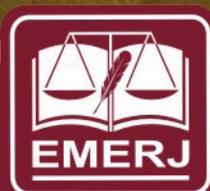


REVISTA DA

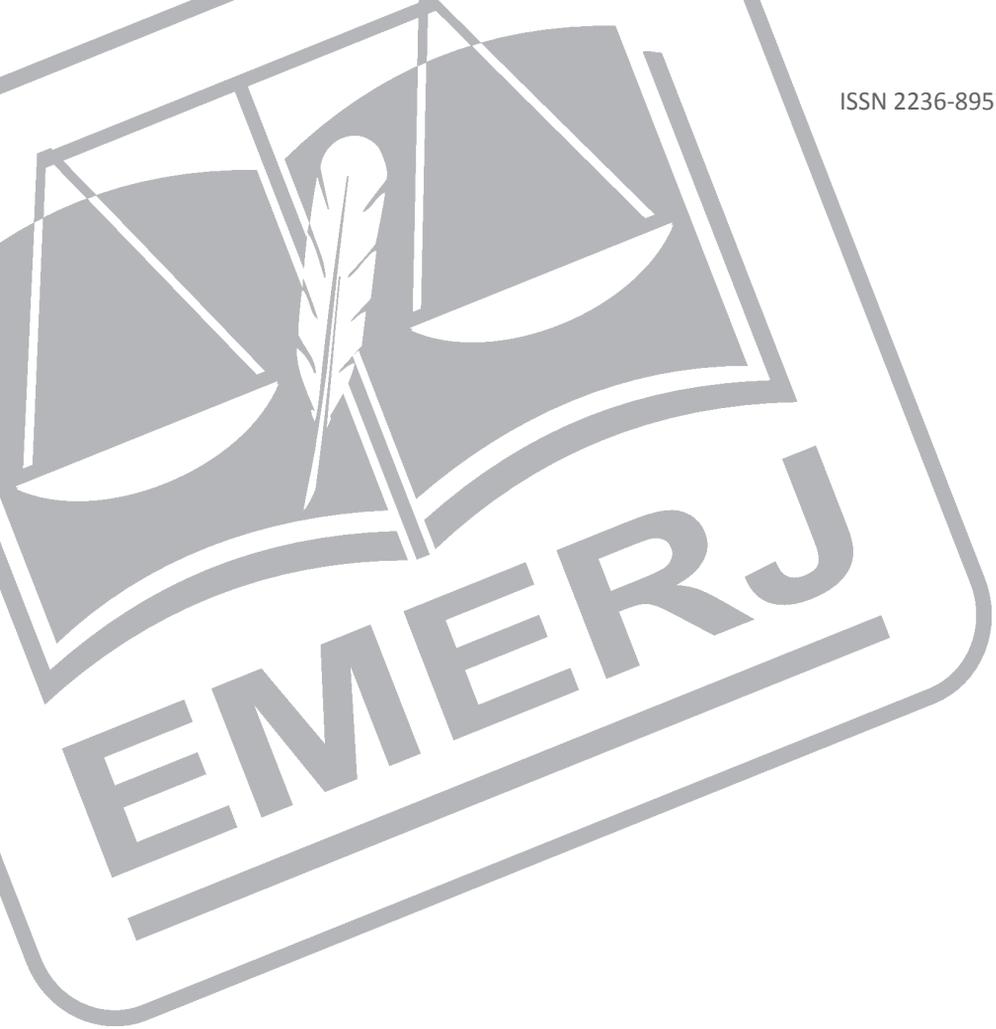
ISSN 2236-8957

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 16 • N. 61 • Janeiro/Fevereiro/Março • 2013



ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

v. 16 - n. 61 - 2013  
*Janeiro/Fevereiro/Março*

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 16	n. 61	p. 1-256	jan.-fev.-mar. 2013
----------	----------------	-------	-------	----------	---------------------

© 2013 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ**

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Conselho Editorial:**

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

**Coordenação:** Juízes de Direito Rubens Roberto Rebello Casara, Alexandre Corrêa Leite e André Luiz Nicolitt.

**Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.**

**Editor:** Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago;  
**Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090  
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

## ❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Sérgio de Souza Verani

## ❖ CONSELHO CONSULTIVO/COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

Juiz de Direito Alexandre Corrêa Leite

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

## ❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

## ❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Nagib Slaibi Filho

## ❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

## ❖ ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL

Maria Cristina Camargo Corrêa



# Sumário

---

- 7 | **Apresentação**
- 9 | **Factoring**  
*Afranio Carlos Moreira Thomaz*
- 47 | **Os Princípios no Projeto do Novo Código de Processo Civil: Visão Panorâmica**  
*Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte*
- 72 | **Cinco Escritos Sobre Ações de Massa e Demandismo**  
*Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos*
- 103 | **As Crises e os Direitos Humanos**  
*Daniel Vianna Vargas*
- 113 | **A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil**  
*Eleonora Mesquita Ceia*
- 153 | **O Papel da Criminologia na Definição do Delito**  
*Flávia Sanna*
- 174 | **Eu Sou o Juiz. Será que o Juiz Sou Eu? O Neoplatonismo Versus O Compromisso com a Democracia\***  
*Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes*
- 183 | **Nota sobre o Conceito de Atividade Jurídica**  
*Julio Pinheiro Faro*
- 189 | **O Poder Judiciário no Estado de Direitos**  
*Leonardo Scofano Damasceno Peixoto*
- 208 | **A Inserção do Outro no Horizonte Dialógico Entre o Direito e a Psicanálise**  
*Marcus da Costa Ferreira*

**217 | Saúde Pública e Poder Econômico**

*Nicholas Maciel Merlone*

**237 | Estado Penal *Versus* Estado Democrático de Direito:  
A Hipertrofia do Poder Punitivo e A Pauperização Da  
Democracia**

*Taiguara L. S. e Souza*

# Apresentação

---

Esta é a primeira Revista da gestão 2013/2014. Integrada à finalidade essencial da EMERJ – escola de formação de magistrados –, a Revista participa desta formação, no sentido de preparar, de modo contínuo e permanente, um Juiz compromissado com a garantia dos princípios constitucionais fundamentais e dos Direitos Humanos.

Pretendemos que a EMERJ seja construída, cada vez mais, como espaço de produção do pensamento, com um saber crítico, dialógico e ético sobre o Poder Judiciário e a prática judicial.

O XXXI Encontro do Copedem (Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura) delibera, na sua Carta de Recife (maio de 2013):

“O Juiz é ator fundamental da resolução de litígios e garantias dos direitos fundamentais numa sociedade democrática, pluralista, multicultural, o que exige formação profissional eficiente e contínua, globalizada, dinâmica e partilhada, que assegure a sua independência e imparcialidade.”

O juiz José Mouraz, inspirador desse trecho e professor da Universidade de Coimbra, mencionava, na sua palestra, que o juiz deve cuidar para não estabelecer um “estranhamento com os modos da execução da atividade jurídica”. Comentei que esse “estranhamento” constituía também um mal-estar, produzido pelo afastamento do juiz com o resultado do seu próprio trabalho.

Para ajudar na compreensão desse mal-estar, o primeiro curso oferecido este ano aos juízes em vitaliciamento intitula-se “As Consequências Sociais das Decisões Judiciais – a Concretização dos Direitos”.

Confiamos que a Revista, com a participação de todos, contribuirá para a complexa e integral formação do juiz.

**Desembargador Sérgio de Souza Verani**

Diretor-Geral da EMERJ



# Factoring

**Afranio Carlos Moreira Thomaz**

*Procurador do Banco Central do Brasil*

## 1- NOÇÕES GERAIS

Segundo o magistério de Fran Martins, ...

*“O contrato de faturização ou **factoring** é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.” (In **CONTRATOS E OBRIGAÇÕES COMERCIAIS**, p. 469, 15ª edição, 2002, Rio de Janeiro, editora Forense)*

Tradicionalmente, temos então que através do contrato de *factoring* (também chamado de *fomento mercantil* ou *faturização*), um empresário (faturizador) presta contínua e cumulativamente ao seu cliente (faturizado) serviços de assessoria mercadológica e creditícia, de seleção de riscos, de gestão de crédito, de acompanhamento de contas a receber etc., conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos resultantes de vendas mercantis ou de prestação de serviços realizadas a prazo por seus faturizados. Costuma-se dizer que, graças a esses serviços prestados pelas empresas de *factoring*, o faturizado consegue expandir seus ativos, aumentar suas vendas, eliminar ou diminuir seu endividamento, e transformar vendas a prazo em vendas à vista.

No entanto, dúvida não há de que a principal atividade integrante do contrato de *factoring* consiste na compra, pelo faturizador, de créditos titularizados pelo faturizado.

Assim, temos que nessa modalidade contratual uma das partes (faturizado) cede à outra (faturizador) créditos de vendas mercantis, assumindo esta última o risco de não receber os valores a eles corresponden-

tes, mediante o pagamento de uma comissão. Financia-se o faturizado com o *adiantamento* da quantia devida pelo comprador (devedor original), assumindo o faturizador o risco da insolvência ou do inadimplemento deste último – circunstância essa que enseja e justifica sua interferência na gestão e na contabilidade do faturizado, exercendo controle e obtendo informações sobre sua atividade.

Diz-se que o *factoring* não representa uma atividade financeira propriamente dita, mas sim uma operação especulativa, por implicar na *assunção do risco* de insolvência do devedor original. Ao ceder/alienar seus créditos ao faturizador, o faturizado também transfere a este os ônus e preocupações decorrentes da concessão de crédito aos seus clientes e consumidores, pois o faturizador assume integralmente os riscos do inadimplemento dos devedores, ao passo que, por outro lado, o faturizado garante apenas a *existência*, a *legitimidade* e a *validade* do crédito cedido.

Em síntese, temos que nesse contrato, uma das partes (o faturizado) entrega à outra (o faturizador) um crédito de que até então era titular, recebendo, como contraprestação, o valor a ele correspondente, do qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação. *Factoring* é, assim, o contrato por via do qual uma das partes cede (vende) a terceiro vários créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo este último o risco de não recebê-los, contra o pagamento de determinada comissão pelo cedente.

## 2- NATUREZA JURÍDICA

O *factoring*, em sua essência, se identifica com a *cessão onerosa de créditos*, visto que há, certamente, a *venda do faturamento* de uma empresa para outra. Comparando o instituto com o desconto bancário, tem-se que os fundamentos são os mesmos para ambos: a cessão de créditos e o recebimento dos valores neles expressos, diminuída de uma comissão – maior no caso do *factoring* por envolver *risco* para o faturizador, qual seja, o da insolvência do devedor original. Assim, a diferença está na inexistência do direito de regresso no *factoring*. Orlando Gomes defende a ideia de um contrato bancário atípico que reúne características da cessão de crédito, do mandato e da locação de serviços, distinguindo-se do *desconto bancário* porque é uma cessão de crédito sem direito de regresso contra o cedente.

Mas o contrato de *factoring* não se resume à cessão de crédito apenas, conforme visto anteriormente. Diz-se que presente se faz, ainda, a *prestação de serviços* pelo faturizador ao faturizado. Tais serviços envolvem a análise do risco (apuração sobre a eventual negativação dos nomes dos devedores originais junto ao SPC, ao SERASA e aos cartórios de protesto de títulos), e atividades de assessoria mercadológica, creditícia, gestão de crédito, acompanhamento de contas a receber, além de outras congêneres.

Diferentemente do que sustenta Orlando Gomes, não nos parece correto afirmar que o *factoring* traria embutidas em sua natureza jurídica as características do *mandato*, porquanto naquela operação o faturizador, como cessionário dos créditos a ele transferidos pelo faturizado, age em nome próprio, nunca na qualidade de mandatário deste – até porque, como já se disse, tais créditos são cedidos em caráter *pro soluto*. Daí não nos parecer totalmente correto afirmar que dentre os serviços prestados estaria incluída a apuração sobre a eventual negativação dos nomes dos devedores originais junto ao SPC, ao SERASA e aos cartórios de protesto de títulos, porquanto tais atividades são realizadas sobretudo no interesse do faturizador, potencial adquirente dessas obrigações.

Também deve ser rechaçada a ideia de que o *factoring* embutiria em sua natureza jurídica o contrato de mútuo. Com efeito, o que efetivamente existe no *factoring* é uma transação à vista de compra e venda de direitos. Inexiste no *factoring* qualquer obrigação, por parte do faturizado, de *restituir* o numerário recebido do faturizador, uma vez que, a rigor, não há *adiantamento*, mas sim aquisição, à vista e em dinheiro, de bens móveis representados, em geral, por títulos de crédito.

Ainda sobre a natureza jurídica do *factoring*, afirma Fábio Ulhoa Coelho que...

*“A natureza bancária do conventional factoring é indiscutível, à vista da antecipação pela faturizadora do crédito concedido pelo faturizado a terceiros, que representa inequívoca operação de intermediação creditícia abrangida pelo art. 17 da LRB. Já em relação ao **maturity factoring**, em razão da inexistência do financiamento, poderia existir alguma dúvida*

*quanto ao seu caráter bancário. Ensina Newton de Lucca, no entanto, que, havendo da parte da faturizadora a assunção dos riscos pelo inadimplemento das faturas objeto do contrato, a faturização se revestirá, também nesse caso, de nítida natureza bancária.” (In CURSO DE DIREITO COMERCIAL, v. 3, 11ª edição, p. 144, São Paulo, editora Saraiva, 2010)*

O art. 17 mencionado no acima reproduzido escólio de Fábio Ulhoa Coelho é o da Lei 4.595/64 e possui a seguinte redação:

*“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.*

*Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas nes te artigo, de forma permanente ou eventual.”*

Em que pese o magistério de Fábio Ulhoa Coelho acima transcrito, o entendimento predominante nos dias atuais é o de que as empresas de *factoring* não desempenham qualquer atividade considerada de natureza bancária/financeira, à luz do transcrito dispositivo legal. Considera-se que as empresas de *factoring* não praticam atos de intermediação mediante simultânea *captação* e *aplicação* de *recursos de terceiros*, valendo-se, na verdade, de *recursos próprios* na aquisição do faturamento de seus faturizados. Diferentemente dos bancos em geral, as empresas de *factoring*, no desempenho de suas atividades, não utilizam recursos oriundos de depositantes ou de investidores captados junto ao público, limitando-se a atuar a partir de capital próprio, proveniente, em regra, do aporte de sócios ou proveniente de linhas bancárias, mas sempre recursos do próprio risco,

não se cogitando, ao menos em tese, de captação de recursos da poupança popular. Por isso se diz que a empresa de *factoring*, uma vez que utiliza seus próprios recursos, responde, por si, por eventuais prejuízos decorrentes de seus negócios, não colocando em risco a poupança do público em geral e, por conseguinte, a higidez do SFN.

De igual modo, essas empresas não captam e não administram seguros, câmbio, consórcios, títulos de capitalização ou qualquer outro tipo de poupança, permanecendo, assim, afastadas do núcleo material das atividades de índole financeira.

Assim, tem-se que as operações de *factoring* não envolvem qualquer *intermediação financeira*, cujo lucro provenha do diferencial entre as taxas de juros da aplicação do capital e da captação no mercado, tratando-se, na verdade, de mera operação de compra, por um preço que se acredita vantajoso, de direitos de crédito, a que se somam prestações de serviços de variada ordem. Nesse sentido, foi o seguinte julgado do STJ:

***“As empresas de factoring não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros.”*** (STJ – 4ª Turma – REsp 938.979/DF – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 29.06.2012)

O problema é que o art. 17 da Lei 4.595/64 também se refere à *“intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios”* como elemento caracterizador da atividade financeira. Então, pela dicção literal desse preceito legal, o fato de as empresas de *factoring* utilizarem *recursos próprios* no desempenho de suas atividades também as classificaria como instituições financeiras.

Para o BACEN, sem dúvida que é muito mais conveniente sustentar o não enquadramento do *factoring* no rol das atividades típicas das instituições financeiras, de modo a isentar a referida autarquia de exercer fiscalização sobre as inúmeras empresas que atuam nesse ramo por todo o país – o que, aliás, demandaria uma estrutura e um aparelhamento difíceis de serem adequadamente supridos.

De toda sorte, parece mesmo não haver muito sentido na qualificação, como exercente de atividade financeira, de alguém que realize as

atividades descritas na segunda parte do *caput* do art. 17 da Lei 4.595/64 com *recursos próprios*. Com efeito, se afigura extremamente difícil a concepção de alguma situação concreta em que alguém possa “coletar” (obter, captar, recolher) ou “intermediar” (deslocar de um lugar para outro) recursos “próprios”, de modo a caracterizar tal ato como atividade financeira, pois tais elementos (coleta e intermediação) só se tornam viáveis em termos práticos se se referirem a recursos de terceiros.

Além disso, se levarmos ao pé da letra o disposto no parágrafo único do comentado art. 17, teríamos que entender, então, que a *pessoa física* que aplica *recursos financeiros próprios de forma eventual* estaria invariavelmente submetida à Lei 4.595/64, e converteria qualquer indivíduo que emprestasse a um amigo dinheiro auferido de seu trabalho a juros de 1% ao mês (prática perfeitamente lícita) em exercente de atividade típica de instituição financeira – o que soaria verdadeiro absurdo.

Necessário se fazer, então, uma *interpretação restritiva* do art. 17 da Lei 4.595/64, ignorando-se a parte em que tal preceito alude a “recursos financeiros próprios”, e mantendo-se apenas aquela que se refere a “recursos financeiros de terceiros”.

Na esteira do raciocínio aqui desenvolvido, cumpre registrar que a menção a “*recursos financeiros próprios*” foi vetada no art. 1º da Lei 7.492/86, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional, tendo a redação desse preceito se referido ao final, apenas, a recursos financeiros de terceiros.

Por outro lado, não se deve olvidar que o CC de 2002, pelo art. 645 combinado com o art. 587, estabelece que o depósito irregular (de coisas fungíveis) opera a *transferência do domínio* da coisa depositada.

Por essa regra, o numerário obtido pelas instituições financeiras junto a terceiros, uma vez lá depositados por seus correntistas e investidores, passam para a propriedade dos bancos – o que leva à conclusão de que, a rigor, tecnicamente falando, os recursos por eles intermediados ou aplicados seriam sempre *próprios*, e nunca de terceiros.

Porém, adverte Fábio Ulhoa Coelho que “*se (a norma que estiver sendo interpretada) possui apenas significado comum, não convém obscurecê-lo ou restringi-lo com técnicas, presumindo-se que a autoridade a empregou em seu sentido corriqueiro*” (In **CURSO DE DIREITO CIVIL**, v. 1, 1ª edição, p. 93, São Paulo, editora Saraiva, 2003). Ou seja, deve-se partir da premissa de que o legislador, no caso, empregou a linguagem comum, e não a do Direito

técnico, já que a interpretação lógica do dispositivo em apreço revela indubitavelmente tal circunstância.

Então, estabeleceu-se em sede doutrinária, administrativa e jurisprudencial que as empresas de *factoring* simplesmente não poderiam agir regressivamente contra o faturizado que lhe houvesse cedido um crédito não satisfeito por seu devedor original, fixando-se, dessarte, um traço que diferenciasse essa modalidade contratual do desconto bancário – este sim, indiscutivelmente, considerado atividade privativa de instituição financeira, em cujo âmbito os créditos transferidos pelo cliente bancário o são em caráter *pro solvendo*, responsabilizando-se este subsidiariamente pelo cumprimento da obrigação, que se pressupõe ter sido endossada sem qualquer ressalva. Assim, enquanto o *factoring* configura uma simples compra de ativos financeiros por parte do faturizador, que realiza tal aquisição com recursos próprios, o desconto bancário traz em seu bojo a ideia de mútuo (empréstimo), podendo o estabelecimento de crédito utilizar recursos captados de terceiros.

Enfim, com base em tais argumentos, tem predominado o entendimento segundo o qual a empresa de fomento mercantil não se confunde com banco, nem se identifica como instituição financeira, conforme as atividades descritas no art. 17 da Lei 4.595/64. Seu funcionamento, portanto, não estaria a depender de autorização do BACEN, nem sua atividade se submete à fiscalização da referida autarquia, bastando, para a sua regularidade formal, o mero registro na Junta Comercial do Estado onde estiver situada a sua sede.

A propósito, convém ressaltar que o art. 1º da Resolução CMN 2.144/95 assim estabelece:

*“Art. 1º. Esclarecer que qualquer operação praticada por empresa de fomento mercantil (‘factoring’) que não se ajuste ao disposto no art. 28, § 1º, alínea ‘c.4’, da Lei nº 8.981, de 20.01.95, e que caracterize operação privativa de instituição financeira, nos termos do art. 17, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, constitui ilícito administrativo (Lei nº 4.595, de 31.12.64) e criminal (Lei nº 7.492, de 16.06.86).”*

### 3- CLASSIFICAÇÃO

O contrato de *factoring* pode ser classificado da seguinte forma:

#### **Bilateral**

Há obrigações e direitos recíprocos entre o faturizador e o faturizado. Àquele incumbe prestar os serviços ajustados no contrato, e pagar ao faturizado as importâncias relativas às faturas que lhe são apresentadas, enquanto que, para este, há a obrigação de remunerar o faturizador através do pagamento de comissões, bem como de submeter ao faturizador as contas dos clientes, oportunizando a este rejeitar aquelas de pouca qualidade ou de difícil recebimento.

#### **Consensual**

O contrato de *factoring* pode, em tese, ser celebrado verbalmente, não demandando ser reduzido a escrito, muito embora esta seja a forma mais comum de representação desse ajuste. Não se exige, de igual modo, a efetiva tradição ou transferência de créditos ao faturizador para a sua perfeita configuração, sendo suficiente o mero acordo de vontades nesse sentido.

#### **Comutativo**

Em tese, as prestações de ambas as partes no contrato de *factoring*, uma para com a outra, são certas e determinadas, inexistindo álea a interferir no objeto do contrato e das obrigações que lhe são correspondentes.

Para o faturizador, no entanto, há uma certa álea no que diz respeito à perspectiva de recebimento do crédito cedido, uma vez que, em caso de insolvência do devedor original, o cessionário do título arcará com o prejuízo, não havendo possibilidade de ação regressiva contra o faturizado/cedente.

## Oneroso

O contrato de *factoring* qualifica-se como *oneroso*, por dele resultarem vantagens para ambas as partes. O faturizador é remunerado por uma comissão e por ágios (juros) correspondentes aos adiantamentos feitos por ele ao faturizado, enquanto que a vantagem para o faturizado é a antecipação dos valores de seus créditos contra terceiros e a supressão do risco de não recebimento pela insolvência destes, prevenindo-o do não pagamento.

A remuneração do faturizador é a comissão ou diferencial entre o valor de face do título cedido e o valor pago à vista, por ocasião da cessão de crédito operada em seu favor pelo faturizado.

Há, por outro lado, encargos que ambas as partes devem cumprir para obter as vantagens asseguradas no contrato, como é intuitivo.

## De execução continuada

Trata-se de contrato que se estende no tempo, tendo ambas as partes obrigações contínuas a serem adimplidas em prestações periódicas.

## *Intuitu personae*

O contrato de *factoring* pressupõe ainda uma relação de exclusividade entre o faturizado e o faturizador, uma vez que, em geral, não se admite possa aquele manter concomitantemente idênticos ajustes desse tipo com outras empresas do ramo.

## Interempresarial

No contrato de *factoring*, as partes contratantes – faturizado e faturizador – são ambos empresários, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas. Trata-se de negócio com nítidos contornos interempresariais, uma

vez que celebrado no interesse do desenvolvimento de atividades econômicas organizadas. Presume-se que o valor recebido pelo faturizado ao ceder seu crédito ao faturizador há de ser utilizado na consecução de suas atividades empresariais, como também é em benefício destas que os serviços prestados por este último são executados.

