimental no recurso especial 2002/0105055-5 T1 Min. José Delgado julgado de 05.08.2003. e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 438554 / SC ; embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento 2002/0017001-9 T2 Min. Eliana Calmom, Julgado de 17.12.2002.

BUZAID, Alfredo. **Processo e verdade no direito brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, nº 47, jul./set. 1987.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 7ª edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DIAS, Rosana Josefa Martins. **Proteção ao processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Ensaio do pensamento jurídico**, São Paulo: Malheiros, 2008.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável**. Constituição e Democracia. Organização: BONAVIDES, Paulo. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Faysa Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Título original: *Diccionario de Filosofia (versión abreviada)*. Tradução: FERREIRA, Roberto Leal & CABRAL, Álvaro. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Portugal, Coimbra Editora, fevereiro de 2007.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVAES, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995.

ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis – Buenos Aires: Depalma, 1970.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. **Indenização e litigância de má-fé**. Revista dos Tribunais, São Paulo: nº 584, jun./1984.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, volume 2.

SEBASTIÃO, Jurandir. **A responsabilidade civil do advogado e o**

**ônus da prova.** *In* Revista Jurídica UNIJUS, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 10, n. 13, Uberaba, novembro de 2007.

SOBRINHO, Elício de Cresci. **Dever de lealdade das partes no processo civil.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao Processo Civil**, 2ª edição, Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Rui Correa de. **Litigância de má-fé (colectânea de sumários de jurisprudência)**. 2ª edição, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: RT, 1999.

**NOTAS:**

- <sup>1</sup> Este trabalho foi elaborado no primeiro semestre do ano de 2008.
- <sup>2</sup> ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad** ACTUAL. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995, p. 33.
- <sup>3</sup> O pensamento escolástico propunha uma concepção global da Ética e da Política presidida pela premência da Teologia. Em sua teoria, os direitos tinham seu lugar, porém sempre subordinados à idéia de dever, já que o homem como criatura se situa diante de Deus como um ser que deve obedecer aos seus mandamentos. Os direitos têm seu lugar, porém, secundariamente com respeito aos deveres.
- <sup>4</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Portugal, Coimbra Editora, fevereiro de 2007, p. 163.
- <sup>5</sup> MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável**. Constituição e Democracia. Organização: BONAVIDES, Paulo. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 2.
- <sup>6</sup> ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, Ministério da Educação e Cultura – MEC, 1967, p.158, verbete dever.
- <sup>7</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Título original: *Diccionario de Filosofia (versión abreviada)*. Tradução: FERREIRA, Roberto Leal & CABRAL, Álvaro. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1996, verbete “dever”, p. 175.
- <sup>8</sup> MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável**. Constituição e Democracia. Organização: BONAVIDES, Paulo. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 9-15.
- <sup>9</sup> In GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 15.
- <sup>10</sup> In **Ética Geral e Profissional**. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.

- <sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 259.
- <sup>12</sup> Ao lecionar sobre o abuso do direito, no contexto das restrições não expressamente autorizadas, Jorge Reis Novaes é enfático em esclarecer que, neste caso, os limites constitucionais da liberdade foram ultrapassados, sem, porém, que se saibam quais são estes limites, como podem ser apurados no caso concreto e qual o seu alcance. Nesse sentido e com essa dimensão, o recurso ao abuso do direito seria uma mera atualização da *cláusula de comunidade* como fundamento de limites não constitucionalmente previstos aos chamados direitos fundamentais. (*In As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 493).
- <sup>13</sup> **Exodus**, 23,7; **Levítico**, 19,11; e **Levítico**, 19,15, respectivamente.
- <sup>14</sup> MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.
- <sup>15</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 129-130.
- <sup>16</sup> SOBRINHO, Elício de Cresci. **Dever de lealdade das partes no processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 30.
- <sup>17</sup> MILMAN, p. 13. O autor aprofunda a informação, lecionando que “Coube à Áustria, em seu Código de Processo Civil, o pioneirismo no tratamento legislativo da matéria. A Alemanha tem, na ZPO, expressa disposição acerca do dever geral de dizer a verdade. Na Itália, a opção de regulamentação também está consignada no Código de Processo Civil. A França, em seu Novo Código de Processo Civil, igualmente tratou do tema (*L’obligation de réserve*). Não se esqueça ainda das *astreintes*, que têm caráter cominatório para garantir o cumprimento das sentenças que tenham condenado o vencido em obrigação de fazer ou não fazer. Tal instituto, a partir da inspiração legislativa francesa, hoje está em nosso ordenamento processual civil, de forma expressa nos arts. 287, 461, §4º, 461-A, 644, 645 e 932 do CPC”. *Ibidem*, pp. 14-19.

- <sup>18</sup> **In Proteção ao processo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 108.
- <sup>19</sup> As Ordenações Afonsinas previam o juramento de calúnia: o juiz, depois de tentar conciliar as partes, e se frustrada esta tentativa, impunha ao autor, sob a forma de juramento, a promessa de que litigaria de boa-fé, sem maquinações e fraudes. Vale destacar, porém, a exemplo das Ordenações Manuelinas, que essas não tiveram grande influência no campo processual. MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 116.
- <sup>20</sup> **In Dever de veracidade das partes no Processo Civil.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 42.
- <sup>21</sup> **In Manual de Direito Processual Civil.** Vol. I, 12<sup>a</sup> edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 51.
- <sup>22</sup> **In Exegese do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Max Limonad, 1945, pp. 14-17.
- <sup>23</sup> **In A Reforma da Reforma.** 3<sup>a</sup> edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.
- <sup>24</sup> Na legislação esparsa encontra-se presente também a aplicação do instituto da litigância de má-fé. Assim: no Código de Defesa do Consumidor (art. 87, parágrafo único, da Lei 8.078/1990), na Lei da Ação Civil Pública (art. 17, da Lei 7.347/1985), na Lei dos Juizados Especiais Cíveis (art. 55, da Lei 9.099/1995), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 141, §2º e art. 218, parágrafo único, da Lei 8.069/1990), na Lei da Arbitragem (art. 27, da Lei 9.307/1996), e ainda no Protocolo de Medidas Cautelares (art. 7º, alínea “b”, do Decreto 2.626/1998).
- <sup>25</sup> ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé.** São Paulo: Dialética, 2004, p. 78.
- <sup>26</sup> **In Responsabilidade Processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 92.

<sup>27</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a remodelação do Código de 1973 começou, a bem dizer, já no próprio ano em que foi editado e durante a própria *vacatio legis*: A lei n. 5.925/73 foi portadora de uma série grande de retoques, alterando perto de uma centena de dispositivos do Código. O autor arrolou como principais leis modificadoras do Código de Processo Civil, desde o início e até à primeira *Reforma*: Lei das Duplicatas (6.458/77); Lei do Divórcio (6.515/77); Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79); Lei das Execuções Fiscais (6.830/80); Lei da Ação Civil Pública (7.347/85); Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90); Código de Defesa do Consumidor (8.078/90); Lei 8.952/94, que alterou inúmeros dispositivos do CPC, com normas gerais de direito processual, normas referentes a tutela antecipada, à conciliação, atos processuais, processo cautelar etc. *In A Reforma da Reforma*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 25-27.

<sup>28</sup> *In A Reforma da Reforma*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 59-62.

<sup>29</sup> Na visão de Miguel Teixeira de Sousa, “a litigância de má-fé verifica-se tanto quando a parte conhece a falta de fundamento do pedido ou a não veracidade do facto, como quando ela omite o dever de cooperação ou abusa dos meios processuais através de diligências inúteis ou dilatórias”. *In Introdução ao Processo Civil*, 2ª edição, Lisboa: Lex, 2000, p. 73.

<sup>30</sup> **O dolo** se apresenta como uma das formas mais graves do ilícito processual, pois nele estão contidos as surpresas e os estratagemas, a sagacidade, a falácia, a manha que se trama para enganar alguém. A diferença do dolo no Direito privado, em relação ao seu congêneres processual, está em que, ao contrário do primeiro, neste, o sujeito passivo nem sempre é somente a outra parte, mas é sempre o juiz. O dolo processual consiste em perverter, intencionalmente, os elementos fáticos que na relação processual se formam e se acumulam para permitir a decisão da questão. É a ciência de não ter razão, quando se afirma ter razão. Alguns consideram que a temeridade é a manifestação do dolo substancial, ou seja, é ir a juízo sabendo não ter razão. Tal forma de improbidade subdividir-se-ia em dolosa e culposa grave (esta, como resultado de imprudência exagerada ao afirmar ter a razão, no litígio, ao seu lado). **A fraude** também consagra uma infração à lei, visando a enganar o adversário e, no processo, também



o juiz; porém, a distinção em relação ao dolo está em que neste há ilegitimidade tanto nos fins como nos meios empregados, enquanto que na fraude são ilícitos somente os resultados obtidos – os meios, de qualquer forma, são válidos. **A emulação** traduz-se em ir a juízo movido por sentimento de competição injustificada, por espírito de mera rivalidade; é pleitear sem que o que se busque tenha utilidade, para causar dano a outrem; é agir por capricho, com a intenção de incutir pavor, de coagir. Existe **erro grosseiro**, no processo civil, quando há desarmonia entre os efeitos a que o declarante dirige a sua conduta e aqueles que resultam da declaração da sua vontade. Trata-se de verificar o grau de atenção ordinária que se exige daqueles que vêm a juízo – um dever mínimo de conhecimento das vias judiciais, seu alcance e utilidade e seu fim social (a idéia de erro grosseiro naturalmente está vinculada à de culpa). O emprego da **violência**, no processo, pode dar-se de duas distintas formas: quando qualquer das partes, indevidamente, pratica ato tipificado no Código de Processo Civil, como atentado, ou quando produz requerimento ou pedido de providência de força que seria dispensável. A mais comum forma de abuso, no entanto, é a **proteção da lide**, com a criação de incidentes que têm como alvo retardar a prestação jurisdicional, embaraçando a realização da efetividade do processo.

- <sup>31</sup> Para José Roberto dos Santos Bedaque, “a preocupação com o tempo do processo, e com a possibilidade de a demora gerar dano a direito passível de proteção, constitui apenas um dos aspectos inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, tema central do processo civil moderno. Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é o grande desafio lançado ao processualista”. (*in Tutela cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21).
- <sup>32</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.
- <sup>33</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 393175 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Celso de Mello Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Parte(s) AGTE.(S): Estado do Rio Grande do Sul ADV.(A/S): PGE-RS - Karina da Silva Brum AGDO.(A/S): Luiz Marcelo Dias e outro (A/S) ADV.(A/S): Lúcia Liebling Kopittke e outro (A/S)

- <sup>34</sup> **In Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: RT, 1999, P. 239.
- <sup>35</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 583103 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Agravo de Instrumento Relator(a): Min. Cezar Peluso Julgamento: 24/04/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma AGTE.(S): Luiz Carlos Duarte ADV.(A/S): Daniela Menegat Biondo AGDO.(A/S): Instituto Nacional do Seguro Social.
- <sup>36</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** 7ª edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1998, p. 99.
- <sup>37</sup> BUZAID, Alfredo. **Processo e verdade no direito brasileiro.** Revista de Processo, São Paulo, nº 47, pp. 92-9, jul./set. 1987.
- <sup>38</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª T. do STJ, Resp. nº 40.638-RJ, 02.09.96, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJU de 21.10.96, p. 40.230.
- <sup>39</sup> “O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código” e “Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado com aqueles que seu procurador contratou”, respectivamente.
- <sup>40</sup> **In Litigância de má-fé (colectânea de sumários de jurisprudência).** 2ª edição, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2005, p. 15.
- <sup>41</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma do STJ, EEREsp. Nº 435.824-DF, 17.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU 17.03.03, p. 219; 1ª Seção do STJ, EAGRAR nº 2.400-CE, 11.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 24.03.03, p. 128; 1ª Seção do STJ, EEAAR nº 1.599-SC, 27.11.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU 03.02.03, p. 254; 2ª Turma do STJ, EAResp. nº 427.839-RS, 17.10.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 18.11.02, p. 205. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no REsp 464391 / SP ; agravo regimental no agravo regimental no recurso especial 2002/0105055-5 T1 Min. José Delgado julgado de 05.08.2003. e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 438554 / SC ; embargos de declaração

no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento 2002/0017001-9 T2 Min. Eliana Calmom, Julgado de 17.12.2002.

<sup>42</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Ensaio do pensamento jurídico**, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 146-150.

<sup>43</sup> ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis – Buenos Aires: Depalma, 1970, p. 176.

<sup>44</sup> RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. **Indenização e litigância de má-fé**. Revista dos Tribunais, São Paulo: nº 584, pp. 9-17, jun./1984.

<sup>45</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, volume 2, p. 319.

<sup>46</sup> Ao escrever sobre a responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova, Jurandir Sebastião afirma ser oportuno sempre lembrar que o nosso Direito Material está estruturado nos princípios do equilíbrio das relações sociais e na boa-fé objetiva. Por isso, não basta vontade subjetiva indeterminada, nem simples 'boa intenção' para a prática dos atos jurídicos. A verdadeira intenção deve ser externada com transparência, e que a conduta pessoal, na defesa dos seus interesses, encontre limite no equilíbrio e na reciprocidade das relações sociais. Daí a censura ao exercício do direito com abuso. O Direito Processual, como instrumento de efetividade do Direito Material, não foge dessa regra geral. O advogado, quando, no processo civil se desvia do correto exercício da profissão, pode incorrer em três modalidades distintas censuráveis: a) ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) conduta processual temerária; c) litigância de má-fé. São condutas processuais distintas, mas que se entrelaçam e podem ocorrer simultaneamente, e todas são passíveis de sanção proporcional à intensidade e à gravidade do ato praticado. A má-conduta profissional também poderá tipificar infração ética, a ser punida pelo órgão de classe. **In A responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova**. *In* Revista Jurídica UNIJUS, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 10, n. 13, Uberaba, novembro de 2007, pp. 1-264.

<sup>47</sup> **In A Reforma da Reforma**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68.

<sup>48</sup> Aliás, sobre a chamada “concepção autoritária de processo”, cuidaremos no capítulo seguinte, visando a situar sua origem histórica na legislação processual do Brasil e seus reflexos normativos.

## **CRIME AMBIENTAL: TRANSAÇÃO PENAL E OS EFEITOS INTERDEPENDENTES DAS SANÇÕES CÍVEIS, ADMINISTRATIVAS E CRIMINAIS.**

**Lino Edmar de Menezes**

*Procurador Regional da República*

*Professor da Universidade Federal do Ceará (UFC)*

A lei nº 9605, de 12.02.98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, ao tratar do processo criminal, manda aplicar aos crimes ambientais os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos previstos na lei nº 9.099/95, e condiciona o efeito extintivo da punibilidade pela comprovada reparação de dano ambiental, salvo impossibilidade de fazê-lo.

A referida lei, ao cuidar da sentença condenatória dos autores dos crimes ambientais traz uma inovação que é a fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente (art. 20) e também prevê como pena restritiva de direitos a suspensão de atividades (art. 11) e a interdição do estabelecimento (art. 22), quando comprovada a desobediência às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente.

Percebe-se, pois, que a lei ambiental está admitindo que alguns efeitos civis e administrativos da infração ambiental sejam solucionados no próprio processo criminal, rompendo com a tradição do Direito Pátrio da 'separação das instâncias'.

Sabe-se que o direito brasileiro adota, como regra, a separação das instâncias penal e civil, embora admitindo a prevalência do julgado penal a respeito do fato e da autoria sobre o processo civil, e considera título executivo civil aquele emitido pelo juiz penal.

Segundo a doutrina, os sistemas processuais relativos à responsabilidade civil proveniente de crime, no direito

comparado, são os seguintes:

(a) **o da confusão**, em que a causa civil e a penal se processam e se decidem simultaneamente;

(b) **o da solidariedade**, consistente em duas ações, civil e penal, perante o mesmo juízo;

(c) **o da livre escolha**, consistente em deixar ao autor a iniciativa de ingressar no cível ou crime; e,

(d) **o da separação**, pelo qual cada causa se processa e se decide em sua sede.

Por isso, a doutrina brasileira tem dificuldade em identificar o nosso sistema, adotando-se várias nomenclaturas: “**separação atenuada**”; um “**sistema intermediário**”; “**sistema eclético**”; “**independência com certa mitigação**”; “**solidariedade facultativa**” ou “**sui generis**”.

A novidade é que a lei ambiental procura solucionar no próprio processo penal as questões civis e administrativas envolvendo a infração ambiental, dando ao juiz criminal o poder de impor obrigações civis ao condenado, além da repressão penal, visando uma imediata preservação do meio ambiente e, assim, melhorar a qualidade de vida da população.

Observe-se que a reparação do dano ambiental continua a ser questionada no âmbito do processo civil, através da ação civil pública, mas é possível que na instância penal essa reparação seja conseguida já na audiência preliminar da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

Quando houver sentença condenatória, o juiz poderá impor ao condenado (pessoa física ou jurídica) a suspensão das suas atividades ou a interdição temporária do estabelecimento.

Tal pena restritiva de direito tem natureza tipicamente

preventiva, o que antes só era atendível em sede de ação civil coletiva ou por ação das autoridades administrativas ambientais.

Agora, como adverte o promotor de justiça Hamilton Alonso Júnior: “com a nova lei caso inexistir Ação Coletiva ou nela não se tenha obtido decisão favorável, no âmbito penal se poderá conseguir evitar danos ou fazer cessar os existentes” (Revista do MPSP, nº 14, jan. 1998).

Merece especial atenção o artigo 20 da lei ambiental: “A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.”

Quer dizer, adotou-se, nos crimes ambientais o sistema da confusão ou da interdependência das instâncias, devendo o Juiz Criminal fazer a instrução tanto para responsabilizar penalmente o autor do fato-crime, como para reparação civil decorrente do mesmo fato delituoso.

É importante não perder de vista que o dever de indenizar por quantia certa, fixada na sentença, não pode prescindir do devido processo legal, pois o réu tem direito de contestar os valores estipulados em laudo pericial, tendo em vista que a sentença condenatória será executada no âmbito cível e lá não se admitirá rediscussão sobre os valores já estabelecidos na sentença transitada em julgado. A liquidação, mediante contraditório somente ocorrerá “**para apuração do dano ambiental sofrido**” (art. 20, § único), quer dizer, para cobrar a diferença não abrangida pela sentença penal.

No sistema processual penal brasileiro, a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano (CP, artigo 91, 1), inclusive constitui título executivo judicial (CPC, art. 584, II), e isso decorre dos influxos publicísticos da relação jurídico-penal sobre a relação jurídico-privada, preponderando o interesse estatal em resguardar os interesses privados atingidos pelo crime.

E o que a doutrina chama de “eficácia direta da coisa julgada penal sobre o processo reparatório civil” ou “eficácia direta da sentença, em virtude da administração de interesses privados que o Estado faz por meio dela”, nas palavras de Milton Paulo de Carvalho.

Sucedo que, no sistema atual, a sentença penal condenatória traz implícito apenas o dever de indenizar, mas não estabelece o ‘**quantum debeatur**’, o que só será feito através do processo de liquidação, no âmbito cível, antecedendo ao processo de execução.

A novidade da lei ambiental é que a sentença trará um valor pré-determinado para a indenização da vítima, embora possa subsistir algum resíduo indenizatório sujeito a liquidação ainda originário daquela mesma sentença condenatória.

A previsão dessa indenização, em quantia certa, no bojo da sentença penal condenatória, também consta do Código de Trânsito Brasileiro, ao que a doutrina convencionou chamar de **multa reparatória**.

Um dos projetos da reforma do Código de Processo Penal, agora convertido na lei nº 11.719/08, na parte referente à sentença condenatória, prevê também uma indenização mínima em favor da vítima, e que a eventual diferença poderá ser cobrada em liquidação da sentença para apuração do ‘**dano efetivamente sofrido**’.

A exposição de motivos feita pelo então ministro José Gregori, traz as seguintes justificativas:

“...Em benefício da vítima, que ocupa lugar de destaque no processo penal contemporâneo, o art. 387 do Código de Processo Penal, que cuida da sentença penal condenatória, teve acrescido um inciso (VII), estipulando que nela o juiz fixe, desde logo, valor mínimo para a reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os



prejuízos sofridos pelo ofendido; e ao art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, foi acrescentado o parágrafo único, determinando que, transitada em julgado a referida sentença, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação.”

Observa-se, portanto, uma tendência reformista no que tange à posição da vítima no processo penal, procurando o legislador satisfazê-la do prejuízo sofrido de forma pronta, sem as delongas do processo civil, o que ficou bem evidenciado na presente lei ambiental.

Igualmente, os efeitos administrativos decorrentes do crime ambiental podem ser alcançados no processo criminal, como no caso da sentença condenatória que impõe a suspensão das atividades da pessoa física e a interdição do estabelecimento, bem como certas penas restritivas (cancelamento de registro, perda de incentivos fiscais, proibição de contratar com o poder público) que também estão na alçada da autoridade administrativa, havendo, assim, efeitos interdependentes das sanções civis, administrativas e criminais.



## NOVOS RITOS PROCESSUAIS

**AGAPITO MACHADO**

*Juiz Federal*

*Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)*

### 1 INTRODUÇÃO

Rito ou Procedimento Criminal é o caminho traçado pela Lei para o processo ter início, meio e fim.

Se o magistrado não der à denúncia ou à queixa, que lhe chegue ao conhecimento, o rito adequado, poderá ensejar a nulidade do processo, em benefício do réu e em prejuízo da Sociedade.

Todos podem errar quanto ao rito, menos o Juiz. Daí porque o compromisso com o rito deveria ser também do Ministério Público que, ao oferecer a denúncia, bem que poderia indicá-lo e, destarte, auxiliar o Juiz na correta condução do processo, embora isso não seja requisito da peça acusatória.

Recentemente, duas Leis alteraram substancialmente os ritos processuais em 1º grau de jurisdição: a 11.719 e a 11.689 (procedimento do Júri Popular), todas de 2008.

Mas para sabermos qual realmente é o rito para determinado crime, devemos realizar duas indispensáveis perguntas, por ordem de preferência: a primeira, QUEM cometeu o crime (qual a pessoa/réu), e a segunda, QUAL o crime cometido (o tipo penal).

Se quem cometeu o crime for réu que ostente prerrogativa de função e por isso tendo o direito de ser processado e julgado perante o STF e STJ, conforme determinado na Constituição Federal, o procedimento criminal é o previsto na Lei nº 8.038/90. Se tiver o direito de ser processado e julgado perante os Tribunais Inferiores, o procedimento criminal é o previsto na Lei nº 8.658/93.

Se, todavia, quem cometeu o crime for réu que não ostente prerrogativa de função, devemos buscar saber qual o crime cometido pelo réu para, em seguida, e no juízo de 1º grau, observarmos as seguintes regras, nessa ordem de preferência:

a) se o crime está previsto em lei especial ou em rito especial previsto no Código de Processo Penal, devemos observar se o crime tem a pena máxima privativa de liberdade até 2(dois) anos, ou qualquer contravenção penal, caso em que seguirá o rito dos Juizados Especiais (Leis nºs 9.099/95 e 10.259/01), por ser delito de menor potencial ofensivo;

b) se o crime tiver a pena máxima privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, devemos seguir o rito especial, previsto em lei especial, ou no Código de Processo Penal;

c) se o crime tiver a pena máxima privativa de liberdade superior a 2 (dois) e menor de 4 (quatro) anos e não se tratar de crime previsto em lei ou rito especial, segue o rito sumário;

d) se o crime tiver a pena máxima privativa de liberdade igual ou superior a 4 (quatro) anos, segue o rito ordinário.

Resumindo: Nos Tribunais (Juízo colegiado) continua o rito regido pelas Leis 8038/90 e 8658/93. Após a Lei 11.719/08 e fora o Júri Popular, o rito processual, no Juízo de 1º grau, é agora em razão da quantidade da pena ( e não mais em razão da natureza da pena de reclusão, detenção ou prisão simples). Assim, se a pena privativa de liberdade MÁXIMA cominada ao tipo, não passar de dois anos, AINDA QUE o crime esteja PREVISTO EM LEI ESPECIAL, e qualquer que seja a contravenção, segue a Lei dos Juizados Especiais (*procedimento sumaríssimo*). A partir daí, ou seja, se a pena privativa de liberdade máxima passa de dois anos e há rito especial, aplica-se este (princípio da especialidade). Nos demais casos, passando a pena privativa de liberdade máxima de dois (2) anos e sendo menor de quatro anos, segue o *rito sumário* da Lei 11.719 (antigo rito da pena de detenção, art. 539, do CPP); e, se a pena privativa de liberdade máxima for a partir de quatro (4) anos, segue o rito ordinário da Lei 11.719 (antigo rito da pena de reclusão, art.498

do CPP). Só assim temos como compatibilizar a Lei 11.719/08 com a Lei dos Juizados Especiais, ritos previstos em leis especiais e demais ritos especiais previstos no Código de Processo Penal.

Esse é o entendimento que exponho em meu Livro PROCEDIMENTOS CRIMINAIS publicado pela Universidade de Fortaleza (1ª. e 2ª edições), em vias de publicação da 3a. Edição pela Editora Conceito de Santa Catarina.

## **2 DOS ATUAIS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS, EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO, EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, POUCO IMPORTANDO SE COM RECLUSÃO OU DETENÇÃO, DE ACORDO COM A LEI nº 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008.**

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que entrou em vigor no dia 20 de agosto do mesmo ano, altera os arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, acrescenta o art. 396-A e revoga os arts. 43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 do mesmo Código.

### **2.1 PRINCIPAIS ALETERAÇÕES:**

1. citação do réu com hora certa, igual ao CPC
2. na sentença – reparação mínima do dano em benefício da vítima
3. identidade física do juiz
4. depoimentos gravados
5. permitida a absolvição sumária (modalidade de julgamento antecipado da ação penal) além dos crime da competência do Júri.

#### **2.1.1 PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

Este corresponde ao antigo rito da pena de reclusão ( antigo art. 498 do CPP), objeto de comentários constantes do

meu Livro.

Como veremos, o rito mais demorado é o ordinário, considerado padrão, e suas disposições serão aplicadas subsidiariamente aos procedimentos especiais, sumário e sumaríssimo (Lei dos Juizados), como determina o art. 394, § 5º, do CPP, bem ainda aos das Leis 8.038/90 e 8.658/93.

Vejamos, então, como o mesmo se inicia e se desenvolve.

Se inicia com o oferecimento de denúncia ou da queixa, que poderá ser rejeitada, pelo magistrado, nas seguintes situações:

a) se manifestamente inepta (art. 395, I), consistente na ausência dos requisitos da inicial, tais como, a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias; a qualificação do acusado; a classificação do crime e o rol de testemunhas (art. 41);

b) se faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP): os pressupostos processuais são a demanda judicial (veiculada pela denúncia ou queixa), a jurisdição (competência e imparcialidade do Juízo), a existência de partes que possam estar em Juízo (capacidade processual e de ser parte), a originalidade (ausência de litispendência ou de coisa julgada). As condições da ação são a tipicidade em tese da conduta descrita na peça acusatória; a legitimidade ativa e passiva e o interesse de agir. É também condição da ação, a falta de justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, CPP) que é o lastro probatório mínimo que torna idônea a acusação.

Com efeito, não se diferenciam mais os casos de não-recebimento (por falta dos requisitos da inicial) dos casos de rejeição da denúncia ou queixa (por falta de condição da ação), para fins de juízo de admissibilidade negativo da acusação. Antes, era cabível recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebia a denúncia ou queixa (art. 581, I, CPP), e nada dizia a lei sobre os casos de rejeição (falta de condições da ação), mas

se entendia cabível o recurso em sentido estrito em ambas as situações. Acredita-se que não haverá alteração na interpretação dessa hipótese de cabimento recursal.

Feito juízo de admissibilidade positivo (recebimento da denúncia ou da queixa, ou seja, se o juiz “*não a rejeitar liminarmente*”), receberá a inicial e ordenará a citação do acusado, para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias (art. 396 “caput” do CPP). Em caso de citação por edital, o prazo para defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único do CPP). Como a resposta se dará após o recebimento da denúncia ou queixa, seu objetivo (da resposta) fica parcialmente esvaziado. Essa fase (da resposta) terá realmente sentido apenas para influenciar no juízo de admissibilidade da peça acusatória pelo Juiz.

Para que então se instaurar o processo penal para só depois se permitir a resposta do acusado? Na prática, para não adiantar sua tese defensiva e facilitar a tarefa da acusação, a tendência é a defesa se limitar a afirmar que apresentará seus argumentos por ocasião das alegações finais e apenas arrolar suas testemunhas etc.

Todavia, na sua resposta, o réu poderá tentar convencer o juiz a *absolvê-lo sumariamente*, conforme se verá adiante, razão pela qual essa fase não é completamente inútil. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário (art. 396-A do CPP).

Como se vê, o arrolamento das testemunhas do acusado, agora se faz nessa fase, e não mais na extinta “defesa prévia” que ocorria após o interrogatório do acusado.

Eventuais exceções (de litispendência, de coisa julgada, de incompetência do Juízo ou de ilegitimidade de parte - art. 95-112 do CPP) serão processadas em apartado (art. 396-A, § 1º do CPP).

Será nomeado defensor ao acusado, concedendo-se-lhe vista dos autos por 10 dias, em duas situações (art. 396-

A, § 2º, CPP):

a) caso não seja apresentada a resposta no prazo legal; ou

b) se, citado, não constituir defensor.

A finalidade dessa resposta, após a citação, acaba sendo a de proporcionar ao acusado trazer aos autos argumentos que possam levar à sua absolvição sumária, forma essa de julgamento antecipado da lide, e que só existia no procedimento do Júri, estendida, atualmente, aos procedimentos comuns e, subsidiariamente, a todos os outros.