## De adesão

Na maioria das vezes, as cláusulas do contrato de *factoring* são ditadas unilateralmente pelo faturizador, sendo oferecidas de modo padronizado aos potenciais faturizados. No entanto, excepcionalmente pode se dar que os termos desse ajuste sejam acordados de forma paritária entre as partes, embora esta não seja a situação mais comum.

## Atípico

O contrato de *factoring* se classifica como *atípico*, diante da inexistência de lei específica destinada a regulá-lo.

Mas, embora se trate de um contrato atípico, o *factoring* recebeu menção no texto da Lei 9.249/95, que “*altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências*”, conforme se verifica da leitura de seu art. 15, § 1º, III, alínea “d”, abaixo reproduzido:

*“Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.*

*§ 1º. Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:*

III – trinta e dois por cento, para as atividades de:

*d) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).”*

Constata-se, assim, a existência de lei que, embora não voltada propriamente para a regulamentação do instituto, apresenta em linhas gerais as atividades que irão caracterizar esse tipo de contrato.

## 4 – MODALIDADES

### Convencional

Esta modalidade é, de longe, a mais praticada no Brasil. Esta operação de *factoring* envolve a *compra de crédito com vencimento em data futura e prestação de serviços convencionais ou usuais*, em conjunto ou separadamente.

A *compra de crédito* é realizada conforme prevê a legislação vigente, utilizando-se o instituto da *cessão de crédito* (para aquisição do crédito) e o *endosso* (para a transferência dos títulos cedidos). Ou seja, o empresário/faturizado cede seus créditos oriundos de operações mercantis, representado, via de regra, por duplicata ou cheque pós-datado, servindo-se do contrato atípico de fomento mercantil que contém, no seu bojo, a *cessão de crédito* a ser efetivada através de *endosso* no título correspondente.

Muitas vezes, a *compra de crédito* constitui não somente a base, mas também o único produto oferecido pelas empresas de *factoring*, em razão da extrema necessidade de giro das empresas faturizadas.

Como já se acentuou, o *conventional factoring* se dá quando os créditos cedidos pelo faturizado ao faturizador tiverem vencimento em data futura. O faturizador efetua o pagamento ao faturizado referente à

aquisição desses créditos por ocasião da correspondente cessão, mas somente poderá realizar a cobrança junto ao devedor original a partir da data de seu vencimento.

## **Matéria-prima**

Nesta modalidade, o faturizado não terá como fomento recursos financeiros, mas matéria-prima/insumo e estoque para sua produção (manufaturação ou industrialização), cujo custo será bancado pelo faturizador junto ao fornecedor, que, por sua vez, terá, em contrapartida, direito de exclusividade sobre a venda dos produtos oriundos dessa matéria-prima.

A empresa de *factoring*, neste caso, transforma-se em intermediária entre a empresa faturizada e seu fornecedor de matéria-prima. O faturizador compra à vista o direito futuro desse fornecedor, e o faturizado promove-lhe o reembolso com o faturamento gerado pela transformação dessa matéria-prima.

Ou seja, a empresa de *factoring* assume, junto ao fornecedor, o pagamento à vista ao faturado do produto (matéria-prima/insumo). Essa responsabilidade pelo pagamento poderá ser direta ou indireta. Direta, se em nome próprio adquirir o produto, assumindo a responsabilidade junto ao fornecedor como principal ou único devedor. E indireta, se apenas se responsabilizar como devedor principal ou único responsável pelo pagamento, mas figurando como comprador o faturizado.

O objeto desta modalidade é a *antecipação de recursos não financeiros* ao faturizado para a aquisição de matéria-prima, por preço certo e determinado.

## **Maturity**

A palavra *maturity*, de origem inglesa, se traduz “no vencimento”. Tal modalidade também é conhecida como *factoring* sem financiamento. O faturizador adquire os títulos e faz o pagamento ao faturizado somente no vencimento daqueles.

O objeto do contrato é a *cessão de crédito* e a *prestação de serviços convencionais*. Não se cogita aqui de qualquer *adiantamento*, devendo a

remuneração do faturizador representar, tão somente, o custo do risco assumido pela insolvência do devedor original. Esta, então, parece ser a única vantagem para o faturizado, qual seja, a de não correr os riscos decorrentes de uma possível insolvência do devedor do crédito cedido, já que tal operação, como se disse, não envolve adiantamento de valores.

## **Importação-exportação**

É também conhecida por *factoring internacional*. A operação de *factoring* é internacional quando transcende o âmbito de um país, ou seja, quando os seus elementos estão em contato com mais de uma ordem jurídica. Nessa modalidade, a exportação é intermediada por duas empresas de *factoring* (uma de cada país envolvido), que garantem a operacionalidade e a liquidação do negócio.

Tal modalidade é voltada exclusivamente para o campo do comércio exterior, onde o *factoring* atua em três frentes: importação, exportação e a chamada “garantia” ou securitização, e onde o faturizador adquire, através de cessão, o crédito que o faturizado possui com o importador.

## **Trustee**

As operações de *factoring* na modalidade *trustee* não são muito comuns no Brasil. Nesta operação, o faturizador passa a dirigir e administrar as contas do faturizado, caracterizando uma parceria, confiando (*trustee*-fidúcia-confiança) a gestão das contas a receber de sua empresa à empresa de *factoring*.

No *trustee*, não ocorre a cessão de crédito, mas o faturizador poderá receber do faturizado títulos de créditos (duplicatas, promissórias, etc.) tão somente para cobrança através de *endosso-mandato*, e não por *endosso translativo* como ocorre na cessão de crédito.

O objeto do contrato é a *prestação de serviços diferenciados*, que envolvem a gestão das contas a receber da empresa faturizada, consultoria, parceria, etc..

## 5 – FACTORING E CESSÃO DE CRÉDITO

Como já se disse anteriormente, no contrato de *factoring* ocorre uma cessão de crédito feita pelo faturizado em favor do faturizador.

O faturizado é titular de um crédito contra um terceiro (devedor original) – crédito esse, normalmente, com data de vencimento futura (*conventional factoring*), embora se admita o crédito pagável à vista como objeto desse ajuste (*maturity factoring*) – e o cede para o faturizador.

Esse crédito, na grande maioria das vezes, é consubstanciado em um título cambial, como uma duplicata, uma nota promissória, uma letra de câmbio, ou mesmo um cheque pós-datado, operando-se sua cessão ao faturizador através de *endosso*. No entanto, afigura-se perfeitamente possível que outros documentos não cambiariformes representativos de créditos de outras naturezas sejam negociados no âmbito de um contrato de *factoring*, desde que dotados de eficácia executiva ou monitória, como, por exemplo, uma escritura pública de confissão de dívida.

Ocorrendo uma cessão de crédito do faturizado ao faturizador, são aplicáveis as regras do CC acerca desse instituto a tal relação jurídica. Uma dessas regras é aquela prevista no art. 290, que assim dispõe:

*“Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.”*

Faz-se então necessário que o devedor original seja notificado sobre a cessão realizada por seu credor, a fim de que, quando do vencimento da obrigação, esta possa ser regularmente adimplida junto a quem de direito, sob pena de ineficácia. E embora se reconheça que o cessionário é o maior interessado em promover essa notificação, tal ônus pode ser *“atribuído a qualquer das partes envolvidas na cessão de crédito”* (TJBA – 5ª Câmara Cível – Apelação Cível 29778-6/2009 – Rel. Des. José Cícero Landin Neto – julgado em 06.10.2009).

No entanto, conforme visto anteriormente, na maioria das vezes o contrato de *factoring* envolve a cessão de títulos cambiais, como duplicatas e notas promissórias. Quando é assim – e normalmente o é –, intui-se não haver qualquer necessidade de ser o devedor original notificado dessa cessão. Isso porque as obrigações cambiais se revestem de natureza quesível (*quérable*), conforme se depreende da leitura do art. 38 da LUG abaixo transcrito:

*“Art. 38. O portador de uma letra pagável em dia fixo ou a certo termo de data ou de vista deve apresentá-la a pagamento no dia em que ela é pagável ou num dos 2 (dois) dias úteis seguintes.*

*A apresentação da letra a uma câmara de compensação equivale à apresentação a pagamento.”*

No tocante especificamente às duplicatas, a Lei 5.474/68 apresenta solução equivalente ao remeter o tema à LUG, como se infere de seu art. 25:

*“Art. 25. Aplicam-se à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das Letras de Câmbio.”*

Assim, por sua natureza *quesível*, nas obrigações cambiais incumbe ao credor o ônus de se dirigir ao devedor para efetuar a cobrança de seu crédito, cuja legitimidade pode ser atestada através da simples posse do título correspondente (a menos que tenha havido *endosso em preto*, quando então será necessária a perfeita identificação do cessionário, em correspondência com o nome aposto no ato translativo). Despicienda, portanto, seria a notificação do devedor original para tomar ciência dessa cessão, bastando que seu legítimo titular/beneficiário se apresente para cobrar o crédito consubstanciado no título.

No mesmo sentido aqui sustentado é o magistério de Carlos Roberto Gonçalves, ao comentar a questão da notificação do devedor nas cessões de crédito:

*“Alguns créditos dispensam a notificação, porque sua transmissão obedece a forma especial, como, por exemplo, os títulos ao portador, que se transferem por simples tradição manual (CC, art. 904), e as ações nominativas de sociedades anônimas, transmissíveis pela inscrição nos livros de emissão, mediante termo (Lei n. 6.404/76, art. 31, § 1º), **bem como os títulos transferíveis por endosso.**” (In DIREITO CIVIL BRASILEIRO, v. II, p. 208, editora Saraiva, 2004)*

Portanto, a rigor, a notificação de que trata o art. 290 do CC somente se justifica em obrigações portáteis (*portables*), nas quais incumbe ao próprio devedor a iniciativa de contactar o credor para realizar o pagamento – o que não costuma ocorrer no contrato de *factoring*, embora teoricamente possível.

Quanto ao *modus operandi* da cessão de crédito realizada pelo faturizado ao faturizador, tem que, em se tratando de obrigação consubstanciada em título cambial, deve-se realizar o *endosso* (LUG, art. 14).

Ocorre que o endosso acarreta, para quem o pratica, a responsabilidade pelo pagamento correspondente, como devedor solidário do emitente original. Conforme magistério de Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior, tem-se que...

*“A integração do endossante, como devedor, na relação cambiária visa a proteger o terceiro adquirente do título, e, assim, facilitar a sua circulação. O endossante é devedor indireto porque a sua obrigação só pode ser exigida se o portador comprovar, pelo protesto, que apresentou o título à pessoa designada pela lei, e esta não efetuou o pagamento (LUG, art. 53, e LC, art. 47, II). A solidariedade cambiária dos devedores decorre de lei, e, em consequência, o portador tem*

*o direito de demandar todos os obrigados, individual ou coletivamente, sem estar obrigado a observar a ordem em que se obrigaram (LUG, art. 47, als. 1ª e 2ª, e LC, art. 51 e seu § 1º)". (In TÍTULOS DE CRÉDITO, 5ª edição, p. 221/222, Rio de Janeiro, editora Renovar, 2007)*

O endossante, via de regra, assume a posição de *garantidor* da obrigação cambial transferida – situação essa que não se compatibiliza com o *factoring*, já que em tal modalidade contratual não se concebe direito de regresso do faturizador contra o faturizado, caso o devedor original se torne inadimplente ou mesmo insolvente.

Ou seja, tendo o faturizado transferido o título de crédito ao faturizador mediante *endosso*, teria aquele natural responsabilidade pelo não pagamento da obrigação pelo devedor original, como decorrência típica desse ato translativo. Só que, pelo contrato de *factoring*, não pode o faturizador agir regressivamente contra o faturizado nessa hipótese, sob pena de desfiguração desse tipo de ajuste. Como, então, conciliar essas situações?

No contrato de *factoring*, havendo a transferência de título cambial para o faturizador, esta deve se proceder através do chamado *endosso sem garantia*, admitido na ressalva contida no art. 15 da LUG, abaixo reproduzido:

*"Art. 15. O endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra (...)."*

No mesmo sentido dispõe o art. 21, *caput* da Lei 7.357/85, sobre o cheque:

*"Art. 21. Salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento."*

Ademais, a própria legislação cambial admite que se vede a circulação do título por *endosso*, mediante a aposição da cláusula "não à ordem"

(LUG, art. 11, AL. 2, e Lei 7.357/85, art. 17), possibilitando a transferência do título somente mediante *cessão* do crédito correspondente, na forma do CC.

Assim, no contrato de *factoring*, o endosso translativo da propriedade do título deve conter a cláusula *sem garantia*, cujos efeitos equivalem ao da cessão de crédito comum prevista no CC, de modo a obstar o faturizador de imputar qualquer responsabilidade ao faturizado/endossante pela eventual insolvência ou inadimplência do devedor original. É, pois, perfeitamente válida e eficaz a manifestação do endossante no sentido de não garantir o aceite e/ou o pagamento do título. Ao ser inserida a cláusula de não garantia, o endosso servirá apenas para justificar a circulação do título e a legitimação do portador, operando o mesmo efeito da cessão de crédito de que tratam os arts. 286 e seguintes do CC.

Mas Fran Martins observa que, no tocante especificamente às duplicatas,...

*“Essa solução para a transferência do crédito pelo endosso **sem garantia** da duplicata por parte do faturizado ao faturizador é, na realidade, uma solução apenas aparente. Isso porque, nas duplicatas de fatura, como nos títulos de crédito em geral, o **emitente** ou **sacador**, que no caso da duplicata é o vendedor (faturizado) que extrai a fatura, pode exonerar-se da aceitação do título, **mas não pode eximir-se do pagamento** (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 9º). Quando extrai uma duplicata, o vendedor ocupa no título duas posições: a de **sacador**, pois é ele o proprietário original de crédito, e a de **tomador** ou **beneficiário**, já que a dívida deve ser paga a ele ou à sua ordem. Assim, quando endossa a duplicata, o vendedor o faz como beneficiário ou tomador, que é o único que pode endossar a duplicata por ser aquele a quem a mesma deve ser paga. Mas, se o tomador-endossante pode eximir-se do pagamento, de modo subsidiário, àquele a quem o título foi endossado, para isso utilizando-se de um endosso **sem garantia**, como emissor do título não pode ele eximir-se da responsabilidade de pagar à pessoa a quem a duplicata foi transferi-*

da já que a lei, aplicável às duplicatas, estatui peremptoria mente que ‘toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonere da garantia de **pagamento considera-se como não escrita**’.

Nessas condições, sendo característica essencial do contrato de faturização a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido caso o comprador das mercadorias não o faça – o que torna o contrato de **factoring** uma operação de risco, portanto especulativa, e não uma operação de **crédito**, como são as operações bancárias –, sendo a duplicata o único título válido para a cobrança das vendas a prazo (Lei nº 5.474/68, art. 2º), o **endosso sem garantia** não soluciona o problema da isenção da responsabilidade do sacador do título (faturizado), a não ser que não fosse levada em conta aquela isenção que é da natureza do contrato”.

E conclui o saudoso jurista:

“Por isso, no nosso entender, para a regulamentação do contrato de **factoring** a fim de ser o mesmo introduzido legalmente no país, necessário se faz que seja modificado o art. 2º da Lei das Duplicatas para permitir que outros títulos, que não a duplicata – a letra de câmbio, por exemplo – possam servir de instrumento de cobrança das vendas a prazo, feitas com vendedor e comprador localizados em território nacional. Se assim acontecer, o faturizado, por documento particular, transfere à empresa de faturização os créditos dos seus clientes que sejam aceitos pelo faturizador. Esse, não sendo o vendedor e sim apenas o cessionário dos créditos, não pode emitir duplicatas contra o comprador; mas, se a lei, **uma vez modificada, permitir a cobrança dessa venda a prazo por outros títulos que não a duplicata**, o faturizador poderá sacar uma letra de câmbio contra o comprador das mercadorias, sendo resguardada, desse modo, a característica principal do contrato de faturização, que é a isenção de responsabilidade do faturizado ou cedente do crédito pelo pagamento deste por parte do comprador.” (In **CONTRATOS E OBRIGAÇÕES COMERCIAIS**, 14ª edição, p. 474/475, Rio de Janeiro, editora Forense, 1999).

De nossa parte, entendemos que o posicionamento adotado por Fran Martins – qual seja, o de não admitir o endosso sem garantia nas operações de *factoring* que envolvam a transferência de duplicatas – se afigura de rigor extremado, e não leva em conta os comandos contidos no art. 5º da LICC e nos arts. 421 e 425 do CC. Com efeito, o *factoring* constitui um instituto jurídico próprio, com conteúdo e estrutura peculiares. Não se mostra razoável, *data venia*, o raciocínio que se apega à dicção estrita e literal do art. 9º da LUG, sem que tal dispositivo seja interpretado de forma temperada, à luz das características inerentes ao *factoring* e de toda a repercussão econômica e social que desse contrato advém. Possível, a nosso sentir, o endosso sem garantia em operação de *factoring* que tenha por objeto uma duplicata.

Ainda sobre o endosso sem garantia, há uma situação em que será possível ao faturizador voltar-se contra o faturizado pelo não recebimento do valor correspondente ao crédito cedido, mesmo que tal cláusula tenha sido inserida quando da transferência do título. Será quando o crédito tiver origem em uma operação inexistente, fraudulenta. Ou seja, o não recebimento do crédito, pelo faturizador, não decorreu do inadimplemento ou da insolvência do devedor original, mas teve fundamento na constatação de que sua origem era fictícia, resultante da conduta ardilosa de quem concebeu sua criação – que pode ter sido o próprio faturizado ou algum terceiro. Confira-se o estatuído no art. 295 do CC:

*“Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; (...).”*

Portanto, o direito de regresso do faturizador contra o faturizado somente se concebe na hipótese de ser a obrigação cedida inexistente, fraudulenta, fictícia. Se o motivo do não recebimento do crédito cedido ao faturizado for tão somente o inadimplemento do devedor original, então não há que se falar em tal direito de regresso, sob pena de se estar praticando operação equivalente ao *desconto bancário*, que é privativa de instituição financeira – o que, repita-se, o faturizador não é.

## 6 – CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR ORIGINAL NO CONTRATO ENTRE O FATURIZADO E O FATURIZADOR

Feita a cessão de crédito pelo faturizado ao faturizador, cumpre agora analisar a crucial questão do inadimplemento do devedor original da obrigação cedida, e sua repercussão no contrato de *factoring*.

Pode ocorrer que, após receber em cessão um crédito oriundo do faturizado, o faturizador constata, no vencimento, que a obrigação correspondente não foi satisfeita pelo devedor original. Nessa hipótese, contudo, não pode o faturizador se voltar contra o faturizado para receber o valor que lhe é devido – seja protestando o título, seja adotando qualquer outra medida de cobrança –, pois este não responde pela solvência do devedor original do crédito cedido, conforme revelado pelos art. 296 do CC:

*“Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.”*

Tem-se, portanto, que, inadimplente ou insolvente o devedor original do crédito ao faturizador, não poderá este protestar o título e agir regressivamente contra o faturizado que lho endossou, pois esse endosso é (ou ao menos deveria ser) feito *sem garantia*. A jurisprudência vem entendendo que esse direito de regresso em cogitação, se exercido pelo faturizador contra o faturizado, converteria o *factoring* em desconto bancário, que constitui operação típica de instituição financeira – algo que o faturizador não é e não tem autorização para atuar como tanto. Confira-se:

*“COMERCIAL – ‘FACTORING’ – ATIVIDADE NÃO ABRANGIDA PELO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – INAPLICABILIDADE DOS JUROS PERMITIDOS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.*

***1 – O ‘factoring’ distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros***

*permitidos às instituições financeiras. E que as empresas que operam com o 'factoring' não se incluem no âmbito do sistema financeiro nacional.*

***II – O empréstimo e o desconto de títulos, a teor do art. 17 da Lei 4.595/64, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental.***

*III – Recurso não conhecido.” (STJ – 3ª Turma – REsp 119.705/RS – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJ 29.06.1998, p. 161)*

***“AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DECLARATÓRIA – NULIDADE DE NOTAS PROMISSÓRIAS – EMPRESA DE FACTORING – REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS E DE DESCONTO DE TÍTULOS COM GARANTIA DE DIREITO DE REGRESSO – IMPOSSIBILIDADE – PRÁTICA PRIVATIVA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – PRECEDENTES DESTA CORTE – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA/STJ – ADEMAIS, ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO –PROBATÓRIO – REEXAME DE PROVAS – ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - AGRAVO IMPROVIDO.” (STJ – 3ª Turma – AgRg no Ag 1.071.538/SP – Rel. Min. Massami Uyeda – DJe 18.02.2009)***

No voto do relator restou, consignado o seguinte:

*Como é de entendimento pacífico na jurisprudência, é vedada às empresas de 'factoring' a realização de simples operações de crédito direto, como o mútuo em dinheiro. Essas operações de crédito, como atividade empresarial, são restritas às instituições financeiras regulares autorizadas pelo Banco Central.*

*É vedado também a elas realizar descontos de títulos, podendo apenas adquiri-los com deságio, caracterizando-se sua*

*atividade como uma operação de risco, não permitindo exigir garantia de pagamento de forma regressiva.*

*(...)*

*É notório, entretanto, que as empresas de ‘factoring’ costumam assumir uma interpretação equivocada da natureza e limites de suas atividades e habitualmente pretendem garantir-se, inserindo estipulações contratuais de garantia da idoneidade dos títulos e exigindo a emissão de cambiais semelhantes aos tratados nos autos, para, através deles, cobrar seus prejuízos perante a faturizada, num ilegítimo direito de regresso.*

*No caso dos autos, foi isso que ocorreu.*

*Como a ré não podia legalmente descontar títulos, sejam quais forem os termos do contrato que celebrou com a autora, deve a operação ser interpretada apenas como a aquisição por cessão do faturamento representado pelas duplicatas. Não sendo essas duplicatas pagas, embora protestadas, como foi demonstrado pelos documentos que instruíram a contestação, o risco era exclusivo dela, que só poderia voltar-se em ações próprias contra os sacados, sem o direito de regresso representado pelas duplicatas.*

*Não se revestiam as notas promissórias, portanto, de liquidez, certeza e muito menos de exigibilidade, não podendo ser protestadas (...).*

*Tal entendimento coaduna-se com a jurisprudência desta Corte, que já se manifestou no sentido de que o ‘factoring’ distancia-se de instituição financeira, porquanto as empresas que operam nesse ramo não se incluem no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, sendo que os seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Dessa forma, o empréstimo e*

*o desconto de títulos, a teor de art. 17, da Lei 4.595/64, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental (...)”.*

Dá tem-se que o faturizador assume integralmente o risco sobre o recebimento do crédito cedido pelo faturizado – e é justamente para isso que ele é remunerado –, evidenciando o caráter especulativo do contrato de *factoring*.

## **7 – EMPRESAS DE FACTORING E REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO**

Já vimos que as empresas de *factoring* não dependem de prévia autorização do BACEN para dar início às suas atividades, mas que, para a sua regularidade formal, é necessário que estejam devidamente registradas na Junta Comercial de seu Estado.

Entretanto, ainda pende a controvérsia sobre a obrigatoriedade ou não do registro dessas empresas no Conselho Regional de Administração do Estado onde forem sediadas.

Segundo Antônio Carlos Donini,...

*“As empresas de factoring que atuam na modalidade convencional não estão no alcance da fiscalização profissional do Conselho Federal de Administração, pela singela e boa razão que sua atividade-fim não se enquadra nas hipóteses elencadas como ‘natureza administrativa’, nos termos da legislação desta atividade. Senão vejamos:*

*A Lei 4.769/65, regulamentada pelo Dec. 61.934/67, que dispõe sobre o exercício da profissão de administrador, estabelece as funções exercidas pela atividade, quais sejam: ‘a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior; b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento,*

*implantação, coordenação e controle dos trabalhos no campo da Administração, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que desdobrem ou aos quais sejam conexos,* conforme elencou o art. 2.º da citada Lei.

*O exercício destas atividades é privativo: 'a) dos bacharéis em Administração Pública ou de Empresas, diplomados no Brasil, em cursos regulares de ensino superior, oficial, oficializado ou reconhecido; b) dos diplomados no exterior, em cursos regulares de Administração, após a revalidação do diploma no Ministério da Educação, bem como dos diplomados, até a fixação do referido currículo, por cursos de bacharelado em Administração, devidamente reconhecidos; e c) dos que, embora não diplomados nos termos das alíneas anteriores, ou diplomados em outros cursos superiores e de ensino médio, contem, na data da vigência desta Lei, cinco anos, ou mais, de atividades próprias no campo profissional de Administrador definido no art. 2º' (art. 3.º da Lei 4.769 de 1965).*

*Indisfarçadamente, as modalidades de factoring: I) convencional; II) maturity; III) matéria-prima; e iv) importação-exportação, em razão das atividades exercidas pelo factor, nem de longe estão ou poderão estar enquadradas pela Lei 4.769/65.*

*Com efeito a única modalidade de factoring que, em tese, admite-se discutir essa possibilidade é a modalidade conhecida como trustee, conforme veremos adiante."*(In "INEXIGIBILIDADE DO REGISTRO DE EMPRESA DE FACTORING JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO", **Revista dos Tribunais**, ano 92 – volume 810 – abril de 2003 – páginas 84/85).

As ponderações formuladas pelo referido autor foram encampadas por alguns julgados da 1ª Turma do STJ, que igualmente consideraram inexistente o registro das empresas que desenvolvem atividade de *factoring* no referido órgão de classe. Confira-se:

**“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. EMPRESA DE FACTORING. INEXIGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.”** (STJ – 1ª Turma – REsp 955.353/SC – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Dje 05.03.2009)

**“(…) 3. As empresas que desempenham atividades relacionadas ao factoring estão dispensadas da obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Administração porquanto comercializam títulos de crédito. 4. As atividades desempenhadas pelas empresas de factoring na modalidade convencional, que envolve funções de compra de crédito (cessão de crédito) e prestação de serviços convencionais (análise de riscos dos títulos e cobrança de créditos da faturizada) não estão no alcance da fiscalização profissional do Conselho Federal de Administração - CRA, porquanto sua atividade-fim não se enquadra nas hipóteses elencadas como de natureza administrativa. (...)”** (STJ – 1ª Turma – REsp 932.978/SC – Rel. Min. Luiz Fux – Dje 01.12.2008)

Todavia, a 2ª Turma vem entendendo justamente o contrário, ou seja, que as empresas de *factoring* devem, sim, se registrar no Conselho Regional de Administração, conforme se verifica a seguir:

**“As empresas que se dedicam à atividade de factoring estão sujeitas a registro no Conselho Regional de Administração.”** (STJ – 2ª Turma – AgRg no Ag 1.252.692/SC – Rel. Min. Castro Meira – Dje 26.03.2010)

*“A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que **as empresas que têm como objeto a exploração do factoring estão sujeitas à inscrição no respectivo Conselho Regional de Administração.**”* (STJ – 2ª Turma – REsp 1.013.310/RJ – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 24.03.2009)

*“As empresas que desempenham atividades relacionadas ao factoring **não estão dispensadas da obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Administração** porquanto comercializam títulos de crédito, utilizando-se de conhecimentos técnicos específicos na área da administração mercadológica e de gerenciamento, bem como de técnicas administrativas aplicadas ao ramo financeiro e comercial.”* (STJ – 2ª Turma – REsp 497.882/SC – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 24.05.2007, p. 342)

*“A jurisprudência da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que **as empresas que se dedicam à atividade de factoring estão sujeitas a registro no Conselho Regional de Administração.**”* (STJ – 2ª Turma – EDcl no REsp 1.297.606/MG – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 19.12.2012)

De nossa parte, pensamos que a melhor solução é mesmo a preconizada pela 2ª Turma do STJ, que vem decidindo pela obrigatoriedade daquele registro. Com efeito, vimos nos itens 1 e 2 que o *factoring*, ao menos em tese, não se restringe à compra de créditos pertencentes ao faturizado, mas envolve também a *prestação de serviços* pelo faturizador a este último. Dissemos que os serviços convencionais envolvem atividades de assessoria mercadológica, creditícia, seleção de riscos, gestão de crédito, acompanhamento de contas a receber, e outros congêneres, os quais denotam haver de modo muito claro, efetiva ou potencialmente, uma forte ingerência do faturizador na administração das finanças do faturizado.

A propósito, assim estabelece o art. 1º da Lei n. 6.839/80:

*“Art. 1º. O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.”*

A empresa de *factoring*, no desempenho das atividades que lhe são inerentes, claramente faz uso de conhecimentos técnicos específicos da área da administração mercadológica e de gerenciamento, bem como de técnicas administrativas aplicadas ao ramo financeiro e comercial, podendo, assim, interferir na contabilidade e na gestão do faturizado para exercer controle da atividade empresarial no que tange aos clientes com quem contrata, para, com isso, minimizar o risco de inadimplência do devedor cambiário. Portanto, enquadra-se o faturizado perfeitamente no art. 3º do Dec. 61.934/67, referido no escólio acima transcrito da lavra de Antônio Carlos Donini, de quem pedimos vênua para divergir.

Por outro lado, não nos parece prudente que uma atividade séria e complexa como o *factoring*, com todas as repercussões econômicas que lhe são inerentes, e que já não se submete ao poder de polícia do BACEN, permaneça também imune à fiscalização e aos regramentos emanados do Conselho de Administração.

## **8 – REPERCUSSÕES CRIMINAIS NA OPERAÇÃO DE FACTORING**

No item 2, vimos que o art. 17 da Lei 4.595/64 considera como instituição financeira a pessoa jurídica que promove a “*intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios*”.

Vimos também que as empresas de *factoring*, no desempenho de sua atividade de compra de ativos financeiros, utilizam (ou ao menos devem utilizar) efetivamente *recursos próprios* (e não de terceiros) – o que, no rigor da dicção legal, deveria constituir uma circunstância que as enquadrasse no referido art. 17 da Lei 4.595/64.

Apesar disso, o BACEN e a jurisprudência amplamente dominante não têm considerado que essas empresas faturizadoras exerçam atividades privativas de instituições financeiras, pelo que seu funcionamento não está condicionado à prévia autorização daquela autarquia, nem se submete à fiscalização do referido ente estatal.

Importante observar que, diferentemente do art. 17 da Lei 4.595/64, o art. 1º da Lei 7.492/86 – lei essa que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional (também chamados “*crimes do colarinho branco*”) – não abrange as entidades que promovem a “intermediação ou aplicação de recursos financeiros *próprios*”, mas sim, apenas, a “*de terceiros*”, fazendo com que as empresas de *factoring* não estejam abrangidas na tutela jurídico-penal daquele diploma. Confira-se:

*“Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.”*

Assim, certas condutas irregulares perpetradas por dirigentes e/ou prepostos das empresas de *factoring* podem configurar ilícitos penais de diversas naturezas (estelionato, falsificação de documentos, etc.), mas, salvo em situações excepcionais, não se enquadrarão nos crimes tipificados na Lei 7.492/86. A principal exceção seria a infração penal de que trata o art. 16 daquele diploma (“fazer operar, sem a devida autorização, instituição financeira”), caso a empresa faturizadora adquirente de um título inadimplido pelo devedor original resolvesse agir contra o faturizado que lho cedeu, agindo como instituição financeira em operação de desconto bancário.

A esse respeito, veja-se o seguinte precedente:

*“(...). Nos termos do art. 1º da Lei nº 7.492/86, é característica essencial das instituições financeiras ou das empresas a elas equiparadas a captação e gestão de recursos. Logo, a empresa de factoring, pela sua natureza de empresa mercantil mista, está habilitada apenas a comprar créditos de pessoas físicas ou jurídicas sem nenhuma garantia. Assim, à medida que a empresa de factoring em questão recebia notas promissórias como garantia dos valores repassados para seus clientes, estava praticando atos típicos de instituição financeira, sem a devida autorização do Banco Central, estando os seus gestores incursos nas penas do art. 16 da Lei nº 7.492/86. (...)”* (TRF 1ª Região – 4ª Turma – Apelação Criminal 2001.35.00.001130-3 – Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho – julgado em 27.04.2009)

## 9 – DOS JUROS NAS OPERAÇÕES DE FACTORING

Uma vez pacificado o entendimento de que as empresas de *factoring* não são instituições financeiras, intui-se a partir daí que, nas operações de *conventional factoring* por elas realizadas, os juros praticados não podem ser superiores a 12% ao ano, devendo, assim, ser respeitada a Lei da Usura (Decreto 22.626/33), que estabelece aquele limite. Nesse sentido, já se manifestou a 4ª Turma do STJ:

*“As empresas de ‘factoring’ não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.”* (STJ – 4ª Turma – REsp 1.048.341/RS – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJe 09.03.2009)

*“Tratando-se de empresa que opera no ramo de factoring, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto*

**n. 22.626, de 7.4.1933.”** (STJ – 4ª Turma – REsp 489.658/RS – Rel. Min. Barros Monteiro – DJ 13.06.2005, p. 310)

Assim, constatado o excesso dos juros cobrados ou mesmo sua capitalização, torna-se viável, em tese, o manejo de ação judicial, pelo faturizado, para a adequação do contrato de *factoring* à realidade remuneratória, cogitando-se ainda da repetição do indébito correspondente no caso de o contrato já ter se iniciado, ou mesmo já ter sido encerrado.

Mas Fábio Ulhoa Coelho levanta o seguinte questionamento:

*“As faturizadoras não podem cobrar juros superiores ao limite da lei (CC, arts. 406 e 591) enquanto não se considerarem instituições financeiras. Podem, evidentemente, cobrar pelos serviços de administração e seguro de crédito o preço que quiserem, fato que conduz à seguinte questão: como distinguir juros usurários legalmente proibidos do preço dos serviços de fomento? A solução encontra-se na distinção entre a faturização e a agiotagem, isto é, deve-se pesquisar se os serviços de assessoramento na concessão de crédito são de fato prestados ou não; se entre as partes ocorre a cessão da totalidade das faturas – condição econômica intrínseca da faturização – ou se são pontuais as relações; se há direito de regresso na transferência do crédito ou se o cessionário renunciou a ele; se há, por fim, uma organização empresarial apta à prestação dos serviços de assessoria creditícia ou mero administrador de disponibilidades financeiras próprias. Caso não estejam presentes os pontos característicos do fomento mercantil na operação, o desconto que o cedente concorda em suportar deve atender aos limites da lei, porque, não havendo serviços a serem remunerados, corresponde aquela margem só a juros. Se encontrados os elementos de caracterização empresarial do fomento mercantil sempre serão devidos os preços dos serviços, e como para esses não há limitação legal nenhuma, resulta inaplicável o limite do Código Civil”. (In **CURSO DE DIREITO COMERCIAL**, v. 3, 11ª edição, p. 146, editora Saraiva, 2010).*

A compra de crédito constitui a base, e muitas vezes, o único produto oferecido pelas empresas de *factoring*. Ocorre, contudo, que muitas empresas de *factoring* se dedicam quase que exclusivamente à compra de créditos e não chegam a prestar qualquer serviço aos seus faturizados. E, para que se aperfeiçoe uma operação de *factoring*, não há necessidade de, que serviços sejam prestados, além da cessão de crédito. Pode uma empresa de *factoring* apenas prestar serviços (caso da modalidade *trustee*, por exemplo), como também se dedicar somente à aquisição de créditos, não se descaracterizando, em nenhum desses casos, a operação de fomento mercantil.

Assim, quis dizer o doutrinador acima citado que, se por um lado incide a limitação legal de 12% ao ano para os juros praticados pelas empresas de *factoring* nas operações de compra de créditos, por outro inexistente qualquer restrição para o preço a ser cobrado pela assunção do risco de não recebimento desses créditos a elas cedido pelos faturizados, e para os demais serviços supostamente prestados em favor destes últimos.

Para os fins de constatação da prática de cobrança excessiva de juros pela empresa de fomento, seria necessária a perfeita separação/discriminação entre aquilo que efetivamente são os juros cobrados sobre o capital, daquilo que é a remuneração da empresa pelo risco da sua atividade e o valor embolsado pelos serviços por ela prestados aos faturizados. O problema é que nem sempre o contrato consegue demonstrar isso com clareza, sendo necessária no mais das vezes uma análise pormenorizada e às vezes até pericial. Certo é que, ao menos em tese, o valor da remuneração do faturizador pela assunção do risco da obrigação cedida é proporcional à intensidade deste, tomando-se por base a situação financeira e o histórico do devedor original.

## 10 – O FACTORING E A Oponibilidade de exceções pessoais

Ao discorrer sobre as diferenças entre o endosso cambial comum e a cessão de crédito, Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior faz a seguinte observação:

*“O endosso opera a transferência de direito novo, autônomo e originário, totalmente desvinculado do direito do endossan-*

*te, mas a cessão transfere direito derivado, ou seja, o mesmo direito do cedente, com todos os vícios e defeitos acumulados nas transferências anteriores, porque o cessionário sub-roga-se na sua posição. Em consequência, no título de crédito não podem ser opostas ao terceiro de boa-fé as exceções pessoais que o devedor tenha em relação ao seu credor originário, porque o endossatário adquire direito originário (LUG, art. 17, e LC, art. 25), mas na cessão o devedor pode opor ao cessionário as exceções causais, uma vez que o cessionário adquire direito derivado do direito do cedente (CCB de 2002, art. 294).” (In TÍTULOS DE CRÉDITO, 5ª edição, p. 227, Rio de Janeiro, editora Renovar, 2007)*

Assim, sendo o título cedido sem garantia pelo faturizado ao faturizador, tal transferência, como já se disse, opera os mesmos efeitos de uma cessão de crédito comum, conforme os preceitos contidos no CC acerca desse instituto, dentre os quais o art. 294, que assim estatui:

*“Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.”*

Suponha-se então que um hipotético faturizado vende um produto ou prestou um serviço a determinado cliente, que efetuou o pagamento através da emissão de um cheque pós-datado, por exemplo. Se esse cheque, posteriormente, vier a ser utilizado em uma operação de *factoring*, o faturizador, quando de sua cobrança, pode se deparar com a eventual recusa do emitente (devedor original) em honrar o pagamento correspondente, motivada justamente pelo vício do produto ou serviço fornecido pelo faturizado.

Nesse caso, haverá para o faturizador a plena possibilidade de agir contra o faturizado para receber o valor referente àquele cheque. Com efeito, foi o faturizado quem deu causa à recusa do devedor original em

adimplir a obrigação cedida ao faturizador, em razão do fornecimento equivocado de vício, caracterizando uma situação que se aproxima da hipótese cogitada no art. 295 do CC.

O STJ possui um precedente que ilustra o que se acabou de dizer:

*“PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CHEQUES PÓS DATADOS. REPASSE À EMPRESA DE FACTORING. NEGÓCIO SUBJACENTE. DISCUSSÃO. POSSIBILIDADE, EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS.*

*- A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única consequência a ampliação do prazo de apresentação.*

*- Da autonomia e da independência emana a regra de que o cheque não se vincula ao negócio jurídico que lhe deu origem, pois o possuidor de boa-fé não pode ser restringido em virtude das relações entre anteriores possuidores e o emitente.*

*- Comprovada, todavia, a ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula no negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque, as exceções pessoais do devedor passam a ser oponíveis ao portador, ainda que se trate de empresa de factoring.*

*- Nessa hipótese, os prejuízos decorrentes da impossibilidade de cobrança do crédito, pela faturizadora, do emitente do cheque, devem ser discutidos em ação própria, a ser proposta em face do faturizado.*

*- Recurso Especial não conhecido.” (STJ – 3ª Turma – REsp 612.423/DF – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 26.06.2006)*

Apenas discordamos do acórdão acima transcrito na parte em que se condiciona a oponibilidade das exceções pessoais à “*ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula no negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque*”, parecendo-nos perfeitamente possível a aplicação da regra do art. 294 do CC ainda que o cessionário ignore a existência de qualquer vício na relação obrigacional entre o cedente e o devedor original.

No mesmo sentido foram os seguintes julgados a seguir reproduzidos:

***“A empresa de factoring, em razão da natureza de sua atividade, que envolve obtenção de crédito por meio de cessão civil, assume os riscos próprios desse negócio, não se protegendo, em regra, no princípio da inoponibilidade das exceções pessoais pelo devedor, o qual é típico do Direito Cambiário.”*** (TJSP – 21ª Câmara de Direito Privado – Apelação Cível 0021414-79.2011.8.26.0451 – Rel. Des. Itamar Gaiño – julgado em 05.11.2012)

***“Em se tratando de contrato de factoring, no qual são negociadas duplicatas, a natureza da relação que vincula os celebrantes é contratual, e não cambial, motivo este que permite a arguição de exceções pessoais que envolvam a causa debendi.”*** (TJRS – 19ª Câmara Cível – Apelação Cível 0547863-65.2012.8.21.7000 – Rel. Des. Eduardo João Lima Costa – julgado em 18.12.2012)

***“É cediço que a operação de fomento mercantil é de risco e não de crédito. Assim, o endosso lançado no título não é o cambial, mas decorrente de cessão de crédito levada a efeito no contrato de factoring, respondendo o cessionário pela existência, validade e eficácia do negócio jurídico subjacente que deu causa à emissão do título. Possibilidade de oposição das exceções pessoais. Incidência do art. 294 do CC.”*** (TJRS – 15ª Câmara Cível – Apelação Cível 0435840-

79.2012.8.21.7000 – Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos – julgado em 12.12.2012)

*“A nota promissória emitida em garantia do pagamento do preço de imóvel em construção autoriza o emitente a opor exceções de natureza pessoal (v.g., atraso na entrega da obra) contra o respectivo portador, se é empresa de factoring.”* (STJ – 3ª Turma – REsp 151.322/RSRel. Min. Ari Pargendler – DJ 02.12.2002, p. 303)

## 11 – FACTORING E SIGILO

Embora não sejam enquadradas propriamente no conceito de instituições financeiras (Lei 4.595/64, art. 17), as empresas que se dedicam à atividade de *factoring* àquelas são equiparadas no que tange à obrigação de conservar o sigilo de suas operações, tal como estabelecido no art. 1º, § 2º da LC 105/01:

*“Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*

*§ 2º. As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.”*

## 12 – DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FACTORING

O contrato de *factoring* pode ser desfeito nas seguintes situações:

### **Expiração do prazo contratualmente ajustado, sem renovação**

Normalmente, o contrato de *factoring* é celebrado entre as partes por prazo indeterminado. No entanto, tratando-se de contrato atípico,

nada impede o seu ajustamento por prazo previamente estabelecido, findo o qual, incorrendo prorrogação, as partes darão por encerrada a avença.

### **Resilição unilateral (denúncia do contrato por uma das partes)**

Em Direito Civil, na hipótese de estar o contrato vigorando por prazo indeterminado, pode qualquer das partes manifestar perante a outra a intenção de não mais dar continuidade à avença, devendo para tanto proceder à notificação de que trata o art. 473 do CC, sendo que, no caso do *factoring*, tal regra não é excepcionada.

### **Morte de uma das partes**

Tendo em vista sua natureza de contrato *intuitu personae*, a morte de uma das partes no contrato de *factoring* acarreta necessariamente a sua extinção. Não se concebe possa o ajuste ter prosseguimento com herdeiros e sucessores das partes, os quais, no máximo, deverão se responsabilizar por obrigações eventualmente pendentes, dentro das forças da herança recebida.

Em se tratando de pessoa jurídica, sua *dissolução* que não tenha por causa a falência também provoca, invariavelmente, a extinção do contrato de *factoring*, admitindo-se, no entanto, que sejam ultimados os negócios ainda pendentes.

### **Falência de uma das partes**

O art. 117 da Lei 11.101/05 estatui o seguinte:

*“Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o*

*cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.”*

Sendo assim, a manutenção do contrato de *factoring* em que figure como parte empresário falido dependerá da avaliação do administrador judicial, não se podendo afirmar que o ajuste será fatalmente extinto na hipótese de decretação da falência – a menos que o contrato expressamente preveja essa consequência. ❖

# Os Princípios no Projeto do Novo Código de Processo Civil: Visão Panorâmica

**Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte**

*Juiz de Direito da I Turma Recursal Cível do TJERJ.*

*Expositor/Instrutor EMERJ/ESAJ. Mestrando em Processo - UERJ.*

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho, busco uma análise sintética dos princípios tratados no Projeto do novo Código de Processo Civil, dando ênfase às questões relativas ao acesso à justiça, processo constitucional e aos princípios estabelecidos nos artigos 1º ao 11º do projeto em questão.

## ACESSO À JUSTIÇA – NOVOS DESAFIOS

Vivemos numa sociedade cada vez mais influenciada pela diversidade e mistura dos mais diversos valores pessoais. O distanciamento entre os povos está marcadamente estreitado pela enorme facilidade e velocidade dos meios de comunicação.

Ademais, com o avanço dos meios de transportes e a redução de seu custo, a mescla de culturas e tradições tem sido profundamente motivada e fomentada. Tal diversidade é notada em vários campos da sociedade, como o cultural, o econômico, o étnico, nas comunicações e suas múltiplas formas etc.

Por outro lado, vivemos em um momento de explosão populacional no planeta, com índices de crescimento galopantes. Ao lado desses fatores, testemunhamos a escassez de oportunidades de trabalho e alimento para toda essa massa humana.

Tais fatores devem ser considerados como deflagradores de novas situações litigiosas, que ganham expressão quer pelo aumento populacional, quer pela diversidade e miscigenação de interesses e culturas.

Povos que anseiam pela modernidade como válvula de escape para superar as dificuldades econômicas e sociais decorrentes dessa nova fase devem caminhar, passo a passo, com valores e leis comprometidas com a condição humana e o Estado Democrático de Direito.

Assim, o acesso à justiça<sup>1</sup> se revela como verdadeira pedra de toque a resguardar o pleno exercício da cidadania e dos valores umbilicalmente ligados ao Estado Democrático de Direito.

A busca pela justiça deve estar comprometida com as mais variadas formas de democratização de seu acesso. Ou seja, todas as pessoas, independentemente de suas condições, têm o direito de buscar o Judiciário e ter uma resposta ao seu pleito.

O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, já estabelecia que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada não goza de uma Constituição<sup>2</sup>.

Especificamente no campo processual, a garantia do acesso à justiça não se restringe apenas ao ato de propor, de provocar a atividade jurisdicional, mas resguarda com a mesma intensidade o direito de defesa, ofertando possibilidades reais de os personagens do processo serem ouvidos e influírem na atividade jurisdicional, conforme leciona Leonardo Greco:

*A garantia do acesso à justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas abrange também o direito de defesa, ou seja, o direito de ser ouvido e de influir na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual ela foi desencadeada. São inconcebíveis o oferecimento de obstáculos processuais com o propósito de impedir às partes de buscarem os seus anseios, normalmente motivados pelo propósito de enfrentamento do enorme número de processo ofertados e pela industrialização dos processos<sup>3</sup>.*

---

1 Aqui posto de uma forma genérica.

2 Nesse sentido: GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I, p. 229.

3 Não podem ser criados obstáculos irrazoáveis ou exigências desnecessárias que maculem a pureza desta garantia. Face ao enorme número de demandas, temos testemunhado o uso de expedientes que violam as garantias do processo e o acesso à justiça, com o único propósito de reduzir e reduzir mais, sem qualquer respaldo científico.