O acusado será absolvido sumariamente (julgamento antecipado da ação penal) quando o juiz verificar (art. 397 do CPP):

a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato (inciso I). Se o juiz tiver dúvida em relação à caracterização da causa de exclusão da ilicitude, não poderá absolver sumariamente o réu;

b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade (inciso II). Da mesma forma, se o juiz tiver dúvida em relação à causa de exclusão da culpabilidade, o processo deve prosseguir. Interessante notar que, ainda que provada causa de exclusão da culpabilidade pela inimizabilidade do réu, não se dará a absolvição sumária, porque, em tal situação, o acusado receberá medida de segurança (absolvição imprópria), o que lhe pode ser mais desfavorável juridicamente do que conseguir, adiante, ao final do processo, a absolvição pura e simples, sem imposição de medida de segurança;

c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime: a atipicidade evidente da conduta descrita na denúncia ou queixa (inciso III);



d) extinta a punibilidade do agente (inciso IV) que, agora, é causa de absolvição sumária, se, todavia, a denúncia ou queixa tiver sido proposta. Antes do oferecimento da denúncia, no entanto, a extinção da punibilidade ensejará a promoção de arquivamento do Ministério Público, caso em que o juiz se limitará a homologar o arquivamento (não absolvendo o indiciado, portanto).

Se o juiz resolver receber a denúncia ou a queixa, designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, “caput”, do CPP).

Assim, ao receber a denúncia ou a queixa, deverá o Juiz fazer duas comunicações ao réu:

a) citação, para que tome conhecimento da imputação, para que apresente defesa à acusação; e

b) intimação, para comparecimento à audiência, ocasião em que será interrogado.

O bom senso sempre foi e será o apanágio da magistratura. Destarte é preciso que o Juiz, ao fixar a data para a audiência, leve em conta o tempo necessário para que o réu seja citado e apresente resposta à acusação, e ainda para que eventual exceção oposta pelo réu seja analisada, o que pode tomar mais de mês. Se o acusado estiver preso, será requisitado para comparecer à audiência, no âmbito da qual será realizado, dentre outros atos, o interrogatório (art. 399, § 1º, CPP).

Inovação realmente interessante é a vinculação do juiz que presidiu a instrução, ao julgamento da causa: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (art. 399, § 2º, CPP). Trata-se de estender ao processo penal a regra do processo civil (princípio da identidade física do Juiz, devendo-se aplicar as mesmas regras e exceções contidas no art. 132 do Código de Processo Civil).

Nessa audiência, denominada pela lei de “de instrução e julgamento” (art. 400, “caput”, CPP), a idéia é a de que todas as provas sejam produzidas de uma só vez (“as provas

*serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*” - art. 400, § 1º, CPP).

Pelo menos teoricamente essa audiência única é bem vinda, na medida em que objetiva concretizar os princípios da oralidade, da imediatidade do Juiz com a prova e da concentração na realização de atos processuais.

Na prática, contudo, não vai ser fácil tal concentração. É que sem o comparecimento de todas as testemunhas e vítimas, além do réu, ficará inviável a audiência única.

A audiência deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias, obviamente a partir do despacho do Juiz que a designar.

Eis a ordem, no procedimento ordinário, de realização dos atos processuais na audiência (art. 400, “caput”, CPP):

a) tomada de declarações do ofendido;

b) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o caso de pessoa residente fora da comarca, que deverá ser ouvida mediante carta precatória (art. 222, CPP), podendo ser ouvidas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa (art. 401, “caput”), não se computando nesse número as que não prestam compromisso e as referidas (art. 401, § 1º, CPP). Ainda a respeito da inquirição das testemunhas, as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 do Código, que trata da possibilidade de o juiz, quando julgar necessário, decidir ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes - testemunhas “do juízo” (art. 400, § 2º, CPP);

c) esclarecimentos dos peritos, que dependerão de requerimento prévio das partes (art. 400, § 2º, CPP);

d) acareações;

e) reconhecimento de pessoas e coisas;

f) interrogatório do acusado, que passa a ser realizado após a oitiva de ofendido, testemunhas e peritos;

g) requerimento de diligências pelo Ministério Público, querelante, assistente e, a seguir, acusado, desde que a necessidade das diligências se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (art. 402, CPP). Não há, aqui, alterações substanciais em relação ao antigo art. 499 do CPP (redação anterior), que previa as diligências complementares. A única diferença consiste no fato de que as diligências serão requeridas em audiência, e não mais no prazo de 24 horas. Se, no entanto, for ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício, ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais (art. 404, “caput”, CPP). Na maioria das vezes é isso que ocorrerá, pois a grande maioria das diligências requeridas pelas partes envolve a colheita de elementos de prova que influirão nos argumentos que estarão contidos nas alegações finais e na fundamentação da sentença, o que, inviabilizará a idéia da novel lei de debates que se seguem imediatamente à colheita de provas. Nesse caso, as partes terão vista sucessiva dos autos, por 5 dias, para apresentação de memoriais, e, depois disso, em até 10 dias, o juiz profere sentença (art. 403, § 3º, CPP);

h) superada a fase de requerimentos de diligências (por ausência de requerimentos ou tendo em vista seu indeferimento pelo juiz), seguem-se alegações finais por 20 minutos para a acusação e 20 minutos para a defesa, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 403, “caput”, CPP), sendo que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual (art. 403, § 1º, CPP). O assistente do Ministério Público se manifestará após este, por até 10 minutos, prorrogando-se por igual tempo a manifestação da defesa (quando houve assistente) - art. 403, § 2º, CPP). A possibilidade dada ao Juiz - dada a complexidade do caso ou o número de acusados - de conceder às partes prazo de 5 dias sucessivos para apresentação de memoriais, proferindo depois a sentença, em 10 dias, praticamente sepulta o objetivo da novel

lei de fazer com que a instrução seja toda colhida, com imediato debate e prolação de sentença (art. 403, § 3º, CPP);

i) segue-se a prolação da sentença (art. 403, “caput”, CPP);

j) lavra-se termo de audiência assinado pelo juiz e pelas partes, com breve resumo dos fatos relevantes ali ocorridos (art. 405, “caput”, CPP), sendo que, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações (art. 405, § 1º, CPP) e, no caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (art. 405, § 2º, CPP).

Se o réu tiver direito à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), e a fim de evitar a prática de atos inúteis o juiz, antes da normal audiência para colheita da prova oral, deverá designar audiência extraordinária, própria para a proposta desse benefício. Caso o réu a aceite, estará realizado o objetivo do referido art. 89. Caso, todavia, o réu não aceite a proposta, o processo deverá prosseguir normalmente mas em nenhuma hipótese o réu poderá ser interrogado nesse momento, sob pena de inversão processual capaz de gerar a nulidade do processo, pois, doravante, o interrogatório é ato que só será realizado após a oitiva de vítimas, testemunhas e peritos.

## 2.1.2 PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Este corresponde ao antigo rito da pena de detenção (antigo art. 539 do CPP), objeto de comentários no item 7.2.2 do meu Livro.

O procedimento sumário, da mesma forma que o ordinário, segue, inicialmente, a regra prevista no artigo 396 do atual CPP, qual seja, oferecida a denúncia ou a queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, em

dez(10)dias, prosseguindo, a partir daí, com as peculiaridades previstas nos atuais arts. 531 a 536 do CPP, a saber:

a) Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias ( e não 60), proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate;

b) Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa (e não 8 );

c) Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código;

d) As alegações finais serão sempre orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença;

e) Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual;

f) Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa;

g) Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer;

h) A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 do CPP.

Como se vê, esse rito é mais reduzido do que o ordinário.

### PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Este rito está previsto na Lei dos Juizados (9.099/95 e 10.259/01) devendo ser observada a peculiaridade do art. 538 do atual CPP que dispõe: "nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo", o que ocorre, v.g. quando a questão se tornou complexa nos Juizados.

Deve também ser observado o § 5º do art. 394 do mesmo CPP, que manda aplicar subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, as disposições do procedimento ordinário.

### **3 NOVIDADES NO NOVO PROCEDIMENTO DOS CRIMES JULGADOS PELO JÚRI POPULAR. LEI nº 11.689, de 09 de junho de 2008.**

#### 3.1 ALGUMAS NOVIDADES POSITIVAS:

- a. maior rapidez ao processo, eliminando alguns entraves da década de 40. A 1ª. fase deverá ser concluída em 90 dias (princípio constitucional da razoável duração do processo, da EC nº 45);
- b. acabou com o protesto por novo júri, o que era um verdadeiro absurdo, porque se negava a própria existência do Código Penal que mandava aplicar a pena de até 30 (trinta) anos de reclusão para o homicídio qualificado;
- c. audiência uma, onde deverão ser colhidas todas as provas, o que não há a certeza de que isso ocorra;
- d. a presença da vítima passa a ter maior importância, em razão da possibilidade de vir a receber indenização no próprio processo criminal;

- e. o réu solto que, intimado, não comparecer ao plenário do Júri, será levado a julgamento, ainda que se trate de crime inafiançável. Era um absurdo se permitir julgar réu ausente apenas em crime afiançável ( de menor gravidade) e isso não era possível em crime inafiançável (de maior gravidade);
  - f. os jurados ostentavam verdadeira estabilidade, passando anos e anos sendo escolhidos para comporem o Conselho de Sentença. Isso acabou. Não poderá mais ser jurado quem estiver há 12 meses participado de outro julgamento;
  - g. de 21 sorteados, passam a ser agora 25 para comparecerem a Plenário. Com isso fica mais fácil o sorteio dos 7, que comporão o Conselho de Sentença se estiverem presentes pelo menos 15 e não haver adiamento do Júri;
  - h. as perguntas em plenário, ao acusado, podem ser feitas diretamente pelas partes e não através do Juiz Presidente;
  - i. o registro dos depoimentos/interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.
  - j. quanto à quesitação a nova lei melhorou em muito as suas formulações e sua votação. Destarte, o Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.
- Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando-se sobre: a materialidade do fato; a autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido; se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena

reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, ou seja, no mínimo de 4 (quatro) deles, que constitui a maioria, a qualquer dos quesitos referentes à materialidade do fato e à autoria ou participação, encerra a votação e implica a absolvição do acusado, devendo o Juiz Presidente, portanto, formular quesito com a seguinte redação: *O jurado absolve o acusado?*

Se ao contrário, decidirem os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados pelo Juiz Presidente quesitos sobre: causa de diminuição de pena alegada pela defesa e circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito, o que mostra que, com a nova lei, a formulação dos quesitos ficou mais simplificada.

Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas, ou seja, o que já foi respondido e o que gerou a contradição.

Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

e. Quanto aos *recursos*, a nova lei dá nova redação ao art. 581 do CPP, para especificar, no inciso IV, que cabe recurso



em sentido estrito da decisão do juiz que pronunciar o réu, quando, anteriormente esse recurso também era cabível quando o juiz impronunciava o réu, ao mesmo tempo em que revoga expressamente o inciso VI que antes admitia o recurso em sentido estrito, quando o juiz absolvesse sumariamente o acusado, nos casos do art. 411 do CPP.

Atualmente, conforme art. 416, é a apelação o recurso cabível da decisão do juiz que absolver sumariamente o acusado nos casos do art. 411 do CPP e da que impronuncia o réu.

Após julgado e condenado em primeiro grau de jurisdição, tanto o STF como o STJ já não condicionavam o conhecimento da apelação do réu a que ele se recolhesse à prisão (STJ, Súmula 347 “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”), o que hoje foi confirmado pelo parágrafo único do art. 387, do CPP, com nova redação da Lei nº 11.719, de 20.06.2008.

### 3.2 ALGUMAS NOVIDADES NEGATIVAS DA LEI 11.689:

- a. Recusa IMOTIMADA, pelas partes, de 3 (três) sorteados para compor o Conselho de Sentença. Essa recusa viola duplamente a Constituição. A uma, porque tudo que resulta do Poder Judiciário, conforme determinado na Constituição Federal, tem de ser fundamentado. A duas porque, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o jurado sorteado tem o direito de saber porque não o querem integrando o Conselho de Sentença do Júri Popular;
- b. A lei continua permitindo, pelos jurados, o que é um verdadeiro absurdo, o julgamento (absolvição ou condenação) contra a prova dos autos, negando o devido processo legal? Como pode a Constituição Federal só permitir seja condenada uma pessoa dentro de um processo legal, com provas lícitas, ampla defesa etc, e o Júri possa fazê-lo de maneira diferente? Se o Júri é um órgão do Poder Judiciário (ele não é órgão do

Executivo, Legislativo nem do Ministério Público) como desprezar o que a Constituição assegura ao cidadão? E mais: nessa situação de condenação de um inocente contra a prova dos autos, só caber um único recurso apelatório. E se a parte comprovadamente inocente for novamente condenada contra a prova dos autos pelo novo Conselho de sentença, sem ter tido a possibilidade de um desaforamento? O que fazer? Que órgão do Judiciário é esse que pode julgar uma pessoa inocente fora do devido processo legal e o Tribunal não poder, ao analisar a decisão, proferir uma outra (decisão substitutiva) como faz com as demais sentenças do Poder Judiciário, mas apenas mandar o réu a novo Júri? O Júri popular é causa de muita insegurança para o cidadão inocente que poderá ser julgado contra o que consta do devido processo legal. Pense muito bem nisso: um dia você pode cometer um crime doloso contra a vida em inequívoca situação de excludente de criminalidade e os jurados lhe darão as costas e lhe condenarão. Nunca é tarde para examinar que os infortúnios da vida não acontecem apenas com as outras pessoas, mas também conosco, com nossos filhos, irmãos, netos etc.

- c. Na fase primeira (sumário de culpa), poderão ser ouvidas até 8 (oito) testemunhas, arroladas pelas partes, o que é demais. Bastariam 5 (cinco) e estava assegurada a ampla defesa, na medida em que o Juiz poderá ouvir outras testemunhas;
- d. Ainda está no Congresso Nacional projeto de lei que acaba a prescrição entre a data do fato e a do recebimento da denúncia (fase do Inquérito Policial) e que é uma das maiores causas de impunidade no Brasil;
- e. Muito antes do recente julgamento da Lei Paulista, o STF já se pronunciara contra o interrogatório “on line”, o que é um absurdo. Ainda bem que o Congresso está-lhe dando o troco e votando lei admitindo tal prova, nos casos excepcionais.

## **4 DOS PROCEDIMENTOS PARA OS CRIMES PRÓPRIOS DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

Notadamente antes das Leis nºs 11.313/06 e 11.719/08, eram três (3) os ritos dos crimes funcionais:

a) se afiançáveis: o especial, previsto nos arts. 513 a 518 do CPP;

b) se inafiançáveis:

b.i) punidos com reclusão, era o antigo rito do art. 498 do CPP;

b.ii) punidos com detenção, era o antigo rito do art. 539 do CPP.

Após as referidas leis 11.313/06 e 11.719/08, ou seja, atualmente, são quatro (4) os ritos, a saber:

a) se ao crime é cominada pena privativa de liberdade máxima até 2 (dois) anos, pouco importando se de reclusão ou de detenção, o rito é o da Lei dos Juizados nº 9.099/95 c/c 10.259/01;

b) Se a pena máxima do tipo, pouco importando se de reclusão ou de detenção, é maior de dois (2) anos, e, por isso, excluído dos Juizados, devemos verificar o seguinte: i) se for afiançável, ou seja, com pena mínima até dois (2) anos, como são exemplos os crimes dos arts. 312, 313-A, 314, 316, entre outros, do Cod. Penal, aplica-se o rito especial previsto nos arts. 513 a 518 do CPP; ii) se for inafiançável, como são exemplos os crimes dos arts. 313-B, 316, § 1º, 317 § 2º, 318 do Cod. Penal, e a pena máxima cominada ao tipo penal for maior de 2 (dois) anos e inferior a 4 (quatro), se aplicará o novo rito sumário de que trata a Lei nº 11.719/08; iii) se for inafiançável, e a pena máxima cominada ao tipo penal for igual ou superior a 4 (quatro) anos, se aplicará o novo rito ordinário de que trata a Lei nº 11.719/08;

Portanto, antes da Lei nº 11.313/06 e agora também em face da Lei 11.719/08, dizíamos na 2ª edição do Livro “Procedimentos Criminais” lançado pela Universidade de Fortaleza, em 2002, que eram os seguintes os ritos e os dispositivos legais aplicáveis e constantes do Código de Processo Penal “*verbis*”:

-”Art. 513 - Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Art. 514 - Aos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Art. 515 - No caso previsto no artigo anterior, durante o prazo concedido para a resposta, os autos permanecerão em cartório, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por seu defensor.

Parágrafo único. A resposta poderá ser instruída com documentos e justificações.

Art. 516 - O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.

Art. 517 - Recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado, na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I.

Art. 518 - Na instrução criminal e nos demais termos do processo, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, deste Livro”

O art. 3º da Lei n. 8.137, de 27.12.1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra o consumo, e dá outras providências dispõe “*verbis*”:

Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Dec.Lei n. 2.848, de 7 de

dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extravaiar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

De acordo com o art. 327 do Código Penal, considera-se funcionário público, para os efeitos penais quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. E, conforme parágrafo único do mesmo artigo, equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. E, por força da Lei nº 9.983/2000, também se equipara a funcionário público quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A Administração Pública Brasileira é direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Compõem-se a Administração Direta de entes políticos e de órgãos sem personalidade jurídica, espécie de desconcentração administrativa, enquanto que a Administração Indireta é composta

de pessoas jurídicas com personalidade de direito público (autarquia e fundação pública) e de direito privado (empresa pública e sociedade de economia mista).

O procedimento especial dos arts. 513 a 518 do CPP é previsto apenas para os crimes “afiançáveis” que o funcionário pratica contra a sua Administração Pública, previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal e também no art. 3º da Lei 8.137/90,. Na verdade, tais crimes são comuns.

Os crimes inafiançáveis, seguem o procedimento dos arts. 498 (pena de reclusão) ou o art. 539 (pena de detenção).

Pelo princípio da especialidade, além dos previstos no Código Penal (arts. 312 a 326), são também crimes funcionais praticados contra “ a ordem tributária”, os previstos no art. 3º da Lei nº 8.137/90 a saber: extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que o funcionário tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente; patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Quando os crimes de concussão, corrupção passiva, extravio, inutilização, sonegação de livro oficial ou processo administrativo e advocacia administrativa, estiverem relacionados com “tributo ou contribuição social” o Código Penal deixa de incidir para ter aplicação o art. 3º da Lei 8.137/90, tudo, repita-se, em razão do princípio da especialidade.

Ao particular que, como co-autor ou partícipe,

praticava crimes funcionais, não se aplica este rito especial, mas sim o rito em razão da pena de reclusão ou de detenção ( arts. 498 ou 539).

Quando o funcionário público ao praticar o delito funcional ostentar tal qualidade e a perde por ocasião em que está sendo processado criminalmente, entende-se que a ele, pela teoria da atividade, deverá se aplicar o rito especial (arts. 513 a 518).

Todavia, o entendimento vem prevalecendo exatamente o contrário, principalmente depois que o STF, cancelou sua Súmula 394 (“cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”), o que, depois, importou em alteração da própria Constituição Federal.

Alguns doutrinadores entre os quais mencionamos Fernando de Almeida Pedroso em seu Livro Processo Penal, O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites, 2ª Edição, RT, pg. 238 e Damásio E. de Jesus, em seu Livro Código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva p.335, todos publicados a partir de 1993, portanto, após a vigência da Lei nº 8.137, de 27.12.1990, têm afirmado que o procedimento especial de que se cuida, mesmo destinado apenas aos crimes “afiançáveis” se aplica a todos os crimes previstos nos arts 312 a 326 do Código Penal, eis que todos passaram a ser afiançáveis, em razão de modificação feita no capítulo da fiança pela Lei 6.416/77.

A alteração procedida no nosso Código de Processo Penal pela Lei nº 6.416/77, foi a de tornar afiançáveis, mesmo punidos com reclusão, os crimes cuja pena mínima abstrata não ultrapasse a 2 (dois) anos de reclusão.

Com efeito, dentre os crimes previstos nos arts. 312

a 326 do Código Penal, com a nova redação dada pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.137/90, há os “inafiançáveis” porque com pena mínima superior a 2 (dois) anos a saber: a) excesso de exação ( § 1º do art. 316); b) facilitação de contrabando e descaminho (art. 318); c) incisos I e II do art. 3º da Lei Especial nº 8.137/90; d) além de outros crimes que tenham pena mínima abstrata de até 2 (dois) anos mas que, uma vez praticados por ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento terão o aumento de terça parte ( § 2º do Art.327), subindo, assim, a pena mínima para além de 2 (dois) anos.

Lembra ainda Fernando de Almeida Pedroso na op.cit. p. 238 que “No caso de ser decretada a prisão preventiva do réu funcionário público, o que transmuda em inafiançável o delito (art. 324, IV, CPP), incabível será a adoção do procedimento especial, cuja falta, assim, não fará germinar qualquer nulidade (cf.RT. 685/373).

Portanto, não é verdade que todos os crimes funcionais são afiançáveis.

Destarte, para os crimes funcionais cuja pena mínima abstrata ultrapasse dois (2) anos, passando, destarte, a inafiançáveis, não se aplica o rito especial previsto para os afiançáveis nos arts. 513 a 518 do CPP, mas sim o rito em razão da pena prevista para o tipo: se de reclusão (arts. 394 a 405 e 498 a 502 do CPP) e se de detenção (art. 539 do CPP).

Ofertada a denúncia ou a queixa subsidiária que será embasada em peças de informação ou inquérito policial, o juiz primeiramente determinará se notifique o acusado para responder em 15 (quinze) dias.

O recebimento da denúncia sem essa prévia notificação ao acusado, bem como o desrespeito ao próprio rito, segundo o STF, pode implicar em nulidade relativa, a ser alegada em tempo oportuno (RTJ 60/489 e 110/111 e RT 586/432, dependendo da



demonstração de prejuízo (RECrIm 114.462. DJU, 12.2.88, p.1993, TACrImSP, RT 559/360: TJSP, RT 568/285, STJ, RESp 1515, 5a. Turma, DJU 19.3.90. p.1952), bem como, referida etapa (prévia notificação) poderá ser dispensada se a denúncia for embasada em inquérito policial (HC 70.536-7, RJ, DJU de 03.12.93, p.26.357). Há também os que entendem que tal notificação é dispensada quando o acusado, em se tratando de servidor público, já não ostenta aquela condição por ocasião do processo (RTJ 66/63, JSTJ 45/550).

Se o juiz se convencer das alegações iniciais do acusado, rejeitará, fundamentadamente, a ação penal. E se a receber, fará desencadear o devido processo legal na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I, do CPP. Na instrução criminal e nos demais termos do processo, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, do mesmo CPP”.

Como mencionado, em face da Lei nº 11.313/06 e notadamente da Lei nº 11.719/08, qualquer crime, cuja pena privativa de liberdade máxima, não ultrapasse a 2 (dois) anos, segue o rito da Lei dos Juizados e não o rito especial antes previsto.

Examinando-se, portanto, o Código Penal, nos crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública, verificaremos que a maioria deles, a seguir mencionados, por terem pena privativa de liberdade máxima até 2(dois) anos, hão de seguir o rito da Lei dos Juizados e não o especial (art.513 ao 518 do CPP). São eles: peculato culposo (art. 312 § 2º); modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art.313-B); emprego irregular de verbas (art. 315); corrupção passiva (art. 312 § 2º); prevaricação (art. 319 e 319-A); condescendência criminosa (art. 320); advocacia administrativa (321 e p.u.); abandono de função (art.323, caput e § 1º); exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324); violação de sigilo funcional (art. 325, caput e §1º) e violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 324).



## HUMOR, RACISMO E JULGAMENTO: OU SOBRE COMO SE PROCESSA A IDÉIA DE RACISMO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

**CEZÁRIO CORRÊA FILHO**

*Especialista em Direito Público*

*Professor Universitário*

*Advogado da União no Ceará.*

**Sumário:** Resumo. I – Introdução. II – Definições aproximativas. III – Do reducionismo do direito à idéia de complexidade. IV – Características psicológicas do dito humorístico e o subentendido do dizer racista. V – Como se processa a idéia de racismo no Judiciário brasileiro. VI – Conclusão. VII -Referências bibliográficas.

**Resumo:** Valores morais e jurídicos formais repudiam a prática do racismo. Constituição e leis o criminalizam. Racismo e direito são construções históricas de dominação. Certas relações de poder antecedem o direito. Julgador e destinatário do julgamento partem de um lugar-sujeito condicionado. Compartilham pressupostos e subentendidos comunicacionais. Psique, corpo e sociedade compõem o indivíduo. Inibidores mentais controlam as tendências hostis. Pelo prazer produzido, o dito humorístico racista dribla esses inibidores. São várias as formas de praticar o racismo. Judiciário, predominantemente, desconsidera as sutis e humorísticas. Aspectos formais prevalecem sobre aspectos materiais. Ao reducionismo do direito deve seguir a complexidade da análise.

### I – Introdução

No Brasil, ainda vinga a idéia formal de que se vive numa democracia racial, onde se diz que todos, sem qualquer preconceito ou distinção *de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas discriminação* (CF/88, art. 3º, IV), têm as mesmas possibilidades de acesso aos serviços e bens

necessários à realização do bem-estar. Os aspectos formais dessa idéia são, cotidianamente, exaltados em diversos setores sociais de tomada de decisão. Para alguns, o dilema do Brasil é a má distribuição da riqueza, sem maiores implicações com a raça ou etnia do indivíduo ou grupo. “Final, somos todos mestiços. E todos, repudiamos o racismo. Está na Constituição!”, dizem.

Diante das normas morais e jurídicas, senão todos, ao menos alguns de nós repudiam o racismo. Mas será que sabem reconhecer os diversos modos pelos quais se pratica o racismo? Seriam seguros os critérios sociais e jurídicos de reconhecimento da prática do racismo?

Promulgada que fora no ano do centenário da abolição formal da escravidão no Brasil, a Constituição Federal de 1988, no inciso VIII, do art. 4º, e no inciso XLII, do art. 5º, confirma a intenção do programa internacional da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, em 1966, e promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 1969. No nível infraconstitucional, a Lei n. 7.716/1989 e o § 3º do art. 140 do Código Penal regulamentam a determinação constitucional presente no inciso XLII do art. 5º, tipificando os crimes de racismo. Mas, a norma, do plano formal, depende da interposição do julgador, para operar no plano material. Como se comporta, então, o Judiciário brasileiro na hora de apreciar denúncias e queixas de prática de racismo?

Numa sociedade em que o efetivo reconhecimento da dignidade humana é condicionado pela extensão real da propriedade e do efetivo acesso a bens e serviços, e onde este acesso, por sua vez, é condicionado pela divisão de classes, raças, gênero etc., como será que os operadores do direito e seus destinatários percebem a prática do racismo? Como será que percebem os determinantes que resultam das relações de poder que antecedem a organização mental individual dos conceitos jurídicos?

Do ponto de vista científico, defende-se que não existe distinção considerável entre as raças. Os caracteres que

serviram de referência para distinção, branco [caucasiano], negro [negróide] e índio, dentre outros, não implicam em limitações racionais, sensoriais, intelectuais ou outras que justifiquem a distinção hierarquizada, a limitação ou a privação da titularidade, gozo e exercício de qualquer direito ou interesse admitido pelo processo civilizatório. Por que, então, ainda se fala de racismo e emprega-se o termo *raça*?

Fala-se de racismo e emprega-se o termo *raça* apenas em sentido político, sociológico, antropológico e jurídico, não no sentido biológico ou genético. Aqueles sentidos são utilizados para demarcar os espaços físicos e culturais de grupos de pertencimento do indivíduo, espaços de tomadas de decisões políticas e de gozo de direitos, bens e serviços.

Daí que, no exame dos termos *raça* e *racismo* presentes na Constituição Federal de 1988, devemos ter em conta a extensão do sentido que direcione para aquelas definições. É equívoco atribuir o sentido restrito vinculado ao superado conceito biológico ou genético, outrora justificador da divisão das pessoas, grupos e povos entre civilizados e racionais, de um lado, e primitivos, bárbaros e irracionais, de outro.

Com isso, ainda que se fale de uma brasilidade mestiça (do ponto de vista biológico), não se deve desconsiderar o componente racial (do ponto de vista político-sócio-econômico e jurídico) como condicionante do acesso e gozo de bens, serviços e direitos.

Mas, o que é o preconceito? Como se define o racismo? Por quais formas se pode praticar o racismo? Em virtude do reconhecimento moral e juridicamente formal da intensidade do ultraje e do grave efeito psicológico que a prática do racismo causa na vítima, será que somente se pode reconhecer como prática do racismo o ato sério, aberto e declarado? Existirão meios sutis, igualmente dolosos e eficazes, de praticar-se o racismo? Se existirem, será que o Judiciário brasileiro domina conhecimentos suficientes para identificá-los?

São essas as questões que pretendemos analisar. A partir das idéias de Sigmund Freud presentes no livro *Os chistes e sua relação com o inconsciente*, e de Oswald Ducrot,

em *O dizer e o dito*, ensaiamos considerações e respostas, para a necessária revisão de como o Judiciário brasileiro compreende e julga os crimes de prática de racismo.

Entretanto, diante da impossibilidade física e temporal de fazer o levantamento de todos os julgamentos até então havidos, esclarecemos que selecionamos casos por amostragem, sem receio de engano quanto ao fato de que eles retratam a idéia ainda predominante no Judiciário brasileiro.

## **II – Definições aproximativas**

Embora racismo e preconceito sejam temas com certa recorrência nos foros, nas salas de aula, na mídia e nas conversas informais, entendemos necessário apresentar algumas definições, para o fim de aproximarmo-nos com um rigor investigativo maior do que aquele muitas vezes presente nos referidos palcos ou nas conversas informais. Ressalva-se, contudo, que não nos limitaremos às definições legais ou normativas, pois deve ser observado que a atitude preconceituosa e o próprio racismo são assimilados pelo indivíduo antes de ele organizar no intelecto as noções, conceitos e ferramentas utilizadas pelo direito.