Como dito anteriormente, nosso momento é de adaptação social à expressiva velocidade de informações, aumento populacional e mistura cultural, aliado aos desafios de uma economia mundial voltada ao benefício de poucos. Daí tem o Direito um papel crucial.

O Direito é uma ciência em constante mutação e evolução, uma ciência viva que, dia a dia, altera sua roupagem. Os povos, em suas realidades sociais mais diversas, têm buscado novos instrumentos e soluções para composição de seus conflitos.

Numa visão cunhada pelo Estado Democrático de Direito, devemos progressivamente caminhar para o acesso à ordem jurídica justa, tornando o direito mais efetivo e modernamente modulado.

Com o avanço da produção e industrialização, temos uma nova etapa de formação de grandes grupos econômicos, calçados e orientados por um corpo técnico expressivo de advogados e profissionais.

Uma nova modalidade de demandas de massa surge com a atuação desses grupos econômicos<sup>4</sup>, revelando a enorme desigualdade entre eles e o cidadão normal, um notório abismo.

Atuam tais grupos nessas demandas em posição de enorme superioridade, tanto pelo aspecto econômico quanto pelo jurídico, e por muitas vezes são eles os únicos detentores dos meios técnicos e fáticos de compreender a extensão e as consequências dos ilícitos por eles gerados.

Cada vez mais, devemos incitar à busca pela adoção de mecanismos de tutela de interesses metaindividuais<sup>5</sup>, especialmente diante do quadro econômico posto. Tal meio apresenta-se como forma adequada e eficaz de redução das desigualdades e como possibilidade de uma efetiva prestação jurisdicional com amparo na igualdade concreta.

Outrossim, temos o desafio de vencer a resistência do judiciário para compreender as questões coletivas, tradicionalmente modulado pelos conflitos individuais. Os novos tempos e seus conflitos impõem ao Judiciário a adequação a essa nova realidade.

Devemos repensar as nossas arcaicas estruturas administrativas, recorrendo às lições sempre atuais de Galeno Lacerda, quando tratava do então inovador CPC de 1973:

---

4 Podemos dar como exemplo os fortíssimos grupos econômicos ligados às concessões públicas, bem como os bancos brasileiros que, ano a ano, revelam crescimentos recordes em seus lucros, não alcançados pela média nacional.

5 Já temos ações coletivas, mandado de segurança coletivo, etc – solução de conflitos coletivos.

*De nada adianta cogitar-se, por exemplo de um ‘procedimento sumaríssimo’, se as organizações judiciárias estadual e federal se ressentem de penosas deficiências de ordem material, absolutamente desaparelhadas para enfrentar um volume cada vez mais avassalador de feitos*<sup>6</sup>

Décadas e décadas se passaram, e vivemos a mesma realidade.

O processo não pode ser mais visto como espaço individual, estipulado e norteado por esses valores, mas sim como espaço coletivo (adaptado à sociedade de massa, com alto impacto de sua crescente industrialização).

Com a mesma relevância, o bom direito deve sobreviver ao excesso de formalismo que nos assola. O acolhimento cego da forma deve ser abolido, passando a ter nosso ordenamento como norte a busca do processo justo (garantido numa ordem civil constitucional)<sup>7</sup>.

Vale recordar que, caminhando numa postura de resguardo do Estado Democrático de Direito, o Projeto do nosso novo CPC realça a dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>, colocando-a como um dos pontos centrais do nosso ordenamento, alçada à condição de verdadeiro superprincípio. A dignidade da pessoa e o acesso à justiça são princípios que devem caminhar juntos, norteando o processo moderno. Logo, o processo cunhado em valores divorciados de ambos conflita com princípios constitucionalmente estabelecidos<sup>9</sup>.

---

6 LACERDA, Galeno. "O Código como Sistema legal de Adequação do Processo". **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Comemorativa do cinquentenário. Porto Alegre. 1926-1976, p. 169.

7 Sendo esse um efetivo instrumento político de participação popular, comprometido com os anseios sociais, como leciona Humberto Dalla: "Ampliando essa ótica, e trazendo novas luzes, JJ Calmon de Passos afirma ser necessário conceber o processo como instrumento de realização efetiva dos direitos individuais e coletivos, sendo então, em última análise, um instrumento político de participação social".

8 Indispensável consultar os ensinamentos de Vicente de Paulo Barreto: "A manutenção da dignidade da pessoa humana constitui o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização integral da pessoa. A perspectiva crítica parte do pressuposto de que essas diferentes dimensões fazem com que os direitos daí decorrentes somente se materializem no quadro da sociedade quando se supera a ideia, peculiar ao liberalismo individualista, de que esses direitos dizem respeito única e exclusivamente aos direitos individuais. A concepção individualista do ser humano cede lugar à concepção moral do homem como ser social, que tem direitos concretos a serem assegurados pela sociedade. Introduz-se, assim, na temática sobre direitos humanos, a análise do papel do Estado Democrático, entendido como única formatação institucional asseguradora de sua eficácia". (BARRETO, Vicente de Paulo. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel**, p. 306).

9 Devemos recordar as lições de Paulo César Pinheiro Carneiro, que nos indica os quatro princípios norteadores do acesso à justiça: acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade. Tais revelam-se inafastáveis para a implementação de um Judiciário mais comprometido com o bem estar social e garantidores do processo justo. (CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo**, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 55 e demais.).

## PROJETO DO NOVO CPC – PROCESSO CONSTITUCIONAL – BREVE PANORAMA

Como bem destaca Humberto Dalla, o Projeto do novo CPC não deve ser visto como uma nova reforma ou um complexo de reformas, mas como um moderno e novo regramento legal<sup>10</sup>, um novo Código.

Esse novo Código desponta no cenário jurídico como verdadeiro Diploma da Contemporaneidade ou da Pós-modernidade, com regras plenamente adequadas à estrutura constitucional. Funda suas concepções básicas em eixos temáticos, como: Estado Constitucional, tutela de direitos e processo justo<sup>11</sup>.

O novo Código acolhe valores e princípios constitucionais<sup>12</sup>.

Luis Roberto Barroso apresenta-nos o conceito de princípio:

---

10 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. "Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1 a 12 do PLS 166/10". **Revista Eletrônica de Direito Processual**. [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). V. VI. p. 49. Galeno Lacerda em obra recorda as lições de Eduardo Couture, ao tratar do então novo CPC de 1973: "a redação de um Código não é obra acadêmica, mas política. Não tem por finalidades consagrar princípios de cátedra, senão solucionar problemas que a realidade social, econômica, cultural e ética apresenta ao legislador. Nenhum processo de reforma deve iniciar-se sem um prévio exame crítico, com a maior objetividade possível, das realidades de tempo e lugar, que a nova lei deva reger". (LACERDA, Galeno. "O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo". **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Comemorativa do cinqüentenário. Porto Alegre. 1926-1976. P. 168)

11 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e propostas**, p. 60. Com relação ao conceito pós-positivista, vale recordar as lições de Barroso e Ana Paula de Barcellos: "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética." (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. "O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr/jun 2003, p. 141.

12 "Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou direito processual constitucional e que consiste na condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. A ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significado transcendente: o valor justiça". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo: 2009. Fl. 25 e 26). De igual forma leciona Nelson Nery: "Existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional." (NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 26). Por fim, esclarece Cássio Scarpinella Bueno: "A análise do nosso 'modelo constitucional' revela que todos os 'temas fundamentais do direito processual civil' só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma 'teoria geral do direito processual civil' que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional, e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais." (BUENO, Cassio Scarpinella. "O modelo constitucional do Processo Civil". **Caderno de Direito Processual Civil**: módulo 7, Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009, p. 135-136). Neste sentido também podemos citar: DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, V. I, Ed. Malheiros, 6 edição. P. 128; MORELLO, Augusto Mário. **El proceso justo – del garantismo formal a La tutela efectiva de los derechos**, esp. Cap IV, item III, p. 64.

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.<sup>13</sup>

Tal princípio alça a dignidade da pessoa humana<sup>14</sup> à condição e posição central (norteador uma série de normas – verdadeiro superprincípio,

13 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143. Com o mesmo brilhantismo, ensina Daniel Sarmento: “Os princípios são muito importantes porque, pela sua plasticidade conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a Constituição no solo ético, abrindo-a para conteúdos morais substantivos. Por isso, seria inadmissível uma combinação baseada apenas em normas regras. [...] Sem embargo, também seria inviável uma Constituição que se fundasse apenas sobre princípios, pois esta careceria ao sistema uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e imprevisível do que a das regras. [...] Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma ‘leitura moral’, pois é, sobretudo, através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando-se impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição” (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 87-88 e 79)

14 “A dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. [...] A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o *imperativo categórico* kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional** - tomo II- 2ª ed. revista. Editora: Renovar, 2009, p. 584-585 e 250). De igual forma leciona Ana Paula de Barcellos: “Mas o que é, em linhas gerais, a dignidade da pessoa humana? Ainda que o propósito, neste capítulo, não seja o de se deter no exame de qualquer direito positivo, é preciso saber ao menos por que área ou áreas do direito o jurista estará trafegando no momento em que se debruça sobre o tema. De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Editora: Renovar, 2002, p. 110-111). Por fim, recorro a Canotilho: “Outra esfera constitutiva da República Portuguesa é a dignidade da pessoa humana (artigo 2º). O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et factor*). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24.º) e a prisão perpétua (artigo 30.º/1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode *cooperar* na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de *cidadão*, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida. Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico. O expresso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2ª edição. Editora: Almedina, 2000, p. 225-226)

centro de gravidade do ordenamento jurídico<sup>15</sup>). Os princípios revelam-se como o núcleo estrutural de todo o novo Código, irradiando seus efeitos, abarcando o ordenamento e norteando sua interpretação e integração<sup>16</sup>.

Luiz Fux também destaca a importância da dignidade da pessoa humana: “Assim é que, *v.g.*, na solução de uma questão humana deve assumir relevo a regra infraconstitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>17</sup>

Contudo, de nada vale o estabelecimento de tais ditames se os nossos tribunais não resguardarem sua eficácia e alcance; com isso, tais princípios<sup>18</sup> devem ser incansavelmente perseguidos por nossas cortes, para que não sofram a pecha do descaso, retirando da Constituição seus valores basilares (seu sentido ético)<sup>19</sup>.

De igual forma, a efetividade da jurisdição está intimamente ligada à eficácia concreta dos direitos constitucionais; sem uma tutela efetiva; não dispomos da proteção necessária do Estado, sendo a tu-

---

15 FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa**. 2011. Ed Forense, p.13.

16 Devemos recordar a lição de Robert Alexy: “los principios son mandatos de optimizacion, que estan caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino tambien de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto G Váldes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. P. 86). Em complementação ao apontamento de Robert Alexy, leciona Daniel Sarmento: “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico [...] pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao se humano – razão última do Direito e do Estado. [...] Quando este [Robert Alexy] afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ceder, em face da ponderação com outros princípios em casos concretos. [...] reiteramos nosso entendimento de que nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinha da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem”(SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

17 Idem item 09, p.14

18 Leciona François Jullien na obra **Fundar a moral: diálogo de Mêncio com um filósofo das luzes**, p. 15, ao tratar de princípios no campo filosófico: “Para Mêncio, e, para além deste pensador, para a tradição chinesa mais comum, a reação do insuportável (diante da ameaça a um outro) é o que funda a moral. Ainda assim seria necessário compreender bem o que estamos por fundar, e principalmente distinguir entre ‘princípio’ da moralidade e o que lhe serve de fundamento. O princípio da moralidade é a proposição primeira de uma moral, nos diz Schopenhauer, ou seja, a expressão que melhor resume a conduta que é prescrita, sua formulação mais geral da virtude; enquanto seu fundamento é o porquê da virtude que ela recomenda, a razão de sua obrigação. A respeito do princípio, ele reconhece que todos os moralistas estão de acordo (por exemplo, ‘não prejudique ninguém, ajude cada um segundo seu poder’). Mas este princípio, ele logo acrescenta, é apenas a consequência de uma razão que se procura ainda, e que somente ela ‘constituiria o verdadeiro fundamento da ética’”.

19 Neste sentido: “Entretanto, um dos vícios da jurisprudência brasileira tem sido o do relativo descaso devotado aos princípios constitucionais, o que acaba despindo o processo de interpretação e aplicação da Constituição da sua dimensão ética mais profunda. Como observou o grande constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman, a relutância do Tribunal Constitucional em interpretar a Constituição brasileira de 1988 como uma constituição de princípios leva os advogados a duvidarem se a Constituição brasileira é de fato um recomeço”. (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**, 1 edição, Lumen Juris, p. 51).

tela jurisdicional decorrência da própria noção de estado de direito e do repúdio à autotutela<sup>20</sup>.

O exercício da jurisdição deve garantir ao processo a mais extensa efetividade, tendo amplo alcance prático com o menor custo no resguardo de direitos. Esse é um dos propósitos revelados pelo novo código<sup>21</sup>.

O processo passa a ser visto como instrumento de uma efetiva participação democrática, com o juiz ouvindo e dialogando com as partes, proferindo decisões efetivamente pacificadoras<sup>22</sup>. O juiz passa a ter um papel relevante, devendo ter plena consciência de sua missão, agindo para a busca da pacificação social e com absoluta observância aos princípios norteadores.

As garantias fundamentais do processo representam um dos pilares mais sólidos do Estado Democrático de Direito, sendo o processo humanizado e garantístico conforme sua previsão nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição.

Seguimos modelos de outros Estados que já indicam a adoção dessa vertente, como: art. 111º da Constituição Italiana, a Emenda 5ª e 14ª da Constituição Americana e o processo justo previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Tais garantias abarcam todos os ramos do Direito, impondo-se em nosso ordenamento diante da supremacia das normas constitucionais. Logo, funcionam como regramento multidisciplinar, de observância compulsória.

---

20 O direito processual constitucional põe o estudo do procedimento sob o enfoque da garantia do devido processo legal e, com isso, o estudioso conscientiza-se de que as exigências do Código constituem projeção de uma norma de maior amplitude e de mais alta posição hierárquica, sendo indispensável uma interpretação sistemática. Daí para entender que o procedimento é o meio técnico para a efetividade do postulado democrático da participação o passo é pequeno, e já se vai chegando à concepção das grandes linhas do que se chama justo processo (Augusto Mario Morello) e équo (Luigi Paolo Comoglio)". (DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, V. I, 6ª edição. Malheiros, p. 128).

21 Candido Dinamarco destaca a necessidade natural de os processualistas de criticarem o sistema sob o enfoque dos princípios e garantias constitucionais (DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, V. I, 6ª edição. Malheiros, p. 127).

22 Leciona Leonardo Greco: "Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça de seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção de regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo" (GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I, p. 225). Cândido Dinamarco destaca que um dos grandes males da Justiça reside no conformismo do próprio juiz diante de certos preconceitos que tradicionalmente limitam a efetividade da tutela jurisdicional e os levam a atitudes passivas, sendo tal conduta responsável pela fraqueza da Justiça e pela insatisfação social em torno dela. (DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, V. I, 6ª edição. Malheiros, p. 152).

Conforme se referam à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes ou às prévias condições que norteiam a organização judiciária, Luigi Paolo Comoglio classifica as garantias fundamentais em individuais e estruturais do processo<sup>23</sup>.

As garantias individuais compreendem o acesso à justiça em sentido estrito; a imparcialidade do juiz; a ampla defesa; assistência jurídica dos pobres; o juiz natural; inércia; contraditório; oralidade e coisa julgada.

Já as estruturais são: impessoalidade da jurisdição; permanência da jurisdição; independência dos juízes; motivação das decisões; inexistência de obstáculos ilegítimos; efetividade qualitativa; procedimento legal; publicidade; prazo razoável; duplo grau de jurisdição e respeito à dignidade humana.

Dessa forma, destaca-se a figura da aproximação do direito processual da Constituição, especialmente para resguardo dos Direitos Fundamentais do Homem, fato que foi acolhido no nosso Projeto.

No dias atuais, especialmente após a 2ª Grande Guerra, a Constituição não mais é uma simples fonte de inspiração, mas um compêndio de direitos fundamentais de altíssima relevância (inafastável), o que compele à submissão dos mais diversos ramos do direito à Constituição (direito civil constitucional, direito penal constitucional e o direito processual constitucional), fato especialmente notado em uma Constituição com tamanha abrangência como a nossa<sup>24</sup>.

Face a isso, afirma Dierle José Coelho Gomes:

*Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro 'modelo constitucional do processo', estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena da inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 212)<sup>25</sup>.*

---

23 Classificação proposta por: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, 5 edição. Bologna: Il Mulino, 2011. VI.

24 Como bem destacam os Professores NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: Uma abordagem a partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito**. [www.redep.com.br](http://www.redep.com.br). p. 226.

25 NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: Uma abordagem a partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito**. [www.redep.com.br](http://www.redep.com.br). P. 229.

Deve-se ter a noção de um processo garantístico, o que não importa, necessariamente, um processo moroso e burocrático.

Podemos ter um processo com absoluto respeito às garantias fundamentais, sendo ele célere<sup>26</sup> e funcional. Vale recordar que a violação das garantias do processo apenas gera mais recursos e maior comprometimento da pacificação social, importando a negação estatal aos ditames da Constituição, processualmente documentado.

Qualquer forma de mitigação das garantias do processo servirão de retrocesso, corrompendo nossa frágil democracia.

## OS PRINCÍPIOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Passemos ao projeto do novo Código<sup>27</sup>.

Já no art. 1º, o legislador, ao citar a expressão “valores e princípios constitucionais”, revela claro propósito de acolhimento da teoria do direito processual constitucional. Processualistas de renome já destacaram que o direito constitucional é o tronco da árvore do qual um dos seus ramos é o direito processual<sup>28</sup>. Logo, os ditames centrais decorrem da absoluta observância da Constituição Federal. As linhas basilares do nosso projeto se arrimam na ideia do Estado Constitucional (processo justo).

Devemos recordar que somente um processo justo pode levar à obtenção de uma decisão justa. O direito ao processo justo é condição necessária, embora não suficiente, para a prolação de uma decisão conforme o direito<sup>29</sup>.

O direito processual civil deve ser lido e interpretado de maneira a realizar os direitos fundamentais, norteados pela determinação constitucional. Esses direitos devem ser concretamente realizados, não sendo mais meras normas programáticas – direito fundamental à efetividade da jurisdição<sup>30</sup>.

---

26 “De nada adianta um processo seguro e justo. Mas demorado; também não pode ser cultuada apenas a celeridade, gerando riscos de decisões injustas. É preciso buscar o tempo razoável a que se refere o art. 5 LXXVIII, da CF, suficiente para conferir segurança e eficácia prática ao resultado. Afinal de contas, a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, assegurado também em sede constitucional”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3 edição. Malheiros. 2010, p. 79).

27 Aqui deixo de transcrever cada qual dos artigos por tratar-se de algo de fácil acesso, bem como para evitar o alongamento desnecessário.

28 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1 a 12 do PLS 166/10”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. [www.redep.com.br](http://www.redep.com.br). V. VI, p. 52.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e propostas**. Editora RT. 2010, p. 19-21.

30 Neste sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. V. 01. 5 edição. Ed Saraiva, p. 92 e seguintes.

O artigo 2º norteia o Princípio Dispositivo (da inércia ou da demanda). Consubstancia que a jurisdição apenas atua quando provocada por algum interessado, ressalvadas hipóteses legalmente previstas, recordando que a inércia da jurisdição não importa passividade e apatia do juiz na condução do processo, o qual deverá sempre perseguir a verdade<sup>31</sup>.

Causam sérios debates a norma prevista no artigo 284 do novo Código, a qual permite, em casos excepcionais ou autorizados por lei, a concessão de medidas de urgência de ofício. Trata-se de tema a ser fortemente debatido para o qual devem ser impostos limites objetivos, sob pena de forte insegurança jurídica. A regra, se observada de forma aleatória e açodada, pode gerar decisões violadoras de garantias processuais.

Por exemplo, em casos excepcionais, com hipossuficientes em evidente situação de risco, a medida se torna legítima, mas a sua banalização é arriscada, especialmente em feitos que envolvam direito patrimonial com pessoas bem representadas e sem qualquer condão de carência de toda ordem.

O juiz deve pautar-se pela isonomia e distância das partes, sendo um valor de absoluta relevância ao processo; logo, a medida denota alto comprometimento à imparcialidade do juiz e ao processo justo-isonômico.

O valor “casos excepcionais” (art. 284) é altamente subjetivo e sujeito às mais diversas formas de interpretações e valores. Cabe lembrar que nosso país é grande, continental, com a mais absoluta diversidade cultural, portanto, o subjetivismo é gritante, se consideramos nossa pluralidade.

Já o impulso oficial revela a ideia de repulsa à inércia, devendo o processo caminhar sempre ao seu fim. O juiz moderno não apenas julga, mas administra e gere sua serventia.

Não mais existe a figura isolada do juiz com a única e restrita função de julgar. Ele é um gestor por essência (rotinas administrativas - decorrentes do princípio da eficiência também acolhido pelo novo Código), um protetor da razoável duração do processo, comprometido com ela.

O art. 3º repete a regra do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, ressaltando apenas a questão da arbitragem (via alternativa de pacificação extrajudicial, mediante a escolha de um terceiro imparcial que decidirá no lugar das partes, segundo normas e procedimentos por ela eleitos).

31 GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito Processual**. V. I, p. 241.

Passemos ao artigo 4º.

O processo justo tem como referencial a dignidade da pessoa humana, respeitando o devido processo legal, o contraditório participativo, além das demais garantias da igualdade, publicidade e duração razoável do processo.

A tutela dos direitos deve ser prestada por meio de uma jurisdição adequada, sendo abominada a morosidade, a ineficiência estatal e os entraves que ferem o regular andamento do feito (nascido do descrédito de todo um Poder). O direito à jurisdição em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva<sup>32</sup>.

O Projeto é sensível às dilações desnecessárias e à morosidade marcada por incontáveis recursos, empreendendo esforços para reduzir o número destes e dinamizar o procedimento, com absoluto enfoque garantístico, para que o processo sirva a duração razoável.

O Projeto também busca a celeridade (não a qualquer preço), mantendo atenção total às garantias e efetivação de um processo justo<sup>33</sup>, conferindo maior celeridade ao processo e resguardando sua duração razoável (justiça retardada é justiça denegada).

A tutela não deve ser apenas adequada, mas tempestiva, razão pela qual dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (efetividade processual), repudiando a morosidade.

Humberto Dalla, ao tratar do tema, citando Nicolò Trocker, reafirma que processo justo é o que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e aos valores sociais<sup>34</sup>.

Por outro lado, a prestação jurisdicional carece de um tempo para que o processo se desenvolva de forma a resguardar valores constitucionais. Assim, a celeridade não pode ser buscada a qualquer preço (resguardado ao Estado Democrático de Direito). Torna-se vazia a busca desmedida por uma celeridade irracional, como se o processo fosse um problema a

32 "O tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso foi jogado nas costas do autor, como se a demora fosse exclusivamente problema seu. Acontece que o tempo é uma necessidade: é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar sua convicção, e uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo, direito esse que tem expressão no princípio do contraditório" (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. V. I. 5ª edição. Ed. RT. 2011, p. 229-230).

33 FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa**. 2011. Ed. Forense, p. 01.

34 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. "Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1 a 12 do PLS 166/10". **Revista Eletrônica de Direito Processual**. [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). V. VI, p. 61.

ser solvido o quanto antes, ainda que da pior forma possível, ainda que violando a Constituição Federal. Na realidade, a busca pela resolução é posta de lado em nome de um resultado desmedido. Processo não é um problema, mas meio de solução que serve a sociedade.

A duração do processo deve estar umbilicalmente ligada ao processo justo, à dignidade da pessoa humana, à razoabilidade e à proporcionalidade. Colocar de lado esses valores para a busca da celeridade é retroceder ao passado e romper com valores democráticos basilares. Segundo Vincenzo Vigoriti, um dos males contemporâneos do processo é sua duração<sup>35</sup>.

O processo justo é inimigo das metas matemáticas, do extermínio a todo custo dos processos, viole o que violar. O Projeto tem uma visão instrumental, não uma solução numérica<sup>36</sup>.

O art. 5º trata do Princípio da Cooperação, decorrente da Boa-fé e da Lealdade.

As atitudes dos personagens do processo devem estar comprometidas com o seu resultado, agindo com lealdade, verdade e em busca de uma solução para o conflito<sup>37</sup>.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, tratando do princípio da operosidade, destaca a importância da atuação ética das partes no processo<sup>38</sup>, devendo todos cooperarem com o resultado deste (democratização do processo).

As partes devem se comprometer com os valores do processo constitucional e justo, sem entraves desnecessários e expedientes inverídicos, pois tais medidas afetam a sua duração razoável<sup>39</sup>.

35 VIGORITI, Vincenzo. **Durata del Giusto Processo**. A DIDONE. Milano: Giuffrè, 2002.

36 “Um grande número de juízes tem sua preocupação voltada tão somente para a produção de sentenças: quanto maior o número, melhor. Torna-se, às vezes, até uma obsessão não ter processo aguardando a vez para sentença. A técnica aqui é utilizada para uma produção em série, como na fabricação de um determinado produto que sai da fábrica: quanto maior o número melhor a produção. Não é importante a indagação do número de sentenças justas que foram proferidas, a qualidade delas, mas sim a quantidade. É isto que vale. É indispensável que essa mentalidade seja modificada, urgentemente, passando a ser um compromisso ético de cada magistrado utilizar a técnica a serviço dos fins que modernamente informam o acesso à justiça, destacando-se, a toda evidência, o de dar razão a quem, efetivamente, tem o direito material”. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**, 2 edição. Editora Forense. 2003, p. 69)

37 Sobre o comportamento das partes é salutar recordar o trabalho de José Carlos Barbosa Moreira: **Temas de Direito Processual**, 1 série, p. 16-33.

38 As pessoas com base na operosidade, seja judicial ou extrajudicialmente, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça. Todos devem cooperar com as atividades destinadas à democratização do processo. Como bem destaca o professor, quanto melhor e mais competente for o comportamento dos operadores da justiça em geral, maior será a possibilidade de alcançarem os fins almejados (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**, 2 edição. Editora Forense. 2003, p. 63-64).

39 “Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem

Aliás, a colaboração das partes para um processo mais efetivo e que busque uma solução célere é tendência de diversas legislações pelo mundo. Podemos citar, como exemplo, o art. 266 do CPC Português (Decretos-Leis 329A/95 e 180/96), que reforça a necessidade da cooperação subjetiva, transformando o processo numa verdadeira “comunidade de trabalho”, nas palavras de Miguel Teixeira de Souza, professor da Faculdade de Direito de Lisboa: “O art. 266, nº I, dispõe que, na condução e intervenção no processo, os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes devem cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Este importante princípio da cooperação destina-se a transformar o processo civil numa ‘comunidade de trabalho’ e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados. Este dever de cooperação dirige-se quer às partes, quer ao tribunal”<sup>40</sup>

O dever de cooperação se arrima na boa-fé processual (art. 266-A do CPC Português), destacando o autor supra sua especial aplicação na seara das provas e no dever de cooperação quando do processo de execução.

Por fim, o juiz deve obrar de forma eficaz e comprometida com o Estado Democrático de Direito, aproximando as partes, buscando soluções e conduzindo o feito para uma solução.

A atuação do juiz deve ser imparcial e equidistante dos interesses a ele submetidos, não servindo à finalidade subjetiva de qualquer das partes<sup>41</sup>. Vale lembrar que o contraditório participativo e o diálogo humano exigem que o juiz antecipe sua impressão e opiniões, fazendo-as publicamente. A antecipação permite que as partes acompanhem suas posições e possam eficazmente influir em suas decisões, sem que importe em prejulgamento de qualquer ordem; ao contrário, possibilitam uma participação mais democrática das partes no resultado do processo e na busca pela pacificação social.

---

nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade. Exemplo interessante da aplicação desse modo de ver encontra-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol. Para aquela Alta Corte, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juizes e tribunais têm a ‘(...) obrigação de proteção eficaz do direito fundamental [...]’ (DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **O Formalismo Valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo**. Em 08/05/2012. [http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismovalorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismovalorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm)).

40 SOUZA, Miguel Teixeira de. "Aspectos do novo processo civil português". *Revista Forense*, v. 338. Ano 93. 1997. Rio de Janeiro. Ed. Forense, p. 150.

41 Nesse sentido, Leonardo Greco cita Juan Montero Aroca na obra *Sobre "la imparcialidad Del juez y La incompatibilidad de funciones processales"*. Ed. Titant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 187 ("Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed. Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I, p. 231).

Por fim, o art. 6º, inciso II, exige não somente expor a verdade, mas proceder com lealdade e boa-fé. Tal mecanismo expõe não apenas o enfoque objetivo pretendido, mas também seu arcabouço subjetivo, apontando um norte de comportamento para as partes.

Passo ao art. 6º.

O magistrado deve preparar-se para solução que não está integralmente prevista na norma, que demande a busca criativa na resolução da questão. Logo, o juiz terá participação direta na formação e produção do direito, mediante aplicação e integração de seus valores e escolhas.

Aliás, a presente situação aponta pela necessidade inafastável de decisões bem fundamentadas, abominando fundamentos superficiais. Não basta fundamentar, devem ser expostos os fundamentos dos fundamentos - fundamentação analítica.

Ainda no tema, o mencionado artigo faz alusão aos princípios já dispostos no art. 37 da CF/88; prontamente, os princípios destacados devem ser observados pelo magistrado.

Ganha especial relevo o princípio da eficiência, o qual reforça o papel do juiz-gestor. Dessarte, não tem apenas o magistrado a função isolada de julgar, mas de gerir e ter efetivo comprometimento administrativo com a sua serventia, caminhando passo a passo com as regras acima dispostas na campo gerencial e administrativo de sua serventia. Os princípios previstos no art. 37 da Constituição trazidos para o presente artigo denotam o dever do magistrado à sua observância na gestão do processo<sup>42</sup>

O art. 7º trata da isonomia (paridade de tratamento – rol das Garantias Fundamentais do Processo).

O processo justo está em plena consonância com o direito à igualdade e ao contraditório participativo<sup>43</sup> ( art. 5, I e LV da Constituição de 1988). Conseqüentemente, deve ser garantido a plena “participação em contraditório mediante paridade de armas”, conforme leciona Marinoni<sup>44</sup>.

---

42 Leonardo Greco já destacava a importância de observar os princípios do art. 37 da CF/88 ("Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed. Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I, p. 226).

43 A igualdade que aqui defendemos é a igualdade substancial, já incorporada ao CPC Português, expressamente em seu artigo 3º-A: "A explicitação do princípio da igualdade das partes, que a lei teve o cuidado de referir que tem de ser 'substancial'" (SOUZA, Miguel Teixeira de. "Um novo processo civil português: à La recherche du temps perdu?". **Revista de Processo**. Ano 33. n. 161. Julho 2008. RT, p. 204). Salutar recordar as lições de Dinamarco: "Do contraditório, já se tem falado. Ele é, resumidamente, a garantia de participação, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático. A participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. Malheiros. 11ª edição. 2003, p. 349).

44 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil – o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo. RT. 1993, p. 165-167.

A todos devem ser avaliadas as oportunidades de agir e defender-se em absoluta igualdade de condições, especialmente aos mais carentes, de modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final.

Vale repassar da necessidade de maior resguardo aos chamados direitos dos pobres, bem destacado por Leonardo Greco<sup>45</sup>, como forma de preservação e resguardo da isonomia.

Para Greco, trata-se da “oportunidade concreta igual de sucesso final”<sup>46</sup>, decorrendo do corolário do devido processo legal consagrado no art. 5º da Constituição (busca pela igualdade material).

A questão de eventual violação da isonomia pela diversidade de prazo para determinados entes públicos, por exemplo, somente se justifica na exata medida da garantia da sua defesa em juízo. São abomináveis quando ofertam posições de vantagem ou para eximir o estado de cumprir seus deveres, violando a igualdade concreta<sup>47</sup>.

45 Destaca a necessidade de maior resguardo aos mais carentes. Aponta como exemplo o custeio da prova pericial, para evitar que, à sua falta, não permita tratamento igualitário. Complementa dizendo que não se pode exigir dos mais carentes cauções e depósitos para ingresso em juízo ou como condição para o exercício de qualquer direito subjetivo. Cita adiante: “Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista uma relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo”. (GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I, p. 235 e 255)

46 GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I.

47 “Reproduzindo o conhecimento habitual, costuma-se afirmar que a isonomia traduz-se em igualdade na lei ordem dirigida ao legislador e perante a lei ordem dirigida ao aplicador da lei. Em seguida, é de praxe invocar-se a máxima aristotélica de que o princípio consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. A beleza filosófica de tal acerto não contribui, todavia, para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e os desiguais e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual. [...] De plano, portanto, não será legítima a desequiparação aleatória, arbitrária, caprichosa. O elemento discriminatório deve ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas”. (BARROSO, Luís Roberto, **Temas de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 161). Segundo Vicente Greco: “O conceito de igualdade, porém, não é absoluto, porquanto dar tratamento igual a desiguais seria o mesmo que dar tratamento desigual a iguais. No mesmo sentido do conceito de justiça distributiva de Aristóteles e do princípio geral do direito vindo do direito romano, *suum cuique tribuere*, no processo civil, também repercute o mecanismo de compensações jurídicas em favor daqueles que merecem proteção especial. Não viola, pois, o princípio da igualdade o tratamento diferenciado dado a menores e incapazes que têm assistência do Ministério Público, à Fazenda Pública, que tem o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar [...]. Esses privilégios, porém, justificam-se: os menores e incapazes, apesar de representados ou assistidos por seus pais ou representantes legais, estão em situação desfavorável em relação à parte contrária, porque não estão à testa de seus direitos, exigindo fiscalização inclusive sobre os que os representam; a Fazenda Pública tem dificuldades burocráticas na formulação de sua defesa, merecendo atenção especial, porque sua derrota pode prejudicar, eventualmente, toda a coletividade”. (GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. V. I. 16ª edição. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 63). Explica Alexandre de Moraes: “O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na

Por fim, o juiz deve zelar pelo contraditório participativo, tendo o artigo confessado nítida preocupação com o processo justo<sup>48</sup>.

Do art. 8º do Código, decorrem dois valores: a solução rápida da lide e o dever de colaboração das partes. Ou seja, reprime incidentes desnecessários, os quais apenas distanciam uma solução adequada e célere.

A celeridade já se encontra prevista no art. 4º, sendo exigida a duração razoável do processo. De igual forma, o art. 66 exige como dever das partes o proceder com lealdade e boa-fé. Assim, fica evidente a preocupação do Projeto com os valores acima descritos.

O art. 9º reforça a ideia do contraditório participativo, mantendo-se a máxima dialética no curso do processo, em consonância com o devido processo legal<sup>49</sup>. Assim, o processo deve ser o campo de plena e ativa par-

---

obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos". (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo. Editora Atlas. 2002, p. 181). Por fim, leciona José Carlos Barbosa Moreira: "Para garantir a observância de los principios enunciados, es imprescindible que se asegure a los litigantes la igualdad de tratamiento por el órgano judicial. Esto exige, ante todo, que la conformación del procedimiento no quede sujeta al arbitrio del juez, sino que se ajuste al modo previamente instituido por la ley para los procesos en general. Una dosis razonable de 'formalismo' es necesaria como condición del justo equilibrio entre el poder del órgano judicial y los derechos de las partes, y asimismo de la uniforme aplicación del derecho material". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "*La igualdad de las Partes en el Proceso Civil*". **Revista de Processo**, São Paulo, ano 11, nº 44, 1986, p. 178).

48 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e propostas**. Editora RT. 2010, p. 74.

49 "Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas facultades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e facultades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. [...] O conteúdo da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de bills of attainder e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do juiz competente (art. 5º, incs. XXXVII e LIII), e b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional. Assim o contraditório e a ampla defesa vêm assegurador em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja litigantes ou acusado (art. 5º, inc. LV)". (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª edição. Malheiros Editores. 2009, p. 88 e 89). De igual maneira: "O princípio do devido processo legal tem como um dos seus fundamentos o processo 'justo', que é aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados. O senso de justiça informa, inclusive o *due process of law* na sua dupla conotação, a saber: lei justa e processo judicial justo – *substantive due process of law* e *judicial process*. Destarte, o devido processo legal está encartado no direito ao processo como direito ao meio de prestação da jurisdição, que varia conforme a natureza da tutela de que necessita. O direito à jurisdição não é senão o de obter uma justiça efetiva e adequada. Isso basta para que o juiz possa prover diante dessa regra in procedendo maior, insita na própria Constituição Federal, a despeito de sua irrepetição na legislação infraconstitucional. A previsão na Carta Maior revela a eminência desse poder-dever de judicar nos limites do imperioso. Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da sua pretensão significa violar o direito maior de acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido

ticipação dos personagens do processo, reforçando valores decorrentes do Estado Democrático de Direito e ofertando idênticas oportunidades de manifestação das partes. Nesse contexto, devem ser garantidas às partes idêntica oportunidade de ciência e manifestação, simetricamente iguais (isonomia e contraditório – decorrentes das premissas democráticas). O contraditório participativo deriva do princípio político da participação democrática<sup>50</sup>.

---

processo instrumental à jurisdição requerida”. (FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil** – Volume I. 4ª Edição. Ed. Forense. 2008, p. 253). Por fim: “A expressa garantia do *due process of law*, contida no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale ainda como norma de encerramento portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associáveis à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual (art. 5º, § 2º). [...] À cláusula atribui-se hoje uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal substancial que, em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*). [...] O contexto de garantias tipificadas e atípicas contidas na fórmula *due process of law* oferece aos litigantes um direito ao processo justo, com oportunidades reais e equilibradas. Direito ao processo justo é, em primeiro lugar, o direito ao processo *tout court* – assegurado pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que a Constituição impõe mediante a chamada garantia da ação. Sem ingresso em juízo não se tem a efetividade de um processo justo. Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas garantias mínimas: a) de meios, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas; b) de resultados, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. Os meios, sendo aqueles adequadamente empregados, constituem o melhor caminho para chegar a bons resultados. E, como afinal o que importa são os resultados justos do processo (processo civil de resultados), não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multisecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos. Eis o conceito e conteúdo substancial da cláusula *due process of Law*, amorfa e enigmática, que mais se colhe pelos sentimentos e intuição do que pelos métodos puramente racionais da inteligência.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I. 4ª edição. Malheiros Editores. 2004, p. 244-248).

50 Leonardo Greco afirma de forma lapidar: “Um dos mais importantes princípios gerais do processo judicial é o princípio do contraditório, hoje elemento essencial do próprio direito de acesso à Justiça, tal como configurado nos mais diversos sistemas jurídicos. Numa noção elementar poderia ele ser definido como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa. [...] Segundo componente essencial do princípio do contraditório é o conjunto de prerrogativas que poderíamos resumir sob o título de ampla defesa, de que aqui daremos apenas os traços mais marcantes. Entre nós a ampla defesa também está explicitada como garantia constitucional no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, podendo sintetizar-se no direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material. [...] Em síntese, o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana. Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente, a todos os interessados. Ora, não existe forma mais eficaz para isso, do que através da instauração de um diálogo humano entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo, autor, réu e eventuais terceiros intervenientes. O diálogo e o intercâmbio de ideias entre duas ou mais pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema. No diálogo todos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões dos outros, de tal modo que ao seu término cada um deles influíu nas ideias do outro e por elas foi também influenciado. A transformação do processo em instância de diálogo certamente exige novo juiz, capaz não apenas de ouvir, mas também de escutar e de falar. Nesse aspecto, ação e defesa têm o mesmo conteúdo, como instrumentos de participação. Por outro lado, o contraditório participativo exalta a importância da oralidade, da publicidade e da fundamentação das decisões, como complementos necessários de um processo justo: a oralidade como meio de comunicação humana mais perfeita e expressiva, nunca pode ser alijada, pois constituirá muitas vezes o único meio idôneo de influir eficazmente na decisão; a publicidade, pela transparência que confere aos atos processuais, como instrumento de controle social da exação do juiz no cumprimento de seu dever de respeitar o

Tal premissa é robustecida pelo fato de que decisões não podem gerar surpresa às partes, tendo estas oportunidade de manifestação plena e anterior à decisão. As partes devem ter o direito de apresentar todas as suas alegações, propondo e ofertando provas, exercendo tanto a auto-defesa quanto a defesa técnica.

O artigo em questão faz alusão à exceção, passemos a ela.

Existindo a hipótese de medida de urgência ou para se evitar o perecimento do direito, ponderando o juiz entre o acesso à justiça e o contraditório, poderá o magistrado optar pelo fenômeno do contraditório diferido ou postergado (fundamentando a decisão). Reitero que carecerá de uma decisão analítica, fundamento do fundamento.

O art. 10º norteia a impossibilidade de o juiz decidir sem que conceda oportunidade de manifestação das partes<sup>51</sup>, tal dispositivo representa uma inovação no novo ordenamento.

Leonardo Greco<sup>52</sup> já tratava da necessidade de oitiva bilateral como condição inafastável de decisão do juiz, até mesmo para matéria de ofício. Tal regramento encontra amparo em outras legislações, como o art. 183 do Código de Processo Civil Italiano e o art. 207 do Código Português (após a reforma de 1996).

Pela leitura do dispositivo (art. 10º), em se manifestando acerca de fato que cause surpresa às partes, tem o juiz o dever de submeter à manifestação prévia destas (ainda que se trate de matéria de ofício), consagrando o contraditório como dever de consulta ou de diálogo judicial<sup>53</sup>.

A principal diferença entre o formato anterior é que a exigência do contraditório tem como destinatário o órgão jurisdicional.

---

contraditório participativo e de instaurar no processo um verdadeiro diálogo humano; e a fundamentação, porque, mais do que um mero discurso justificador *a posteriori*, é através dela que as partes e a sociedade podem aferir se o juiz efetivamente se deixou influenciar pelas alegações e provas oferecidos pelas partes, se ele não apenas ouviu, mas realmente escutou." (GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Coleção José do Patrocínio, volume 1. Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005, p. 541, 548 e 554-555, bem como GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed. Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I, p. 241).

51 "Se os Juízes passassem a assegurar o contraditório pleno, ouvindo previamente as partes antes de proferir qualquer decisão, ainda que sobre matéria cognoscível de ofício, seguramente, muitos recursos seriam evitados". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. Malheiros. 2010, p. 105). De igual forma, Cândido Dinamarco sustenta o dever do juiz de fundamentar suas decisões, evitando surpreender as partes com decisões de ofício inesperadas, logo, corrobora a previsão legal (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. Ed. Malheiros. 11ª edição. 2003, p. 350).

52 GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed. Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V. I, p. 242.

53 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e propostas**. Editora RT. 2010, p. 75.

Com a mesma linha garantística, temos outros dispositivos no Projeto em questão, como: art. 110, parágrafo único; art. 469, parágrafo único; art. 475, parágrafo único e o art. 845, parágrafo único.

Tal dispositivo coloca em choque valores como o contraditório e a livre fundamentação das decisões do juiz.

Dessa forma, entre o contraditório e a livre fundamentação das decisões do juiz deverá preponderar o contraditório, resguardando valores do Estado Democrático de Direito, processo justo e efetividade processual. O Projeto renova, assim, sua visão de incondicional respeito aos preceitos constitucionais.

Recordo que, na ponderação de valores como o acesso à justiça pela necessidade de um provimento urgente e o contraditório, ao prevalecer o primeiro, poderá ser proferida decisão sem oitiva das partes (hipóteses do art. 307).

O art. 11º trata da Publicidade e Fundamentação das Decisões Judiciais.

A publicidade é uma das garantias mais importantes do processo democrático, sendo o único instrumento eficaz de controle da sociedade da atuação judicial, no que concerne ao resguardo dos direitos das partes e da dignidade da pessoa humana.

Por se tratar de uma garantia da sociedade, o sigilo ou restrição à publicidade devem ser medidas excepcionais e devidamente justificáveis, sendo exigível que a decisão que impõe o segredo de justiça seja, necessariamente, bem fundamentada. Tal medida excepcional somente se legitima para o resguardo da intimidade, evitando que a publicidade viole a privacidade daqueles que estão envolvidos no feito. Na realidade, a intimidade se coloca como princípio de maior relevância diante da publicidade em casos excepcionais.

Em matérias que envolvam interesse público, especialmente relativo ao erário, não é recomendável falar em qualquer forma de sigilo. Por outro lado, ainda que sigiloso, o mencionado não pode servir como obstáculo à presença das partes e seus patronos, visando o resguardo da plenitude de defesa.

Atualmente ganha destaque o processo eletrônico. Primeiramente, existem fortes opiniões que apontam o processo eletrônico como fonte de crucial mácula à publicidade no processo, o que é objeto de artigos e obras científicas diversas.

Tal estado é agravado pelo fato de não permitir o processo eletrônico o acesso livre da sociedade aos autos, como nos casos que hoje temos em prática. Hoje, basta qualquer um ingressar em um cartório e solicitar o exame do feito, que, não estando sob segredo de justiça, o acesso é imediato.

Um dos memoráveis casos vem descrito por Humberto Dalla em trabalho anteriormente referido<sup>54</sup>, no qual o Conselho da OAB se manifestou com relação ao tema:

*Em resumo, o Conselho da Ordem entendeu que o processo digital fere os princípios da proporcionalidade e da publicidade, bem como os preceitos constitucionais acerca do exercício da advocacia, além do art. 5º, caput e incisos XII e LX; do artigo 84, inciso IV e do artigo 133 da Carta.*

Quer seja por aspectos de conhecimento mínimo de informática, quer por fatores sociais, econômicos e culturais do nosso necessitado povo, não se pode negar que o processo digital limita o acesso aos autos na forma como hoje praticamos. Outrossim, por maior segurança que os sistemas comportem, eles sempre estarão expostos ao risco de invasões e violações. Tal fato merece nossa reflexão.

Ademais, para a manutenção da publicidade (com resguardo da intimidade), os tribunais terão que ajustar alguma via de acesso aos dados e teor dos processos que permita a máxima publicidade, inclusive, tendo como parâmetro mínimo nossa realidade atual.

Qualquer limitação restritiva, por mais serena que seja, se comparado aos dias atuais, importará em gravoso retrocesso.

Passo à questão relativa à fundamentação<sup>55</sup>.

Esta decorre do respeito ao contraditório participativo, através da análise, valoração das provas e alegações das partes. Da fundamentação, decorrem duas exigências: (a) os personagens do processo e a sociedade têm o direito de conhecer as razões de decidir, avaliando se o juiz se em-

54 "Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1 a 12 do PLS 166/10". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). V. VI, p. 81.