Mas, iniciemos com a definição de racismo encontrada na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, de 1965, assinada pelo Brasil, em 07 de março de 1966, ratificada, sem reservas, em 27 de março de 1968, e promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Assim, pela definição da Convenção, racismo é toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

O racismo é uma construção histórica de dominação, e, ainda hoje, baseia-se na suposta existência de

diferença [fundamental] entre as raças... Pretende uma diferença hierárquica de inteligência, cultura, beleza, riqueza ou de qualquer outro elemento próprio ou característico de um grupo, para justificar a distinção, exclusão, restrição, preferência ou exploração de uma pessoa ou grupo em relação a outra pessoa ou grupo humano. Numa perspectiva antropológica, o racismo consiste em caracterizar um conjunto humano pelos atributos naturais, eles próprios associados às características intelectuais e morais que valem para cada indivíduo dependente desse conjunto e, a partir disso, pôr eventualmente em execução práticas de inferiorização e de exclusão.<sup>1</sup>

Em verdade, os atributos referidos na definição, que justificariam as práticas preconceituosas ou racistas, não são exclusivamente naturais; existem práticas preconceituosas e racistas baseadas em atributos culturais dos grupos ou pessoas.

No passado, o racismo se sustentava em bases pretensamente científicas, como a Biologia. Com a idéia de verdade científica, iniciada no séc. XVII<sup>2</sup>, espalhando-se pelo mundo, era necessário justificar a forma de exploração e subjugação de grupos e indivíduos que se instaurara, pelos fins do séc. XV e começo do séc. XVI, na Europa e no Novo Mundo. Essa exploração e subjugação consistiam basicamente na instituição da escravidão do africano negro. Mas, observe-se que os fundamentos materiais ou relacionais de tal escravidão foram redefinidos para se adequarem ao modo de produção capitalista na sua fase inaugural. Não se cuidava mais da escravidão que fora a base econômica da antiguidade. Os recursos simbólicos de imposição não seriam mais apenas os da vitória na guerra e da força física. Tornava-se imperativo aprimorar a simbologia, indo ao nível do *espírito* do vencedor e do vencido. Para sentir-se bem consigo mesmo, o homem branco europeu, ou quem se apropriava do resultado do trabalho escravo, tinha de acreditar no elevado sentido de justiça (natural) daquela situação relacional, enquanto que o escravizado tinha de crer na sua condição, ou *estado natural*, de coisa, criatura e de ser desprovido de caracteres e atributos racionais, intelectuais, religiosos etc. que o equiparassem ou igualassem ao homem branco, seu senhor.

Sem embargo da idéia de verdade científica<sup>3</sup>, e ainda que sem a formatação ou utilização do termo, o racismo, como argumento de justificação da exploração da mão de obra escrava negra, encontrou elaboração, também, em importantes filósofos. Por todos, veja-se o que Hegel assevera na introdução do livro *Filosofia da História*. Embora contrariando a estrutura do sistema dialético elaborado para explicar o universo, o mundo e o homem racional, ele defende: “O negro representa, como já foi dito, o homem natural, selvagem e indomável.”<sup>4</sup> Ora, a conclusão é direta: como o negro *representava* o homem natural, era justo, legítimo e *natural* recusar-lhe a capacidade dialética de evoluir. Hegel ainda acrescenta: “Devemos nos livrar de toda reverência, de toda moralidade e de tudo o que chamamos sentimento, para realmente compreendê-lo. Neles nada evoca a idéia do caráter humano.”<sup>5</sup> *Caráter humano(?)*, cuja referência era o homem branco europeu, proprietário de certo patrimônio e integrado em cultura diferente da do não-branco.

Portanto, lá no passado, e do passado, encontramos vozes cujos ecos ainda hoje ouvimos... É verdade que, há algum tempo, essas vozes e ecos vêm sendo rejeitados em seus fundamentos... É verdade!... Mas eles ainda reverberam em certas mentes e teorias.

Numa tentativa formal de refutação, em 18 de julho de 1950, a Unesco declara a inexistência de fundamento científico de ordem genética ou biológica para legitimar essa pretensa diferença hierárquica entre os diversos grupos humanos. Reconhecendo pequenas diferenças genéticas, inatas ou adquiridas, a Declaração ressalta que tais diferenças não são impeditivas da igual possibilidade de aquisição, desenvolvimento e exercício das potencialidades individuais, conforme as interações sociais se desenvolvam.

Hoje, superada a cientificidade do fundamento, há quem pretenda legitimar o racismo em (pre)conceitos enraizados na diferença de cultura, diferença estética, na localização geográfico-territorial ou na diferença de riqueza. Contudo, apesar da grande parte de cientistas e intelectuais, de movimentos sociais e organizações nacionais e internacionais considerar



superado o argumento científico, não é raro reencontrar apelos à genética para justificar a discriminação negativa, expressa ou velada, entre pessoas, ou com o fim de afastar a possibilidade de uma discriminação positiva ou afirmativa. Veja-se um exemplo presente no atual debate brasileiro sobre cotas raciais para a universidade pública, onde alguns dos que lhes são contrários apresentam resultados de testes de DNA em pessoas [negras e não-negras] famosas, como Seu Jorge, compositor, cantor e ator de pele negra, que revelam percentis genéticos de origem africana, européia e índia. Então, agora, o argumento, ou fundamento genético funciona como razão de denegação das ações afirmativas que tenham por base a raça ou etnia, já que, no Brasil, alega-se que seria por demais difícilimo, senão impossível, dizer quem é “puramente” negro, índio ou branco. Mas essa rejeição das ações afirmativas com base na mestiçagem brasileira não passa de mais um falso argumento, pois a miscigenação não é um privilégio do povo brasileiro. Segundo o antropólogo Kabenguele Munanga<sup>6</sup>, não houve povo que não se misturasse e, hodiernamente, não existe povo, no mundo “civilizado”, que não seja fruto do *cruzamento* de povos anteriores. Fato que caracteriza a mestiçagem do povo brasileiro é apenas, digamos assim, a *distância cromática* entre os indivíduos do cruzamento: de um lado, uma pessoa branca (caucasiana), de outro, uma pessoa negra (negróide), e de outro, uma pessoa índia. Com essa distância fenotípica, o resultado, ou seja, a descendência terá caracteres mais denunciadores do cruzamento. Imaginemos duas pessoas brancas de etnias diferentes, uma, croata, e outra, sérvia. Quem não tenha o olhar *acostumado* à distinção entre as etnias referidas não verá, na descendência, os traços fenotípicos denunciadores da mestiçagem, porque a *distância cromática* será curta entre as matrizes étnicas. O argumento de indefinição da “raça” do povo brasileiro tem função dúplice, conforme se queira falar a favor ou contra determinado tema. Se for para instituir cotas raciais, a mestiçagem serve de argumento de negação, pois “Todos, somos mestiços. Não existe, no Brasil, o negro puro.” Quando é para reforçar padrões estéticos ou informes midiáticos de

consumo, ou, do outro lado, informativos institucionais de pretensas políticas públicas ou estatísticas sociais, os rostos fotografados ou filmados têm a “raça-cor” bem definida... Basta olharmos a televisão com um pouco mais de atenção.

Feita essa aproximação com o conceito racismo, vejamos, então, como se pode compreender e definir o termo preconceito. O que é preconceito?

Preconceito (de pré + conceito) é a representação mental que se forma antecipadamente, sem o necessário conhecimento próximo – sensível ou ideal – da pessoa, do objeto ou do fato; em relação à pessoa submetida ao preconceito, é o juízo antecipado e/ou baseado em experiências próprias ou de terceiros, reais ou imaginadas, que se haja tido com a pessoa ou com o grupo que sofre o preconceito. Enquanto tal, o preconceito pode ser positivo ou negativo. Interessa-nos o negativo.

O preconceito advém da forma como percebemos o outro. A partir dessa percepção, contribuimos para a construção ou para a desconstrução desse outro enquanto sujeito. O sujeito social e histórico resulta da composição de elementos psicológicos, orgânico-fisiológicos e sociais, ou, como diz Marcel Mauss,<sup>7</sup> o sujeito histórico e social é corpo, alma e sociedade. Nele, o social, o psicológico e o fisiológico se misturam. Com isso, se se tentar examinar o tema proposto somente com as categorias jurídicas, o exame será reducionista e precário, com forte tendência de fazer prevalecerem os aspectos formais, ou normativos, sobre os aspectos materiais, ou de justiça, contrariando a tendência proposta pelo constitucionalismo contemporâneo. Quando os fins jurídicos não se confundem com os fins de justiça, mais do que o primado do direito, deve prevalecer o primado da justiça.

De outro lado, quando se reconhece a integração daquelas três dimensões – corpo, alma (psique) e sociedade – com interferências recíprocas e como condicionantes da percepção de si mesmo e do outro, constata-se que o si-mesmo do sujeito se referencia num outro que lhe pareça positivo, modelar, quer dizer, o sujeito se reconhece no outro. E esse

reconhecimento depende de resultantes das relações sociais de poder estabelecidas num determinado contexto histórico. Se aquele que serve de modelo provocar no sujeito um sentimento de auto-rejeição, decorrerá daí o que aqui se denomina desconstrução do sujeito. Essa desconstrução, muitas vezes, não é visível e nem sempre se o faz com recursos à violência real, como no passado; hoje, para tanto, predominam os tratos sutis do cotidiano social, presentes os meios simbólicos. Assim, por exemplo, uma simples referência ou imagem midiática do que deve ser considerado belo ou bom pode interferir profundamente na psique (mente) de uma criança (pessoa em desenvolvimento, art. 6º c/c o art. 3º do ECA), causando-lhe intensa e, às vezes, invencível propensão de tentar aproximar-se daquilo que fora considerado belo ou bom. Quando a raça, a cor, a etnia, a descendência, a origem regional ou territorial, os elementos da cultura, as preferências afetivas, o sexo ou a sexualidade permitem essa aproximação, o processo se faz sem grandes angústias ou conflitos de ordem psicossomática; mas, quando a distância é grande, a intensidade de sofrimento é grave, levando a que, da psique (mente), o corpo e a interação social sejam afetados, podendo chegar ao ponto de haver um suposto auto-reconhecimento de indignidade e incapacidade de ocupar os mesmos lugares-sociais ocupados por aqueles que são considerados modelos.

Nessa perspectiva, o preconceito também é uma (des)construção social. Histórica, portanto.

### **III – Do reducionismo do direito à idéia de complexidade**

O direito, a um só tempo, é um dos instrumentos e é uma das resultantes da relação de poder para a terminação<sup>8</sup> (ou, como se diz na doutrina, composição) das lides. Por isso, o operador e o indivíduo submetido ao direito partem de um lugar-sujeito determinado ou condicionado por aquela relação de poder que antecede o direito. Somente quando se dão conta desse [seu] lugar de partida, é que o operador e o indivíduo podem

interferir como sujeitos na aplicação do direito. Do contrário, continuam apenas repetidores de fórmulas adrede preparadas com uma finalidade muitas vezes inconfessável. Nessa perspectiva, enquanto o operador do direito não se dá conta dessa situação, desse seu lugar-sujeito, ele apenas confirma a vocação de ver o mundo mediado, predominantemente, quando não unicamente, pela *lente* normativa, ou jurídica. O mundo, então, é reduzido a uma estrutura normativa que é explicada e harmonizada por meio de técnicas baseadas em conceitos considerados fundamentais, mas que são substancial e abusivamente plurívocos. Se não é verdade, respondamos, por exemplo, o que significam, em termos de direitos materialmente constitucionais, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade e a interpretação conforme a Constituição...

Quando nos limitamos a *aplicar* o direito usando apenas das ferramentas – conceitos, definições e categorias – estritamente jurídicas (ou *juridicizadas*), deparamo-nos com questões que, naqueles estreitos limites, do ponto de vista racional, lógico e materialmente coerente, serão insolúveis, deixando ao julgador somente a dissimulação do uso da força e da escolha arbitrária, voluntariosa mesma. Ora, se toda ciência tem como objetivo a descrição coerente, racional e simplificada da realidade, com o Direito não será diferente. Entretanto, há de reconhecer-se, com Edgar Morin<sup>9</sup>, que existem pontos (pontos de *indecidibilidade*) que as puras categorias ou os ferramentais estreitos de uma determinada ciência não permitem resolver. Para os que insistem na especialização e na exclusividade de cada ciência, esse ponto de *indecidibilidade* pode receber o nome de aporia, paradoxo, dilema ou outro qualquer. Todavia, trata-se do limiar da inconsistência e da incoerência daquela ciência. Como, então, resolver a aporia, o paradoxo, o dilema jurídico? Buscando auxílio em outras áreas do saber e do agir. Na aplicação prática do direito, isso é feito constantemente, quando o julgador se socorre de outras ciências, conhecimentos ou agires. Mas, sempre, ou quase sempre, é presente a tentativa de transmitir ao jurisdicionado a idéia de que tudo fora feito só

por meio das normas jurídicas, dando a entender que o sistema ou a estrutura normativa basta por si mesma.

Para entender o racismo e as diversas formas de manifestá-lo, será imprescindível o socorro de outros saberes e agires, e o reconhecimento explícito de que os mesmos estão sendo usados. Vale um esclarecimento: o uso de outros saberes e agires não implica que, sempre e sempre, a decisão será de reconhecimento da prática de racismo ou, noutro exemplo, favorável à efetivação de um direito fundamental ou humano das minorias, já que os saberes e agires são históricos, psíquica e socialmente construídos. Porém, será mais coerente buscá-los e usá-los do que, por preconceito ou pela ignorância de que se é preconceituoso, simplesmente negar que tenha havido um ato racista, ou rejeitar a efetivação de um direito fundamental de um grupo humano minoritário sob argumento de que não há regulamentação infraconstitucional, embora aquele direito esteja expressamente previsto na Constituição ou dela seja claramente dedutível.

Vistos esses conceitos e definições, e feitas as sugestões, resta examinar como o racismo pode ser manifestado. Temos por evidente que, quando o racismo é expressado de modo agressivo, ninguém rejeita a acusação do ato. Todavia, outras formas sutis, presentes no cotidiano, e mais eficazes de manifestação do racismo, trazem inquietação e uma quase-dúvida na hora de julgar o ato. Quase sempre, essa quase-dúvida funciona para rejeitar a acusação de racismo. Dentre as formas sutis de prática e manutenção do racismo está o humor, o dito humorístico. Posto que seja certo que nem sempre o humor(ista) pode ser acusado de racismo, devemos, entretanto, investigar por que é tão usual, reiterado e recorrente na sociedade brasileira o humor de conteúdo e remetimento racial. É certo que outros ditos humorísticos, com recorte de gênero, étnico e homófobo, também gozam da mesma recorrência no Brasil; em umas regiões mais, em outras, menos. Entretanto, considerada a extensão e a finalidade do presente trabalho, fica para outra oportunidade a análise desses outros ditos. Ressalva-se que muito do que ora se apresenta pode servir de base para exame

das situações específicas desses outros ditos, basta que se mude o que deve ser mudado.

#### **IV – Características psicológicas do dito humorístico e o subentendido do dizer racista**

Por que fazemos humor? Por que dizemos piadas, contamos pilhérias, gracejos e chistes? Haverá alguma razão subjacente ao riso evidente, para elaborarmos, contarmos e recontarmos os ditos humorísticos?

Neste ponto, baseamos nossa proposição na obra freudiana *Os chistes e sua relação com o inconsciente*<sup>10</sup>. Partindo da análise das técnicas do chiste<sup>11</sup>, Freud examina os objetivos, os motivos, o mecanismo de prazer, a psicogênese e a atuação do chiste como processo social, concluindo com a análise mais propriamente psicanalítica da relação dos chistes com os sonhos e o inconsciente, e com as diversas formas do cômico.

Sem recordar a fonte, Freud assegura que o homem é um 'incansável buscador do prazer'<sup>12</sup>. Embora tenha deparado com eventos considerados paradoxais, como o caso do sadismo e do masoquismo, Freud insiste em que o que governa o homem é o princípio do prazer. Assim, o dito humorístico que, v. nota, abrange o chiste, a piada, o gracejo e a pilhéria, nas suas diversas formas de expressão, é usado para dar-nos prazer. O riso nos traz uma sensação de relaxamento físico e mental.

... se insistimos em que **a atividade chistosa não deve ser, afinal, descrita como inútil ou desinteressada, já que tem o propósito inequívoco de suscitar prazer em seus ouvintes.** Duvido que estejamos em condições de empreender qualquer coisa sem ter uma intenção em vista. Se não solicitamos nosso aparato mental no momento de prover uma de nossas satisfações indispensáveis, permitimos-lhe operar na direção do prazer e procuramos derivar prazer de sua própria atividade.

**[...] No que concerne ao chiste, entretanto, posso afirmar à base das duas descobertas já feitas, que se trata de uma atividade que visa derivar prazer dos processos mentais, sejam intelectuais ou de outra ordem.**<sup>13</sup> [destacou-se]

No enunciado acima, quando duvida que “estejamos em condições de empreender qualquer coisa sem ter uma intenção em vista”, Freud nos lembra, de passagem, a tese penal da ação finalista, de Hans Welzel.<sup>14</sup> Por isso, entendemos que não há dito humorístico hostil sem uma finalidade. Falta-nos, muitas vezes, coragem de confessá-la e disposição para investigá-la.

Freud ainda considera a existência de dois tipos conglobantes de chistes: o inocente e o tendencioso, ou hostil. O primeiro encontra sua finalidade em si mesmo, ou seja, o dito humorístico inocente visa apenas fazer rir. É o riso puro e simples como causa e motivo do prazer. Já o segundo, o tendencioso, ou hostil, é uma burla às barreiras, repressões ou inibições mentais que possamos ter. Superando eventual obstáculo mental que tenhamos ou encontremos no pretendido ouvinte, o dito humorístico hostil permite extravasar sentimentos agressivos contra a pessoa ou a coisa que, por qualquer motivo, sabido ou aparentemente não sabido, rejeitamos e não podemos dizê-lo aberta e diretamente. O dito humorístico hostil usa do prazer que produz como forma de subornar o sentido crítico do ouvinte.

O sentido crítico do ouvinte, que seria inibidor da ação ou dito manifestamente agressivo ou violento, resulta de elementos ou fatores internos e externos. O modo como a moral e os costumes, que são externos, opera sobre o ouvinte irá constituir o seu super ego (super eu), elemento interno que pode funcionar como repressor ou recalador do próprio ouvinte ou daquele que age agressiva ou violentamente. Além de Freud, relembre-se Marcel Mauss, que atesta que o indivíduo social é o resultado da combinação do corpo (fisiológico), com a alma [psicológico] e com a sociedade (sociológico). É um todo formado por essas partes.

E, para resumir o percurso que os indivíduos e a humanidade fizeram para reprimir os impulsos hostis, permita-se que seja reproduzido um período textual um pouco mais longo:

Desde nossa infância individual, e, similarmente, desde a infância da civilização humana, os impulsos hostis contra o nosso próximo têm-se sujeitado às mesmas restrições, à mesma progressiva repressão... Não conseguimos ainda ir tão longe a ponto de amar nossos inimigos ou oferecer-lhes a face esquerda depois de esbofeteadas a direita. Além do mais, todas as regras morais para a restrição do ódio ativo fornecem até hoje a mais nítida evidência de que foram originalmente moldadas para uma pequena sociedade de membros de um clã. Na medida em que pudemos sentir que somos membros de um povo, permitimo-nos desconsiderar a maior parte dessas restrições com relação a estrangeiros. [veja-se o exemplo do que o *povo* ocidental cristão pensa e é encorajado a fazer com o *povo* muçulmano]. Contudo, dentro de nosso próprio círculo, já fizemos alguns avanços no controle dos impulsos hostis. [...] **A hostilidade brutal, proibida por lei, foi substituída pela invectiva verbal**; um melhor conhecimento da interconexão dos impulsos humanos está cada vez nos roubando – através de seu consistente *‘tout comprendre c’est tout pardonner’* – a capacidade de nos zangarmos com quem quer que se intrometa em nosso caminho. Embora, quando crianças, ainda sejamos dotados de uma poderosa disposição herdada para a hostilidade, logo aprendemos por uma civilização pessoal superior, que o uso de uma linguagem abusiva é indigno; e mesmo onde a luta pela luta permaneceu permissível, aumentou extraordinariamente o número de métodos de luta cujo emprego é vedado. Já que somos obrigados a



renunciar à expressão da hostilidade pela ação – refreada pela desapaixonada terceira pessoa em cujo interesse deve-se preservar a segurança pessoal – **desenvolvemos**, como no caso da agressividade sexual, **uma nova técnica de invectiva que objetiva o aliciamento dessa terceira pessoa contra nosso inimigo. Tornando nosso inimigo pequeno, inferior, desprezível ou cômico, conseguimos, por linhas transversas, o prazer de vencê-lo – fato que a terceira pessoa, que não despendeu nenhum esforço, testemunha por seu riso.**<sup>15</sup> [o comentário entre colchetes e os destaques são nossos]

Assim, resta-nos compreender que, seja por meio da escrita, da fala, da música, da performance televisiva, cinematográfica ou teatral, enfim, por meio das diversas formas pelas quais se possa fazer humor, quando hostiliza uma pessoa ou grupo, o dito humorístico **“permite explorar no inimigo algo de ridículo** [obviamente, algo que é considerado ridículo] **que não poderíamos tratar aberta ou conscientemente, devido a obstáculos no caminho; ainda uma vez, o chiste evitará as restrições e abrirá fontes de prazer que se tenham tornado inacessíveis. Ele ademais subornará o ouvinte com sua produção de prazer, fazendo com que ele se alie conosco sem uma investigação mais detida**<sup>16</sup>.

Orientado pelo princípio do prazer, o indivíduo, muitas vezes, libera um índice de sentimentos então considerados extintos ou eficazmente reprimidos. Por conta dos recalcamientos, inibições e repressões mentais, no comum dos casos e na freqüência das vezes, essa liberação não é total, mas num índice capaz de dar prazer. Para contornar aquelas barreiras mentais, em si e no ouvinte, o indivíduo faz uso do dito humorístico.

O dito humorístico tendencioso usa o riso, ou, no dizer de Freud, usa o prazer produzido como forma de subornar o senso crítico do ouvinte.

Porém, duas perguntas deveriam inquietar-nos...

Ora, se o dito humorístico hostil é utilizado como meio de transpor ou de afastar os obstáculos mentais eventualmente presentes no locutor e no ouvinte, quais seriam as fontes desse obstáculo? E por que e como, ainda que presentes, e pela razão de existirem esses obstáculos mentais, o locutor e o ouvinte teriam prazer no dito humorístico hostil?

Noutras palavras, como podemos sentir prazer em hostilizar alguém ou algo, se há em nós essas barreiras mentais?

Ou as barreiras não existem. Ou, existindo, o prazer produzido é tal que, naquele momento, elas são suplantadas, sem se pensar em arrependimentos posteriores. Em termos freudianos, podemos ter três tipos de indivíduos ou situações: um, em que os mecanismos de inibição simplesmente não funcionam ou não existem. É o caso de quem é aberta e declaradamente racista, “Não gosto de negro!... Negro não é gente!... E pronto!” [no Brasil, poucos têm essa coragem, quando se trata de racismo contra a pessoa negra. Contudo, muitos confessam o racismo (etnocentrismo), a rejeição a índios ou a homossexuais]; outro tipo é aquele em que as barreiras existem, mas tem-se certo controle sobre elas, sabendo onde e com quem se pode dizer o que pensa. Um exemplo é o caso, em determinadas ocasiões, daquela *velha conversa* de amigos íntimos e fieis, onde é confessado o inconfessável e, às vezes, praticado o impraticável. Finalmente, há a situação corriqueira, do dia-a-dia, em que somos “surpreendidos” por ditos humorísticos racistas, e seguimos o curso do prazer produzido sem nos darmos conta. Nessa última situação, até cremos não sermos ou estarmos sendo racistas, ou hostis.

Numa ou noutra hipótese, a liberação do prazer, causado pela agressão ao outro, é tão satisfatória e pode ser inesperada, que, embora existentes, os mecanismos mentais de inibição não conseguem barrar totalmente o ato, deixando-o vir à tona, embora possa surgir depois o sentimento de arrependimento ou vergonha.

Contudo, persiste a pergunta: de onde provêm as barreiras ou inibições mentais que, quando não se cuida de um

efetivo sentimento de estar-se ameaçado, impedem a manifestação expressa, evidente e destemida do racismo, ainda que contornáveis pelos subterfúgios do prazer? Ainda com Freud, mas a partir do comentário de Carlos Estevam<sup>17</sup>, sabemos que as barreiras mentais são resultados da cultura, dos valores, fatos sociais, como a lei jurídica, e outros elementos integrantes da humanização, ou civilização, historicamente condicionados.

Por serem historicamente condicionadas, acontece de um agir social ser, num momento, *naturalmente* aceito, moralmente admissível, inexistindo inibições mentais para aquele agir social, v.g., a instituição oficial da escravidão da pessoa negra; o genocídio do indígena; ou a subjugação da mulher. Todavia, na dinâmica das relações sociais e dos conteúdos de sociabilidade e civilidade, aquele agir social de antanho, moralmente aceito, pode tornar-se moralmente inadmissível, ao menos do ponto de vista formal. Mas, seja por que motivo for, quando se encontra numa determinada extensão social, quer dizer, quando alcança considerável número de indivíduos do grupo e, para estes, consiste na forma de agir, pensar e sentir, que passa a ter certo grau de coerção, enfim, convertendo-se num fato social<sup>18</sup>, da inadmissibilidade declarada daquele agir, surgem, então, os mecanismos mentais de inibição. Entretanto, essa mudança, num determinado tempo historicamente relevante, não significa a completa abolição ou extinção daquele agir. Exatamente porque não fora completamente *apagado* do imaginário social vigente, tornam-se constantes as manifestações e ressurgimentos daquele agir. Mas, com uma diferença: se antes, quando moralmente aceito, o agir era livre de peias e abertamente declarado, agora, com a mudança, as suas manifestações devem ser disfarçadas, dissimuladas, veladas, ou seja, praticadas de modo sutil, porém, com a mesma eficácia prazerosa de outrora. O dito humorístico hostil, de conteúdo racista, atende a esse fim.

Então, recordemos aquilo que Freud acentuara: o homem é um “incansável buscador do prazer”!; o riso nos causa prazer!; o dito humorístico nos causa riso, logo, dá-nos prazer!; o chiste tendencioso (ou dito humorístico hostil) usa do prazer para subornar o sentido crítico do ouvinte (e em nós mesmos),

contornando os inibidores mentais que eventualmente se tenha!.

Respondida a primeira pergunta, qual seja, de onde surgem as barreiras mentais que, por existirem, forcem-nos a usar subterfúgios para driblá-las, resta considerar a segunda pergunta: por que, apesar das barreiras, sentimos prazer com o dito humorístico hostil, ou, no caso, racista?

Bem!... A resposta a essa segunda pergunta parece dedutível da resposta à primeira. Todavia, é melhor que a explicitemos... Isso, porém, depois da seguinte consideração: o que nos faz ou permite compreender algo, como um enunciado, uma fala, um significante e um significado? Só compreendemos algo, ao nível da linguagem e do intelecto, quando temos os pressupostos categoriais e comunicacionais para isso. É dizer, não compreendemos uma narrativa, uma explicação e, assim também, uma piada, um chiste, um gracejo, uma pilhéria, etc., por mais simples e direto que sejam, quando não detemos aqueles pressupostos. Logo, a compreensão, o entendimento dialogal do dito humorístico racista pressupõe um ouvinte que detenha as categorias suficientes para isso. Locutor e ouvinte, para compreenderem o humor racista, devem comungar de um mesmo pressuposto. É claro que, embora comunguem de um mesmo pressuposto, não significa que irão concordar com o subentendido, pois ainda serão necessários outros pressupostos para isso. Assim, um pressuposto em comum não significa que o locutor induza o prazer no ouvinte.

Depois do processo de compreensão, para que locutor e ouvinte sintam prazer e aliem-se, é necessário que os dois, com os mesmos pressupostos, guardem no seu íntimo a concordância com a idéia. Isso parece óbvio. Contudo, a obviedade não é bastante para o juízo conclusivo de que naquele ato houve racismo do emissor e complacência colaborativa do ouvinte. Por quê? Porque, quando provocado o julgamento, judicial ou social, daquele ato por quem se sentira ofendido na sua dignidade, individual ou de grupo, a sutileza do meio utilizado possibilitará que o autor do racismo alegue, na defesa, a isenção de responsabilidade, pela falta de intenção de ofender<sup>19</sup>.

Embora sabedor da repulsa moral e jurídica formal do racismo, o que seria gênese dos mecanismos de inibição mental no locutor e no ouvinte, aquele, com o dito humorístico racista, usa o que uma corrente da lingüística chama de subentendido<sup>20</sup>. De acordo com essa corrente, para a comunicação são necessárias três ocorrências: a primeira é o *pressuposto*, já referido acima, que inclui o domínio dos recursos formais da língua e circunstanciais ou fáticos, ou seja, experiências comuns entre locutor e ouvinte. Falando a mesma língua, para que locutor e ouvinte se comuniquem minimamente, é necessário que tenham experimentado, direta ou indiretamente, um fato comum, transmitindo-se essa experiência por diversas formas. A segunda ocorrência é o *posto*, que é exatamente o enunciado emitido na hora da comunicação; e a terceira, é o *subentendido*, que é o sentido atribuído pelo locutor e retirado pelo ouvinte. Um exemplo pode deixar mais compreensível: quando João diz [ou escreve] a Joana – “Foram bons, aqueles dias!” Um *pressuposto* são as normas da língua (portuguesa) em comum; o *posto* é o próprio enunciado (“Foram bons, aqueles dias!”). No caso, esse *pressuposto* e o *posto* permitem à Joana o entendimento formal da fala. Mas só isso não produz a comunicação, com emissão e compreensão do sentido. Outro *pressuposto*, de ordem fática, é necessário, para dele se extrair o *subentendido*. É necessário que João e Joana tenham compartilhado “aqueles dias”, e que, para cada um, as experiências individuais anteriores permitam considerar bons os referidos dias. Essas experiências anteriores resultam de diversos fatores, que, depois de mediadas por outras experiências, concomitantes a “aqueles dias” e/ou posteriores, induzirão ao *subentendido*. Imagine-se que João seja machista ao extremo, e tenha convivido com Joana, exigindo-lhe, em “aqueles dias”, total sujeição. Joana, sem se sentir desconstruída como sujeito, porque, então, educada à “beatitude” de ser dona de casa, conforme à tradição familiar, encontrou, depois, (re)significação para essa relação, o que resultou na impossibilidade de mantê-la, pois João permanecia determinado no seu machismo. Então, conforme as experiências vivenciadas,

Joana aceitará ou rejeitará o subentendido do enunciado de João. Se se mantivesse com a mesma percepção da relação homem X mulher, e tivesse se separado por qualquer outro motivo, ela, por certo, concordaria com o subentendido lançado por João; porém, depois da (re)significação da condição de mulher, a sua compreensão rejeitará o subentendido pretendido por João, embora saiba exatamente o que ele dissera.