55 "Consoante dispõe o art. 93, IX, CF, todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de serem consideradas nulas de pleno direito. Dessa forma, é garantido às partes, para efeito de segurança das relações jurídicas e controle da atividade jurisdicional, a possibilidade de impugnar aquelas decisões que não estejam devidamente fundamentadas." (PINHO, Humberto Dalla de Bernadina. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Lumen Juris, 3ª ed. Rio de Janeiro: 2010, p. 51.). De igual forma: "Trata-se da grantia constitucional que exige do magistrado motivar a sua decisão, explicitando o itinerário lógico do seu raciocínio de maneira a permitir à parte vencida a demonstração das eventuais injustiças e ilegalidades encartadas no ato" (FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil*. 1ª edição. Ed. Impetus. 2006, p. 76).

penhou para proferir a decisão mais acertada e justa possível; e (b) o juiz, pela decisão, revela ter potencialmente analisado os fundamentos e provas de fato e de direito apresentados pelas partes, devendo o magistrado considerar toda a atividade desenvolvida pelas partes.

A fundamentação do julgado deve permitir que as partes e a sociedade compreendam de que modo foram avaliadas as provas produzidas e por que a uma foi dado maior valor que a outra.<sup>56</sup>

Questão relativa à fundamentação denota a preocupação do legislador com os princípios constitucionais (decorrente do pós-positivismo). A fundamentação das decisões é atividade inerente à atuação do juiz (ver art. 458, inciso II, do CPC), exigindo-se uma fundamentação analítica. As razões de decidir devem ser claramente expostas, decorrendo da garantia do devido processo legal, o que resulta na total abolição das fundamentações sintéticas.

Outra questão que merece nosso enfrentamento tem reflexos na atuação de alguns juízes que, escudados nos princípios, violam o seu dever de fundamentar, como bem destaca Daniel Sarmento:

*Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser<sup>57</sup>*

O juiz deverá indicar as razões de seu convencimento, atuando de modo claro e preciso. Deve apontar o fundamento do fundamento, o motivo do motivo. Assim, o pensamento do magistrado deverá ser claramente revelado para que a parte conheça todo o caminho e os elementos daquela decisão. ❖

56 GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. *Estudos de Direito processual*. V. I, p. 254-255.

57 SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Juris. 2006, p. 200.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto G Váldez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Editora: Renovar. 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel**.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. 2ª edição. Editora Renovar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2011.

\_\_\_\_\_ e BARCELLOS, Ana Paula de. "O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr/jun 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. Malheiros. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. V. 01. 5 edição. Ed Saraiva.

\_\_\_\_\_. "O modelo constitucional do Processo Civil". **Caderno de Direito Processual Civil**: módulo 7, Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2º edição. Editora: Almedina. 2000.

CAPPELLETTI, Mauro, **Acesso à Justiça**. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 49, tradução Ellen Gracie Northfleet.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo**, Forense, Rio de Janeiro, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª edição. Malheiros Editores. 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, 5 edição. Bologna: Il Mulino, 2011. VI.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. Ed Malheiros. 3 edição. 2009.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, V. I, 6ª edição. Ed Malheiros. p. 128.

\_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do Processo**. Ed Malheiros. 11ª edição. 2003.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I. 4ª edição. Malheiros Editores. 2004, p. 244-248.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina, **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 3 edição, Lumen Juris.

\_\_\_\_\_. "Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1 a 12 do PLS 166/10". **Revista Eletrônica de Direito Processual**. [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Vol. VI.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O Formalismo Valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo. Em: 08/05/2012. [http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismovalorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.html](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismovalorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.html)

FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa**. 2011. Ed Forense.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I**. 4ª Edição. Ed. Forense. 2008.

GRECO, Leonardo, **Instituições de Processo Civil**, Volume I, Editora Forense.

\_\_\_\_\_. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V I.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. V. I. 16ª edição. São Paulo. Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**, 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed Forense.

JULLIEN, François. **Fundar a Moral: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes**. Discurso Editorial. 2001.

LACERDA, Galeno. "O Código como Sistema legal de Adequação do Processo". **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Comemorativa do cinqüentenário. Porto Alegre. 1926-1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e propostas**. Editora RT. 2010.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil – o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo. Ed RT. 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. V I. 5ª edição. Ed RT. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo. Editora Atlas. 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*La igualdad de las Partes en el Proceso Civil*". **Revista de Processo**, São Paulo, ano 11, nº 44, 1986.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: Uma abordagem a partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito**. [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito. Cinco Minutos de Filosofia**. Coimbra. Amado Editor, 1974.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**, 1 edição, Ed Lumen Juris.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lumen Juris. 2006.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. *Revista Forense*, v. 338. Ano 93. 1997. Rio de Janeiro. Ed Forense.

\_\_\_\_\_. "Um novo processo civil português: à La recherche du temps perdu?". **Revista de Processo**. Ano 33. nº 161. Julho 2008. Ed RT.

VIGORITI, Vincenzo. **Durata del Giusto Processo**. A DIDONE. Milano: Giuffrè, 2002.

# Cinco Escritos Sobre Ações de Massa e Demandismo

**Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos**

*Diretor-Geral do CEDES - Centro de Estudos e Debates do TJRJ no Biênio 2011-2012.*

## I. INTRODUÇÃO

Os cinco escritos subsequentes refletem, de certa forma, minha trajetória na Diretoria-Geral do CEDES: a preocupação com as ações de massa, o demandismo e a tentativa de contenção através de uma jurisprudência uniformizada.

A gestão deu ênfase ao direito pretoriano pacificado como meio de superação daquelas dificuldades. Nele, joguei todas as fichas do sucesso de um trabalho de conagração de ideias através de uma linha de ampla discussão, pois, como lembra Karl Popper, a atividade intelectual é sempre de cooperação, com o propósito de trazer segurança jurídica, reduzir prazos, racionalizar a prestação da tutela jurisdicional e deter o demandismo.

Essa foi a filosofia cardeal de trabalho do CEDES, que, conforme dizem Alain Badiou e Barbara Cassin, “é uma atividade singular, cuja relação inevitável com uma espécie de desejo enciclopédico é, ao mesmo tempo, o lugar privilegiado de uma errância”, diferentemente da atividade científica, na qual prima a máxima da exigência do errar pouco.

Resisto à tese heideggeriana de que tudo se converterá em técnica, em ciência, em especialidade, e que a metafísica está condenada à morte, uma vez que as grandes ideias sempre partiram daqueles que têm visão de conjunto e não dos especialistas.

Nos capítulos que seguem, trato de cinco temas, que podem ser reduzidos a dois: demandismo e ações de massa.

É necessário que prossigam e se aprofundem esses estudos, para que tais questões sejam equacionadas de forma múltipla, pois não há fórmula única.

Talvez pareça emergir dos textos certa dose de pessimismo, ao se reconhecer, *v.g.*, o fracasso da jurisprudência pacificada como método de deter o demandismo.

Também é desmentido o mito milagroso da ampla eficácia das ações coletivas no combate a este mal. Como registrou Platão no Crátilo, “partimos daquilo que existe e não daquilo que se diz”. Não se pode acreditar em tudo que se anuncia. O que, efetivamente, se constata em matéria de ação coletiva, especialmente quando a questão versada diz respeito a interesses análogos, é reeditar-se na execução uma nova ação de conhecimento pelo litigante individual, com vistas a demonstrar que se enquadra nos ditames da sentença coletiva.

Pela mesma razão, recebe-se com reservas o decantado incidente de demandas repetitivas, porquanto ele resolve uma só questão jurídica, mas não decide, de uma só vez, inúmeros fatos semelhantes.

Desmascara-se o instituto da gratuidade de justiça, hoje explorado por vários oportunistas.

Cuida-se dos embargos de declaração, transformado em instrumento de chicana que alguns enunciados sumulares do TJ-RJ resolveu enfrentar.

Aliás, a tendência atual do STJ, arrependido da edição do verbete nº 98, de sua Súmula, quanto ao prequestionamento, o que, na prática, permitiu o abuso na interposição daquele recurso, é a de restringi-la, pois também agora sente na carne o absurdo de ter todos os seus pronunciamentos embargados.

Enfim, o erro, apesar de desconcertar e entristecer, é um convite à reflexão na busca da melhor solução.

## **II. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: QUESTÕES DE ORDEM PRÁTICA**

O Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça - CEDES, sem prejuízo de outras finalidades institucionais, como a realização de seminários, tem procurado priorizar o tema – uniformização da jurisprudência – não só pela importância que o direito pretoriano alcançou na atualidade, como também pelas vantagens que a unidade de pensamento proporciona.

Procurando seguir de forma escurrita a linha traçada pelo art. 122 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de que a inclusão em súmula deva decorrer de tese uniformemente adotada por decisões reiteradas de seus órgãos – daí a imperativa justificativa do verbete e a necessária indicação de precedentes na proposta de enunciado – mas sem chegar ao extremo de uma exegese limitada do dispositivo, o CEDES discorre muitas vezes sobre o óbvio. E não poderia ser diferente, em face dos termos estabelecidos pela norma regimental.

Referida sistemática, de certa forma, se assemelha ao método de raciocinar dos filósofos, descrito de modo lapidar por Roger Pol-Droit, cronista do Jornal **Le Monde**, *verbis*:

*“Às vezes eles esperam muito tempo antes de falar, espreitando silenciosamente o instante em que a evidência se explica, em que a banalidade se torna interessante” (A Companhia dos Filósofos, Martins Fontes, p. 14).*

Eis aí; os temas são óbvios, mas a banalidade se torna interessante por facilitar e acelerar a prestação jurisdicional.

Por isso, impõe-se a todos maior compreensão e espírito, ao lidar com tais trivialidades.

Dado o número insuportável de interposição de embargos de declaração, em grande parte estimulada pelo verbete nº 98 da Súmula do STJ (“embargos de declaração com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”) cuja finalidade foi, por via transversa, barrar o ingresso do recurso especial, alguns enunciados sobre a matéria foram editados e sumulados, com vistas a simplificar os julgamentos dos embargos, esperando-se que eles alcancem a finalidade prática que se buscou, em vez de passar a ter mero significado proverbial.

Refiro-me aos seguintes enunciados da Súmula do TJRJ, todos relatados no Órgão Especial pela eminente Desembargadora Leila Mariano, os quais não contrastam com o verbete nº 98 da Súmula do STJ, senão objetivam combater os abusos por ele proporcionados e mostram que não há propósito prequestionador e muito menos é nítido tal fim. São eles:

*“169 - Deve o embargante, sob pena de multa, indicar, precisamente, os pontos omissos e as normas constitucionais ou legais alegadamente violadas, adequando-as à hipótese dos autos”.*

*“170 - Configura intuito protelatório a reedição, nos embargos de declaração, das teses aduzidas ao longo do processo que constituam objeto de outro recurso, sem caracterizar ponto de omissão, obscuridade ou contradição da decisão embargada”.*

*“172 - A contradição, para ensejar a interposição de embargos de declaração, deve estar contida no próprio conteúdo da decisão embargada”.*

*“173 - São protelatórios os embargos de declaração sem a prévia discussão das partes sobre a questão federal ou constitucional omitida na decisão embargada, salvo se contida no aresto impugnado ou configurar matéria de ordem pública”.*

*“238 - Consideram-se protelatórios embargos de declaração opostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 557, parágrafo 2º, do CPC”.*

Examine-se, inicialmente, uma hipótese bastante comum, concernente à interposição dos embargos de declaração para fins de prequestionamento, em face do caminho livre pavimentado pelo enunciado nº 98, da Súmula do STJ.

A primeira questão destacada é que, para efeito de prequestionamento, necessariamente, os embargos de declaração só poderão versar sobre omissão da decisão embargada.

Não há como “prequestionar” decisão contraditória ou obscura.

Os enunciados n.ºs 169 e 173 da Súmula do TJRJ pretendem demonstrar que, naqueles casos, o propósito prequestionador não existe.

De fato, é frequente, caso de incidência do enunciado 169, que o embargante, simplesmente, aluda a normas constitucionais e legais supostamente violadas, sem mencionar, especificamente, em que consiste a omissão, fazendo-se simples e genérica alusão aos dispositivos ditos violados, sem confrontá-los com as considerações da decisão embargada.

O intuito protelatório é nítido e enseja a aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, a qual pode ser majorada para 10%, nos termos do art. 538 do CPC e, neste caso, com o prévio pagamento, para que outro recurso possa ser interposto.

Por outro lado, algumas vezes o prequestionamento surge apenas nos embargos de declaração, o que, lógica e filologicamente, não é possível, porquanto se o questionamento tem de ser prévio, o prequestionamento não pode advir no momento da interposição dos embargos, salvo as exceções estabelecidas no próprio enunciado (a questão está contida no aresto embargado ou é de ordem pública).

Ressalvadas as exceções acima mencionadas, há evidente hipótese de protelação, a ser apenada, nos termos do art. 538 do CPC e do enunciado 173.

Não se pode esquecer, sem dúvida, a hipótese mais recorrente, objeto do verbete n.º 170 da Súmula: embargos de declaração nos quais se repetem todas as teses aduzidas ao longo do processo e que deveriam ser deduzidas em outros recursos (apelação, agravo interno, embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário).

Também aí se evidencia o espírito ímprobo de postergar o fim do litígio e que merece idêntica pena civil, em face do efeito interruptivo que a interposição dos embargos proporciona.

E nesse caso a questão ganha maior relevo, uma vez que obriga o magistrado consciencioso a uma releitura atenta, para evitar possível nulidade de sua decisão, pois, no bojo da peça, pode haver algo dedutível em sede de embargos.

A parte não tem o direito de dar mais esse trabalho ao juiz, que já esgotou sua função com a prolação da decisão. É inaceitável que o mesmo magistrado seja sempre compelido a se pronunciar mais de uma vez sobre o mesmo ponto, como se ele tivesse pouco a fazer.

Dois pontos ainda dignos de registro: a contradição e o não recolhimento da multa imposta pelo art. 538, parágrafo único, do CPC.

No tocante à contradição, a experiência tem mostrado ser mais frequente haver contrariedade do embargante com a decisão embargada do que, propriamente, pensamentos que se opõem naquela.

Quer isto significar que a contradição tem de ser necessariamente interna, isto é, como diz o verbete nº 172 da Súmula, “deve estar contida no próprio conteúdo da decisão embargada”.

Pode dizer-se que é rara a situação em que o embargante sustenta efetiva contradição. Em regra, aduz que a decisão se opõe a certo documento, depoimento ou outra peça dos autos, o que não caracteriza, tecnicamente, contradição, que não pode ser externa.

Por aí se vê que a maioria dos julgamentos dos embargos de declaração, que verse sobre contradição, é resolvida pela simples referência ao enunciado e a menção de que ela tem de ser interna.

Como último tema, a multa estabelecida pelo art. 538, parágrafo único, do CPC, que assim dispõe:

*“Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.*

É Evidente que, conforme estabelece o dispositivo, a condição do pagamento como requisito de admissibilidade de outro recurso somente ocorre na hipótese de majoração de 1 para 10%, dado que a condicionante só se refere à última situação descrita na lei.

De seu turno, o enunciado nº 238 considera protelatórios embargos de declaração interpostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, a saber, imposta em caso de agravo interno inadmissível ou se nele for deduzida tese manifestamente improcedente.

O enunciado decorre do fato de que o recolhimento da multa é óbvio e imperioso, daí a indução do espírito protelatório do embargante.

Isso demonstra a relevância de se impor, sem cerimônia, a multa prevista no art. 557, § 2º, nos casos em que os pressupostos para sua aplicação estejam patentes, dado que, segundo a própria dicção da norma acima referida, a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao recolhimento do respectivo valor.

Uma vez que, dependendo do valor da multa, ela não é recolhida - a experiência tem mostrado que só há recolhimento quando o valor é inex-

pressivo - segue-se que, em muitos casos, o julgamento destes embargos de declaração fica bastante simplificado: o recurso não será conhecido e nova multa será imposta ao litigante ímprobo, aqui pela protelação que move a interposição dos embargos.

Mas esta matéria foge um pouco do tema ora tratado e será versada em outra oportunidade, quando forem abordadas questões práticas diversas atinentes ao agravo interno.

### III. DESJUDICIALIZAÇÃO DO PAGAMENTO DO SEGURO DPVAT

Quem exerce a jurisdição cível no âmbito do Estado do Rio de Janeiro é perfeitamente sabedor do fenômeno multiplicador de demandas, envolvendo a cobrança judicial do seguro DPVAT.

Por se tratar de litígio em que, de um lado, está um desfavorecido das circunstâncias, vítima de um infortúnio, que muitas vezes deixa a família ao desamparo, no caso de morte ou de lesão incapacitante, de outro, no extremo oposto, se encontra a poderosa e antipatizada seguradora, que não paga o que deve, apesar de dispor de vultosos recursos para adimplir suas obrigações. Daí o fato ter despertado no espírito do magistrado fluminense um sentimento concorde de indignação contra tal não pagamento. E os juízes, abnegados como sempre, se esmeraram em decidir celeremente tais demandas.

A necessidade de solução rápida de tais litígios, com vistas a amparar o desafortunado ou a sua família, tornou-se um consenso sem prévia discussão da questão entre os juízes, tal como a *acquietentia in se ipsa* de Spinoza.

A boa-nova, então, se espalhou e demandantes de outros estados da Federação, onde o Judiciário é congestionado, para cá migraram, a fim de deduzirem suas pretensões de condenação ao pagamento do seguro obrigatório não adimplido.

E não foram apenas litigantes de estados longínquos de justiça morosa. As datas dos sinistros passaram a ser cada vez mais remotas. No entanto, a resposta jurisdicional permaneceu imediata.

Com tal modo de proceder, típico de certa dose inevitável de paternalismo jurisdicional, o Judiciário fluminense, sem se dar conta da forma como agia, impelido pela quantidade e pelas desgraças narradas nas demandas, prosseguiu com denodo, julgando celeremente tais feitos, que

cada vez mais se multiplicavam, até que a luz se acendeu e o oportunismo e o demandismo foram percebidos.

Editou-se, então, o enunciado nº 143 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

*“Nas ações de cobrança de seguro obrigatório – DPVAT, envolvendo questão de ordem pública, o juiz pode, de ofício, declinar da competência, aplicando-se a regra do art. 100, parágrafo único, do CPC e o espírito do CDC”.*

Este foi o primeiro passo para conter o abuso dos oportunistas. Referido verbete foi editado com base em acórdão lapidar da lavra do eminente Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, do qual se transcreve o seguinte trecho:

*“Muito embora se reconheça de forma geral que a pluralidade de opções de foro para ajuizamento de causas dessa natureza visa a garantir o acesso à justiça, a consistência de alegação nesse sentido deve poder ser aferida no caso concreto, considerando-se a natureza de relação jurídica de direito público e o escopo de pacificação social do processo, que não admitem eventual abuso no exercício do direito de ação.*

*Difícil aceitar que a propositura de ação em outra cidade e estado possa lhe ser mais benéfica do que na própria comarca de sua residência. A prestação que pede é o pagamento de quantia, que deve lhe ser feito, por todas as evidências, no local onde domiciliada.*

*É notório que têm sido ajuizadas neste foro inúmeras ações fundadas em acidentes ocorridos em outros estados, cujos Autores são pessoas lá domiciliadas, ao argumento de que a seguradora por eles escolhida para figurar no polo passivo é aqui sediada. Em tais demandas, contudo, a indicação do domicílio do Réu deve ser vista de modo não taxativo, já que, como é cediço, qualquer integrante do consórcio de seguradoras que gere o sistema DPVAT pode ser chamada a pagar as indenizações. Considerando, pois, a faculdade de ajuizamento contra qualquer seguradora do chamado pool do DPVAT, a*

*fixação do foro nesta capital em tais casos decorre apenas de suposta escolha do Autor, que pode merecer controle quando se evidencie, por regra de experiência comum (CPC, art. 335) e em vista das peculiaridades do caso, que tal escolha não foi feita em atenção às suas garantias processuais constitucionais. Assim, não pode tal escolha ser tomada como medida de preservação do direito de acesso à justiça ou de defesa/postulação. Evidencia-se, pela multiplicidade de processos em idêntica situação, verdadeira simulação processual, que deve ser combatida”.*

O STJ, apegado ao dogma processual (os dogmas, lamentavelmente, sempre os dogmas) de que a incompetência relativa não se conhece de ofício e de que ela se prorroga, se não for oposta exceção, anulou vários pronunciamentos que aplicaram tal verbete, como se colhe do aresto abaixo:

*“Processual civil. Recurso especial. Acórdão alvejado que, de ofício, declina da competência para comarca diversa. Impossibilidade. Súmula 33/STJ. Demanda de natureza pessoal. Competência do foro do domicílio do réu. Art. 94, caput, e art. 100, parágrafo único, do CPC. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido.*

*1. O foro competente para o ajuizamento da ação não é definido ao nuto do julgador, mas sim em conformidade com as regras de fixação e prorrogação de competência entabuladas na Lei Instrumental.*

*2. ‘A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício’ (Súmula 33/STJ).*

*3. A demanda objetivando o recebimento do seguro DPVAT é de natureza pessoal, implicando a competência do foro do domicílio do réu. Além disso, a regra contida no art. 100 do CPC é mera faculdade que visa a facilitar o acesso à Justiça.*

*4. Recurso especial provido” (REsp nº 1.059.330, 4ª Turma, D.J. de 15/12/2008).*

Ainda assim, os juízes fluminenses persistiram no firme propósito de reprimir o inaceitável abuso do direito processual, conforme demonstra decisão posterior, *verbis*:

*“Apelação cível. Direito civil e processual. Seguro-DPVAT. Ação objetivando a cobrança de indenização de seguro obrigatório - DPVAT. Competência. Com relação ao ajuizamento neste Estado de ações relativas à indenização do seguro DPVAT por pessoas domiciliadas em outros entes da Federação, a orientação pretoriana firmada neste E. Sodalício é no sentido de que as opções conferidas pela Lei Adjetiva em matéria de competência de foro para ajuizamento de ação com vistas a conferir efetividade ao direito de acesso à Justiça não obsta a análise da pertinência da escolha da parte autora pelo órgão julgador, sobretudo com o fim de coibir eventual abuso do exercício do direito de ação. Se a legislação coibe eventual abuso ou irregularidade no exercício do direito de ação, é nítida a possibilidade de controle nesse sentido pelo magistrado, o que neste caso se concretiza em reparar a declaração da parte autora quanto à conveniência do ajuizamento neste foro, que é evidentemente inverossímil. No caso, não há lógica no ajuizamento da demanda na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro se o fato ocorreu no Estado de São Paulo, onde também os demandantes possuem domicílio. Impõe-se, portanto, o declínio da competência para uma das varas cíveis da Comarca de São Paulo/SP. Recurso ao qual se dá provimento” (Apelação Cível nº [0174920-04.2007.8.19.0001](#), 18ª Câmara Cível, julgamento em 10/01/2012).*

Eram imperativas, então, outras medidas para pôr fim ao artifício.

Juízes, com maior agudeza de espírito, passaram a exigir o depoimento pessoal desses “litigantes distantes” que “apreciaram” a justiça fluminense e dela desfrutaram pela sua brevidade na solução do litígio, até que adveio outra proposição, muito mais evidente do que a máxima e o gênio de Spinoza: a lei que rege o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, estabelece o prazo de trinta dias, contados da entrega dos documentos exigíveis, para a liquidação do sinistro pela seguradora (art. 5º, § 1º, da Lei nº 6.194/74).

Na linha da norma acima referida foi editado o verbete n° 232 da Súmula deste Tribunal, nos seguintes termos:

*“É incabível a cobrança judicial da cobertura do seguro DPVAT no prazo legal de regulação do sinistro”.*

Não obstante a clareza solar da disposição legal e os termos do enunciado sumular, aprovado em encontro de desembargadores, com o patamar de 81,82% dos presentes, ratificado pelo Órgão Especial, sentenças que observam a norma e o verbete antes transcrito são anuladas, como se verifica do seguinte aresto:

*“Sumário. DPVAT. Invalidez. Extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir. Ausência de prévio requerimento administrativo à seguradora. Irresignação que não merece prosperar. Ausência de esgotamento da via administrativa que não impede a propositura de ação judicial. Aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Equívoco ensejador da anulação do decisum. Provimento do recurso, com fulcro no art. 557, §1º-A, do CPC, para cassar a sentença e determinar o prosseguimento do feito” (Apelação Cível n° [0033037-29.2011.8.19.0066](#), julgamento em 12/07/2012).*

Referido entendimento, indubitavelmente, ainda está sob o influxo distorcido da visão social das decisões que versam sobre a cobrança da indenização pelo não pagamento do seguro obrigatório.