O exemplo acima pode, muito bem e adequadamente, ser remetido a casos diários de ditos humorísticos racistas, ou preconceituosos em maior extensão. Pensemos a respeito do seguinte dito chistoso: "... É negro, mas a alma é branca."

Vejamos qual a função do *subentendido*. Ducrot apresenta o *subentendido* como recurso retórico da comunicação que servirá como meio de livrar o locutor da responsabilidade pelo sentido do dito, atribuindo-a ao ouvinte. Aquele que pratica o racismo por meio do dito humorístico, quando acusado de tal ato, defende-se dizendo que não tinha a intenção de fazê-lo; que o ouvinte foi quem entendeu ou deu sentido racista ao que fora dito. A responsabilidade pelo subentendido é atribuída ao ouvinte. Ora, mas o locutor queria aquele subentendido, pois, lembre-se Freud, aquele sentimento ainda era íntimo do locutor.

Referindo-se a um sentido desejado pelo locutor e à transferência da responsabilidade pelo *subentendido* ao ouvinte, Ducrot antecipa o seguinte:

Ora, chega-se a um resultado análogo, por um caminho totalmente diferente, mediante o subentendido. Disse que **o subentendido é construído como resposta à pergunta "Por que ele falou desse modo?"**. Em outras palavras, o locutor apresenta sua fala como um enigma que o destinatário deve resolver. O sentido, que é sempre, para mim, um retrato da enunciação, é então um retrato cuja responsabilidade o locutor deixa ao destinatário, processo quase explícito na expressão

“Eu não o obrigo a dizer” (o locutor parece aceitar, sem lhes dar origem, os subentendidos decifrados pelo destinatário). Perguntar-me-ão como é possível aceitar a interpretação do outro, a imagem que ele constrói do ato de enunciação, sem assumir a sua responsabilidade – o que é necessário para que possa falar de sentido subentendido. Tudo o que posso dizer é que a linguagem oferece exemplos freqüentes dessa atitude, certamente muito hipócrita... **É esse processo que ilustra o subentendido: para dizer alguma coisa, faz-se o outro dizer o que se disse.**<sup>21</sup> [sem destaques no original]

Não é difícil a compreensão do *subentendido* em um dito humorístico racista. Não é difícil reconhecer a responsabilidade do locutor por esse dito. Em função das inibições mentais decorrentes das repressões sociais formais, difícil é reconhecermos que, material e cotidianamente, lidamos com pessoas [e instituições] racistas que driblam aquelas inibições, delas e nossas, por meio dos chistes, piadas, músicas, gracejos, pilhérias, anedotas e charges, enfim, por meio dos ditos humorísticos tendenciosos carregados de subentendidos. Subentendidos com os quais concordamos e, por isso, sentimos prazer... Prazer usado para subornar o nosso sentido crítico enquanto ouvintes.

As nossas experiências sociais passadas ainda repercutem nas experiências sociais presentes. Estas, embora diante de eventuais mecanismos de inibições mentais, ainda encontram os subterfúgios do prazer como meios de escape.

Por outro lado, quando o racismo é manifestado de modo sério, com palavras ou atos firmes e seguros, não hesitamos no reconhecimento do crime, ao menos em tese. Entretanto, acontece que, no momento de o pretense criminoso<sup>22</sup> prestar contas pelo ato, surgem os argumentos de defesa, em regra, alegando falta de intenção de ofender. A intenção de ofender, o dolo, somente é conhecida seguramente quando

confessada sem vacilo. Quando não é esse o caso, de encontrarmos um réu seguro das suas convicções, a ponto de confessá-las com destemor, o dolo somente será deduzido, ou induzido, das circunstâncias anteriores e concomitantes ao fato. Sem que ele confesse ou sem que as circunstâncias nos convençam, como saberemos o que se passou na mente do autor do ato ou fato racista? Sem o auxílio de outros saberes e agires, como estaremos seguros de que não agimos em aliança com ele? Os que estão na lida diária com as questões jurídicas sabem e percebem que, em alguns casos, o julgador ora privilegia aspectos formais, em nome de uma pretendida garantia penal, ora relega a segundo plano tais aspectos, sob argumento de efetivar a justiça. Por que isso acontece? Quais são os pressupostos, postos e subentendidos do julgador para que ele faça isso? Como estarão agindo os seus mecanismos mentais de inibição diante da produção de um prazer que lhe relaxa o juízo crítico?

## **V – Como se processa a idéia de racismo no Judiciário brasileiro**

No Brasil, sob o ponto de vista normativo formal, o racismo é rejeitado pela Constituição Federal de 1988, arts. 4º, VIII, e 5º, XLII; sua prática é punida pela Lei n. 7.716/1989 e pelo Código Penal, art. 140, § 3º. No Congresso Nacional tramita o projeto de lei do Estatuto da Igualdade Racial que, na Câmara dos Deputados, recebeu o n. 3198/2000. No âmbito internacional, dentre outras, encontramos a já referida Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, de 1965.

Na história do Brasil, com obras clássicas, como Casa-grande & Senzala, de Gilberto Freyre, saímos de um racismo confessado, brutal e justificador da escravidão da pessoa negra, para uma suposta relação de aceitação plena, democrática e de reconhecimento da dignidade da pessoa humana negra (índia, homossexual, mulher ou deficiente físico ou mental). Em nós, por diversos motivos, inclusive, por interesses de uma elite



branca dominante, ficou registrado o “afeto”, a “intimidade da fala” (“Vem, minha neguinha!”) como se fosse a contraposição e a negação da agressão e da violência da chibata e do estupro na senzala, e da espoliação do trabalho. Dizemos que não aceitamos o racismo, mas as pesquisas de opinião revelam mais do que índices ou estatísticas de exclusão da pessoa negra. Elas revelam o *Brasil de fato*, mostrando contradições do tipo apontado por Lília Moritz Schwarcz,<sup>23</sup> onde, em pesquisa da Universidade de São Paulo, em 1988, centenário da abolição oficial da escravidão, 97% (noventa e sete por cento) dos entrevistados afirmaram não ter preconceito, mas 98% (noventa e oito por cento) disseram conhecer alguém que é racista. O aparente paradoxo desse resultado é que só reconhecemos o racismo no outro, não em nós. E, sem o “Freud explica!”, continuaremos agindo assim, pois não confessaremos algo tão vil e moralmente reprovável. Não é?!

E como o Judiciário brasileiro julga os casos de prática do racismo?

Antes de tudo, ressaltamos que apenas analisamos, por amostragem, a jurisdição penal. Sabemos que no cível e no penal, principalmente nas primeiras instâncias, há julgamentos sintonizados com os fins constitucionais de rejeição a todas as formas de preconceito e discriminação, especialmente a racial. Contudo, ainda são casos isolados, pois, na maioria, em detrimento dos fins materiais de justiça, ainda são privilegiados e considerados os aspectos formais da norma e do processo. E, quando não se trata de velado, porém consciente, racismo do julgador, isso acontece devido ao reducionismo perspectivado do direito.

Em função do garantismo liberal-penal, a imputação e a sanção de um crime dependem da tipificação e da cominação em lei formal e anterior ao fato. A lei geral e a especial dos crimes de racismo<sup>24</sup> condicionam a existência do delito à configuração e constatação do dolo. Já aludimos que o dolo só se constata em situações em que o autor do delito confessa a sua intenção sem vacilo, ou quando as circunstâncias anteriores e

concomitantes ao fato permitem a dedução ou indução. Na segunda situação, além de uma prova extreme de dúvida, ainda existe a condicionante subjetiva que é o entendimento (ou, como se diz, a interpretação) do julgador.

Assim, pelas amostragens que tomamos, porque é altamente significativo, iniciemos a análise com o caso do *Habeas corpus* n. 82.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2003, que resultou no livro *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF*<sup>25</sup>. Quem examinar o caso, verá que todos os ministros, com freqüência, agregam algum adjetivo ao substantivo *racismo*, ou seja, o racismo é quase sempre adjetivado. Essa adjetivação é, quase à unanimidade, grave, pesada, negativa, atribuindo-lhe seriedade. Então, pelo que disseram e de como adjetivaram o racismo, parece razoável entender e defender que só existe racismo se o ato for praticado de modo sério, tendo o autor do ato revelado aberta e claramente intenção de ofender, de ultrajar a dignidade da pessoa ou do grupo contra quem dirige o ato. Pelo que se deduz dos votos, se o ato for praticado em tom jocoso, não será racismo.

Saiamos do STF... Vejamos uma notícia sobre o caso “Cláudio Cabral”, julgado pelo Judiciário cearense, nos idos de 90, cujo recurso especial, interposto pelo Ministério Público estadual, não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça... Sobre a evidente materialidade do pensamento externado e publicado no Jornal Tribuna do Ceará prevaleceu a imperatividade da forma (*aplicação da Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*).

Mas, qual é o caso e como foi noticiado?

O jornalista Cláudio Cabral, então colunista do jornal Tribuna do Ceará, fizera publicar o seguinte comentário: “Feijoada é comida de músico baiano, negros e índios – sub-raças evidentemente.” Denunciado, foi absolvido na primeira e na segunda instância, sob fundamento de que não fora provado o dolo, ou “a vontade livre e consciente” de ofender. No sítio<sup>26</sup> da Ordem dos Advogados de São Paulo consta o seguinte:

## **Jornalista é absolvido do crime de racismo**

**Fonte:** STJ - Processo: RESP 273067  
**14/09/2001**

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça confirmou a absolvição do jornalista Cláudio Silveira Cabral Ferreira, de Fortaleza (CE), do crime de racismo. Em sua coluna, publicada no jornal Tribuna do Ceará no dia 11 de abril de 1997, ele escreveu: "...feijoada é comida de músico baiano, negros e índios – sub-raças evidentemente". O Tribunal de Justiça do Ceará inocentou o jornalista por julgar não ter havido comprovação de dolo, ou seja, da "vontade livre e consciente" de praticar o crime. **Segundo o TJ, seria necessária a "comprovação inequívoca do elemento subjetivo do tipo penal (dolo), que exige a descrição detalhada da conduta de forma a revelar a vontade deliberada de ofender"**.

Em recurso ao STJ, o Ministério Público Estadual contestou a absolvição, porém não obteve êxito. Para verificar a existência desse "elemento subjetivo" seria necessário o reexame de provas, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ, afirmou o relator, ministro Fernando Gonçalves. **Se o Tribunal de Justiça julgou não haver comprovação de dolo, "qualquer afirmação em sentido contrário conduzirá à análise de questões relacionadas com fatos e as provas"**, explicou. [sem destaques no original]

Numa breve análise do caso, pergunta-se: diante do tom pilhérico da nota jornalística, como se provaria a intenção de ofender, ou seja, o dolo, sem que o jornalista o confessasse? Quais seriam as circunstâncias necessárias e suficientes para convencer o julgador de que, do íntimo daquele locutor-escritor [autor do fato], era liberado um sentimento hostil, que, por não poder ser manifestado de modo mais claro, aberto e direto,

abrigou-se no recurso da produção de prazer no ouvinte-leitor? Sem a efetiva confissão, pelo réu, ou sem a compreensão, pelo julgador, de que a hostilidade manifestada pode ser dissimulada por meios, à primeira e ligeira vista, desintencionais ou involuntários, como se reconheceria o dolo?

Eis um dos problemas presentes nos julgamentos penais de casos de racismo. Algumas vezes, sem se dar conta, o julgador colabora e se alia com o autor do fato. Relembre-se que, na manifestação comunicacional, principalmente humorística, do racismo, locutor e ouvinte são pessoas orientadas pela busca do prazer (Freud) e comungam de um mesmo *pressuposto* fático (Ducrot). O autor do fato ou ato ocupa o lugar do locutor-escriptor-ator-apresentador enquanto que o lugar do ouvinte-leitor-telespectador-expectador-público é ocupado por um terceiro ou, também, pelo julgador. Um *pressuposto* fático comum, embora aparentemente remoto, são a instituição e a história da escravidão da pessoa negra no Brasil, com todos os fundamentos “racionais” presentes nas “teorias científicas”, nos livros de História e nos contos populares, para justificação daquele fato... Vozes do passado ainda ecoam no presente. Tenhamos sempre isso em mente, pois o cronista que narra os acontecimentos, sem distinguir entre os grandes e os pequenos, leva em conta a verdade de que nada do que um dia aconteceu pode ser considerado perdido para a história.<sup>27</sup>

Mas, não foi o bastante... Absolvido e certo de que o meio pilhérico é seguro, e com o título “Mais vítimas de feijoadas”, **o colunista da Tribuna do Ceará escreveu: “Já disse e repito: feijoada não é comida para gente civilizada. É resposta para estes malcheirosos músicos baianos que andam por estas terras. Estes, donos de estômago de aço, comem qualquer porcaria e não sentem sequer mal-estar estomacal...”**<sup>28</sup> [destacamos]

Então, depois de idas e vindas, houve uma retração do jornalista:

Em retratação, Cláudio Silveira escreveu em sua coluna que tudo não passou de uma “**brincadeira**”

e “jamais teve a intenção de demonstrar algum pensamento preconceituoso com relação a pessoas da raça negra ou indígena, bem como com relação a músicos baianos...”<sup>29</sup>. [destacamos]

Porém, lembrando o que dissemos acima, essa retração só confirma o entendimento freudiano de que, quando não podemos expressar diretamente um sentimento hostil ou agressivo, o humor, como meio de produção de prazer, é um bom recurso para transpor os inibidores mentais (e legais), nossos e do ouvinte, e torná-lo aliado.

Para finalizar a análise do presente caso, vejamos como a notícia fora encerrada:

Apesar de considerar de “tremendo mau gosto” a afirmação do “descurado escriba”, o juiz Francisco Pedrosa Teixeira, da 19ª Vara Criminal, **absolveu o réu por entender que o preconceito racial consiste em não aceitar a convivência com outra raça, o que não é o caso**<sup>30</sup>. [destacamos]

Já consideramos esse argumento, quando do caso julgado pelo STF. Então, reiteramos: é erro considerar que só se pratica racismo por meio de atos ou fatos sérios e graves. O que deve ficar claro é que, diante dos mecanismos de inibição internos e externos, individuais e coletivos, morais e legais, e não se encontrando numa situação de suposta agressão, ameaça ou ultraje vindo daquele contra quem se pretende ofender, o sujeito que manifesta e pratica publicamente o seu racismo usa de meios sutis para tanto. Dentre esses meios está o dito humorístico, nas suas diversas formas de manifestação e de veiculação.

E deve ser observado, também, que, na manifestação aberta e diretamente agressiva do racismo, em situações onde o autor do racismo se diz agredido, ameaçado ou ultrajado por quem sofrerá o ato, quando não é o caso da falta de testemunha, para provar o dolo, a defesa usual é a de

que o autor não tem ódio, raiva ou qualquer outro sentimento hostil contra o grupo a que pertence aquela vítima do racismo, ele não quis generalizar e o ato fora dominado pela emoção.

Consideremos, agora, o comentário encontrado em <http://georgemlima.blogspot.com>,<sup>31</sup> referindo-se ao julgamento do Tiririca, acusado de crime de racismo, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro...:

Em um de seus momentos mais criativos, o poeta e compositor Tiririca brindou a humanidade com a seguinte canção:

[segue, no blog, a letra da música<sup>32</sup>, depois vem o comentário]

A beleza poética da letra é tão inspiradora quanto a melodia da música. Vale conferir. Logicamente, Tiririca não pretendia ganhar nenhum “Grammy” por essa canção. **Sua intenção era tão somente fazer humor.** Aliás, ele chegou a afirmar que a música foi feita em “homenagem” à sua esposa. Mas não foi isso que algumas entidades entenderam. Para alguns, a música representaria um desrespeito à mulher negra e, por isso, deveria ser proibida. O caso foi parar na Justiça. **No âmbito penal, Tiririca foi inocentado da acusação de racismo, a meu ver corretamente, já que o intuito da música era fazer humor.** Na esfera cível, porém, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou o caso em grau de apelação, condenou a Sony Music a pagar uma indenização de trezentos mil reais.

Comentário particular: **para ser sincero, acho que o TJRJ exagerou um pouco.** Acho que aqui caberia os mesmos argumentos da sentença do Mandarin, no caso Diogo Mainardi. Ou seja, **entre tolerar pequenas ofensas e limitar a liberdade de expressão, é preferível a tolerância em nome da liberdade.** [os negritos são nossos]

Ressalvadas as ironias que podem, talvez, ser subentendidas do comentário acima, o que notamos nos julgamentos referidos é que, embora equivocado, ainda é presente e predominante o entendimento de que o crime de racismo só se configura quando o ato é dolosa e manifestamente sério. Para os que assim entendem, se houver gracejo, piada, chiste, pilhéria, em síntese, dito humorístico, o caso será de atipicidade da conduta, pois estará ausente o dolo, a intenção de ofender, mesmo que a piada, escrita, falada ou musicada, tenha a expressividade que tinham a nota do jornalista e a música do Tiririca.

Ainda sobre o caso Tiririca e o comentário particular do juiz federal George Marmelstein Lima, autor do *blog* (“para ser sincero, acho que o TJRJ exagerou um pouco... entre tolerar pequenas ofensas e limitar a liberdade de expressão, é preferível a tolerância em nome da liberdade.”), é interessante anotar que o magistrado federal não reitera esse comentário no texto do livro de sua autoria.<sup>33</sup> Aqui, ele apenas resume o caso, transcreve a letra da música, e deixa que o leitor emita a opinião. O magistrado federal, *blogueiro* e, agora, doutrinador tem reconhecidos estudos do tema relativo aos direitos fundamentais. Entretanto, do cotejo das suas análises e comentários no *blog* e no livro citados, vemos que ele não vai além do comum da compreensão do racismo: se se cuida de mensagem séria ou que envolva grupos, embora minoritários, mas com poder de expressão, ele entende presente o racismo e espousa o julgamento condenatório. Entretanto, se se trata de mensagem humorística, “é preferível a tolerância em nome da liberdade.” Comparem-se as análises feitas por ele das músicas *88 Heil Hitler*, da banda Zurzir, e a já referida *Veja os cabelos dela*, do Tiririca.<sup>34</sup>

Vimos, com Freud, que o dito humorístico hostil usa do prazer produzido para contornar as inibições mentais e cativar o ouvinte, e, com Ducrot, que, na relação comunicacional, locutor e ouvinte compartilham pressupostos e postos comuns, para comungarem de um mesmo subentendido. Isso demonstra o engano dos entendimentos ainda reinantes.

E o que faz com que esses entendimentos ainda estejam presentes e predominantes no Judiciário brasileiro? Se se aceitar o reducionismo do direito como uma das causas, ou seja, que esses entendimentos decorrem da simplificação da realidade feita por meio das categorias e dos conceitos jurídicos, será dado o primeiro passo. Contudo, deve seguir-se um segundo passo: compreender e reconhecer que, para manifestar certos sentimentos, desejos e intenções hostis, usamos de subterfúgios diversos. Quanto mais inimagináveis ou sutis forem esses subterfúgios, mais livres estaremos de censuras e reprimendas sociais e/ou jurídicas, quando quisermos hostilizar uma pessoa ou um grupo.

Daí, o terceiro passo é inevitável: reconhecer que, diante da simplificação da realidade feita pelo direito, um julgamento adequado e coerente com o discurso constitucional pressupõe e requer o uso de outros saberes e agires. Por exemplo, sem auxílio da Antropologia, como se poderá compreender de modo constitucionalmente adequado o tema indígena (CF/88, arts. 231<sup>35</sup> e 232) ou quilombola (CF/88, art. 216, § 5º, e ADCT, art. 68<sup>36</sup>)?

Parece óbvio o reconhecimento do que aqui se diz. Contudo, uma obviedade que não é percebida é o fato de esse reconhecimento só ser confessado quando ele não interfere, perceptível ou imperceptivelmente, naquilo que cremos acreditar. Ou seja, no caso dos ditos humorísticos racistas, o Judiciário, encartado numa sociedade dividida em classes e em raças (do ponto de vista político-econômico e sócio-cultural), é organizado de modo a contemplar os interesses da classe e da raça dominantes, embora o juiz, com toda boa-fé e sinceridade d'alma, possa não percebê-lo ou não compreendê-lo. É o que já denominamos de lugar-sujeito do julgador, determinado ou condicionado pelas relações de poder vigentes. Assim, crendo em algo, mas não sabendo que crê e/ou por que motivo crê, rejeita uma provocação crítica e não consegue perspectivar de modo diferente o fato social "natural". "Naturalizado" o fato social, não há razão para mudá-lo ou para admitir que mudará.



## VI - Conclusão

O dito humorístico, seja inocente ou hostil, é um meio de produzir prazer no ser humano. Embora orientado pela busca do prazer, porque tem de viver em sociedade, o ser humano deve adequar as formas de gozo do prazer às normas de civilidade vigentes. Por vezes, essas normas o reprimem, introjetando-lhe mecanismos mentais de inibição das suas inclinações hostis, que também são fontes de prazer. Para não se ver socialmente punido e nem com intenso sentimento de culpa, por conta de um ato hostil, o sujeito usa de recursos para burlar os meios de inibição em si e no outro. O prazer produzido pelo dito humorístico é um desses recursos. O que nos resta, então, é reconhecer a existência dessas inclinações e sentimentos hostis e o uso das burlas para manifestá-los e, assim, considerar a possibilidade de aplicação das sanções morais e/ou jurídicas.

No caso das sanções jurídicas, instrumentalizadas pelo direito, deve ser observado que as categorias e conceitos jurídicos, como em qualquer ciência, são simplificadores da realidade, tornando perceptíveis os pontos de *indecidibilidade*, caso se queira explicar a realidade apenas com uso dessas categorias e conceitos jurídicos. A insistência nessa tentativa levará a que se faça prevalecerem os aspectos formais, ou jurídicos, em prejuízo dos aspectos materiais, ou de justiça. É necessário, então, que o operador do direito abandone o seu lugar-sujeito inicial, fazendo uso de outros saberes e agires, para superar os determinantes ou condicionantes resultantes das relações sociais de poder.

O dito humorístico racista é uma forma de driblar os inibidores mentais sociais e individuais que, formalmente, rejeitam a prática do racismo. Além do aspecto psicológico do dito humorístico, há de considerar-se o aspecto comunicacional, pois a comunicação, entre locutor e ouvinte, depende de três ocorrências comuns aos interlocutores, o *pressuposto*, o *posto* e o *subentendido*. Presentes o *pressuposto* e o *posto* da comunicação, resta considerar o *subentendido*, recurso retórico

que permite ao locutor atribuir ao ouvinte a responsabilidade pelo sentido do enunciado. O lugar do locutor-autor-ator-apresentador é ocupado por quem pratica o racismo, o lugar do ouvinte-leitor-telespectador-expectador-público é ocupado por terceiro, em relação a quem sofre o racismo, mas pode ser ocupado também pelo julgador. Assim, os subterfúgios psicológicos e lingüísticos agem conjuntamente, para que o autor do dito humorístico racista cative a simpatia do ouvinte, pelo prazer que lhe oferta, e sintasse seguro para manifestar a intenção de hostilizar a pessoa ou grupo que submete ao ato racista.

De seu lado, o Judiciário brasileiro, quando julga práticas de racismo, condicionado que está pelos eventos históricos e por sua inserção numa sociedade dividida em classes e raças (do ponto de vista político), tende a considerar como prática de racismo apenas o ato sério, grave e (quase que) evidente, desconsiderando as demais formas sutis de manifestação. Tendo em alta conta os meios tradicionais de conceituação, exame e prova do dolo, privilegia os aspectos formais em detrimento das evidências materiais. Maximiza os efeitos jurídicos e minimiza os fins de justiça. Com isso, os argumentos de defesa do tipo “Só quis fazer humor!”, “Tudo não passou de brincadeira.”, “Não tenho nada contra negros. Minha secretária é negra, e gosto muito dela.”, em regra, são considerados mais seguros do que os relatos da vítima que, além da fala, da escrita, da charge, da música, enfim do dito humorístico, não teve outras provas para demonstrar o que se passou na mente do autor do racismo. O julgador, tornando-se (cons)ciente de que inicia o julgamento a partir de um lugar-sujeito previamente condicionado, deve superar o reducionismo do direito e os pontos de *indecidibilidade*, para compreender os diversos meios sutis de manifestação e prática do racismo e redirecionar o resultado do julgamento, viabilizando a máxima efetivação das normas constitucionais.

## VII – Referências bibliográficas

APPIAH, Kwame Anthony. *Na casa de meu pai: a África na filosofia da cultura*. Tradução Vera Ribeiro. Revisão de tradução Fernando Rosa Ribeiro. 1ª edição; 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Edição Jerome Kohn. Revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução Sérgio Paulo Rouanet. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. (Obras escolhidas, v. 1).

BERGER, Peter L. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Tradução Floriano de Souza Fernandes. 26ª edição. Petrópolis: Vozes, 1996.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Coleção Clássicos.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no College de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 13ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. Organização e tradução Roberto Machado. 12ª edição. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996.

GILROY, Paul. *O Atlântico negro: modernidade e dupla consciência*. Tradução Cid Knipel Moreira. 1ª edição. São Paulo: Edições 34; Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, Centro de Estudos Afro-Asiáticos, 2001.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução Eliane Lisboa. 3ª edição. Porto Alegre: Sulina, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Tradução M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. 5ª edição. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

WIEVIORKA, Michel. O racismo, uma introdução. Tradução Fany Kon. São Paulo. Perspectiva, 2007. Coleção Debates. p. 9.  
Psicanálise e linguística

DUCROT, Oswald. O dizer e o dito. Tradução Eduardo Guimarães. São Paulo: Pontes, 1987.

ESTEVAM, Carlos. *Freud: vida e obra*. 2ª edição; 22ª reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise: contribuição à psicologia do amor*. Tradução Durval Marcondes *et. al.* Rio de Janeiro: Imago Ed. 2003.

\_\_\_\_\_. *Os chistes e sua relação com o inconsciente*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição *standard* brasileira. Traduzido do alemão e do inglês sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.  
História e atualidades

BENEDITO, Mouzar. *Luiz Gama: o libertador de escravos e sua mãe libertária*, Luíza Mahin. 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O racismo na história do Brasil: mito e realidade*. Coleção História em Movimento. 8ª edição; 5ª reimpressão. São Paulo: Editora Ática, 2002.

FIABANI, Aldemir. *Mato, palhoça e pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes (1532-2004)*. 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

SCHWARCZ, Lília Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001. (Folha Explica).

*O Banco Mundial e a terra: ofensiva e resistência na América Latina, África e Ásia*. Organização Mônica Dias Martins. São Paulo: Viramundo, 2004.

*História da educação do negro e outras histórias*. Organização Jeruse Romão. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005 (Coleção Educação para todos).

*Racismo ambiental*: I seminário brasileiro sobre racismo ambiental. Organização Selene Herculano e Tânia Pacheco. Rio de Janeiro: Projeto Brasil sustentável e democrático: FASE, 2006.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008

Indicação legislativa

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988;

Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – ONU, 1965. Assinada pelo Brasil em 07.03.1966, ratificada em 27.03.1968 (sem reservas), e promulgada pelo Decreto 65.810, de 08.12.1969. Entrou em vigor internacional em 04.01.1969.

Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. ONU, 1979. Ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Promulgada pelo Decreto 4.377, de 13.09.2002.

Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989; Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, Lei 11.340, de 22 de setembro de 2006

Código Penal Brasileiro.

## **NOTAS:**

<sup>1</sup> WIEVIORKA, Michel. O racismo, uma introdução. Tradução Fany Kon. São Paulo. Perspectiva, 2007. Coleção Debates. p. 9.

<sup>2</sup> Em termos de “revolução” científica, com proposta de revisão dos paradigmas e métodos até então vigentes, temos como referência o pensamento de René Descartes: DESCARTES, René. Discurso do método. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Coleção Clássicos.

<sup>3</sup> Veja-se, por todos, o estudo de CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O racismo na história do Brasil: mito e realidade. Coleção História em Movimento. 8ª edição; 5ª reimpressão. São Paulo: Editora Ática, 2002.

<sup>4</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Filosofia da história. Tradução Maria Rodrigues e Hans Harden. 2ª ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 84.

<sup>5</sup> HEGEL. Obra citada, p. 84.

<sup>6</sup> MUNANGA, Kabenguele. Rediscutindo a mestiçagem no Brasil:

identidade nacional versus identidade negra. Minas Gerais: Autêntica, 2007.

<sup>7</sup> MAUSS, Marcel. Sociologia e antropologia. Tradução Paulo Neves. São Paulo. Cosac Naify, 2003. p. 335.

<sup>8</sup> Ao termo *composição* preferimos *terminação*, para indicar que, em regra, os conflitos, ou lides, apresentados ao Judiciário não são resolvidos por composição, como se costuma ler nos manuais. Composição, derivado de com-por (de *componere*), no sentido jurídico, denota acordo, transação entre as partes litigantes, ou solução com participação e aceitação íntima do resultado pelas partes. Todavia, é sabido [falta reconhecer publicamente] que, em regra, a alegada *composição* da lide se dá pela imposição ou carga simbólica do poder (ou força) institucional de que goza o juiz, sem aquela aceitação íntima da parte vencida. Portanto, salvo no caso de verdadeira transação ou renúncia do direito, as partes têm *terminada* a controvérsia, sem significar que tenham aceitado ou se convencido da justiça da decisão.

<sup>9</sup> MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Tradução Eliane Lisboa. 3ª edição. Porto Alegre: Sulina, 2007.