Impende deixar claro que não se trata de exigir o esgotamento da via administrativa, mas de oportunizar à seguradora o pagamento extrajudicial, até porque, como mencionado, a lei prevê prazo para a regulação do sinistro e ele se conta da entrega dos documentos pertinentes a uma das integrantes do consórcio DPVAT.

Em poucas palavras: a solicitação de pagamento do DPVAT à seguradora, instruída com os documentos legais, constitui aquela em mora, ao invés de caracterizar exigência de exaustão da via administrativa.

Denota-se que o aresto antes transcrito não visualiza a questão de forma adequada, pois, absolutamente, não se confundem constituição em mora com exaurimento da via administrativa e de pura observância do prazo imposto em termos absolutamente expressos em lei.

Resta, então, dirimir a questão acerca da natureza da sentença que considera incabível a cobrança de seguro obrigatório antes da regulação do sinistro.

A situação do DPVAT é extremamente curiosa. Em qualquer hipótese de acidente, a atitude normal do segurado é procurar a seguradora, para que esta regule, primeiramente, o sinistro. Somente em caso de não pagamento, ressarcimento incompleto ou de mora, as demandas são ajuizadas.

Contudo, na cobrança do seguro DPVAT não se respeita o prazo legal que a seguradora dispõe para pagar e se judicializa a questão sem que aquela esteja constituída em mora.

Assim como se decidiu, o sentido do comando enseja uma inimaginável obrigatoriedade de as seguradoras correrem em busca das vítimas para, no trintídio, exortá-las a receber aquilo a que têm direito.

O Judiciário resolve conflitos e não conveniência de terceiros, estes em pleno exercício do indisfarçável abuso do direito processual.

Para os menos atentos, a redação do verbete, sem tomar partido, sobre se a questão é processual ou de mérito, diluiu a ambiência teórica e optou pela composição do texto sumular, utilizando o adjetivo “incabível”, para propiciar ao magistrado, conforme a situação dos autos, considerar questão processual (falta de interesse processual ou de uma condição específica, constituição em mora) ou de mérito (inexistência de mora).

Tudo dependerá, então, dos termos em que a demanda foi deduzida, isto é, da causa de pedir, conforme preconiza a teoria de Liebman, adotada pelo nosso CPC: se o autor afirmar, expressamente, na petição inicial que não requereu o pagamento à seguradora, o demandante “carecerá” de interesse processual, ou, para outros, de uma condição específica do regular exercício do direito de ação, isto é, a constituição em mora; se a questão for discutida após a contestação e exigir-se uma instrução, a matéria será de mérito, com a improcedência do pedido em virtude da inocorrência de mora.

É Liebman e não a teoria da asserção que esclarece a questão:

*“Todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação **ad causam**, deve ser proposto e resolvido **admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge***

*a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito”* (Conferência pronunciada pelo saudoso mestre peninsular em 29 de setembro de 1949, no Rio de Janeiro, tentando explicar aos processualistas brasileiros sua teoria e a técnica de sua utilização numa época em que a Ciência Processual brasileira ainda vivia na semiescuridão intelectual).

Singular, aliás, essa teoria da asserção: critica a teoria de Liebman e exprime, exatamente, o seu pensamento. Pior: utiliza-se dela e a condena. Mas esse impasse não é tema a ser debatido aqui e agora.

O que importa, no momento, é assegurar que o Judiciário fluminense não sirva de manobras processuais perpetradas por oportunistas.

Por fim, cumpre salientar que o STJ já sinaliza no sentido da necessidade da prévia tentativa de liquidação do sinistro, pois a questão, insista-se, é de constituição em mora e não de exaurimento da via administrativa, senão vejamos:

*“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DPVAT. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. REQUISITO ESSENCIAL PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. Inércia do autor quanto a este pedido. Reversão do entendimento. Impossibilidade. Incurção em matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Violação ao princípio da inafastabilidade do acesso à Justiça. Impossibilidade de exame por esta Corte de Justiça. Matéria atinente à competência do Supremo Tribunal Federal.*

**1. O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para o ingresso de demanda judicial.**

(...)

*4. Agravo regimental desprovido”* (AgRg no REsp 936574/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 02/08/2011).

O verbete n° 232 da Súmula do TJ-RJ quer evitar um ardil empregado por descomprometidos com a realidade da prestação jurisdicional, em complemento ao enunciado n° 143 da mesma Súmula.

#### IV. O PORVIR DE UM DEVANEIO

Parafraseio neste artigo o título de Freud na obra - **O Futuro de Uma Ilusão** - na qual o pai da psicanálise, em síntese, descreve a religião como um caso de neurose obsessiva coletiva.

Se pudesse, adotaria o mesmo título, pois o considero mais pertinente para o que aqui será tratado, mas não o faço (e nem o poderia fazer) em homenagem à honestidade intelectual, daí a confissão da paráfrase no título deste resumido artigo.

Neste breve escrito, por óbvio, não serão abordados temas psicológicos ou religiosos, até porque não sou psicólogo ou teólogo, mas, simplesmente, técnico em Direito.

A ilusão, a que me refiro, diz respeito à perspectiva de eficácia do novo instituto, incidente de demandas repetitivas, disciplinado no futuro Código de Processo Civil, como meio de redução e prevenção de demandas.

A expectativa dos processualistas é a de que aludido incidente reduzirá sobremaneira o número de feitos judiciais, pois estes receberão solução uniforme, de uma penada, após a diretriz estabelecida no incidente.

Aliás, mencionado instituto é apresentado como verdadeiro carro-chefe da reforma processual.

Não compartilho desse otimismo que me parece exagerado.

O que o instituto quer dizer em essência? Significa que as demandas, nas quais haja afinidade de questões por um ponto comum de direito, serão suspensas para que se delibere acerca da tese jurídica. Decidida a **quaestio juris**, aqueles feitos receberão solução uniforme, segundo o entendimento firmado no julgamento do incidente, em face da identidade de teses jurídicas (não da causa de pedir, pois estas são somente análogas ao invés de idênticas).

Não é objeto de preocupação descer a pormenores do instituto, uma vez que ele já foi tratado por processualistas de escol. Ao técnico em Direito compete, então, se preocupar com a produção do bom efeito.

O exame que importa, portanto, é apenas da predição de sua eficácia.

Afinal, como prenunciou Heidegger (a experiência mostrou o acerto de sua asserção), a metafísica e a transcendência morreriam, dando lugar à técnica e à eficácia, que passaram a ser sublimadas.

O **ter** superou o **ser**, até por questão de necessidade, porquanto, para que a velocidade dos avanços e das mudanças pudesse ser acompanhada, a transcendência cedeu seu espaço para a técnica, como previu Heidegger em seu **Ser e Tempo**. A técnica ascendeu de instrumento para tornar-se fim em si mesmo.

Ora, o incidente de demandas repetitivas emerge como mais um instrumento colocado à disposição da técnica na busca da eficácia, isto é, **a** solução mais rápida e econômica de demandas afins, além de preveni-las.

Mas será, de fato, vero, que esse mecanismo reduzirá o tempo e o número de processos judiciais?

Para começar, na realidade, isso dependerá de quem irá julgá-los, isto é, se examinará questões de fato.

Não se olvide que em qualquer processo judicial há questões de fato e de direito. Por isso, sempre considerei defeituosa a redação do art. 330, inciso I, do CPC, ao mencionar questão “**unicamente** de direito”, porquanto não há matéria “**exclusivamente** de direito”, mas, tão somente, preponderantemente assim.

Tal predomínio não afasta o exame das questões de fato. Estas, perenemente, existirão nos processos judiciais e terão de ser, inexoravelmente, enfrentadas pelo magistrado com competência para o julgamento.

Em suma, o trabalho de subsunção do enunciado não sumular, obtido no julgamento do incidente de demandas repetitivas, não dispensa o magistrado de confrontar a situação fática dos autos com o resultado do julgamento daquele incidente.

Indubitável que as decisões terão de ser uniformes, mas deste confronto entre o enunciado do julgamento e a particular questão de fato de cada processo judicial, o magistrado não tem como escapar.

Para ilustrar o que foi dito, basta que se examinem as diversas demandas que versam sobre cobrança dos expurgos inflacionários das cadernetas de poupança realizados por “planos” econômicos.

O Superior Tribunal de Justiça editou diversos verbetes acerca de critérios a serem adotados no julgamento de tais demandas, chegando,

mesmo, a precisar os índices aplicáveis, mas tudo isso não evitou que cada magistrado tivesse de se defrontar, em cada caso concreto, com a particular questão de fato ali envolvida. Identificar repetitividade toma mais tempo que julgar de plano.

Todo esse cuidado pretoriano também não evitou a proliferação de processos semelhantes, especialmente às vésperas da prescrição de cada plano econômico. Afinal, o direito de petição é inderrogável.

Outra situação similar demonstra a mesma consequência: o STJ assentou o entendimento de que débito pretérito não permite a interrupção de serviço essencial e tal conduta dá azo à indenização por dano moral. Pois bem, não obstante a orientação, tal conduta, reiteradamente, continua sendo realizada por algumas concessionárias.

Por outro lado, as demandas sobre tais questões continuam a se reproduzir.

Numerosos outros exemplos poderiam ser trazidos à baila, mas os considero desnecessários neste momento.

O que se objetiva, pois, é alertar, em nome da verdade, sem qualquer espírito de desconstrução, mas com o propósito de se prevenir sobre o futuro de uma ilusão, isto é, a de que é um sonho supor que haverá redução considerável de demandas com a simples existência e aplicação deste novel instituto.

Como disse Einstein em uma de suas memoráveis cartas, “a fé leviana na autoridade é o pior inimigo da verdade”.

De qualquer modo, façamos votos que este técnico em Direito esteja equivocado, que tudo não passe de mera aparência e a verdade esteja com a autoridade.

## **V. ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE DEMANDAS MULTITUDINÁRIAS**

Durante certo tempo, alimentei a esperança de que a uniformização da jurisprudência, de forma contínua e sistemática, reduziria o tempo dos processos judiciais e constituiria um dique contra as demandas massificadas.

Percebi que esse trabalho uniformizador, apesar de minorar o tempo de duração destes feitos e facilitar a forma de julgamento, não atingiu o propósito maior e mais ambicioso de reduzir a quantidade de processos.

Foi, de fato, uma ideia sonhadora imaginar que a jurisprudência pacificada dissuadisse os demandistas de ajuizar ações, deduzindo as mesmas teses jurídicas repelidas sistematicamente pelas decisões pacificadas em certo sentido.

Configurou-se até em uma intuição ingênua a conjectura de que o direito pretoriano pusesse ordem nas coisas, dando cabo ao vício emulativo do demandismo (a dinâmica da litigância pela litigância).

Embora reconhecida com pesar a frustração do objetivo, não se deve desanimar por não serem confirmadas as próprias expectativas; as perspectivas é que devem ser revistas e os rumos e instrumentos repensados.

A reestruturação do pensamento consistiu em perceber que todos os processos, ainda que muitos sejam similares, contêm fatos. E que cada litigante, a despeito da jurisprudência desfavorável, sempre se mantém obstinado em considerar que sua situação é peculiar, malgrado enormemente semelhante. Argumenta com nuance que afasta sua teoria do enunciado jurisprudencial em contraste com a sua tese.

Não pretendo com esses alvitreos iniciais integrar o grupo daqueles desconstrutores que, como disse Hebbel, “perturbaram o sono do mundo”.

Prosseguindo no raciocínio, a ilação se torna mais real, quando, à luz da experiência, se verifica que, na maior parte das vezes, o processo representa risco zero, dado que o litigante com frequência obtém a gratuidade de justiça. É o que é com todas as mazelas sociais: o demandante é, de fato, juridicamente necessitado.

A experiência mostrou com os múltiplos casos que as demandas multitudinárias, com este *bill* de indenidade, ao abrigo da mesma tese jurídica, transformaram a vida do magistrado cível em um inferno, por ter de condescender com a quantidade, repetição e exame de longos arazoados sem qualquer conteúdo jurídico, desprovidos da mais mínima sofisticação. Em uma frase: julga quase sempre mediocridades.

Penso que o magistrado de área cível, mormente ao apreciar causas de consumo, deve sentir-se como o personagem de Charles Chaplin, em Tempos Modernos, apertando parafusos mesmos com a mesma chave de fenda. Acabou por se tornar um especialista das mediocridades ou, ao menos, das desimportâncias.

O magistrado é constrangido a uma especialidade tão exacerbada que lhe ofusca a visão de conjunto, fazendo lembrar a forma cortante, mas precisa, de como Schopenhauer tratava o especialista “erudito”, *verbis*:

*“Um erudito tão exclusivo de uma área é análogo ao operário que, ao longo de sua vida não faz nada além de mover determinada alavanca, ou gancho, ou manivela, em determinado instrumento ou máquina, de modo a conquistar um inacreditável virtuosismo nessa atividade. Também é possível comparar um especialista com um homem que mora em sua casa própria, mas nunca sai dela. Na casa, ele conhece tudo com exatidão, cada degrau e cada viga (...) mas fora desse local tudo lhe é estranho e desconhecido”.*

Mostrando seu desprezo pela especialidade exagerada, na obra *Parerga e Paralipomena*, o filósofo tedesco compara tal especialista ao Quasimodo de Victor Hugo, que conhece a Catedral de Notre Dame em minúcias, mas em seu exterior tudo para ele se torna estrangeiro. Em outros termos, considera o especialista “erudito” um corcunda de Notre Dame”.

Interpreto o adjetivo “erudito” no contexto com a mesma acepção de Miguel Reale no seu **Paradigmas da Cultura Contemporânea**, ao extremar a cultura da erudição, isto é, o especialista desprovido de visão de conjunto:

*“Cultura é aquilo que nos resta quando se retiram os andaimes da erudição”.*

Pode não ser a principal causa. Mas essa massa de processos judiciais tem na gratuidade de justiça e no desvirtuamento de seus propósitos sociais a desenfreada deflagração do dinamismo da repetição inútil, trabalhosa e odiosa.

Considero que, se houvesse alguma possibilidade de perda para o demandista, este não se aventuraria com tanta desenvoltura e coragem.

Recordo-me de que na gestão do eminente Desembargador Thiago Ribas Filho (1997-1999) ocorreu uma explosão de criação de juizados especiais, antes de pequenas causas, cujo trabalho implementador contou com a notável participação do não menos ilustre Desembargador Sergio Cavaliere Filho e do então Juiz Luiz Fux, hoje Ministro do STF.

Vem à minha memória, com absoluta certeza, que a primeira discussão travada acerca da Lei nº 9.099/95 dizia respeito à natureza opcional ou não de ingresso no juizado especial cível.

Pois bem, a maioria esmagadora dos magistrados fluminenses de então concluiu pela incompetência relativa de tais juizados, dissentindo pouquíssimos magistrados dessa orientação, dentre eles Luiz Fux e eu.

A solução de facultar a escolha do juízo (juizado especial ou justiça comum) pautou-se, evidentemente, em critérios de ordem política, porquanto, tecnicamente, isso é inaceitável; a questão não comporta outra conclusão, senão a de que a competência é absoluta, visto que firmada em razão da matéria.

Mesmo vislumbrando a controvérsia sob um viés político, temia que demandas massificadas e típicas de juizados especiais comprometessem a celeridade e a qualidade intelectual da justiça comum e a contaminassem de questões de menor ou nenhuma envergadura jurídica.

Mas naquela época a explosão dos juizados estava se iniciando, as demandas reprimidas foram aparecendo até aqueles começarem a congestionar. Mais juizados foram instalados e juntamente com a sua ampliação cresceu a insatisfação, por não se atender a uma demanda progressiva, porquanto cediço que os interesses humanos são sempre muito mais numerosos do que os bens disponíveis.

E por que isso? Porque a legislação paternalista, no afã de garantir o acesso à justiça, ensejou o abuso, estabelecendo que o processo, no juizado especial, é gratuito no primeiro grau de jurisdição. O sucumbente somente responderá pelas despesas processuais se houver recurso (artigos 54 e 55 da Lei nº 9.099/95).

Com o passar do tempo e tanta facilidade, outra coisa não poderia acontecer: os juizados especiais cíveis mais que fracassaram, simplesmente faliram no escopo de prestar uma tutela jurisdicional célere e informal, não obstante louváveis esforços, dignos de encômios, estejam sendo envidados para minorar a situação desfavorável, como é o caso dos mutirões de conciliação.

Os demandistas, especialmente os das ações de consumo e sob o pálio da gratuidade de justiça, percebendo este rotundo fracasso, com a esperteza de sempre, migraram para a justiça comum, que hoje se vê sob o mesmo risco que se concretizou nos juizados especiais. Da forma como está inchada de demandas repetitivas, a justiça comum tende a ir à mesma falência jurisdicional, uma vez que, insista-se, o risco zero para o demandante é um estímulo irresistível à emulação garantida pelo custo nenhum.

Hoje, por exemplo, é frequente a dedução na justiça comum de demandas que tratam de substituição de aparelhos domésticos. Lidar com tais matérias, após algum tempo e com repetição, exige uma faxina intelectual da mente do juiz, de modo que esta se ocupe de questões mais nobres, sob pena de contato permanente com a vulgaridade das coisas do espírito, o que só mediocriza.

Aqui, o *bill* de indenidade é outro, a saber, o art. 12 da Lei nº 1.060/50, que, no fundo, garante ao detentor da gratuidade de justiça nada pagar, pois a despeito de o diploma legal aludir à isenção provisória, respondendo o sucumbente pelas despesas processuais, aquele dispositivo enseja uma isenção, na prática, de caráter definitivo, a menos que se modifique a situação econômica do juridicamente necessitado, ônus de provar que se impõe à outra parte, o que quase nunca ocorre.

Como amiúde acontece, a solução que logo vem à mente do técnico em Direito é a de mudar a lei.

A história forense tem revelado que há leis as quais são tão bem elaboradas, que, de per si, conseguem resolver vários conflitos, e a situação se ajusta no próprio mercado, vocábulo polissêmico de enorme imprecisão conceitual, mas que, empiricamente, é de fácil inteligibilidade.

Refiro-me à Lei nº 8.245, de 18/10/91, que trata da locação do imóvel urbano, a qual, malgrado contenha algumas cláusulas protetivas indispensáveis, dispôs sobre as relações jurídicas de tal forma que os negócios jurídicos firmados por locador e locatário, de um modo geral, foram resolvidos pelo mercado.

Quem vivenciou a vigência da intervencionista Lei nº 6.649/79, expressamente revogada pela Lei nº 8.245/91, pôde verificar um verdadeiro divisor de águas a partir da eficácia deste último diploma legal: as demandas decorrentes da relação jurídica entre locador e locatário (especialmente as retomadas com base em denúncia motivada e as revisionais de aluguel que eram multitudinárias) decresceram vertiginosamente com o tempo e a vigência da Lei nº 8.245/91.

Chegou o momento de tentar resolver de outra forma o congestionamento causado pelas demandas de massa, sob o pálio da gratuidade de justiça e com fundamento no Código de Defesa do Consumidor.

Constatou-se que o cuidado em prol da jurisprudência pacificada nem de longe resolveu tal problema por completo.

Na gestão do Des. Luiz Zveiter (2009-2010), instituiu-se comissão incumbida de apresentar, pelo TJ-RJ, sugestões ao anteprojeto (hoje projeto) de Código de Processo Civil, que tramitava em uma das casas legislativas. Referida comissão, presidida pelo Desembargador Alexandre Câmara, era também integrada por mim, pelo Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e pelos Juízes Luiz Roberto Ayoub e Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes.

Em uma das reuniões realizadas pela comissão, o eminente processualista Juiz Sérgio Ricardo Arruda Fernandes aventou a hipótese de modificação do art. 12 da Lei nº 1.060/50, de modo que o sucumbente ficasse responsável pelo pagamento das despesas processuais, independente de sua condição financeira, submetendo-se o processo às regras normais da execução.

Trata-se, como enfatizou Sua Excelência na ocasião, de exigir que se litigue com responsabilidade, de sorte que a isenção provisória seria efetivamente provisória, perdoe-se a tautologia.

Estou absolutamente convencido do acerto da proposta do ilustre processualista e de que ela pode representar um fator de inibição para o demandista, pois o processo deixa de constituir risco zero.

Mais do que isso, considero que a mesma medida deva ser aplicada em sede de juizado especial, mormente pelo fato de que, neste juízo, litigam pobres e abastados.

E não se veda o acesso à justiça em face da isenção de natureza verdadeiramente provisória.

Contudo, uma decisão idiossincrática, lamentavelmente, prevaleceu na elaboração de proposta da atual reforma que ensejou o futuro Código de Processo Civil, consistente em não modificar a legislação extravagante naquilo que era necessário e complementar ao Código, razão por que tal proposição não foi encaminhada a quem de direito.

Perdeu-se, então, a oportunidade de resolver um grande problema, que poderia ser solucionado com duas ou três disposições legais.

Cumprido, por outro lado, registrar que a Lei nº 12.153, de 22/12/09, que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, estabeleceu que a sua competência é absoluta (art. 2º, § 4º).

É permitido inferir que a *mens legis* da norma, além de ser a competência firmada em razão da matéria, decorra do fato de que as demandas

deduzidas no juízo fazendário comum implicam graves responsabilidades de ordem política e financeira, de sorte que o magistrado, com aquela competência, não pode ser ocupado com processos de menor impacto social e jurídico.

Nessa linha, juízes de 1º grau e desembargadores devem ficar atentos à disposição e determinarem sua aplicação aos processos distribuídos a partir da instalação dos Juizados de Fazenda Pública.

Demandas de caminhos já traçados, tais como aquelas em que o autor pede a entrega de medicamentos ou insumos e a realização de exames, devem ser deduzidas, obrigatoriamente, no juizado especial fazendário.

Com efeito, a alçada é estabelecida em até 60 salários mínimos (art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/09).

Estas demandas, por outro lado, envolvem prestações vencidas e vincendas, dado que a relação é de trato diferido.

Neste aspecto, o art. 2º, § 2º, do mesmo diploma, dispõe que “quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas para fins de competência do Juizado Especial a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo”.

Considero que, na maioria dos casos, os custos com medicamentos, insumos e exames não ultrapassem os limites de alçada para o efeito da competência dos juizados especiais, mesmo com as parcelas vincendas.

É necessário, portanto, que, principalmente, o juiz de 1º grau esteja atento a tal circunstância no exame das petições iniciais, com vistas à declinação *in limine* para o juizado especial fazendário, não se olvidando, também, de verificar *ab initio* as demandas de outra natureza que se amoldem à competência daquele.

Não concebo, ademais, como um atrevimento a aplicação *de lege lata* do art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.153, de 22/12/09, ao Juizado Especial Cível, através da integração analógica, porquanto onde existe a mesma razão, deve haver a mesma disposição de direito e até porque a competência estabelecida em razão da matéria é absoluta. Mas se a proposta for cogitada como uma ousadia de caráter político, por que não estender esta norma, *de lege ferenda*, para aquele juizado?

Posso presumir que, conjugadas as normas de cobrança, ao final, das despesas processuais para qualquer sucumbente, inclusive em sede

de juizados especiais cíveis e fazendários, com o reconhecimento da incompetência absoluta dos juizados especiais cíveis, se possa obter algum desafogo para a justiça comum sem o risco de implodir aqueles.