<sup>10</sup> FREUD, Sigmund. Os chistes e sua relação com o inconsciente. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição *standard* brasileira. Traduzido do alemão e do inglês sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

<sup>11</sup> Conforme o Dicionário Aurélio, chiste é *dito gracioso; facécia, piada, pilhéria, gracejo*. Novo Dicionário Aurélio Eletrônico versão 5.11. Editora Positivo. Assim, embora, Freud faça distinção mais rigorosa entre chiste e gracejo, temos que, em ambos, trata-se de ditos humorísticos que levam ao riso. Então, para os fins do presente trabalho, não descemos aos detalhes anunciados por ele. Interessa-nos considerar algumas causas e finalidades do dito humorístico vincadas à nossa proposta, tendo em conta a amplitude semântica encontrada no Dicionário Aurélio. Portanto, como meio de simplificação, usaremos o termo dito humorístico, para abranger os diversos sentidos apresentados no Dicionário. Consideraremos também remetidas as diversas formas de expressão desse dito humorístico, como a fala, a escrita, a música, a encenação televisiva, a cinematográfica e/ou teatral.

<sup>12</sup> FREUD, Sigmund. Obra citada, p. 123.

<sup>13</sup> FREUD, Sigmund. Obra citada, p. 96.

<sup>14</sup> WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>15</sup> FREUD, Sigmund. Obra citada, pp. 102/103. Observe-se que o termo *inimigo*, utilizado por Freud, deve ser entendido em sentido amplíssimo, pois, conforme Michel Foucault, os espaços sociais, micro e macro, são-nos espaços de relações de poder. V. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução Roberto Machado. 12ª edição. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996. O poder não é uma coisa tangível, mas uma forma de relação social. No cotidiano das relações sociais, disputamos opiniões, espaços, bens e outras tantas coisas. Considerada a necessidade de manutenção de uma determinada ordem de coisas, boa parte dessa disputa é regulada de modo satisfatório. A disputa existe, e, nela, o outro transita, de momento a momento, ora como aliado, ora como adversário, ora, contendor, e, ora, debatedor. Quem já não saiu de um debate com tiradas de humor, para fazer *rir* o expectador e “desarmar” ou “encurralar” o debatedor?

<sup>16</sup> FREUD, Sigmund. Obra citada, p. 103. Os negritos e os colchetes são nossos.

<sup>17</sup> ESTEVAM, Carlos. *Freud: vida e obra*. 2ª edição; 22ª reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

<sup>18</sup> JARY, David, e JARY, Julia. *Collins dictionary of sociology*. HarperCollins Publishers, 1991.

<sup>19</sup> Como exemplo, veja-se o que noticiou, em 14.09.2001, o sítio da OAB de São Paulo: Com o título “Mais vítimas de feijoadas”, o colunista da Tribuna do Ceará escreveu: “Já disse e repito: feijoada não é comida para gente civilizada. É resposta para estes malcheirosos músicos baianos que andam por estas terras. Estes, donos de estômago de aço, comem qualquer porcaria e não sentem sequer mal-estar estomacal...” O artigo levou o Ministério Público Estadual a propor ação penal contra o jornalista [Cláudio Cabral] por crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89 e na Lei 8.081/90. A pena por “praticar, induzir ou incitar,

pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia ou procedência nacional” é de dois a cinco anos de reclusão e multa. **Em retratação**, Cláudio Silveira **escreveu em sua coluna que tudo não passou de uma “brincadeira” e “jamais teve a intenção de demonstrar algum pensamento preconceituoso** com relação a pessoas da raça negra ou indígena, bem como com relação a músicos baianos...” [http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping\\_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id\\_noticias=11220&AnoMes=20019](http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=11220&AnoMes=20019) Consultado em 26.06.2008, às 19 horas. [destaques nossos]. Esclareça-se que o jornalista, tempos antes, publicara o pensamento de que “feijoada é comida músico baiano, negros e índios - sub-raças, evidentemente.” que lhe rendera um processo penal... Mais abaixo, traremos novas considerações sobre o caso.

<sup>20</sup> DUCROT, Oswald. O dizer e o dito. Tradução Eduardo Guimarães. São Paulo: Pontes, 1987.

<sup>21</sup> DUCROT, Oswald. Obra citada, pp. 42/43.

<sup>22</sup> No momento presente, no Brasil, o racismo é considerado crime inafiançável e imprescritível [CF/88, art. 5º, XLII; Lei n. 7.716/89; e CP, art. 140, § 3º], além de, programaticamente, ser rejeitado no âmbito internacional: v. Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, de 1965, assinada pelo Brasil, em 07 de março de 1966, e ratificada, sem reservas, em 27 de março de 1968, e promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969, que define o racismo como “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”

<sup>23</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. Racismo no Brasil. São Paulo: Publifolha, 2001. (Folha Explica). p. 77.

<sup>24</sup> Fazemos a distinção entre lei geral e lei especial dos crimes de racismo,



considerando geral a Lei n. 7.716/89, que tipifica condutas de ordem geral que estariam, segundo alguns, diretamente relacionadas com a previsão constitucional [inciso XLII, art. 5º], enquanto que o Código Penal, art. 140, § 3º, é especial, pois descreve uma forma específica de racismo.

<sup>25</sup> Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

<sup>26</sup> [http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping\\_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id\\_noticias=11220&AnoMes=20019](http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=11220&AnoMes=20019), consultado em 26.06.2008, às 19 horas.

<sup>27</sup> BENJAMIN, Walter. Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução Sérgio Paulo Rouanet. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. (Obras escolhidas, v. 1). p. 223.

<sup>28</sup> <sup>29</sup> <sup>30</sup> [http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping\\_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id\\_noticias=11220&AnoMes=20019](http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=11220&AnoMes=20019), consultado em 26.06.2008, às 19 horas.

<sup>31</sup> Consultado em 26 de junho de 2008, às 13 horas.

<sup>32</sup> Eis a letra da música: **Veja os cabelos dela:** Alô, gente, aqui quem fala é o Tiririca/Eu também estou na onda do Axé Music/Quero ver os meus colegas dançando/Veja, veja, veja os cabelos dela!/Parece bombрил de arear panela/Quando ela passa, me chama atenção/Mas seus cabelos não têm jeito, não/A sua catanga quase me desmaiou/Olha, eu não agüento o seu grande fedor/Veja, veja os cabelos dela!/Parece bombрил de arear panela/Eu já mandei ela se lavar/Mas ela teimou e não quis me escutar/Essa nega fede!/Fede de lascar/Bicha fedorenta, fede mais que um gambá/Veja, veja, veja os cabelos dela/Como é que é?/A galera toda aí/Com as mãozinhas pra cima/Veja, veja, os cabelos dela/Bonito, bonito!Aí, morena, você, garotona/Veja, veja, veja os cabelos dela.

<sup>33</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas. 2008. p. 502/503.

<sup>34</sup> MARMELSTEIN, George. Op. cit. p.429/431.

<sup>35</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

<sup>36</sup> Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

## **A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NO CRIME DE INADIMPLEMENTO FRAUDULENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA**

**Hugo de Brito Machado**

*Professor Titular de Direito Tributário da UFC  
Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET*

### **1. INTRODUÇÃO**

A propósito da extinção da punibilidade pelo pagamento, no crime de supressão ou redução de tributo definido no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, coloca-se a questão de saber se não seria injusto, ou contrário ao princípio da razoabilidade, considerar-se que no crime de inadimplemento fraudulento de obrigação tributária acessória, definido no art. 2º, inciso II, da mesma lei, por não haver o que pagar não haveria essa forma de extinção de punibilidade.

A nosso ver o entendimento segundo o qual a extinção da punibilidade pelo pagamento não se aplica ao crime previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Seria extremamente injusto, contrário ao princípio da proporcionalidade e desprovido de todo e qualquer fundamento jurídico, como vamos demonstrar neste pequeno estudo.

Começaremos examinando o tipo previsto no art. 2º, inciso I, para demonstrarmos que se trata de um tipo de caráter subsidiário, relativamente ao tipo previsto no art. 1º da mesma lei, que dispensa cogitações a respeito da configuração da tentativa deste. Crime que pode ser considerado menos grave, com pena cominada bem menos severa, nada justificaria dele afastar a extinção da punibilidade pelo pagamento.

Demonstraremos também que nos crimes contra a ordem tributária a causa da extinção da punibilidade não é, a rigor, o pagamento, mas a extinção do crédito tributário, por qualquer das causas legalmente estabelecidas. Para tanto examinaremos a questão da analogia como elemento de integração no âmbito do Direito penal, para deixarmos claro que

embora vedado esse elemento de integração em detrimento do réu, ele é pacificamente admitido quando favorável a este.

## **2. INADIMPLEMTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA**

### **2.1. Núcleo do tipo**

O inadimplemento fraudulento de obrigação acessória é um crime contra a ordem tributária cujo conceito se extrai do art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Essa lei define em seu art. 1º o crime de supressão ou redução de tributos e em seguida estabelece:

Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.

O núcleo do tipo é composto por uma das três condutas descritas na definição legal do tipo, a saber: *fazer declaração falsa, omitir declaração e empregar outra fraude*. Essas condutas dizem respeito a fato relevante do ponto de vista tributário, vale dizer, fato que participa na formação da relação obrigacional tributária. Afasta-se, portanto, a possibilidade de configuração do tipo penal se na situação à qual dizem respeito as referidas condutas não existe tributo devido, posto que a elas é inerente a vontade de eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.

O tipo penal em questão não envolve, portanto, a supressão ou a redução do tributo, mas simplesmente o *fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo*. O dolo específico, portanto, é elemento essencial para a configuração do tipo.

### **2.2. Caráter subsidiário**

A doutrina não tem dado nome a esse crime. Há quem

afirme tratar-se de *sonegação fiscal*, apontando identidade entre esse tipo, descrito no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, e o tipo descrito no art. 1º, da Lei nº 4.729/65, denominado *crime de sonegação fiscal*. Neste sentido é a lição de Eisele:

“O tipo veiculado pelo art. 2º, I, descreve hipótese fática que corresponde à anteriormente prevista no art. 1º da Lei nº 4.729/65 (ou seja, abrange o mesmo conteúdo material, embora possua estrutura formal diversa).

Porém, seu âmbito de incidência é mais abrangente, porque, enquanto a lei anterior previa exaustivamente as hipóteses nas quais os atos fraudulentos que visassem à evasão tributária configuravam *sonegação fiscal*, o art. 2º, I, indica a mesma situação fática de modo genérico, abrangendo, dessa forma, outras situações não previstas na legislação anterior, pela inclusão de uma cláusula genérica (após a indicação exemplificativa das hipóteses similares) que permite a utilização do recurso denominado interpretação analógica para a conformação do conteúdo do tipo.

Como ocorreu mera redefinição formal do tipo (modificação da estrutura lingüística da descrição da hipótese, sem alteração de seu conteúdo), a norma decorrente de seu substrato material não foi alterada. Dessa forma, o conceito penal de *sonegação fiscal* (nos estritos moldes definidos pela Lei nº 4.729/65) deve ser aplicado ao crime tipificado no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, cujo fato típico configura elementar do tipo descrito no art. 1º, *caput*, da mesma lei, porque o art. 2º, I, é um tipo subsidiário do art. 1º, *caput*, eis que este abrange aquele.

Logo, a *sonegação fiscal* é um meio pelo qual pode ser praticada a evasão tributária mediante fraude.

O tipo é subsidiário em relação ao previsto no art. 1º, *caput*, porque descreve de forma autônoma uma

conduta que pode caracterizar fase de execução deste fato típico (o que configura sua forma tentada). Portanto, se o sujeito realizar uma conduta que consista na tentativa da prática do fato tipificado no art. 1º, *caput*, a tipicidade será estabelecida em relação à descrição veiculada pelo art. 2º, I, solucionando-se o concurso aparente de leis pela aplicação do critério da subsidiariedade.”<sup>1</sup>

O caráter subsidiário do tipo penal descrito no art. 2º, inciso I, em relação ao tipo penal descrito no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, tem sido reconhecido pela jurisprudência. Neste sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu:

“Apelação criminal. Crimes contra a ordem tributária. Subsidiariedade do delito do art. 2º da Lei nº 8.137/90 em relação ao do art. 1º.

A omissão de informação às autoridades fazendárias, com a finalidade de eximir, total ou parcialmente, o pagamento de tributo, pode caracterizar, em princípio, tanto o delito capitulado no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, quanto a infração penal prevista no art. 2º, I, do mesmo diploma legal. A distinção far-se-á, unicamente, em razão da existência do resultado danoso ao erário.”<sup>2</sup>

Podemos entender, portanto, que o tipo penal previsto no art. 2º, inciso I, distingue-se do tipo penal previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, apenas porque a sua configuração não exige a efetiva ocorrência do resultado desejado pelo agente, vale dizer, a supressão ou a redução do tributo, embora esse resultado tenha sido desejado. Assim, exatamente porque a ocorrência do resultado não é elemento do tipo, que se completa com a conduta meio apta para alcançar dito fim, preferimos a denominação *inadimplemento fraudulento de obrigação acessória*. Não obstante o tipo penal definido no art. 1º, da Lei nº 4.729/65 fosse um crime formal ou de mera conduta, a expressão *sonegação*

*fiscal* nos parece envolver a idéia de resultado, vale dizer, a idéia de efetivo proveito do autor, em prejuízo do fisco.

A expressão *inadimplemento de obrigação acessória* ajusta-se a situações que não configuram o crime. É perfeitamente possível a ocorrência de situações nas quais esteja caracterizado o inadimplemento de uma obrigação tributária acessória e, não obstante, não esteja configurado o crime previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Por isto é que introduzimos o qualificativo *fraudulento*, para indicar que se trata de conduta guiada pelo dolo específico. O inadimplemento da obrigação acessória somente configura o crime de que se cuida quando qualificado pela intenção de suprimir ou reduzir tributo.

A possibilidade de lesão ao bem jurídico protegido é um elemento do tipo penal em questão. Assim, se o contribuinte mantém escrituração regular de todos os seus negócios, emite os documentos exigidos pela legislação tributária, o fato de deixar de apresentar uma declaração à Administração Tributária, ter-se-á uma omissão que não tem a possibilidade de causar a supressão ou a redução do tributo, posto que pode o fisco a qualquer momento, pelos meios ordinários postos à sua disposição, lançar e cobrar o tributo respectivo. A possibilidade de lesão corresponde ao que os penalistas denominam perigo concreto. Sem essa possibilidade o tipo penal não se configura.

### 2.3. Aperfeiçoamento do tipo

O aperfeiçoamento do tipo penal em questão somente acontece quando a conduta descrita no art. 2º, inciso I, é capaz de produzir o resultado – supressão ou redução do tributo. Não se exige, certamente, a concretização desse resultado, mas é indispensável que a conduta do agente seja capaz de realizá-lo.

Segundo Eisele, “a conduta será típica mesmo que o ardil empregado na fraude seja grosseiro (como no caso de falsificação com qualidade insuficiente para iludir a vítima), eis que a ocorrência da evasão é irrelevante para configurar a tipicidade do fato.”<sup>3</sup> E procurando demonstrar a consistência

de sua tese, invoca a doutrina de Villegas:

“A hipótese típica é denominada por Villegas como fraude tributária simples, a qual afirma ser ‘essencialmente uma infração formal, no sentido de não necessitar de um resultado danoso para ter-se por consumada, e a simples execução de práticas dolosas, pelo infrator, com o propósito de prejudicar o Fisco, mesmo que não tenha alcançado o fim perseguido, já configura a infração.’

Dessa forma, não é possível a ocorrência da figura da tentativa, pois o início da prática dos atos de execução acarreta a consumação.

Como forma de exaurimento, se a conduta efetivamente viabilizar a supressão concreta de um tributo, o fato poderá corresponder à hipótese tipificada no art. 1º, *caput*.”<sup>4</sup>

Tentativa, porém, não se confunde com crime impossível. Se a omissão é inteiramente incapaz de produzir o resultado danoso para a Fazenda Pública não estará configurado o crime de que se cuida. O crime previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, realmente não existe na forma tentada. É um crime formal. Isto, porém, não quer dizer que a ação inteiramente inábil para viabilizar o resultado pretendido seja capaz de tipificar o crime. Uma coisa é ser alcançado o resultado pretendido pelo agente. Outra, inteiramente diversa, é ser a ação deste um meio hábil para viabilizar aquele resultado. A tipificação realmente não exige o resultado, mas exige que a ação praticada seja hábil para viabilizá-lo.

Colhemos, aliás, na doutrina de Eisele, argumento para sustentar que as condutas descritas no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 somente configuram o tipo penal respectivo se forem capazes de viabilizar o resultado – supressão ou redução de tributo. Realmente, reportando-se ao tipo descrito nesse dispositivo legal, Eisele assevera que o mesmo “descreve de forma autônoma uma conduta que pode caracterizar fase de



execução deste fato típico (o que configura sua forma tentada).” E esclarece que “se o sujeito realizar uma conduta que consista na tentativa da prática do fato tipificado no art. 1º, *caput*, a tipicidade será estabelecida em relação à descrição veiculada pelo art. 2º, II, solucionando-se o concurso aparente de leis pela aplicação do critério da subsidiariedade.” Não se pode, todavia, esquecer que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”<sup>5</sup> E não é razoável, pois, concluir-se que embora a conduta não seja punível como tentativa, possa ser punível como um crime consumado.

Assim, quem deixa de declarar um rendimento, ou deixa de informar o fato a um agente do fisco, embora o faça com o intuito de se exigir do imposto de renda correspondente, está praticando conduta que pode ser inteiramente inábil para produzir a supressão ou a redução do tributo. Em se tratando, por exemplo, de depósito bancário, se considerarmos a existência da possibilidade de informações prestadas pelo Banco, quando solicitado em face da quebra do sigilo bancário, teremos de considerar que a omissão ou a recusa de informações ao fiscal é inábil para produzir o resultado desejado, pois existem meios que a ordem jurídica coloca ordinariamente à disposição da autoridade lançadora do tributo e que a permitem superar de pronto as dificuldades criadas com a omissão ou a recusa do contribuinte.

#### 2.4. Elementos normativos e o dolo específico

O tipo penal consiste em fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo. São elementos normativos desse tipo penal, portanto, declaração falsa, declaração sobre rendas, bens ou fatos, que necessariamente decorrem de dispositivos da legislação tributária. Em outras palavras, a declaração falsa, a declaração sobre rendas, bens ou fatos, há de ser precisamente aquela prevista na legislação tributária como obrigação tributária

acessória. Não se trata, portanto, de uma declaração qualquer, prestada eventualmente. O elemento normativo do tipo se compõe de obrigações tributárias acessórias e, assim, somente se consubstancia com o dever de declarar, estabelecido em dispositivo da legislação tributária.

É também elemento normativo do tipo penal de que se cuida o *tributo*. Sem que exista um tributo devido, de cujo pagamento se pretenda o autor eximir ao inadimplir a obrigação tributária acessória, não se aperfeiçoará o tipo penal em questão. Renda, bens ou fatos, na descrição do tipo penal de que se cuida, são sempre fatos relevantes para o nascimento ou para a quantificação das obrigações tributárias ditas principais. “Os fatos de que fala o tipo são aqueles de relevo para o Fisco, ou seja, para a ordem tributária, dentre os quais podem ser citados: circulação, saída, serviços, transferências, remessas, rendimentos, etc.”<sup>6</sup>

Para a adequada compreensão dos elementos normativos do tipo penal em questão é relevante a consideração do seu elemento subjetivo, que é o dolo específico, vale dizer, a vontade consciente do agente de eximir-se do pagamento de tributo.

Andreas Eisele, para quem o dolo genérico é suficiente para a configuração dos demais tipos de crimes contra a ordem tributária, em relação ao crime que denominamos de inadimplemento fraudulento de obrigação acessória reconhece a necessidade de dolo específico. Em suas palavras:

“Dentre os tipos que descrevem crimes contra a ordem tributária, apenas o art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 prevê uma especial finalidade à qual o sujeito deve direcionar o comportamento.

Nesse crime formal, o sujeito deve, além de realizar a conduta objetivamente descrita no enunciado (fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude), fazê-lo com a finalidade de “eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.”<sup>7</sup>

Realmente, é a própria descrição legal do tipo penal em tela que está a indicar expressamente uma finalidade específica à qual se dirige a ação delituosa. O agente há de desempenhar a conduta descrita no tipo penal *para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo*. “Trata-se de crime meramente formal, embora informado por dolo específico ou específico fim de agir.”<sup>8</sup>

### 3. AÇÃO PENAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

#### 3.1. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada, mas o Ministério Público, tal como ocorre em relação ao crime previsto no art. 1º, não pode promovê-la antes de encerrado o processo administrativo de lançamento tributário. É que a conduta descrita no art. 2º, inciso II, configura também ilícito administrativo tributário que enseja a aplicação de penalidade pela autoridade administrativa, e tal ilícito há de ser apurado no processo administrativo de lançamento.

Aliás, como se trata de fatos que devem ter, para a configuração do tipo penal, relevância tributária, é indiscutível a necessidade de manifestação da autoridade da Administração Tributária, única competente para dizer dessa relevância. José Alves Paulino, comentando o tipo penal em questão assevera:

“Os elementos que integram o tipo devem estar bem comprovados e demonstrados para a sua configuração, porque todos eles compõem e fazem parte do *iter* para que o agente alcance o seu resultado: obter uma vantagem econômica, não pagando, deixando de pagar ou pagando parcialmente o tributo devido.”<sup>9</sup>

A nosso ver, a verificação da conduta que é, no caso, elemento do tipo penal, cabe à autoridade competente para fazer o lançamento tributário. Por isto mesmo, tal como acontece com a ação penal pelo crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90,

também neste caso a propositura da ação penal só é cabível depois do pronunciamento definitivo da autoridade administrativa.

### 3.2. Extinção da punibilidade pelo pagamento

O pagamento do crédito tributário, consubstanciado na multa imposta pela autoridade da Administração Tributária, extingue a punibilidade. Esta, aliás, é mais uma razão para que a ação penal somente seja promovida depois de constituído o crédito tributário pela autoridade administrativa competente, com a aplicação da multa cabível.

Realmente, se em relação ao crime mais grave, tipificado no art. 1º da Lei nº. 8.137/90, que consubstancia um dano efetivo ao bem jurídico protegido pela lei penal, o pagamento é causa de extinção da punibilidade, seria redobrado absurdo entender-se que em relação ao crime menos grave, tipificado no art. 2º, inciso I, da mesma lei, que consubstancia apenas perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido pela lei penal, ao pagamento não se atribuísse o mesmo efeito extintivo da punibilidade.

Aliás, a nosso ver o que extingue a punibilidade nos crimes contra a ordem tributária não é apenas o pagamento, mas a extinção do crédito tributário, por qualquer das causas que a provoque, como a seguir se verá.

## **4. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.**

### 4.1. Colocação da questão

É possível que em certas situações ocorra um crime contra a ordem tributária e o crédito relativo aos fatos ligados a esse crime venha a ser extinto pelo pagamento, ou por uma outra das causas de extinção do crédito tributário.

Em tais situações, a questão que se coloca consiste em saber se a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária opera-se pelo pagamento, em sentido estrito, ou pela extinção do crédito tributário por qualquer das causas legalmente

previstas. Em outras palavras, coloca-se a questão de saber se equiparam-se ao pagamento, para o efeito de extinguir a punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, a compensação; a transação; a remissão; a decadência; a prescrição; a conversão do depósito em renda; o pagamento antecipado e a homologação do lançamento; a consignação em pagamento; a decisão administrativa irreformável; a decisão judicial passada em julgado; a dação em pagamento de bens imóveis, e outras causas de extinção do crédito tributária previstas em lei.

É inegável que todas essas causas são produtoras do mesmo efeito extintivo do crédito tributário, embora excepcionalmente algumas delas não produzam a extinção da relação obrigacional tributária, mas simplesmente do crédito tributário como entidade formal. Assim, com a ressalva das causas de extinção do crédito tributário apenas como entidade formal, sem extinção da relação obrigacional tributária, elas devem ser consideradas como sinônimo de pagamento.

É razoável, portanto, afirmar-se que as causas de extinção do crédito tributário, com extinção da relação obrigacional tributária, são causas de extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. Para chegar-se a tal conclusão basta a interpretação extensiva da norma penal que estabelece a extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário

Poder-se-á sustentar que configura integração analógica e não interpretação extensiva, a aplicação da norma que estabelece a extinção da punibilidade pelo pagamento aos casos em que a extinção do crédito tributário decorra de outras causas. Não nos parece que seja assim. Tal procedimento configura realmente apenas interpretação extensiva da norma penal, interpretação adequada quando em benefício do acusado, como a seguir será demonstrado. Seja como for, temos de considerar que também a integração analógica, desde que destinada a favorecer o acusado, é cabível em matéria penal.

## 4.2. Interpretação extensiva em matéria penal

Entende-se por interpretação extensiva aquela na qual se atribui um sentido amplo a certos vocábulos contidos na norma, de sorte a ampliar, ou estender o alcance desta. Assim, no caso de que se cuida, tem-se, com a interpretação extensiva, a atribuição ao termo pagamento, utilizado na norma penal que estabelece a extinção da punibilidade, o significado amplo de extinção do crédito tributário. E tal atribuição justifica-se porque o pagamento é forma mais usual, a forma ordinária de extinção do crédito tributário. Os créditos tributários em geral são extintos pelo pagamento.

A interpretação extensiva não se confunde com a integração por analogia, embora tanto para uma como para a outra o pressuposto indispensável seja o favorecimento do réu. Na interpretação extensiva, como na integração por analogia, tem-se inspiração no princípio segundo o qual o que é favorável deve ser ampliado e o que é odioso deve ser restringido. É a lição de Muñoz Conde que, referindo-se à interpretação extensiva assevera:

“La interpretación se puede clasificar, en orden a sus resultados, según amplíe o restrinja el tenor literal legal, en interpretación extensiva e interpretación restrictiva. En derecho penal rige para este tipo de interpretación el aforismo *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*, es decir, lo favorable al reo debe ampliarse y lo que le perjudica, limitarse.”<sup>10</sup>

Não seria razoável dizer-se que o pagamento, que extingue a punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, é apenas aquele feito pela forma usual. Evidentemente também o pagamento feito antes da constituição do crédito, que se completa com a homologação do lançamento, assim como o pagamento mediante a conversão do depósito em renda, ou da dação em pagamento, extinguem a punibilidade exatamente porque extinguem a relação jurídica tributária.

De todo modo, se entendermos que no caso não se trata de interpretação extensiva mas de integração analógica, a conclusão não será diferente porque também assim dar-se-á, com certeza, a extinção da punibilidade, posto que a analogia favorável ao acusado é admitida em matéria penal.

#### 4.3. Integração por analogia

Realmente, no Direito Penal não se admite a analogia, salvo em favor do réu. A esse respeito doutrina Ney Moura Teles:

“Tratando-se de Direito Penal, é de se perguntar: pode o juiz, diante de um fato a ele relatado, e na ausência de norma penal incriminadora, aplicar, ao fato, a norma penal que incide sobre fato perecido? A resposta é, com todas as letras garrafais: NÃO. O uso da analogia no que diz respeito às normas penas incriminadoras é terminantemente proibido, pelo princípio da legalidade: *nullum crimen, nula poena, sine lege*. Só a lei pode definir crimes e cominar penas.

Se não há lei considerando o fato um crime, o juiz está impedido de, usando a analogia, aplicar uma pena à pessoa que o praticou.”<sup>11</sup>

Não conhecemos nenhuma manifestação doutrinária sustentando a aplicação da analogia em matéria penal em desfavor do acusado. Entretanto, é quase unânime a doutrina sustentando a aplicação analógica da lei penal em favor do réu. Não é unânime porque registramos, em sentido contrário, manifestação respeitável de Nelson Hungria, nos seguintes termos:

“Com o argumento de que o *princípio da legalidade* somente diz com *incriminações e cominações de penas*, tem-se pretendido que, fora daí, o direito penal admite o emprego da analogia, desde que se atenda ao critério da *favorabilia amplianda*. Assim, poderiam

ter aplicação analógica os preceitos referentes a exclusão de crime ou de culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção da punibilidade. Realmente, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* não é infenso à analogia *in bonam partem*; mas contra a admissão desta, nos casos apontados, há a objeção de que os preceitos a êstes relativos são de caráter *excepcional*, e as exceções às regras da lei são rigorosamente limitadas aos casos a que se referem. *Exceptiones sunt strictissimi juris*. Os preceitos sobre causas descriminantes, excludentes ou atenuantes de culpabilidade ou de pena, ou extintivas de punibilidade, constituem *jus singulare* em relação aos preceitos incriminadores ou sancionadores, e, assim, não admitem extensão além dos casos taxativamente enumerados. Notadamente, é de enjeitar-se a teoria das “causas supraleais de exclusão de crime ou de culpabilidade,” excogitadas pelos autores alemães para suprir deficiências do Código Penal de sua pátria (velho de mais de meio século), não se justificando perante Códigos mais recentes, que procuram ir ao encontro de tôdas as sugestões no sentido de se obviarem os inconvenientes do *sistema fechado* da lei penal. Estaria esta exposta a sério perigo de subversão, se se atribuísse aos juízes o arbítrio de, com apoio em critérios não afiançados pela lei escrita (como o de que sempre “é justo o meio para o justo fim”, de GRAF ZU DOHNA, ou o da extensão da “não exigibilidade” além dos casos típicos do “estado de necessidade”, segundo o pensamento de FREUDENTHAL e de MEZGER), criarem causas de excepcional licitude, de impunidade ou não-culpabilidade penal.

... ..

A inextensibilidade por analogia das normas de



exceção não precisa de figurar no corpo das leis: é um princípio apodítico de direito.”<sup>12</sup>

Entretanto, não obstante o respeito que nos merece a doutrina de Hungria, preferimos a opinião majoritária, admitindo a aplicação, por analogia, de normas do Direito Penal que eventualmente conduzam a solução mais benigna. Não que a analogia seja por si mesma suficiente para justificar a solução favorável ao acusado. É importante para validar a aplicação analógica o exame do caso, buscando-se valorar as normas e os fatos para a realização da justiça no caso concreto. Afinal o Direito existe é para realizar os valores da segurança e da justiça, inegavelmente os dois mais importantes valores de toda a humanidade em todos os tempos.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Andreas Eisele, *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2ª edição, Dialética, São Paulo, 2002, pág. 169

<sup>2</sup> TRF – 4ª Região, Apelação Criminal da qual foi relator o Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, ementa publicada pela Revista Fórum de Direito Tributário, Editora Forum, Belo Horizonte, nº 16, jul/ago/2005, pág.248.

<sup>3</sup> Andreas Eisele, *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2ª edição, Dialética, São Paulo, 2002, pág. 173.

<sup>4</sup> Andreas Eisele, *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2ª edição, Dialética, São Paulo, 2002, pág. 173.

<sup>5</sup> Código Penal, art. 17.

<sup>6</sup> José Alves Paulino, *Crimes contra a Ordem Tributária – comentários à Lei nº 8.137/90*, Brasília Jurídica, Brasília-DF, 1999, pág. 64.

<sup>7</sup> Andreas Eisele, *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2ª edição, Dialética, São Paulo, 2002, pág. 66.

<sup>8</sup> Pedro Roberto Decomain, *Crimes contra a Ordem Tributária*, 2ª edição, Obra Jurídica, Florianópolis, 1994, pág. 80.

<sup>9</sup> José Alves Paulino, *Crimes contra a Ordem Tributária – comentários à Lei nº 8.137/90*, Brasília Jurídica, Brasília-DF, 1999, pág. 64.

<sup>10</sup> Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edición, IB de f, Montevideo/Buenos Aires, 2001, p. 238.

<sup>11</sup> Ney Moura Teles, *Direito Penal – Parte Geral*, Atlas, São Paulo, 2004, pág. 145

<sup>12</sup> Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo I, págs. 91/94.

## **CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO**

**Marcius Cruz da Ponte Souza**

Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil  
Pós-graduando da Faculdade Christus em Direito  
do Trabalho e Processo Trabalhista

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos. Precedentes históricos; 2. O sistema brasileiro de proteção aos direitos humanos; 3. Incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno; 4. A hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos. O conflito com o direito interno; Considerações finais; Bibliografia.

### **RESUMO**

O presente estudo tem por objeto tecer algumas considerações acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como analisar a sua hierarquia normativa ao ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tratados Internacionais; Direitos humanos; dignidade da pessoa humana; hierarquia normativa.

### **Introdução**

A partir da feição democrática assentada sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro ratificou importantes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, permitindo a sua reinserção na seara internacional.

A proteção internacional aos direitos humanos vem ao encontro da consolidação e da efetivação dos direitos fundamentais inscritos na Carta Magna, que erigiu a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e valor fundante de todo o ordenamento e conferiu a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos em razão do disposto no §2º do art. 5º, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No presente estudo, busca-se analisar a forma pelo qual o direito interno pátrio incorpora os atos normativos internacionais de tutela dos direitos humanos, notadamente após a Emenda constitucional 45/2004, que ratificou o seu caráter especial em relação aos demais tratados internacionais.

1 Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos. Precedentes históricos

O direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho constituem os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Sua consolidação deu-se em meados do século XX, em decorrência da barbárie cometida durante a segunda guerra mundial.

O aperfeiçoamento e a universalização do movimento de internacionalização dos direitos humanos podem ser atribuídos às graves transgressões aos direitos humanos perpetradas durante o nazismo, com o extermínio de mais de onze milhões de pessoas. Parte das violações perpetradas poderia ter sido evitada, caso existisse, à época, um sistema de proteção internacional de direitos humanos efetivo.

Diante dessa irreversível ruptura aos direitos humanos, sob o império da lei, foi necessário buscar a reconstrução e a efetivação dos direitos humanos, conduzindo a uma premente reflexão ética que deve permear o direito.

A vetusta concepção de soberania absoluta e incontestável, diante da necessidade de proteção aos direitos humanos, foi redefinida, pois se mostrou em descompasso com as novas aspirações. A violação aos direitos humanos não é simples questão de ordem interna, na medida em que representa essencial e legítimo interesse da comunidade internacional.

Nesse contexto, o Estado possui o dever de tutelar os direitos humanos. Essa assertiva impõe não apenas a abstenção estatal no sentido de violar os direitos humanos dos indivíduos, mas também de prevenir e reprimir condutas danosas perpetradas por terceiros.

Consiste em obrigação de todos o respeito aos direitos humanos fundamentais regulados no direito internacional. A negação e a inércia à proteção a esses direitos ensejam a responsabilização do Estado frente à comunidade internacional, que pode fiscalizar o implemento de suas normas, constituindo uma nova instância de tutela quando o Estado demonstrar-se falho ou omissivo.

A partir do consenso em promover e efetivar os direitos humanos, foi editada a Carta das Nações Unidas de 1945. Este documento não define o conteúdo e abrangência das expressões direitos humanos e liberdades fundamentais. Somente, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi definido, com precisão, o elenco dos direitos humanos e liberdades fundamentais a que fazia menção os artigos da Carta.

A tutela aos direitos humanos, ao enunciar direitos e obrigações universais ao indivíduo, atribuiu à pessoa humana a condição de sujeito de direito internacional.

A Declaração Universal, fundada no respeito à dignidade humana, congrega, de forma ampla, um conjunto de direitos essenciais para o desenvolvimento pleno do ser humano.

Ela demarca a noção contemporânea dos direitos humanos, cujos traços marcantes são a universalidade, a interdependência e a indivisibilidade. A condição de ser humano é o requisito único para ser titular dos direitos nela protegidos. Enuncia direitos aplicáveis, de forma incondicional, a todas as pessoas.

Elenca, conjuntamente, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, congregando, de forma indissociável, os discursos liberais e os sociais.

Essa moderna concepção dos direitos humanos foi reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993,

quando afirma, em seu parágrafo 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Embora a Declaração de 1948 não seja um tratado e sim uma resolução, que não apresenta força de lei, ela possui inegável valor jurídico. Ela vem sendo concebida como a interpretação autorizada da expressão direitos humanos constante da Carta das Nações Unidas, dado o seu inter-relacionamento com este documento, que possui cunho vinculante.

Ademais, defende-se que a Declaração vincula por constituir de princípios gerais do direito, revelando-se como um autêntico direito costumeiro internacional, aplicando-se a todos os Estados e não apenas àqueles que assinaram a Declaração.

Inegavelmente, em face da invocação generalizada de suas normas, o conteúdo essencial nela tratado é dotado de *jus cogens*, cuja imperatividade não pode ser suprimida ou relevada pelos seus destinatários.

Grande parte dos seus dispositivos já se encontra positivado na legislação interna dos Estados, pois serviu de fonte de inspiração para a normatização de direitos fundamentais.

A Carta Magna de 1988, visando reforçar o relevante papel dos direitos humanos no cenário interno, em diversos dispositivos, retrata fielmente direitos humanos consagrados na Declaração Universal de 1948, conferindo assim maior juridicidade à tutela do indivíduo.

2 O sistema brasileiro de proteção aos direitos humanos

A Constituição Federal de 1988 rompe com o autoritarismo militar, imposto em 1964. Constitui o marco jurídico da redemocratização e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Nela, os direitos e garantias fundamentais receberam um papel de destaque, conferindo uma tutela analítica e pormenorizada, sendo considerada uma das mais avançadas neste tema.

Desde o seu preâmbulo, demonstra a opção fundamental pregada pelo regime democrático instituído, ao “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a

liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).”

Estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º e incisos da CF).

As relações internacionais, nos termos do art. 4º, inciso II da Carta Magna, regem-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, reforçando a abertura constitucional ao sistema de proteção internacional e a integração desses direitos ao ordenamento pátrio.

O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, restando patente o intuito do Constituinte em reinserir o país na comunidade internacional.

O parágrafo 4º do art. 5º da Lei Maior, com a redação dada pela Emenda constitucional 45/2004, enuncia a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, reconhecendo limites e condições ao conceito de soberania estatal, pois tem como parâmetro a prevalência dos direitos humanos, cujo interesse tem caráter transcendental.

Destaca como fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana, tida como princípio nuclear dos direitos humanos e valor fundante do sistema constitucional moderno, irradiando valores, para quase todos os direitos fundamentais inscritos na Carta Magna.

A Constituição, assentada sobre as exigências de promoção de justiça social e de valores éticos, tem como primazia os direitos fundamentais, devendo ser interpretada

como um sistema unitário e harmônico e o princípio da dignidade, considerado como um super-princípio constitucional, confere essa coerência interna, ao uniformizar, orientar, condicionar e informar todo o ordenamento jurídico interno e externo.

Conforme observa Flávia Piovesan, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional<sup>1</sup>.

Para Sarlet, a dignidade é “uma qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”<sup>2</sup>. Possui caráter universal, pois se trata de atributo inerente ao indivíduo. Nesse sentido, não é o direito que confere a dignidade ao homem, tampouco pode suprimi-la, cabendo a ele reconhecê-la e protegê-la. Para Luís Roberto Barroso,

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidade básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade<sup>3</sup>.

A Constituição de 1988 confere uma preeminência aos direitos e garantias fundamentais, prescrevendo-lhes, de forma exemplificativa, logo no seu Título II, antecipando-os, portanto, à própria estruturação do Estado. Estabelece, no seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais possuem uma perfeita interação com esse modelo de estado. A proteção dos direitos fundamentais, mediante a realização simultânea dos valores de



liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana constitui um dos seus princípios basilares e sua justificativa maior de existência. Por sua vez, a consagração desses direitos pressupõe a democracia.

A Carta Magna não somente ampliou o catálogo de direitos fundamentais de primeira dimensão (individuais), como também incluiu direitos de segunda (coletivos) e de terceira dimensão (difusos), consagrando a moderna concepção internacional da interdependência e indissociabilidade na fruição desses valores.

3 Incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno

Os tratados são acordos escritos celebrados por sujeitos de direito internacional. Eles constituem a principal fonte de obrigações no plano internacional.

As normas internacionais somente se aplicam aos Estados que acordaram com as suas prescrições, ressalvando-se os costumes internacionais, que independem de adesão formal.

O processo de formação dos tratados inicia com atos de negociação, conclusão e assinatura.

O procedimento de incorporação de tratados varia de acordo com as regras internas de cada país. Embora não haja um modo internacionalmente prescrito para a ratificação, é comum que esta se consubstancie em um documento escrito, assinado pelo Chefe de Estado ou Ministro de relações exteriores. Esses documentos podem ser trocados, no caso dos tratados bilaterais, ou depositados junto a um Estado ou Organização Internacional, para os tratados multilaterais.

Como regra, a simples assinatura do tratado pelo Chefe do Poder Executivo não vincula o Estado pactuante, devendo ser submetido à apreciação do Poder Legislativo. Aprovado pelo Parlamento, o chefe do Poder Executivo pode ratificar o diploma normativo, ato essencial para vigência no plano interno e externo.

A partir desse momento, o Estado encontra-se formalmente obrigado a cumprir o disposto na norma pactuada,

acarretando, em caso de violação, a sua responsabilização internacional.

O art. 27 da Convenção de Viena estabelece que: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado” e deve ser cumprido de boa-fé pelas partes.

A Carta Magna estabelece, no seu art. 21, inciso I, a competência da União de “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”.

O art. 84, VIII da Constituição, por sua vez, dispõe que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. O art. 49, inciso I, prevê a competência exclusiva do Congresso Nacional de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Da análise dos dispositivos, verifica-se a necessidade, para a incorporação dos tratados no direito interno, de um ato subjetivamente complexo, diante da conjugação de vontades homogêneas do Poder Legislativo, que os referenda mediante Decreto Legislativo e do Poder Executivo, que os ratifica, em consagração à teoria dos controles recíprocos (*checks and balances*).

4 A hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos. O conflito com o direito interno

No Brasil, nunca houve qualquer dispositivo constitucional expresso que tratasse acerca de hierarquia normativa dos tratados internacionais ou dirimisse eventuais conflitos destes com o direito interno.

Na Argentina, os tratados em geral possuem hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, enquanto que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em complementação aos direitos constitucionalmente garantidos (art. 75, inciso 22 da Constituição argentina). No mesmo sentido, as Constituições da Venezuela (art. 23) e Peru (art. 105).

A doutrina costuma apontar duas teorias que versam

sobre a incorporação dos tratados internacionais no direito interno: a teoria monista e a teoria dualista.

Para os monistas, o direito é unitário. Não existem limites entre a ordem jurídica internacional e o ordenamento interno. A partir da sua ratificação, o tratado já obriga no plano interno.

Para os dualistas, o direito interno e o internacional são concebidos como ordens independentes entre si, existindo uma dualidade de ordens jurídicas, a interna e a externa. Para a introdução de regras no direito positivo estatal, exige-se um ato legislativo de recepção.

Na hipótese de conflito entre a norma internacional e a norma nacional, a maior parte dos monistas entende que o direito internacional deve prevalecer. Já para os dualistas, os dois sistemas regulam diferentes matérias, enquanto o direito internacional disciplina a relação entre Estados soberanos, o direito interno rege assuntos internos, que trata das relações entre os próprios cidadãos.

A doutrina majoritária entende que o Brasil adotou a teoria dualista para todos os tipos de tratados. Essa tese foi encampada pelo STF, ao entender como essencial, para a vigência interna das normas previstas nos tratados, a edição de Decreto presidencial de execução, como meio de conferir-lhe publicidade e executoriedade.

No julgamento do RE 71.154-PR, restou consignado no voto condutor do relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, que: “Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e *regularmente promulgada*, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna...” (RTJ 58/70)<sup>4</sup>. (grifos nossos)

Em todas as Constituições brasileiras, desde a de 1891 (art. 78), a enumeração de direitos fundamentais tem caráter exemplificativo. A Constituição Federal de 1988 consagra, no seu art. 5º, § 2º, uma cláusula de abertura ao ingresso de novos direitos fundamentais, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Pela primeira vez, uma Constituição brasileira inclui, dentre os direitos constitucionalmente garantidos, os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Flávia Piovesan, a partir da leitura do §2º do art. 5º da Constituição, leciona que os direitos previstos na Constituição seriam organizados em três grupos distintos: a) dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º e em outros dispositivos espalhados pelo texto da Carta Magna, como o artigo 150, III, b, que trata do princípio da anterioridade tributária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal); b) dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Ex. direito à identidade que decorre do próprio direito à vida, direito à incolumidade física, que decorre da proibição da tortura e do tratamento desumano)<sup>5</sup>.

A partir da vigência do §2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, estabeleceu-se grande debate jurisprudencial e doutrinário acerca do *status* normativo dos direitos humanos no Brasil. As principais correntes que tratam da hierarquia dos tratados de direitos humanos são: a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos; o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais. Defendendo a primeira corrente, Hildebrando Accioly, citado por Flávia Piovesan, argumenta:

É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos,

que o direito internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder<sup>6</sup>.

Para esta corrente, o art. 5º, §2º da CF deve ser interpretada no sentido de que, ainda que implicitamente, concede um grau supraconstitucional a todo Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. A expressão “não excluem” não pode ser ter um alcance meramente quantitativo, querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, deve prevalecer o último.

Até a emenda constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, baseada na doutrina de Francisco Rezek, possuía jurisprudência histórica no sentido de equiparar os tratados internacionais de direitos humanos às leis ordinárias, não tendo força de emendas constitucionais.

No Recurso extraordinário n. 80.004 de 1977, o Supremo entendeu que uma lei interna revoga o tratado anterior, resolvendo-se o conflito entre as legislações pelo critério cronológico e da especialidade.

Em 1995, o Supremo reiterou esse entendimento, no *habeas corpus* 72.131, que tratava de prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Nesse julgamento, foi debatida a antinomia existente entre a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LXVII que permite a prisão civil por dívida do depositário infiel, enquanto que o art. 7º, VII do Pacto de San José da Costa Rica proíbe todas as formas de prisão por dívida, salvo no caso de alimentos<sup>7</sup>.

As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

Nesse sentido, o art. 7º, inciso VII, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, *in verbis*: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

O Supremo, ao analisar essa norma, reafirmou o seu entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

Posteriormente, no importante julgamento de medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares. Como salienta o Ministro Celso Mello:

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos

de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa... No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.

O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público...(RTJ 70/333 - RTJ 100/1030 0 RT 554/434)”

O fundamento adotado para manter a paridade normativa dos tratados às leis ordinárias foi o princípio da supremacia das normas constitucionais, invocando a previsão expressa de controle de constitucionalidade dessas normas, de acordo com o disposto no art. 102, III, b da Constituição, *in verbis*: “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Sustenta-se, ainda, a existência de rito especial para a introdução de norma constitucional ao sistema brasileiro, na

forma prevista para a aprovação de emendas constitucionais pelo Congresso Nacional.

A tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, o descumprimento unilateral de um acordo internacional (*pacta sunt servanda*), vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena de 1969.

Esse entendimento revela grave retrocesso em contexto de progressiva efetivação dos direitos humanos. Saliente-se que os tratados estão submetidos ao procedimento específico de denúncia para extirpar a sua força normativa no plano interno.

Há, ainda, a corrente que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos, buscando conferir aplicação direta às normas de direitos humanos, até mesmo contra a lei ordinária se com ela conflite, sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence defendeu essa tese no julgamento do RHC n. 79.785 – RJ:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...).



Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.” [RHC no 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente)].

A Emenda constitucional 45/2004, buscando pôr fim à celeuma, incluiu o § 3º ao art. 5º, *in verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A pretensão com inclusão do *novel* dispositivo foi a de superar embates doutrinários, afirmando que, realmente, os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos alteram o texto constitucional, desde que sejam aprovados, mediante o rito de aprovação de emendas constitucionais.

Saliente-se que as Convenções da Organização do Trabalho são consideradas de direitos humanos, já que se conformam com o conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948<sup>8</sup>.

O novo dispositivo constitucional não previu nenhuma regra de transição que disciplinasse acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos aprovados pelo rito anterior, antes da publicação da Emenda.

Como ressalta Dallari, a omissão não é desprovida de conseqüências, pois além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior quorum na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988,

não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados os efeitos de norma da Constituição<sup>9</sup>.

Há duas correntes sobre o tema: a primeira entende pela permanência do *status* de lei ordinária; a segunda propugna pela passagem automática de hierarquia de emenda constitucional, numa espécie de recepção, eis que foi observado o devido processo legal vigente à época em que foi ratificado e pelo fato de não ser admitida, pela doutrina, a tese de inconstitucionalidade formal superveniente, citando como exemplo o Código Tributário Nacional, que é formalmente uma lei ordinária e materialmente uma lei complementar (art. 146 da CF)<sup>10</sup>.

Para Castro, é possível a coexistência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com força de norma constitucional, de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquicamente equiparados à legislação ordinária e dos demais tratados e convenções internacionais sempre com natureza infraconstitucional<sup>11</sup>. Para o autor, os tratados aprovados pelo rito das emendas constitucionais possuem a equivalência destas e os demais que não seguiram tal formalidade, guardam paridade com as leis ordinárias.

Alexandre de Moraes entende que “a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I ou do §3º, do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional”<sup>12</sup>.

A partir desse novo contexto constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário 466.343 ainda não finalizado, demonstrou uma tendência de revisão de sua histórica jurisprudência que afirma a paridade normativa entre a lei federal e as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, acenando para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel.

O julgamento refere-se a um recurso interposto pelo Banco Bradesco contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou procedente ação de depósito, decorrente de

busca e apreensão de um automóvel financiado pelo banco para cliente que se tornou inadimplente, mas não acatou a possibilidade de decretação de prisão civil de depositário infiel, conforme previsto pelo inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

O acórdão questionado estabelece que os contratos de alienação fiduciária de bens, em garantia de empréstimo, não se equiparam ao contrato de depósito de bem alheio, para efeito de aplicação da prisão civil, autorizada no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal (prisão civil de depositário infiel).

No recurso, o banco alega que a interpretação do TJ-SP fere, entre outras normas, o disposto no artigo 66, da Lei nº. 4.728/65, com a redação dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº. 911/69, que determinou que “a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direito e depositário de acordo com a lei civil e penal”.

Argumenta, ainda, que a Constituição de 1988 teria recepcionado esta norma e assim seria admitida a prisão civil no caso.

Nesse julgamento, vem prevalecendo a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, que já conta com oito votos, passando as convenções a ostentar uma posição intermediária entre a legislação comum brasileira, de um lado, e a Constituição da República, de outro. Negaram provimento ao recurso os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Ellen Gracie. O ministro Celso de Mello pediu vista. Faltam votar, ainda, os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. O Ministro Gilmar Mendes, em seu brilhante voto, assevera:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser

comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.

Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Para esta tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

(...) Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos.

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação

aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Para o Ministro Gilmar Mendes: **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.**

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada** pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.** É o que ocorre, por exemplo, com o **art. 652 do Novo Código Civil** (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, **desde a ratificação** pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.**

No Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 18799, foi adotada tese da hierarquia constitucional dos direitos humanos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/2004. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES. 1. A infidelidade do depósito de coisas fungíveis não autoriza a prisão civil. 2. Receita penhorada. Paciente com 78 anos de idade. Dívida garantida, também, por bem imóvel. 3. Aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, em face da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que introduziu modificações substanciais na novel Carta Magna. 4. § 1º, do art. 5º, da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. 5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que: a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte; - b) a Constituição da República, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), registra no § 2º do art. 5º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (No caso específico, inclui-se no rol dos direitos e garantias constitucionais o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica; - c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº. 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional; - d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte; - e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa;- f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no

Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º). RHC 18799 – STJ - Relator Ministro José Delgado. DJ 08.06.2006, p. 120.

Flávia Piovesan, a partir de interpretação teleológica e sistemática e da máxima efetividade das normas constitucionais, defende que, em face da principiologia adotada pela Carta Magna, notadamente com o valor conferido à dignidade da pessoa humana, valor fundante do sistema constitucional, os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade<sup>13</sup>.

Ela argumenta que, se a Carta Magna não exclui outros direitos decorrentes dos tratados Internacionais, porque, a contrário *sensu*, estaria a incluir as normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Este entendimento implica na inclusão no texto constitucional dos direitos previstos nos tratados, revelando a natureza de seu conteúdo como direitos materialmente constitucionais, atuando de forma complementar ao catálogo expresso no texto constitucional.

Para essa vertente, os demais tratados internacionais possuem hierarquia de normas infraconstitucionais, com paridade em relação às leis ordinárias, consoante disposto no art. 102, III, b da Constituição.

O tratamento jurídico diferenciado dado pelo §2º do art. 5º da Constituição ao conceber os tratados de direitos humanos como normas constitucionais deve-se ao cunho transcendental inerente à proteção desses direitos.

O núcleo essencial dos direitos humanos revela interesses fundamentais da comunidade internacional e compõe o *jus cogens* internacional, cujos princípios imperativos possuem hierarquia especial e superior dentro do sistema jurídico internacional. Não podem, portanto, ser derogados por meras leis ordinárias.

Flávia Piovesan defende que o § 3º ao art. 5º não pode ser interpretado no sentido de atribuir paridade normativa de lei ordinária federal aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à emenda, pelo simples fato de não



ter sido o novo rito previsto. Leciona que todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e constituem cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, IV, da Carta Magna, em face da hierarquia de valores que congrega, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>14</sup>.

O novo dispositivo, de acordo com essa doutrina, apenas confere a natureza formalmente constitucional ao tratado que observe o novo rito previsto, pois todos eles já são materialmente constitucionais. Pedro Lenza os diferencia na possibilidade ou não de denúncia, pois apenas aqueles que foram aprovados por procedimento mais dificultoso, duas vezes em cada Casa Legislativa, e pela legitimidade popular conferida, não podem ser denunciados sem a prévia autorização do Congresso Nacional<sup>15</sup>.

Salienta André Ramos Tavares que a denúncia por ato unilateral pelo Presidente da República, doravante, não é mais possível, como ocorreu com o caso da Convenção 158 da OIT<sup>16</sup>.

Para Carmen Tiburcio, os tratados de direitos humanos, aprovados pelo novo rito, por constituírem cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º da Constituição, nem mesmo com o aval do Congresso Nacional podem ser revogados, passando a integrar definitivamente o ordenamento nacional, sem a possibilidade de denúncia pelo Executivo<sup>17</sup>.

A solução adotada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, apesar de parecer um avanço, mostra-se retrógrada e anacrônica, pois, de certa maneira, afasta a interpretação mais progressista e adequada que se poderia dar ao §2º do artigo 5º da Constituição. Assevera Passos que a Emenda 45/2004, não pode retirar a força de que era portador o sistema de proteção e defesa dos direitos humanos na Constituição, tal como estatuído nos §§1º e 2º do mesmo art. 5º, ainda vigente<sup>18</sup>.

O §1º do art. 5º da Constituição estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, reafirmando o caráter normativo e vinculante dos direitos fundamentais e conferindo-lhe tratamento especial no ordenamento. Possuem eficácia plena, independentemente da intermediação do legislador ordinário para ser aplicado.

Os tratados internacionais que definem direitos e garantias fundamentais, por força deste dispositivo, também

devem ser aplicados de forma imediata, mediante incorporação automática no ordenamento, não necessitando de ato legislativo para conferir executoriedade no plano interno. A partir da ratificação, pode ser exigido o seu implemento, tendo eficácia derogatória de toda a legislação ordinária que lhe contravenha.

Por esse sistema de incorporação automática, em consonância com a teoria monista, é reconhecida a vigência do direito internacional na ordem interna com a simples ratificação do tratado.

Para Flávia Piovesan, o Brasil consagrou um sistema misto. Para os tratados de proteção de direitos humanos, adota-se o sistema de incorporação automática (monista), por força dos §§1º e 2º do art. 5º. Já para os demais tratados se aplica o sistema de incorporação legislativa (dualista)<sup>19</sup>.

Pela interpretação sistemática e teleológica da Constituição, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, havendo conflito entre uma norma constitucional e uma norma de direito internacional, deve ser aplicado o princípio da norma mais favorável, de modo a consagrar a maior tutela aos direitos humanos, dando primazia à norma mais benéfica à vítima.

Observe-se que não há revogação de qualquer delas, apenas suspende a eficácia no caso concreto. Não existe primazia do direito interno ou das normas internacionais e sim para aquela que confira a maior proteção ao ser humano.

O direito interno e o direito internacional convivem em constante interação na realização do propósito convergente e comum de tutela dos direitos e interesses do ser humano.

Ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno com o *status* de norma constitucional (art. 5º, § 2º, da CF), eventuais conflitos existentes entre essas “duas normas constitucionais”, há necessidade de ponderar os bens jurídicos em conflito, harmonizando-os de acordo com o princípio hermenêutico da concordância prática. Somente, no caso concreto, um deles deve prevalecer, dada a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, em face do princípio da unidade.

O art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê expressamente o princípio da norma mais favorável ao estabelecer que “nenhuma disposição da

Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

As normas de proteção aos direitos humanos têm por fito aprimorar, reforçar a efetividade do direito interno, complementá-lo, integrá-lo, e não para diminuir a proteção assegurada ao indivíduo.

#### Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço para a proteção de direitos humanos, ao incorporar os tratados de direitos humanos ao elenco de dos direitos constitucionais consagrados.

Os direitos humanos, dada a sua natureza materialmente constitucional e em consonância com os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Carta Magna, complementam e integram o catálogo de direitos protegidos na Lei maior, compondo o bloco de constitucionalidade.

Pela interpretação sistêmica e teleológica da Constituição, em consonância com o princípio da máxima efetividade e com a força expansiva da dignidade da pessoa humana, todos os tratados de direitos humanos possuem a hierarquia constitucional. O rito especial previsto no §3º do art. 5º, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004, atuando em reforço ao disposto no §2º do mesmo artigo, permite a inserção formal desses direitos ao texto da Carta Magna, impedindo a denúncia unilateral pelo Chefe do Poder Executivo.

Por força do §1º do art. 5º da Constituição, devem ser aplicados e exigidos de forma imediata, independentemente da intermediação do legislador ordinário.

Esse *status* especial é assegurado somente aos tratados de proteção aos direitos humanos. Os demais possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias federais.

O conflito existente entre o tratado de direitos humanos e Constituição Federal devem ser resolvidos pela aplicação, no caso concreto, da norma mais favorável à vítima. Tais diplomas normativos interagem, diante dos seus interesses convergentes na promoção da dignidade da pessoa humana.

## **BIBLIOGRAFIA:**

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 830, 11 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>>. Acesso em: [\* | incorporado.WMF 29 abr. 2008.D

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: ALARCON, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. A aplicação das normas do Mercosul pelo juiz nacional . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/16 maio 2008>>.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor constitucional para efetividade dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PASSOS, Jorge Luiz leski Calmon de. Direitos humanos na reforma do Judiciário In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. ver. , ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed. ver. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TIBURCIO, Carmen. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



## RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL DO MÉDICO

**Paulo Quezado**

*Advogado em Fortaleza-CE*

### 1. INTRODUÇÃO

A função do médico sempre guardou um conteúdo místico, divinizado, tornando a figura deste profissional diante do imaginário popular um “semi-deus”. Nos escritos bíblicos, ela é sempre referenciada com extrema honradez, como lemos nas palavras do escritor do livro de Eclesiástico, capítulo 38, versos 1 ao 9:

“Honra o médico por seus serviços; pois também ele o Senhor criou. Pois é do Altíssimo que vem a cura, como presente que se recebe do rei. A ciência do médico o faz trazer a fronte erguida, ele é admirado pelos grandes. Da terra o Senhor criou os remédios, o homem sensato não os despreza. As águas não foram assim adoçadas com um lenho para mostrar assim a sua virtude? Ele é quem deu a ciência aos homens, para ser glorificado em suas obras poderosas. Por eles, ele curou e aliviou, o farmacêutico fez com eles misturas. E assim suas obras não têm fim, e por ele o bem-estar se difunde sobre a terra. Filho não te revoltes na tua doença, mas reza ao Senhor e ele te curará.” (Bíblia de Jerusalém)

“**Neste contexto**” - escreveu nosso filósofo MIGUEL REALE - “**desarrazoado seria responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina**. Mais recentemente, no final do século passado, primórdios deste, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência,

médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato médico se resumia na relação entre confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico).” (Código de Ética Médica, RT 503/47.)

Com o avanço da complexidade das relações sociais, trazendo consigo sempre a reformulação das normas que as regem e a evolução de uma consciência cidadã nos Estados democráticos de direito, modernamente o exercício da função de qualquer profissional tem estado sob a fiscalização constante da sociedade e do Poder Público. No Brasil, por determinação constitucional, a saúde é direito de todos e dever do Estado, cabendo ao Poder Público, por lei, regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde.

Sendo assim, cabe-nos analisar, em síntese, a dimensão jurídica da responsabilidade administrativa, civil e penal do médico.

## **2. RESPONSABILIDADE: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO**

**2.1. CONCEITO.** No léxico Houaiss, há várias definições: “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”, “caráter ou estado do que é responsável” e “dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico”.

**2.2. CLASSIFICAÇÃO:** I) **responsabilidade civil:** “A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (SILVIO RODRIGUES); II) a **responsabilidade administrativa**, no caso de envolver um agente público (sendo este um médico do município, por exemplo) que infringe normas administrativas, que em sua origem não deixa de ser civil; III) a **responsabilidade penal**, quando os atos do agente repercutem



na seara penal, enquadrando-se como crime ou contravenção. Nesta, diferente da civil, o interesse protegido é público (violação direta da ordem social) e a consequência do dano é a pena. Assim, o foco desta é a pessoa; daquela, o dano; e na responsabilidade administrativa, haverá punições de teor funcional (perda do cargo público) e ressarcitória.

Isso porque a ilicitude é classificada em administrativa, civil (ou consumerista) e penal. Ontologicamente, a ilicitude será sempre uma violação às regras do sistema jurídico,

**2.3. Quanto ao elemento subjetivo: Há responsabilidade subjetiva** (em que se necessita provar o dolo ou culpa do agente) e a **responsabilidade objetiva** (em que apenas se prova a conduta, o dano e o nexo causal entre ambos). No DIREITO PENAL, não se aceita a responsabilidade objetiva; é mister que se prove o dolo ou a culpa do agente. Aplica-se, de forma absoluta, a teoria da responsabilidade subjetiva no direito penal. Em regra, a responsabilidade é subjetiva no DIREITO CIVIL, mas hoje, com o Código Civil de 2003, há exceções. Na SEARA ADMINISTRATIVA, há a responsabilidade civil objetiva do Estado para com o administrado e subjetiva para com seu servidor, pelo ocorrido. Nas RELAÇÕES CONSUMERISTAS, apenas em regra, prevalece a responsabilidade objetiva, independente de culpa.

**2.4. Responsabilidade contratual:** ocorre quando há um descumprimento de obrigação pactuada. O prejudicado apenas deverá provar o inadimplemento contratual. **Consequência:** Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (Art. 389/CC) **Responsabilidade extracontratual:** quando há uma infração a um dever previsto em lei. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. O prejudicado deverá provar a culpa de quem lhe

causou o dano, mais o nexo causal entre o dano e a conduta ilícita (Art. 186/CC). **Consequência:** ressarcimento do prejuízo.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL (OU CONSUMERISTA) DO MÉDICO

**3.1. Novo Código Civil (Lei 10.406/2003).** Em regra, a responsabilidade civil do médico é de ordem contratual. No entanto, a doutrina é cautelosa em explicar que não se pode presumir a culpa do médico quando o doente não é curado ou não são satisfatórios os recursos empregados no tratamento. A jurisprudência tem abrandado essa responsabilidade, que se firma a partir de uma profissão que visa, em regra, o **meio** e não o **resultado**. O médico, assim como o advogado, exerce um trabalho de meio e não de resultados. **Exceção:** É doutrina e jurisprudência dominantes a tese de que no caso de cirurgia plástica busca-se o resultado. *A priori*, os pacientes não estão doentes, mas buscam corrigir apenas um problema estético.

Ementa - AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (**salvo cirurgias plásticas embelezadoras**), obrigação de meio e não de resultado. Precedente. (STJ, AgRg no REsp 256174/DF, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, T4, Julg. 04/11/2004, DJ 22.11.2004.)

Porém, muito cuidado com as seguintes situações apontadas pelo STJ, recentemente, quanto à medicina de resultado:

Ementa - CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e**

responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 818144/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, T3, Julg. 09/10/2007, DJ 05.11.2007.)

Ementa - RESPONSABILIDADE CIVIL. **ERRO DE DIAGNÓSTICO. EXAMES RADIOLÓGICOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS.** I - O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. **A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva** (art. 14 c/c o 3º do CDC). II - Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico. III - Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 594962 / RJ, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, T3, Julg. 09/11/2004, DJ 17.12.2004.)

Para que não se engesse o exercício da medicina, há que equilibrar liberdade e responsabilidade profissionais. **CCivil/2002:** O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (Art. 951) **CCivil de 1916:** Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. (Art. 1.545)

**3.2. Casuística:** em regra, será OBJETIVA a responsabilidade (não precisa provar culpa) quando o médico for empregado do hospital, conforme o Código de Defesa do

Consumidor, art. 14: O fornecedor de serviços responde, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Porém, se o médico apenas utiliza o hospital para tratar de seus pacientes, RESPONDERÁ EXCLUSIVAMENTE, de conformidade com os dispositivos já citados do CCivil e o § 4º do art. 14 do CDC: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Enfim, deve-se comprovar dano, ação, nexo causal e dolo ou culpa do agente causador do dano. Neste caso, será uma responsabilidade SUBJETIVA.

No entanto, apesar dessa orientação prevalecer na doutrina e ser clara a lei, o STJ ainda se divide:

REMESSA. SEGUNDA SEÇÃO. RESPONSABILIDADE. MÉDICO. HOSPITAL. A Turma decidiu remeter à Segunda Seção matéria referente à responsabilidade objetiva envolvendo hospital e médico. A **Quarta Turma** trata a questão à luz do art. 951 do CC/2002, e a **Terceira Turma** aplica o Código de Defesa do Consumidor. REsp 696.284-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 21/6/2007. Informativo 324.

**3.3. Erro médico e acidente médico:** Muito importante que se diferencie o erro do acidente médico, pois no primeiro tem-se a questão da *culpa* no exercício profissional da medicina (negligência, imprudência e imperícia), enquanto no segundo não. "É necessário que se distinga a culpa do erro profissional. Este ocorre quando, empregados os conhecimentos normais da Medicina, por exemplo, chega o médico a conclusão errada do diagnóstico, intervenção cirúrgica etc., não sendo o fato típico. Segundo a doutrina e a jurisprudência, só a falta grosseira desses

profissionais consubstancia a culpa penal, pois exigência maior provocaria a paralisação da Ciência, impedindo os pesquisadores de tentarem métodos novos de curam de edificações etc.” (MIRABETE)

#### 4. RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

**4.1. Classificação: crime próprio:** somente pode ser cometido por determinada pessoa ou categoria de pessoas; **crime comum:** pode ser cometido por qualquer pessoa. A conduta delitiva do médico pode ser enquadrada em ambos. Os crimes próprios estão inseridos no cap. III (dos crimes contra a saúde pública), do Título VIII (dos crimes contra a incolumidade pública).

##### 4.1.A - CRIMES PRÓPRIOS: SÓ PELO MÉDICO

**I - VIOLAÇÃO DE SEGREDO PROFISSIONAL (art. 154/CP):** Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. **Pena:** detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação. **Sujeitos:** (ativos) médicos, banqueiros, advogados, juiz etc (chamados *confidentes necessários*); (passivos) a quem interessa preservar o segredo, como diz MIRABETE. **objeto jurídico:** liberdade individual. **Consumação:** com a revelação para terceiro (basta uma pessoa). **Tentativa:** admite. **Atenção:** o dever de sigilo é relativo, e não absoluto, podendo ser quebrado por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente (art. 102 do Código de Ética). **Elemento subjetivo:** é crime doloso.

**II - OMISSÃO DE NOTIFICAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA (art. 269/CP):** Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. **Pena:**

detenção, de seis meses a dois anos, e multa. **Sujeitos:** (ativo) crime próprio, só o médico; (passivo) é a coletividade. **Consumação:** com o fim do prazo fixado em regulamento para notificação. **Natureza da norma:** norma penal em branco, pois o Ministério da Saúde renova periodicamente a lista de tais doenças, por portaria. Em 21/02/2006, foi publicada a **Portaria nº 5**, com a seguinte **lista:** Botulismo, Carbúnculo ou Antraz, Cólera, Coqueluche, Dengue, Difteria, Doença de Creutzfeldt - Jacob, Doenças de Chagas (casos agudos), Doença Meningocócica e outras Meningites, Esquistossomose (em área não endêmica), Eventos Adversos Pós-Vacinação, Febre Amarela, Febre do Nilo Ocidental Febre Maculosa, Febre Tifóide, Hanseníase, Hantavirose, Hepatites Virais, Infecção pelo vírus da imunodeficiência humana-HIV em gestantes e crianças expostas ao risco de transmissão vertical, Influenza humana por novo subtipo (pandêmico), Leishmaniose Tegumentar Americana XXII. Leishmaniose Visceral, Leptospirose, Malária, Meningite por *Haemophilus influenzae*, Peste, Poliomielite, Paralisia Flácida Aguda, Raiva Humana, Rubéola, Síndrome da Rubéola Congênita, Sarampo, Sífilis Congênita, Sífilis em gestante, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida–AIDS, Síndrome Febril Íctero-hemorrágica Aguda, Síndrome Respiratória Aguda Grave, Tétano, Tularemia, Tuberculose e Variola.

**III - EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA (art. 282/CP):** Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites. **Pena:** detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa. **Sujeitos:** (ativos) 1ª parte – qualquer um pode

praticar, menos o médico; na 2ª parte, apenas o médico (excesso de limites); (passivo) comunidade e, secundariamente, o paciente. **Natureza:** crime de perigo abstrato, consuma-se com a habitualidade (é o ganha-pão). **Tentativa:** impossível. A jurisprudência tem decidido que a falta de inscrição no Conselho não caracteriza o crime, mas é apenas infração administrativa. **Objeto jurídico:** é a saúde pública.

**IV – FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO (Art. 302/CP):** Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso. **Pena** - detenção, de um mês a um ano. Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. **Sujeitos:** (ativo) médico; (passivo) o Estado. **Consumação:** no instante que fornece o atestado. **Tentativa:** admite. **Falsidade:** a opinião dominante é que o atestado falso é aquele que traz dolosamente “algo diverso do verificado pelo médico e houver relevância jurídica, seja sobre doença ou prognóstico”. **Objeto jurídico;** fé pública.

**V – OMISSÃO NA ASSISTÊNCIA A RECÉM-NASCIDA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, Art. 229):** Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei. **Pena:** detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo, pena de detenção de dois a seis meses, ou multa.

#### **4.1.B – CRIMES COMUNS: POR QUALQUER PESSOA, MAS DECORRENTES DA PROFISSÃO MÉDICA:**

**I – HOMICÍDIO CULPOSO (Art 121, §§ 3º e 4º/CP):** Matar alguém.

Pena: reclusão, de seis a vinte anos. **Culpa:** Se o homicídio é culposo, pena de detenção, de um a três anos. **Dever de cuidado:** há que haver o dever legal de cuidado. Previsibilidade: a conduta do médico produz o resultado morte não desejado, porém previsível. É a culpa consciente. **Aumento de pena:** No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Lei nº 10.741, de 2003)

**Ementa - MEDICO. RESPONSABILIDADE PENAL. HOMICIDIO CULPOSO.** Denúncia que descreve a morte de paciente, sob cuidados médicos, resultante de imprudência e imperícia na ministração de drogas contra-indicadas para pessoas com histórico de sensibilidade. Crime em tese. Alegação de ausência de prova da materialidade do delito, através de exame pericial idôneo. Improcedência dessa alegação, já que cumpriu-se a exigência do art. 158 do CPP e, embora não conclusivo, admite o laudo oficial, como uma das possíveis causas da morte, o emprego de drogas, com o objetivo de tratamento, conforme registro no prontuario medico. Outras provas ou perícias complementares podem ser ainda produzidas no curso da instrução. Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento. (STJ, RHC 2314/PR, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, T5, Julg. 28/10/1992, DJ 16.11.1992.)

A chamada **eutanásia** (*boa morte* ou *morte piedosa*) por enquanto no Brasil é tida como crime de homicídio privilegiado, por seu relevante valor moral. Além do que, o direito à vida é o mais exemplar direito fundamental. “Na verdade,



prioritariamente, estabelecemos a distinção entre eutanásia e a ortotanásia, vale dizer, entre a eutanásia ativa e a eutanásia passiva, ou ainda, entre a distanásia e ortotanásia. Distanásia significa o prolongamento do momento da morte do paciente, através do uso de métodos reanimatórios, já a ortotanásia é a morte natural decorrente da interrupção de tratamento terapêutico, cuja permanência seria inútil em se tratando de quadro clínico irreversível.”(Grifamos.)(Luiz Flávio Borges D’Urso. *Responsabilidade do médico diante da eutanásia*, Revista do IMESC, nº 1, dez./1998, p. 2.)

Há um Projeto de Lei do Senado nº 125/96, que tenta legalizá-la. Mas no momento, eis seu enquadramento delitivo:

Art 121-CP. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Será caso de diminuição de pena, § 1º, se o agente comete o crime impelido por motivo de **relevante valor social ou moral**, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Além do PL nº 125/96 legalizando a eutanásia, o projeto da Parte Especial do Código Penal, o § 4º do art. 121, traz a seguinte redação:

“Art. 121.

§ 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.”

**II – LESÃO CORPORAL CULPOSA (Art. 129/CP):** Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Pena: detenção, de três meses

a um ano. Se a lesão é culposa, a pena será de detenção, de dois meses a um ano. **Se resulta morte** e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena será de reclusão, de quatro a doze anos. **Dever de cuidado:** tem que haver o dever legal de cuidado, e no caso do médico ocorre com frequência a não observância da norma técnica da profissão. “Cumprir ressaltar que, em vários procedimentos médicos, a ofensa à integridade e à saúde do paciente fazem parte do tratamento do problema que se apresenta. Portanto, se houver necessidade de aplicação que possa ofender a saúde do paciente, mas que, reconhecidamente, faça parte do tratamento, não haverá qualquer crime.” (Núria Derviche Prates e Marcelo Marquardt)

**III – OMISSÃO DE SOCORRO (art. 135/CP):** Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. **Pena:** detenção, de um a seis meses, ou multa. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. **Sujeito:** (ativo) qualquer pessoa, mesmo quem não tenha o dever de prestar assistência; (passivo): criança abandonada, extraviada, pessoa inválida ou que por suas condições pessoais não tenha condições de afastar o perigo. **Capacidade:** “não se exigindo que pratique atos para os quais não está habilitado” (Mirabete). Este mesmo autor diz que o socorro deve ser imediato. **Elemento subjetivo:** só mediante o dolo. **Consumação:** socorro tardio não exime o autor do crime.

Já decidiu a Justiça paulista que:

“caracteriza o delito de omissão de socorro, a hipótese em que médico platonista se recusa a atender criança doente, sem querer avaliar seu estado, alegando que o horário era inadequado para atendimento de mais um caso, uma vez que ao art.

135 do CP incrimina a simples abstenção de uma conduta socialmente útil, ou seja, a assistência aos doentes necessitados de verificação médica quanto ao perigo de saúde do ofendido.” (Rev.Jur. do TACRIM 44/201)

No entanto, também já decidiu o Justiça Paulista que:

“Não se pode responsabilizar o médico pela morte da vítima se necessitava ela de tratamento especializado, impossível de lhe ser ministrado no hospital em que aquele trabalhava.” (RT 514/386)

**IV – charlatanismo (art. 283/CP):**Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível. Pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. **Sujeito:** (ativo)qualquer pessoa; (passivo) coletividade. **Elemento subjetivo:** doloso, não exigindo a lei fim de lucro ou qualquer outra finalidade. Se houver finalidade de lucro, haverá acúmulo com o estelionato, ficando o charlatanismo absolvido como crime-meio. Tem-se decidido que o pastor evangélico que prega cura em que crê não comete o delito. **Consumação:** com a conduta de inculcar ou anunciar a cura por meio secreto ou infalível, presumindo-se na lei o perigo para a saúde pública. **Distinções:** não se confunde com o exercício ilegal da medicina, pois no charlatanismo o criminoso não crê na eficácia do meio empregado.

**Medidas despenalizantes.** Nos crimes em que a pena máxima cominada for até 2 anos, a competência será do Juizado Especial. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Art. 61) (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006) Sendo assim, haverá oportunidade de conciliação para composição dos danos, de transação penal, com penas substitutivas, e suspensão do processual até extinguir-se a pena.

## 5. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA OU RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO DE MÉDICO AGENTE PÚBLICO

A responsabilidade do Estado para com o administrado é de ordem **objetiva**, ou seja, ocorrido o dano, somente será preciso a prova do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente público. A responsabilidade será **subjéitiva** no caso da ação de ressarcimento do Estado contra seu agente público, pelo que pagou ao administrado prejudicado, devendo ser provada a culpa do agente.

Art. 37, § 6º da CF - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Informativo nº 262 do STF

### TÍTULO

#### **Responsabilidade do Estado e Dano Cirúrgico**

RE - 217389

Por ofensa ao art. 37, § 6º, da CF/88, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, entendendo não ter havido erro médico, ou seja, a culpa subjéitiva do agente, mantivera a improcedência de ação de indenização por danos causados em razão de cirurgia realizada em hospital público por equipe médica composta de funcionários do Estado. Tratava-se, na espécie, de recorrente que, em razão de seqüela permanente decorrente de procedimento cirúrgico - perda da visão do olho esquerdo em razão de cirurgia para correção de

desvio do septo nasal -, ingressara com ação de indenização dos danos causados, em face do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, sob o fundamento da responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º). **Considerou-se que, sendo caso de responsabilidade objetiva, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a intervenção cirúrgica, não havendo, na espécie, qualquer elemento que indique ter a vítima concorrido para o evento danoso.** Entendeu-se, ainda, que o risco cirúrgico não exime o Estado, no âmbito da responsabilidade civil objetiva, do ressarcimento à vítima. Precedente citado: RE 178.806-RJ (DJU de 30.6.95). RE 217.389-SP, rel. Min. Néri da Silveira, 2.4.2002.(RE-217389)

## 6. Bibliografia básica

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito penal: parte especial*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Coleção 11 (Resumos).

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002)*. São Paulo: Saraiva, 2003, 940 p.

MARTINS, Jorde Henrique Schaefer. *A responsabilidade penal por erro médico*. Revista Jurídica da FURB, n.3, junho de 1998, pp. 51-64.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 2ª edição. São Paulo: ATLAS, 2001, 2228 p.

PRATES, Núria Derviche; MARQUARDT, Marcelo. *A responsabilidade penal do médico e o processo penal*. J Vasc Br 2003, Vol. 2, nº 3, pp. 241-247.



## A LINGUAGEM NO DISCURSO JURÍDICO E SUA FONTE NATURAL

**Vicente Eduardo Sousa e Silva**

*Juiz de Direito*

*Professor da Universidade Federal do Ceará (UFC)*

Além do conhecimento jurídico, do juiz exige-se perfeito desempenho linguístico vernacular no tocante às normas que regem qualquer estrutura textual, tanto em sentenças como em artigos, monografias ou ensaios. Sabe-se de juízes que empregam uma linguagem **obsoleta e artificial**, outros enveredam pelo **verbalismo barroco** dos séculos XVII e XVIII, incorrem às vezes na ridícula tendência **gongórica**, talvez entendendo escreverem nas normas da pureza clássica de Bernardes e Frei Luís de Sousa. Somente radicais tradicionalistas, de **vocação arcaizante**, acham que a língua portuguesa deve trazer ainda o signo camoniano para ser havida como padrão de excelência.

A língua não permanece estática, não se devendo hoje usar o próprio modelo clássico quinhentista a não ser como exemplo de equilíbrio entre a forma e o fundo.

Diversos entretanto, conquanto não se vinculem a nenhuma vertente literária, incidem num verdadeiro cataclismo linguístico de feitio hiperbólico, de frases **caudalosas, labirínticas, pomposas e caóticas**, afora o exagero do tecnicismo enigmático, afastando-se assim dos cânones gramaticais e estilísticos modernos.

O que existe é o amontoamento desordenado de “erudição” ou simplesmente de **pedantismo**, porquanto o maior atributo de quem se expressa é a *clareza* que a razão ordena, filtra, sistematiza. Referida qualidade não é incompatível com o discurso jurídico.

Aristóteles, citado por Camelo M. Bonet, prescreve incisivo: *a elocução mais clara é aquela composta com termos apropriados*, e a propriedade idiomática em qualquer mensagem se consegue naturalmente chamando as coisas pelo nome. Bem disse Horácio há dois milênios: *quem burila demasiado perde o*

*nervo e o vigor; o que aspira ao sublime torna-se empolado; e quem se esforça em dar prodigiosa variedade a um assunto singelo, acaba pintando o golfinho nas selvas e o javali nos mares. Já preceituava Padre Antônio Vieira em raro descortino: Aprendemos no céu o estilo da disposição e também o das palavras. (...) as estrelas são muito distintas e muito claras, e altíssimas. O estilo pode ser muito claro e muito alto; tão claro que o entendam os que não sabem e tão alto que tenham muito que entender os que sabem. Similarmente, a Schopenhauer atribui-se a expressão: Nada é mais fácil do que escrever de modo que ninguém compreenda, como nada é tão difícil quanto exprimir idéias importantes em linguagem acessível a todo mundo.*

Isso não significa naturalmente repúdio ao emprego dos tecnicismos, pois para expressar idéias especiais necessita-se de uma linguagem específica. Mas acontece que no uso dessa linguagem muitos exageros têm sido cometidos. A linguagem resultará mais eficaz e autêntica quando, despida do **artifício**, se expressar cristalina e espontânea de tal forma que a significação das palavras *transpareça* facilmente.

Saliente-se a norma que deve preceder a todos os trabalhos escritos, a de antes de nos fazermos entender pelos outros, termos de nos entender a nós mesmos. Neste sentido a máxima de Boileau: *avant donc que d'écrire, apprenez à penser* – o que é bem concebido se enuncia claramente. Do professor Othon M. Garcia haurimos: ... *escrever sem a obsessão do purismo gramatical mas com clareza e a coerência indispensáveis a fazer da linguagem, oral ou escrita, um veículo de comunicação e não de escamoteação de ideias.* No artigo *A propósito da arte de escrever*, Josué Montello acrescenta: *o próprio Sthendal, para ser objetivo na sua escrita, impunha a si mesmo, antes de pegar a pena par retomar um novo romance, a leitura de algumas páginas do Código Civil.*

No texto – tanto literário quanto jurídico – há de eliminar-se o **irrelevante**, realçando-se sobremodo o **substantivo** expressivo por já conter em si o elemento de caracterização. A linguagem tem que ser objetiva, voltada para o tema numa frase sucinta, enxuta e moderada quanto ao **adjetivo**,



cujo emprego excessivo enfraquece a expressão. Bem usado é pedra preciosa na frase, quando mal empregado não passa de **miçanga**. Tal palavra *tem função lógica no discurso, qual seja a explicitação de conteúdo formal extrínseco ao nome a que se liga. Ao contrário, torna-se parasita ao explicitar um conteúdo formal intrínseco ao nome que o rege.*

Todo texto implica – como tudo na vida e na natureza – uma divisão tripartite: **introdução, desenvolvimento e conclusão**. Naquela emerge a *idéia central* com suas proposições básicas; no desenvolvimento alinha-se a *exposição ordenada do assunto*, onde se inserem a coesão, unidade estrutural em seu aspecto explícito, e a coerência, unidade temática em seu aspecto implícito; na conclusão dá-se a *síntese* do contexto com um final marcante.

Ressalte-se que o conjunto desse *discurso* deve atender à **proporcionalidade** do princípio, meio e fim. A arquitetura do pensamento evolui e se estende em absoluta simetria pela disposição das partes em relação ao todo, pela unidade; enfim, a enunciação da *idéia* na sua na sua realização concreta e definitiva.

É portanto a linguagem um processo de comunicação. Nada se acresça que não intensifique o essencial. O acréscimo de palavras vazias de significação somente pelo efeito sonoro ou pelo agrado gráfico-visual confere um encanto falso ao discurso. *O significante* alcançará mais relevo na medida em que corresponder ao *significado*, porquanto o primeiro objetivo da linguagem é transmitir a *idéia* com a *nitidez* que o circuito comunicativo exige, perfazendo assim sua função social.

A par disso, ao juiz cumpre conhecer pelo menos os fundamentos da Língua Latina para melhor desempenho funcional. A Língua Latina, de cujo embrião rebenta por derradeiro a Língua Portuguesa, é a depositária do acervo cultural do Ocidente. Máxime, do *Direito*, em virtude do amor à *equidade* do povo romano, que forjou toda a legislação ainda a viger no mundo ocidental – *monumentum aere perennius*. A lapidar ode de Horácio parece transcender o próprio significado para expressar a imortalidade daquela cultura.

Quando as fronteiras de Roma atingiram o pináculo da sua curva ascensional, estendiam-se da península ibérica ao longo do Reno e para além do Danúbio. Alcançavam a Grã-Bretanha, contornavam o norte da África, avançavam sobre o Cáucaso e batiam às portas da Pártia.

Consolidado então o domínio sobre meio-mundo, as águias romanas desovam sobre as terras conquistadas e a língua latina, cristalina, concisa e harmoniosa desdobra-se generosa nas línguas românicas a derramar todo um manancial de *patriotismo, disciplina, religião e direito*.

Sobrevém-me ora uma reflexão didática. Muitos profissionais do direito, principalmente advogados, claudicam de forma elementar no tocante a citações latinas tantas vezes escritas equivocada ou impropriamente inseridas no contexto jurídico, por desconhecer-lhes a real significação e a natural fonte. Expressões como **dormientibus non succurrit ius, fumus boni iuris, stricto sensu, pari passu, motu proprio, pleno iure, ad quem, a quo, lex mitior, ius mitius, in memoriam** e inúmeras outras são expressas de modos diversos sem atear-se à concordância correta do adjetivo com o substantivo, já que as desinências deste não coincidem sempre com as do adjetivo pelo fato de o adjetivo ter declinação própria. Temerária a incursão nessa área tanto no aspecto morfológico como no sintático-semântico, quando não se tem seguro conhecimento da língua.

Decerto, não é absolutamente essencial ao juiz ter intimidade com Virgílio, Horácio, César e Cícero, mas conhecer o fundamental daquele idioma conforme a abonação do biólogo americano Mr. Trotter: *Considero um curso de estudos clássicos que abranja o grego e o latim, como o fundamento essencial para se compreender e apreciar bem uma ciência qualquer*. De forma semelhante se exprimiu o professor italiano Giacomino Albanese: *Duas disciplinas são absolutamente necessárias para quem quiser possuir espírito claro e penetrante – a geometria e o latim*.

De todos os legados intelectuais dos romanos o que melhor caracteriza seu temperamento é talvez o de sua bimilenar jurisprudência. Releve-se o edificante excerto do historiador Will

Durant na obra *César e Cristo: A lei foi a mais característica e duradoura expressão do espírito romano. Como a Grécia surge na história como a campeã da liberdade, Roma aparece como a paladina da Ordem; e assim como a Grécia nos deu a democracia e a filosofia como alicerces da liberdade individual, Roma legou-nos suas leis e tradições administrativas como bases da ordem social. A constituição romana era como a inglesa – não se cristalizava em escrita; consistia em uma caudal de precedentes que davam a diretriz mas não impediam mudanças de curso.*

A palavra justiça tem sua raiz no vocábulo latino **ius** e foi o conceito romano de justiça imparcial, mais ainda que as próprias leis romanas, o modelador da tradição legal do ocidente.

Cícero já delineava o espírito da justiça romana: *Que espécie de coisa é a lei civil? É algo que não pode ser dobrado pela influência e nem quebrado pelo poder ou deteriorado pelo dinheiro.* O Evangelista Lucas nos Atos dos Apóstolos assinalou: *O costume romano não permite condenar ninguém antes de defrontar o acusado com o acusador e dar àquele a oportunidade de se defender.*

Os alicerces da lei romana emanaram das Doze Tábuas, por volta de 450 a.C. Era a primeira compilação de regras legais a reger a administração da justiça romana. Constavam simplesmente de uma série de instruções lacônicas que tratavam do direito processual, legislação da família, testamentos, direitos de propriedade e comportamento público dos cidadãos.

Desde *As Tábuas*, e através dos séculos, a lei romana jamais deixou de ser essencialmente civil pois que se preocupava, antes de mais nada, com os direitos da *cidadania*. Entretanto, no fim do Império, apareceu um corpo de leis especificamente criminal por meio das quais o Estado se encarregava de processar e punir os criminosos. As *Doze Tábuas* foram durante quase mil anos o código legal básico de Roma, enquanto que as sentenças dos magistrados e as opiniões dos juristas formavam um corpo suplementar de jurisprudência ou de precedentes legais.

Independente das mudanças políticas na República ou no Império, sob imperadores liberais ou autoritários, a lei

romana, baseada na sabedoria e nos sentimentos humanos, continuou a se desenvolver. E finalmente o renomado jurista do século III, Ulpiano, proclamou o que poucos filósofos ainda ousavam sugerir: *Pela lei da natureza todos os homens eram iguais.*

Então, cerca de 527, Justiniano, imperador do Oriente, ordenou a codificação de todo esse sistema no **Corpus Iuris Civilis**. Incorporado nesse código, o conceito de justiça e dos direitos do cidadão continua em vigor nos códigos penais modernos do mundo ocidental, sendo algumas regras desse código suficientes para demonstrar sua permanente relevância: *Ninguém sofrerá penalidade pelo que pensa; o encargo da prova fica com aquele que afirma e não com o que nega; ninguém pode ser retirado à força de sua própria casa; o pai não pode ser testemunha competente contra o filho, nem o filho contra o pai, na aplicação de penalidades, deve ser levada em conta a idade e a inexperiência da parte culpada.*

“... A lei romana penetrou no direito canônico da Igreja medieval, inspirou os pensadores do renascimento e fez-se a lei básica de numerosos países – Itália, Espanha, Portugal, Alemanha, Hungria, Boêmia, Polônia e também – dentro do Império Britânico - da Escócia, de Quebec, de Ceilão e da África do Sul. A própria lei inglesa, o único monumento legal de escopo equiparável, foi da lei romana que tirou suas regras de equidade, almirantado, curatela e herança” conforme o referido Will Durant.

Roma deixou pois a própria marca tanto na pedra quanto na linguagem, tanto no concreto como nos valores do *mos maiorum*. Mas o clássico senso de estilo e a dignidade da forma, características dos versos latinos, levaram poetas renascentistas como Boccaccio e Petrarca a imitar os autores da antiguidade romana. A única maneira de compor um poema épico era copiar Virgílio tão fielmente quanto possível. Também Shakespeare escreve sobre César e Marco Antônio, Racine sobre Britânico; Nero aparece em uma dúzia de peças e Calígula torna-se um personagem existencialista de Albert Camus.

Contemplada num tribunal, na fachada de uma igreja, no estilo de um poema ou na estrutura de um estado, a influência

romana permanece uma força vital, moderadora das ideias e do trabalho material do homem. A existência de Roma transformou o mundo. O legado romano penetrou em regiões que os romanos jamais governaram e em continentes que eles jamais sonharam alcançar.

Mesmo durante o declínio de Roma, o poeta gaulês Rutilio Numanciano em eloquente apóstrofe assim se despede de Roma: *Espalha leis que devem durar através de eras... só tu não precisas temer a roca das Parcas... O prazo que te resta não tem limites, enquanto a terra existir e luzirem no céu as estrelas.*

**BIBLIOGRAFIA:**

BONET, Carmelo M. *A técnica literária e seus problemas*. Mestre Jou, São Paulo, 1970.

COMBA, P. Júlio. *Programa de Latim, 1º volume: Introdução à Língua Latina*. Dom Bosco, São Paulo, 1980.

DURANT, Will, *História da Civilização III, César e Cristo*. Record, Rio, 1971.

FERNANDES, José Alves. *Curso de Língua e Cultura Latina II*, Cf. Biblioteca de História Universal Life Roma Imperial – UFC, Fortaleza, 1975.

GARCIA, Othon M. *Comunicação em Prosa Moderna*. Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1967.

LAPA, M. Rodrigues. *Estilística da Língua Portuguesa*. Livraria Martins Fontes. Ed. Ltda, São Paulo, 1988.

## A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 11.417/2006.

**Washington Luís Bezerra de Araújo**

*Juiz Coordenador Geral da ESMEC  
Mestrando em Direito Constitucional (UNIFOR)  
Especialista em Direito e Processo Eleitoral (UVA-ESMEC)*

**RESUMO:** Procura-se demonstrar que a Lei 11.417/2006 padece de inconstitucionalidade formal, decorrente de vício no processo legislativo. Iniciado no Senado, o projeto de lei recebeu emendas de mérito na Câmara dos Deputados, sendo enviado à sanção sem antes ser reexaminado pela Casa Legislativa de origem, como é próprio do sistema bicameral. Exigência contida no art. 65, § único, da Constituição Federal.

**Palavras-chaves:** Projeto de Lei. Processo Legislativo. Sistema Bicameral. Emendas. Sanção. Inconstitucionalidade Formal.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to demonstrate that Law 11.417/2006 has a formal unconstitutionality, which comes from a vice into the legislative process. The law process started on the Senate received merit amendments on The House of Representatives, and it was sent to sanction without being reexamined by its legislative house of origin, which is typical from bicameral system, as demands article 65, § unique paragraph, of Federal Constitution.

**Key-words:** Law project. Legislative Process. Bicameral System . Amendments. Sanction. Formal Unconstitutionality

### 1 Introdução.

Este estudo tem por escopo examinar a existência de vício formal na tramitação do projeto de lei 13/06, de iniciativa do Senado Federal, e que sofreu sensível alteração na Câmara Federal, sem que o projeto retornasse à Casa de origem como o exige o art. 65, § único, da Constituição Federal.

O projeto original recebeu emendas que à luz do art. 118 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados podem ser classificadas como substitutivas, supressivas, aglutinativas e modificativas, alterando-o substancialmente em muitos pontos.

Entretanto, o relator do projeto de lei na Câmara Federal considerou todas as emendas como se de redação fossem, furtando-se à devolução do projeto para o reexame da matéria pelo Senado Federal, consoante exigência contida no art. 65 da Constituição Federal. Escudou-se o relator em alegado precedente do Supremo Tribunal Federal que entende dispensável o reexame pela Casa de origem quando as emendas forem apenas de redação.

Aprovado na Câmara, o projeto foi enviado à sanção presidencial, resultando na Lei nº 11.417.

Esmiuçaremos cada emenda sofrida pelo projeto de lei na Câmara Federal, de modo a aferir a que espécie se refere, e se havia a necessidade de o projeto retornar ao Senado Federal em face das alterações promovidas no texto original, em obediência ao mandamento constitucional que rege a bicameralidade, com o visio de identificar possível inconstitucionalidade formal.

## **2 - Inconstitucionalidade formal.**

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser avaliada a partir de diferentes critérios e elementos, como, por exemplo, o momento em que ela se verifica, o tipo de atuação do Estado que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma.

A fim de oferecer um conhecimento básico para o presente estudo sobre a inconstitucionalidade formal da Lei nº. 11.417, procura-se, neste tópico, esclarecer o significado dessa espécie de inconstitucionalidade.

A Constituição disciplina a forma de produção das leis e das demais espécies normativas primárias, definindo, portanto, competências e procedimentos a serem seguidos na tarefa de sua criação. Quer dizer, na sua dimensão substantiva,



determina condutas a serem observadas, assim como valores e fins a serem alcançados.

Pois bem, conforme Luís Roberto Barroso, “ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico<sup>2</sup>”.

Para complementar esse conceito, merece transcrição o ensinamento de Paulo Bonavides:

O controle formal é, por excelência, um controle estritamente *jurídico*. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais de poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como só acontece nos sistemas de organização federativa do Estado<sup>3</sup>.

No que tange ao vício de forma, a primeira possibilidade a se considerar é a denominada inconstitucionalidade *orgânica*, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. Assim, caso a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação edite uma lei em matéria de Direito Penal ou de Direito Civil, incidirá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria<sup>4</sup>.

Por outro lado, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo que lhe é próprio.

O processo ou procedimento legislativo completo (percorrido pela lei ordinária e pela lei complementar) compreendem a iniciativa, a deliberação, a votação, a sanção ou o veto, a promulgação e a publicação. O vício mais comum é o que acontece no tocante à iniciativa de leis. Conforme a Constituição existem diferentes casos de iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos, como o Presidente da República (art. 61, §1º), o Supremo Tribunal Federal (art. 93) ou o Chefe do Ministério Público (art. 128, §5º). Isso significa dizer que somente o titular da competência reservada poderá desempenhar o processo legislativo naquela matéria. Destarte, caso um parlamentar apresente projeto de lei criando cargo público, modificando o estatuto da magistratura ou criando atribuições para o Ministério Público, ocorrerá inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa<sup>5</sup>.

Existem diversos exemplos de inconstitucionalidade formal, sendo, contudo, relevante colacionar a seguinte constatação de Luiz Roberto Barroso: “De vício formal padecerá igualmente, emenda constitucional ou projeto de lei que, sendo emendado na casa revisora, não voltar à casa de onde se originou (art. 60, § 2º, e 65)” (grifo nosso).

Feitas essas breves considerações acerca do conceito de vício formal de constitucionalidade, é possível perfeitamente dar seguimento a esta investigação.

### **3 A tramitação do projeto de lei.**

A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784/99, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, é resultante do projeto de lei 13/06, de iniciativa do Senado Federal, que o aprovou e enviou à Câmara Federal, onde tramitou como projeto de lei 6.636, de 2006.

Funcionando como Casa revisora, a Câmara Federal não se limitou a aprová-lo, mas promoveu-lhe algumas

alterações, tachadas pelo deputado Maurício Rands, relator do projeto, de emendas de redação, o que dispensaria a devolução do projeto à Casa de origem, consoante entendimento do STF.

Examinemos, pois, se se trataram de emendas de redação.

A matéria é disciplinada pelo art. 118 e seguintes do Regimento Interno na Câmara Federal, cujo *caput* diz que “Emenda é a proposição apresentada como acessória de outra (...)”, e pode ser supressiva, aglutinativa, substitutiva, modificativa, aditiva ou de redação.

Os parágrafos 2º a 8º do art. 118 definem cada espécie de emenda, a saber: § 2º **Emenda supressiva é a que manda erradicar qualquer parte de outra proposição.** § 3º **Emenda aglutinativa é a que resulta da fusão de outras emendas, ou destas com o texto, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos.** § 4º **Emenda substitutiva é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se “substitutivo” quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considera-se formal a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa.** § 5º **Emenda modificativa é a que altera a proposição sem a modificar substancialmente.** § 6º **Emenda aditiva é a que se acrescenta a outra proposição.** § 7º Denomina-se subemenda a emenda apresentada em Comissão a outra emenda e que pode ser, por sua vez, supressiva, substitutiva ou aditiva, desde que não incida, a supressiva, sobre emenda com a mesma finalidade. § 8º Denomina-se **emenda de redação a modificativa que visa a sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto.**

Fixada a definição de cada espécie de emenda, examinaremos o Projeto de Lei com a redação que lhe foi dada na Casa de origem, o Senado Federal, em cotejo com a redação final recebida na Câmara Federal. Para maior clareza colocaremos lado a lado a redação que cada artigo, parágrafo ou inciso recebeu em cada uma das Casas do Congresso Nacional.

PROJETO DE LEI APROVADO NO SENADO	PROJETO DE LEI APROVADO NA CÂMARA
Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, revisão e o cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.	Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de <b>enunciado</b> de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.
Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, <b>mediante decisão de dois terços de seus membros</b> , após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula...	Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar <b>enunciado</b> de súmula...
§ 1º A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.	§ 1º O <b>enunciado</b> da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.
§ 2º No procedimento para edição, revisão e cancelamento de súmula com efeito vinculante, é obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República.	§ 2º O Procurador-Geral da República, <b>nas propostas que não houver formulado</b> , manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.
§ 3º A decisão sobre a aprovação ou rejeição de súmula com efeito vinculante somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 8 (oito) Ministros.  <b>§ 4º Se não for alcançada a maioria necessária à aprovação da súmula por estarem ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de que se aguarde o seu comparecimento, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão num ou noutro sentido.</b>	§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.
§ 5º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão que aprovar, rever ou cancelar a súmula...	§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que <b>editar</b> , rever ou cancelar <b>enunciado</b> de súmula...
Art. 3º São legitimados a provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante: I- o Presidente da República; <b>II- o Advogado Geral da União</b> ; III- a Mesa do Congresso Nacional ou de suas Casas; IV- o Procurador-Geral da República; V- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI- o Defensor Público-Geral da União; VII- partido político com representação no Congresso Nacional; VIII- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX- a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; <b>XI- o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal; XII- o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Estado ou do Distrito Federal e Territórios; XIII- o</b>	Art. 3º São legitimados a provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante: I- o Presidente da República; II a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- o Procurador-Geral da República; V- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI- o Defensor Público-Geral da União; VII- partido político com representação no Congresso Nacional; VIII- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX- a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; <b>XI- os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais</b>

<p><b>Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal e Territórios;</b> XIV- os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.</p>	<p>Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.</p>
<p>§ 1º Os Municípios e as pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, poderão propor a edição de súmula com efeito vinculante, na forma do caput do art. 5º.</p>	<p>§ 1º O município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo</p>
<p>§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula com efeito vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros, mesmo aqueles sem interesse estritamente jurídico na questão, na forma estabelecida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal</p>	<p>§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.</p>
<p>Art. 4º No procedimento para edição de súmula, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de data certa.</p>	<p>Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.</p>
<p>Art. 5º A edição de súmula com efeito vinculante, quando se der de ofício, será proposta incidentalmente durante o julgamento de feitos da competência do Supremo Tribunal Federal, e sobrestará o seu julgamento, se necessário.</p> <p>Parágrafo único. A proposta de edição de súmula:</p> <p>I- se for feita perante a turma, a remessa dos autos ao plenário estará condicionada à anuência de 2 (dois) Ministros, e independerá de lavratura de acórdão;</p> <p>II- se apresentada perante o plenário, adotar-se-á o procedimento estabelecido pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.</p>
<p>Art. 6º Os legitimados nos incisos I a XIV do art. 3º poderão propor, mediante petição, a edição de súmula vinculante, independentemente da existência de processo em curso.</p>	

<p>Art. 7º A revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes, quando não ocorrerem de ofício, serão propostas mediante petição, sujeita a distribuição, independentemente da existência de processo em curso.</p> <p>§ 1º A petição, que deverá ser acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, indicará:</p> <p>I- o número do enunciado impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido;</p> <p>II- a existência de mudança jurídica ou fática substancial, capaz de justificar a alteração do entendimento que presidiu a edição da súmula.</p> <p>§ 2º Revogada a lei à qual a súmula está vinculada, tratando-se de súmula interpretativa, esta perde automaticamente a eficácia.</p> <p>§ 3º A proposta de revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante não enseja suspensão dos processos nos quais a matéria versada na súmula for discutiva.</p>	<p>Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.</p>
<p>Art. 8º Os enunciados da súmula serão redigidos com clareza e precisão, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:</p> <p>I- para a obtenção de clareza: (seguem-se 7 (sete) alíneas.</p> <p>II- para a obtenção de precisão: Seguem-se seis alíneas.</p>	<p>Sem correspondente na proposição aprovada pela Câmara.</p>
<p>Art. 9º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos cabíveis ou do uso de outros meios de impugnação.</p> <p>§ 1º Julgada procedente a reclamação referida no <i>caput</i>, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.</p> <p>§ 2º Quando a reclamação de que trata o <i>caput</i> impugnar o ato administrativo, será</p>	<p>Art. 7º Da decisão judicial ou ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.</p> <p>§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitida após esgotamento das vias administrativas.</p> <p>§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a</p>

<p>exigido, como condição de procedibilidade, o esgotamento da instância administrativa, observado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da ciência do ato impugnado, desde que não se trate de ato omissivo ou desde que nessa instância se possam obstar os efeitos do ato.</p> <p>§ 3º O procedimento da reclamação de que trata o <i>caput</i> deste artigo será estabelecido no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.</p>
<p>Art. 10. Caberá ao Supremo Tribunal Federal estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias ao cumprimento desta lei</p>	<p>Sem correspondente na proposição aprovada pela Câmara.</p>
<p>Artigos. 11, 12 e 13 tiveram as suas redações mantidas nos seus correspondentes aprovados pela Câmara, artigos 9º, 10 e 11.</p>	<p>Redação mantida na Câmara.</p>

Iniciada a tramitação na Câmara Federal, o relator apresentou de início sete emendas, numeradas de 1 a 7, que podem claramente ser definidas como de redação. Com efeito, eram proposições que não alteravam a substância do projeto de lei oriundo do Senado, limitando-se a substituir uma palavra ou uma expressão por outra equivalente, sem mudar-lhe o significado. Transcrevemos, para ilustrar o assunto, a emenda de nº 2:

#### Emenda de Redação nº 2

Substitua-se o vocábulo “súmula” pela expressão “súmula vinculante”, constante dos seguintes dispositivos, todos do PL nº 6.636, de 2006: §§ 1º e 4º do art. 2º; art. 4º e *caput* do art. 8º.

Contudo, ao longo do processo legislativo outras proposições, que não eram meras emendas de redação, foram apresentadas. O Deputado Fleury apresentou através de voto em separado um projeto substitutivo, propondo alterações no mérito do projeto original.

Posteriormente o Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto, também em voto à parte, apresentou outro substitutivo, com alterações substantivas no projeto em tramitação, a saber:

“(a) ...

(b) Ainda sobre quorum, a proposição não explicita o número de votos necessários para cancelar ou revisar enunciado sumular. Nesse sentido, cumpre sublinhar que a revisão importa na alteração da súmula, gerando novo verbete. Já o cancelamento limita-se a anular, a revogar o enunciado. Ainda assim, caberia , em nome da segurança jurídica, admitir o cancelamento de súmula apenas quando se verificar alteração da orientação do Tribunal por no mínimo 6 de seus membros. Nos demais casos, a aprovação deverá ser necessariamente por, no mínimo, 8 Ministros.

(c) ...

(d) ...

(e) ...

(f) O texto, em seu art. 3º, amplia de forma excessiva o número de legitimados a provocar a Corte com pedidos de edição, cancelamento e revisão de súmula. Cumpre, assim, enxugar, de alguma forma, o rol de legitimados. Por exemplo, não há razão para que entidades da administração federal indireta possam provocar o Tribunal, na medida em que seus procuradores encontram-se sob a supervisão e coordenação do Advogado-Geral da União. O mesmo ocorre com os Procuradores-Gerais de Estado, que são subordinados aos Governadores, já devidamente legitimados.

(g) O § 2º do art. 7º determina a perda automática de eficácia de súmula que esteja vinculada à lei revogada. Já o substitutivo apresentado determina que o Supremo Tribunal proceda à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso. Ora, ainda



que a lei esteja revogada, necessário se faz manter em vigor a súmula, pois os casos ocorridos sob a vigência daquele diploma continuarão a chegar ao Supremo Tribunal Federal. Exemplar, nesse caso, é o caso dos juros reais de 12% ao ano. Mesmo após a revogação do § 3º do art. 192 da Constituição, litígios que envolviam sua aplicação continuaram a chegar ao Pretório Excelso. Ademais, a súmula pode estar vinculada a dispositivo constitucional, e não só legal. Tal situação mereceu, porém, solução diversa no projeto.

(h) Deixou a proposição de estabelecer de forma clara os requisitos para admissibilidade das petições de edição e revisão de súmula. Dispensou o proponente de comprovar as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia atual que fundamentam a aprovação de enunciado sumular.

(i) Em seu art. 5º, estabeleceu a proposta mecanismo incidental para edição de súmula, onde ao proponente confere-se a prerrogativa de provocar a Corte durante o julgamento. Ora, na sessão de julgamento como seria realizado o pedido de edição de súmula? Oralmente? Não há nada estabelecido. Nesse caso, estaria dispensado de comprovar a presença dos requisitos para a edição ou revisão de súmula? Trata-se, ao que parece, de procedimento que descuida dos pressupostos para o requerimento de edição ou revisão súmula. Dispensa, até mesmo, a redução a termo das razões a serem consideradas. Cumpre, assim, conferir-lhe formalidades mínimas.

(j) O art. 8º do projeto original estabelece longa definição de critérios para redação da súmula,

quando o mais simples e eficaz seria apenas determinar a observância, no que couber, do art. 11 da Lei Complementar nº 95/99.

(k) O projeto não define os limites objetivos do efeito vinculante. Desse modo, em consonância com a jurisprudência do STF, cabe deixar claro que o efeito vinculante decorrente da súmula implica a obrigatoriedade do seu enunciado e, em caráter ancilar, dos fundamentos determinantes que serviram de motivação para as decisões que lhe deram embasamento.

(l) A proposição também incorre em omissão sobre a recorribilidade das decisões que resultarem em cancelamento, revisão ou edição de súmula. Nesse ponto, cumpre estabelecer, no mínimo, regra semelhante ao processamento das ações diretas de inconstitucionalidade, que inadmite recurso, salvo embargos de declaração.”

O Deputado relator apresentou complementação de voto acolhendo várias das sugestões constantes dos votos em separado dos dois deputados nominados no parágrafo anterior, e de outras que chegaram a partir de consultas feitas a Ministros do STF, à OAB nacional e à AMB. No afã de não devolver o projeto de lei à Casa de origem, disse o relator: “(...) as alterações de redação não implicam alterações de conteúdo, o que mantém a tramitação conclusiva nesta Casa. No mais, **efetivei supressões** que, do mesmo modo, não ensejam o retorno da matéria ao Senado Federal” (destaque nosso). Ao final, arremata o relator: “(...) apresento a presente emenda de redação que, como dito, acolheu diversas sugestões contidas nos votos dos Deputados Fleury e ACM Neto e procurou manter, em essência, o projeto original da Comissão Mista” (destaque nosso).

A alegação do Deputado Maurício Rands não resiste ao menor exame. De fato, dentre as inúmeras inovações ao projeto de lei aprovado no Senado, o relator confessa: “(...) **procedi a**

**supressões nos incisos do art. 3º, retirando a legitimidade de agentes estaduais** que, pela existência de agentes federais simétricos, já se encontram funcionalmente contemplados” (destaque nosso). Ressalte-se que não foram apenas autoridades estaduais, e ainda que fossem, essa circunstância não desnatura as alterações de mérito sofridas pelo projeto de lei, cada uma delas, de per si, suficiente para impor a sua devolução ao Senado Federal. Dentre os que perderam a legitimação ativa estão o **Advogado-Geral da União**, o **Procurador-Geral de Estado** ou do **Distrito Federal**, o **Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público Estadual** ou do **Distrito Federal** e o **Defensor Público-Geral de Estado** ou do **Distrito Federal**.

A poda no projeto original foi além: “(...) suprimi os arts. 5º e 6º do Projeto, pois desnecessários, já que o art. 3º garante aos legitimados, havendo ou não processo em curso perante o STF, a possibilidade de proporem a edição de enunciado de súmula”. E prosegue: “Ainda suprimi referências normativas do art. 7º, mantendo outras em artigos próprios, e a integralidade do art. 8º que, pela natureza regimental, deverão ficar mais bem alojadas no âmbito regimental de competência do Supremo Tribunal Federal”.

As inúmeras alterações no projeto original, ao contrário do que afirma o relator, não se limitam aos aspectos formais. Algumas, ao revés, como restou evidente no quadro demonstrativo acima, implicam em alteração de conteúdo.

É o caso, por exemplo, do art. 2º, *caput*, e seus parágrafos 3º e 4º. O parágrafo 3º previa quorum mínimo de 8 Ministros para a sessão em que o STF deliberasse sobre a edição, aprovação ou rejeição de súmula. O parágrafo 4º contemplava a suspensão do processo na hipótese de não ser alcançada a maioria necessária à aprovação da súmula por estarem ausentes ministros em número que pudesse influir no julgamento. O substitutivo aprovado na Câmara simplesmente aboliu o quorum de instalação e suprimiu integralmente o parágrafo 4º. Vale salientar que nenhuma emenda supressiva

pode ser tachada de emenda de redação.

Também ilustrativo desse quadro é o parágrafo 2º do mesmo art. 2º, que no projeto original previa a manifestação do Procurador-Geral da República no procedimento para edição, revisão e cancelamento de súmula com efeito vinculante. Na modificação perpetrada na Câmara, foi excluída a sua manifestação como *custos legis* nas hipóteses em que for de sua iniciativa o pedido de edição, revisão e cancelamento da súmula. Essa, indubitavelmente, não foi uma emenda de redação, pois promoveu modificação de mérito no projeto original.

E o que dizer, então, da alteração que a Câmara promoveu no art. 3º, suprimindo do rol de legitimados o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Estado ou do Distrito Federal, o Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal, e as pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta, nas esferas federal, estadual e municipal? Por maior boa vontade que se tenha, por mais que se considere acertada a supressão, essa modificação não tem cunho meramente formal, ela atinge a substância, o mérito do projeto, na medida em que opta por restringir a legitimação ativa para provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante.

Por igual, altera o mérito do projeto o substitutivo aprovado na Câmara para o art. 4º, ao acrescentar o quorum qualificado de 2/3 para restringir o alcance dos efeitos vinculantes ou decidir a sua eficácia diferida. A primitiva redação não cogitava desse quorum qualificado, e ao estabelecê-la a Câmara, uma vez mais, promoveu sensível alteração no texto original, o que implica, pela regra da bicameralidade, na obrigatoriedade da devolução do projeto ao Senado Federal para o necessário reexame.

Também foge ao conceito de emenda de redação a supressão do art. 5º, seu parágrafo único com os incisos I e II, do art. 6º, do art. 7º, § 1º, incisos I e II, e o art. 8º, com seus dois

incisos e suas treze alíneas, do projeto oriundo do Senado. Tem-se, uma vez mais, emendas supressivas, que necessariamente impõem o retorno do projeto à Casa de origem.

Por fim, mas não menos importante, o art. 9º trazia duas exceções à necessidade de esgotamento da via administrativa, a saber: desde que não se tratasse de ato omissivo ou desde que nessa instância (administrativa) se possam obstar os efeitos do ato. A emenda substitutiva apresentada na Câmara suprimiu essas exceções, atingindo o mérito da proposição aprovada no Senado Federal.

#### **4 A bicameralidade e a regra inserta no art. 65, § único da Constituição Federal.**

Há duas formas de organização legislativa, a bicameral e a unicameral. Interessa-nos, neste estudo, a bicameralidade, forma adotada no Brasil desde a pioneira Constituição de 1824, que a previa no art. 14: “A Assembléia Geral compõe-se de duas Câmaras: Câmara de Deputados, e Câmara de Senadores, ou Senado”.

O sistema bicameral foi mantido em todas as Constituições seguintes, inclusive na carta outorgada por Vargas em 1937, cujo art. 38, § 1º dispunha: “O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal”. Vale registrar que a Constituição de 1934, em seu art. 22 atribui o exercício do Poder Legislativo à Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado. Por essa razão, José Afonso da Silva diz que essas duas Constituições “tenderam para o unicameralismo”<sup>6</sup>.

Na tradição federalista, a Câmara representa o povo e o Senado os Estados federados. Na Constituição brasileira vigente não há o predomínio de uma Casa sobre a outra, mas José Afonso da Silva anota que “a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa”<sup>7</sup>, conferida pelos artigos 61, § 2º, e 64 da Carta Política.

Segundo Bastos, o “bicameralismo consiste exatamente

nesta circunstância de o Poder Legislativo manifestar-se tão-somente pela conjugação das vontades de dois órgãos autônomos que deliberam, em regra, isoladamente”<sup>8</sup>.

O dualismo cameral tanto pode ser visto como técnica de organização do Poder Legislativo como técnica ao processo legislativo. O processo legislativo no sistema bicameral impõe o exame da matéria por cada uma das Casas Legislativas. No caso em exame, o projeto de lei era originário do Senado, e somente poderia seguir para a sanção se fosse aprovado sem emendas pela Câmara. Como restou patente, o projeto sofreu profundas alterações na Câmara dos Deputados, e pela regra inserta no art. 65, § único, da Constituição Federal, deveria necessariamente retornar ao Senado para a apreciação das emendas.

### **Considerações finais.**

Após detida análise das emendas substitutivas e do voto do relator, restou-me a sensação de que a regra constitucional que determina o reexame da matéria pela Casa de origem quando o projeto de lei sofre emendas na Casa revisora, foi percebida e tratada pelo relator da matéria na Câmara dos Deputados como um estorvo, algo incômodo e indesejado que precisava ser afastado a qualquer custo.

Com efeito, percebe-se o deliberado propósito de burlar a regra constitucional através de sinuosos argumentos de que as emendas ao projeto original eram meramente de redação, muito embora esses argumentos não resistam ao menor exame e sejam desnudados pelo próprio relator quando admite expressamente em seu relatório que: efetuou supressões de diversos dispositivos; restringiu o rol de legitimados; estabeleceu quorum de 2/3 para restringir o alcance dos efeitos vinculantes ou decidir sua eficácia diferida; excluiu a manifestação do Procurador Geral da República como *custos legis* nos pedidos de sua iniciativa; e, por fim, afastou as exceções previstas para a exigência do esgotamento da via administrativa.

Estou em que essa não foi uma atitude isolada do relator. Não é proesa para um homem só levar o Congresso Nacional a desrespeitar a Constituição Federal de forma tão evidente. É fácil perceber a conjunção de vontades para agilizar a conclusão do processo legislativo e desprezar a exigência constitucional de fazer retornar o projeto de lei à Casa de origem. Tampouco passa despercebida a vista grossa para os claros sinais de inconstitucionalidade formal e a pressa em aplicar essa lei, eis que aprovadas ainda no ano passado as primeiras súmulas com efeito vinculante.

Esse acintoso descumprimento de preceito constitucional não só desprestigia a Constituição e contribui para a sua baixa efetividade, mas pode produzir um efeito contrário ao pretendido com a criação da súmula. Não é improvável que juízes de todo o país deixem de aplicar as súmulas vinculantes acolhendo o argumento, via controle difuso, da inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.417/2006, aumentando, ainda que momentaneamente, o volume de processos no STF.







Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 - Água Fria - 60.811-670 - Fortaleza-Ceará  
Telefone (85) 3278.4013/3278.6242- e-mail: esmectj@gmail.com

[www.tjce.jus.br/esmec](http://www.tjce.jus.br/esmec)

## **INSTRUÇÕES ESPECÍFICAS PARA O ENVIO E RECEBIMENTO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO**

Os originais dos artigos deverão ser enviados por meio de correio eletrônico para o e-mail [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com). Cópia impressa do artigo, com as folhas rubricadas pelo autor e assinado ao final, deverá ser enviada aos cuidados da Secretaria Executiva da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), com endereço físico à Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Edson Queiroz, CEP 60811-670, Fortaleza-CE. Os artigos enviados deverão obedecer, obrigatoriamente, à seguinte **formatação textual**:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 30 (trinta) páginas;
- b) formato do papel deve ser A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, salvo nas notas de rodapé e nas citações, nas quais deve ser utilizado espaçamento simples;
- c) fonte Arial;
- d) tamanho 12, exceto nas citações longas (recuar 4 cm, manter mesma fonte, reduzir para tamanho 10);

- e) parágrafos com entrelinha simples, sem espaçamento entre eles;
- f) o artigo deverá conter os seguintes elementos pré-textuais: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos; sumário, com indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho; resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, de até 100 palavras.

Além disso, os **originais do artigo** deverão ser apresentados, obrigatoriamente, da seguinte forma:

- a) em 1 (uma) via, impressa em papel A4;
- b) com indicação do(s) autor(es) do trabalho e data de elaboração;
- c) com indicação da situação acadêmica, títulos e instituições nas quais a atividade principal do(s) autor(es) é exercida.

Os trabalhos que não obedecerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los para o próximo número, desde que efetuadas as modificações necessárias. O autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração de artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028 e suas posteriores atualizações, quando houver. Em caso de dúvida, é sempre possível manter contato com o organizador dos textos para publicação na revista, cujo endereço eletrônico encontra-se disponibilizado acima.

Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Themis. O autor receberá gratuitamente três exemplares do número da Revista no qual conste artigo de sua autoria.

Este número da revista foi composto na fonte Arial, corpo 12.  
O miolo foi impresso em papel tipo AP 75 g/m<sup>2</sup> e  
a capa em cartão supremo 240 g/m<sup>2</sup>. Impresso no Parque Gráfico do  
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.  
Av. Ministro José Américo s/n - Cambéba - Fortaleza-CE.  
Fone/Fax: (85) 3216.2634