Outrossim, a cobrança das despesas processuais, ideia que tomo por empréstimo do ilustre Juiz Sérgio Ricardo, desestimulará os demandistas, de sorte que, provavelmente, não haverá maior sobrecarga nos juizados especiais cíveis, e a justiça comum, sem qualquer manifestação de despreço à atividade intelectual dos magistrados em exercício naqueles, poderá prestar uma jurisdição de maior qualidade.

A indicação destas proposições não é a de persuadir, mas de convencer, no sentido perelmaniano do verbo, tendo em vista o propósito da obtenção de um caráter racional na adesão às teses aqui expostas, muito embora estas não constituam panacea, pois há outros mecanismos possíveis e aplicáveis, *v.g.*, a conciliação pré-processual, a qual não se abordou para não haver um desvirtuamento do tema a ser tratado.

Eis aí algumas impressões sobre demandas multitudinárias, que submeto à comunidade forense.

## VI. RELAÇÃO DE CONSUMO, GRATUIDADE DE JUSTIÇA, ABUSO DO DIREITO E DEMANDISMO

Recentemente, em desprezioso escrito, procurei demonstrar uma correlação existente entre relação de consumo, gratuidade de justiça e demandismo.

Este artigo constitui, pois, continuação do anterior na tentativa de encontrar uma fórmula para conter o demandismo, que atormenta magistrados cíveis, sufocados pela repetição.

Malgrado ser enfadonho reeditar temas (os juízes cíveis sabem melhor do que ninguém o quanto a repetição é monótona e insuportável), não há como deixar de recapitular alguns pontos enfrentados naquele texto.

Admitiu-se ali que a jurisprudência pacificada fracassou no intento de deter o demandismo, o que se reconheceu, precedido de certo pesar, porquanto, como lembra Marcel Conche, “o homem por instinto de vida e de felicidade repele uma verdade que o incomoda” (**Orientação Filosófica**, p.174).

Também não se pode conceber a ação coletiva como panacea para este mal, visto que a experiência desmente esta asserção. Embora aquela

tenha um alcance maior que a demanda individual, ele é também limitado. Basta que se verifiquem as ações civis públicas relativas aos planos econômicos, ajuizadas por associações. Acolhida, *v.g.*, a pretensão e condenada a instituição financeira ao pagamento dos expurgos inflacionários, cada associado, na execução, terá de demonstrar que se enquadra nos termos da sentença, comprovando que era titular de caderneta de poupança naquelas condições.

Isso significa, em verdade, um retorno absurdo e paradoxal ao *statu quo ante* processual (cognitivo), visto que os associados, na execução, terão de comprovar o seu *un debeat*, uma vez que as ações coletivas, na maioria das hipóteses de demandas multitudinárias, cuidam de questões afins e não idênticas. E a falta de identidade de causa de pedir exige a demonstração da situação de cada qual, de sorte que os associados deverão provar, na fase de cumprimento da sentença, a coincidência de caracteres da sua relação jurídica com os apontados na sentença, o que representa, em termos práticos, a dedução de nova demanda de conhecimento. Existe, portanto, na ação coletiva a mesma insuficiência de solução que se pretendia conseguir com a jurisprudência pacificada, porquanto esta, como a ação civil pública, não dirime fatos por atacado.

Não me compraz refletir e concluir ideias desconstrutoras e desconcertantes, mas, por outro lado, não se pode ser inimigo da verdade. Chega a ser pueril quando um cientista se apega a uma ilusão para sustentar a sua tese, simplesmente por amor a ela.

Não me refiro à intuição, uma vez que, conforme ressaltou Einstein, ela “nada mais é do que o resultado da experiência intelectual anterior”.

Prosseguindo, ponderou-se, então, no escrito antecedente, que uma das alternativas viáveis seria a revogação expressa, por via legislativa, do art. 12 da Lei nº 1060/50, de modo a coibir o demandismo patrocinado pela gratuidade de justiça, de sorte que o juridicamente necessitado, se sucumbente, ficaria obrigado a pagar as despesas do processo que a outra parte antecipou, passando a se exigir dele que litigasse com responsabilidade.

Esta proposta, contudo, é, também, sonhadora.

De fato, configura um devaneio supor que tal medida seja tomada pelo Poder Legislativo. Os motivos, mais do que óbvios, dispensam comentários. É inimaginável que aquele poder defenda solução tão antipática aos olhos do povo. Se depender dele para a obtenção desta alterna-

tiva, a justiça **comum** cível continuará engarrafada de demandas que tratam de substituição de aparelhos domésticos e outras de menor dimensão intelectual.

O juiz togado, entretanto, não está sujeito à servidão da reeleição. As garantias constitucionais lhe permitem e lhe exigem um atuar com independência e destemor.

Resta, então, ao Poder Judiciário encontrar a **sua** solução para o problema, através de uma atividade interpretativa, ainda que tenha de optar por uma escolha “não politicamente correta”, que, eventualmente, seja desaprovada socialmente, pois em desfavor de quem menos tem.

Mais uma vez, recorro a Marcel Conche:

*“Não há eficácia em nenhum domínio, sem alguma frieza”.*  
(ob. citada, p. 85).

A economia brasileira se aqueceu, melhorou-se o acesso à justiça e juntamente com tal quadro expandiu-se o consumo entre as mais diversas camadas sociais, irrompendo nas classes mais humildes o mesmo mau hábito das mais abastadas: a prática do demandismo e da relutância em aceitar uma solução judicial desfavorável, ainda que o entendimento seja pretoriamente pacificado. Numa palavra: emergiu o abuso do direito.

O abuso a que aludo não diz respeito à busca da gratuidade de justiça. Quanto a isso, os juízes estão atentos e têm repellido, sistematicamente, os pedidos descabidos de quem gasta mais do que tem e quer obter o benefício. Refiro-me ao abuso de se fiar na gratuidade de justiça para deduzir qualquer pretensão, especialmente manifestamente improcedentes.

Constatou-se alhures que o estímulo ao demandismo entre as camadas menos favorecidas decorre do **bill** de indenidade proporcionado pelo art. 12 da Lei nº 1.060/50: o pagamento, afinal, das despesas processuais pelo juridicamente necessitado sucumbente só acontece se sua situação econômica se modificar e lhe for possível suportar tal dispêndio sem sacrifício do sustento próprio e de sua família.

Afirmou-se que, na prática, a configuração de tal situação era raríssima, o que acabou por transformar a isenção provisória em definitiva.

Como mencionado, não se pode esperar o Legislativo para a solução do problema, de sorte que só resta ao Judiciário encontrar sua própria saída.

Cumpra desde já enfatizar que, em matéria de oportunismo, não há classe social que se sobreponha. Em qualquer delas, se surge oportunidade, ela é bem aproveitada.

Desta forma, as invectivas desferidas contra conglomerados econômicos opressores, para proteger os mais desfavorecidos, não me impressionam, pois o aproveitamento das circunstâncias não depende de classe social. Como disse Goethe, com a sabedoria de sempre, “tal é o teu destino: não podes livrar-te de ti mesmo”.

Não me sinto confortável em me alongar nesta área, pois a moral sempre foi seara dominada pelos tartufos e pelos espertalhões. Por isso Descartes sempre manteve distância deste assunto, como confessou expressamente.

Mas Molière retratou com maestria, na peça, **O Impostor**, o caráter do intrujão:

*“Conhece a fundo a arte de bem viver para não revelar o que lhe vai na alma”.*

Vencida a digressão, retomo o tema principal: qual seria, então, a solução que permitiria combater o demandismo patrocinado pela gratuidade de justiça? Obrigar o juridicamente necessitado sucumbente a reembolsar a parte contrária das despesas processuais que realizou, desde que haja bens penhoráveis.

Não é preciso raciocinar muito para deduzir que tal medida importará o aumento do número de execuções e com elas o trabalho, na busca de bens a serem submetidos à constrição e posterior pagamento ao credor.

Contudo, isso imporá ao juridicamente necessitado litigar com responsabilidade. O tempo, como se costuma dizer - senhor da razão - mostrará a desvantagem de se expor, sem razão, ao processo judicial. Já não será mais uma aposta sem risco, pois haverá para o detentor da gratuidade a possibilidade de uma perda. E tudo será uma questão de tempo até a formação de uma cultura pretoriana sólida, de que se deve ser comedido, inclusive para demandar judicialmente e de que o acesso à justiça não é uma aventura ou um modo de aumentar o patrimônio. A única aposta sem risco, moralmente aceitável, é a de Pascal - a de crer em Deus para não se arrepender - pois, ao menos, o suposto benefício obtido pela fé (o reino dos céus) é póstumo e não causa prejuízo a ninguém.

Certa vez, de modo informal, em um julgamento, assim se pronunciou o íntegro Des. Heleno Ribeiro Nunes: “ninguém sai mais rico em processos julgados por mim”.

E qual seria a interpretação que ensejaria uma resposta possível à indagação de como evitar este tipo de demandismo?

O art. 11, § 2º e o art. 12 da Lei nº 1.060/50, assim dispõem:

*“Art. 11 .....*”

.....

*“§ 2º A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada”* (há um equívoco legal óbvio de redação, ao aludir a vencido e a vencedor, pois a posição se inverte inevitavelmente. Na verdade, é o vencedor quem pode acionar o vencido)

*“Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita”* (dispensou-me de abordar a questão da prescrição, na verdade, uma condição suspensiva, pois não interessa ao tema discutido. Desta forma, a obrigação estará extinta ao término do prazo legal pelo implemento da condição).

As normas antes transcritas foram editadas à luz do sistema do CPC de 1939, o qual impunha a sucumbência somente em algumas circunstâncias, dentre elas a que consta do art. 64 daquele diploma processual, *verbis*:

*“Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária”.*

A disposição foi alterada pela Lei nº 4632/65, a qual modificou a redação do *caput* e lhe acrescentou dois parágrafos, interessando apenas, para o que está em foco, os novos termos daquele:

*“Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado no que for aplicável, o disposto no art. 55”.*

Isso representou um início de reação e o começo da adoção do princípio da sucumbência como hipótese de causalidade, isto é, quem deu origem ao processo e perdeu deve arcar com as despesas processuais.

Conforme registra Fredie Didier, “segundo o CPC-39, a condenação em honorários de advogado imposta ao vencido era excepcional. Apenas nos casos (a) de litigância de má-fé, (b) de constatação do dolo ou culpa do réu contra o direito do autor, (c) de absolvição de instância (...) e (d) de vitória do beneficiário, a sentença condenaria o vencido ao pagamento dos honorários de advogado à outra parte” (Benefício da justiça gratuita, **Podivm**, 2004, p.18).

Não obstante o CPC de 1973 haver consagrado o princípio da sucumbência, no sentido de uma relação de causalidade, isto é, de que aquele que tenha dado ensejo ao processo e venha a perder deve responder pelas despesas processuais, o ilustre processualista citado preleciona que, “quanto às verbas devidas à parte contrária, há basicamente três correntes jurisprudenciais que regulam o seu pagamento: a) há quem entenda que, não obstante a condição de beneficiário, a decisão judicial deve condenar o vencido ao pagamento de todas as despesas processuais, que seriam exigíveis de logo, por decorrerem do princípio da sucumbência, que tem caráter sancionatório e, por isso, não estariam abrangidos pela gratuidade; b) há quem, num entendimento oposto, isente totalmente o beneficiário do seu pagamento; e c) há um entendimento intermediário, segundo o qual o beneficiário deverá ser condenado, na sentença, ao pagamento das verbas sucumbenciais, condicionando-se a exigibilidade do crédito, porém, à prova da perda da condição de necessitado” (ob. citada, p.19/20).

O segundo entendimento decorre de equivocada exegese da expressão **assistência jurídica integral e gratuita**, prevista no art. 5º, inciso LXXIV, da CF. Interpreta-se de forma inadequada o adjetivo integral, porquanto, na verdade, ele significa que a assistência jurídica não se limita ao âmbito judicial, mas o transcende, tendo, também, contornos extrajudi-

ciais, v.g., uma consulta jurídica. Todavia, isso não quer dizer que, *tout court*, o juridicamente necessitado não responda pelas despesas processuais.

Prevalece, no entanto, amplamente, a terceira corrente, intermediária. Aliás, neste sentido é a jurisprudência sumulada deste Tribunal, *verbis*:

*“Ainda que não conste da sentença, é automática a aplicação do art. 12, da Lei nº 1060/50, quando vencido beneficiário de gratuidade da justiça” (verbete nº 107 da Súmula do TJ-RJ).*

Considero, contudo, que o art. 11, § 2º e o art. 12 da Lei nº 1.060/50, inspirados no sistema processual de 1939, estão revogados pelo princípio da sucumbência, explicitado no art. 20, *caput*, do CPC de 1973 (“a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios...”) em qualquer circunstância, sendo mais razoável a interpretação defendida pela primeira corrente.

Assim, na hipótese vertente não se aplica o princípio de que a lei geral não derroga a especial.

Note-se que o CPC de 73 reformulou por completo a sistemática da sucumbência, que passou a ter um caráter de causalidade, abstraindo a questão atinente à gratuidade de justiça. E não há especialidade a ser preservada, visto como o sistema da Lei nº 1.060/50 se escorava na sistemática do CPC de 1939, o qual foi revogado pelo CPC de 1973.

Penso ser essa a melhor exegese da questão, mormente em face da boa-fé objetiva, princípio trasladado do Direito Civil e hoje aceito, sem ressalvas, pela processualística mais moderna e atual e em detrimento do demandismo, do oportunismo litigioso e do abuso do direito de demandar.

Destaque-se que não se veda o acesso à justiça. Ele permanece garantido. O que se impede é o abuso.

Outro dispositivo, também revogado, é o art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060/50, *verbis*:

*“§ 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença”.*

Ora, nenhum juiz hesitará, dependendo das circunstâncias, em aplicar o índice máximo de 20% do valor da condenação, previsto no § 3º do art. 20 do CPC, ao fixar a verba honorária do patrono do juridicamente necessitado, por força das particularidades do caso concreto, em decorrência do princípio da sucumbência.

Se assim é, quando beneficia, o princípio da sucumbência também deve incidir quando prejudica o detentor da gratuidade.

Indubitável que as verbas despendidas pelo Estado não podem ser recuperadas em face do preceito constitucional que garante a assistência jurídica integral.

Mas, no tocante às despesas realizadas pela outra parte, o Estado não é responsável, porquanto não é um garantidor universal, nem pode exigir que o outro litigante e vencedor as suporte, pois distribuiria benesses com o patrimônio alheio.

Desta forma, o detentor da gratuidade, vencido, deverá reembolsar o que a outra parte, vencedora, despendeu desde logo, se houver bens a serem submetidos à constrição.

Reconheço que em muitas hipóteses (talvez na maioria) a busca por bens penhoráveis seja infrutífera, tais as restrições que a legislação impõe à satisfação do direito do credor.

Todavia, vislumbro um porvir melhor com tal interpretação. As execuções, provavelmente, aumentarão. Mas junto com elas advirá uma admoestação indireta a todos os litigantes: deve-se demandar com responsabilidade, como já se pronunciou o eminente Juiz Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, pois o deferimento da gratuidade de justiça deixará de representar risco zero.

Se os juízes de primeiro grau tiverem a coragem de ser “politicamente incorretos”, e o Tribunal apoiar tais decisões, já antevejo a revisão do enunciado nº 107 da Súmula do TJ-RJ, a ser proposto por uma nova, futura e proficiente Diretoria do CEDES em encontro de desembargadores regido pelo art. 122, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça (“as indicações de inclusão, revisão ou cancelamento em Súmula, feitas pelo Centro de Estudos e Debates decorrerão de propostas aprovadas em

encontro de desembargadores com o patamar de 70% dos presentes e ratificados pelo Órgão Especial”).

Tal prenúncio é fácil de ser inferido, pois, como disse Einstein, em seu mundo e universo, “é possível descobrir a verdade apenas pelo raciocínio, sem recorrer a nenhuma experiência externa”.

Imagino o enunciado revisto, mais ou menos, com a seguinte redação:

*“Os artigos 11 e 12 da Lei n° 1.060/50 foram revogados pelo CPC de 1973, em face do princípio da sucumbência”.*

Mas isso pertence ao futuro, ao debate, às decisões judiciais, em certo sentido, e à nova administração que está por vir. ❖

# As Crises e os Direitos Humanos\*

**Daniel Vianna Vargas**

*Juiz de Direito TJRJ. Titular da 2ª Vara Criminal de Campos dos Goytacazes. Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais, Universidade de Barcelona, Espanha.*

Com o presente trabalho, buscaremos um exercício paradigmático e histórico entre duas fases, em sociedades distintas, que culminaram na necessidade de valorização dos direitos humanos.

Faremos uma análise comparativa entre a Grécia do século V, a.C., com a transição entre o período cosmológico e o período antropológico, surgimento de um esboço do que seriam os primeiros direitos humanos reconhecidos na sociedade em contraponto aos anos da Alemanha entre guerras, particularmente durante o Nacional-Socialismo, com uma abordagem do direito penal e processual penal durante o regime autoritário e suas influências hodiernas. Veremos que as consequências, principalmente, da Política Criminal da época levaram à criação de um organismo supranacional para positivação, garantia e defesa dos direitos humanos.

Conceitualmente, são direitos humanos aqueles fundados no reconhecimento de um conjunto de valores aceitos como justos e legítimos, além de pretensamente universais. São direitos que têm origem na própria natureza humana, além de encontrar sua positivação na ordem universal.

## GRÉCIA, SÉCULO V A.C.

No período anterior à chamada democracia ateniense, fase chamada cosmológica, o que importava era a Polis grega. Nessa fase, os direitos

---

\* Trabalho apresentado no curso "Processo Penal e Direitos Humanos: Homenagem aos 20 Anos da Incorporação da CADH e do PIDCP", realizado em 18 e 19 de outubro de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ.

não eram dos homens, mas sim dos próprios entes estatais. Em tais sociedades, o poder emanava dos deuses ou da própria natureza, sendo de singela constatação a supremacia da Polis sobre o elemento humano em tal contexto. A Polis figurava como uma realidade superior a todas as pessoas que nela habitavam, os súditos. As cidades e suas próprias instituições possuíam realidades ética e ontologicamente superiores aos cidadãos que não eram reconhecidos como sujeitos de direitos.

No direito da Polis, no período cosmológico, um cidadão poderia até pleitear o reconhecimento de um direito individual que estivesse sendo negado pelo ente estatal. Entretanto, este direito era da Polis e somente nesse sentido admitir-se-ia seu reconhecimento. Ainda que o indivíduo tivesse sua pretensão satisfeita, na realidade, o que acontecia era a reafirmação da vontade da Polis, que era a fonte de todos os direitos.

Como ilustração, nos ensina a doutrina:

*No ano 306 antes de nossa era, o discípulo de Aristóteles de nome Filon, estudioso das leis atenienses, apelou ao Tribunal de Atenas contra a decisão do governante Diógenes Poliocertes, que havia decretado o fechamento do Liceu, então dirigido por Teofrasto, por evidentes conotações políticas e ideológicas. É que Teofrasto era o maior discípulo de Aristóteles e como o seu mestre, mantinha ligações com a Macedônia de Alexandre o Grande, e com os círculos aristocráticos inimigos do governo democrata ateniense. Mas Filon alegou que o fechamento de uma Escola de Filosofia era uma afronta às tradições da cidade, que sempre proclamara a liberdade de ensino e de opinião. Assim, esclarece o comentarista da obra em menção, a ordem legal de Poliocertes foi invalidada pelo Tribunal, mas não considerando um direito subjetivo individual de Teofrasto, e sim, precisamente, a defesa de uma tradição cultural da Polis ateniense. Por isso Teofrasto foi autorizado a reabrir a sua Escola (Liceu) e viver nas mesmas condições de ensino e de liberdade de pesquisa que anteriormente desfrutara.<sup>1</sup>*

---

1 SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. **Tetralogia do direito natural**: ensaios de filosofia acerca das principais justificações ideológicas do direito positivo ocidental. Fortaleza: ABC Editora, 2008, p. 95.

Ensinam os historiadores que essa fase político-social de meados do século V, a.C. entra em decadência, e um grupo de jovens pensadores, os sofistas, confronta-se com a democracia pericliniana e passa a preconizar que o homem, por ser o criador das cidades, deveria ser reconhecido como superior à Polis. Chega-se, portanto, ao que se conhece por antropocentrismo.

O chamado movimento sofista, que ao longo das eras adquiriu conotação pejorativa, provocou uma relevante mudança nos costumes sociais, bem como nos moldes políticos de Atenas. O homem passa a ser o principal sujeito e objeto da verdade, objeto de conhecimento. As questões físico-naturalistas, antes predominantes, cederam lugar às problematizações humanas: morais, psicológicas e políticas. A opinião do homem sobre o mundo e a respeito da cidade, suas concepções e convenções, sua liberdade de consciência, tudo isso era mais importante que qualquer outra questão. O movimento sofista desenvolveu o individualismo e o relativismo quer no campo moral, quer político ou gnosiológico<sup>2</sup>.

A tradição grega ensinava que a Polis era superior ao indivíduo. Os jovens sofistas negaram essa superioridade. Situaram o homem como elemento principal. Antropocentrismo. O homem é o criador, a cidade é a coisa criada. No que interessa à filosofia do direito, a contribuição dos sofistas foi questionar os valores éticos e jurídicos da Polis ateniense, pondo em causa a forma de governo, combatendo a injustiça da economia escravista, embasando o direito natural a partir da ordem humana e não divina. Forneceram os argumentos contra as distorções do direito positivo vigente nas diversas Polis gregas. O indivíduo é o criador da cidade e vale sempre mais que a coisa criada: sua consciência, sua lei interior é mais valiosa que o decreto do democrata Péricles ou do tirano de Tebas. Afirmavam: os deuses nos fizeram livres e a ninguém fez escravo. Podemos identificar, portanto, um esboço do que viria a ser chamado muito depois de Direitos Humanos.

Que são os Direitos Humanos senão a proteção dos homens contra os abusos, o arbítrio do Estado? Para os jovens sofistas não havia dúvida. Os indivíduos eram superiores ao Estado. De acordo com a professora Luciana Bruno, os jovens sofistas “defendiam de um modo geral que todos os homens são naturalmente iguais e por isso devem ser tratados com o mesmo valor e dignidade, independentemente de origem social ou estirpe.”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> FACUNDO, Francisco Targino, “Origem Grega dos Direitos Humanos”. Trabalho Acadêmico MPCE, 2001.

<sup>3</sup> BRUNO, Luciana Fernandes, “Aspectos Psico-Antropológicos da Filosofia do Direito dos Sofistas”. Trabalho Acadêmico, MPCE, 2007.

Saliente-se, por oportuno, que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”

Mire-se, agora, nas palavras de Alquidam (sofista do séc. V a. C. na Grécia): Deus criou livres a todos os homens, e a natureza não converteu ninguém em escravo. (...) A escravidão não nasceu da natureza, e sim da lei civil, da maldade e do egoísmo dos homens. (...) A natureza fez a todos os homens iguais em dignidade e em direitos, foi a lei da cidade quem transformou a uns em senhores e a outros em escravos.

Em paralelo, muitos séculos após, o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão. A escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.”

Ao elevar o homem à condição de sujeito do conhecimento, passando o homem a ser um fim em si mesmo, surge com os sofistas uma estrutura do conceito de “dignidade da pessoa humana”.

Visualiza-se, portanto, que após uma crise tirânica em Atenas surge uma mudança de parâmetros, na forma de se entender o Homem em relação ao Estado, fomentando uma gênese dos direitos humanos.

## **A REPÚBLICA DE WEIMAR**

Alemanha. Período entre o final da Primeira Guerra Mundial e a ascensão de Adolf Hitler ao poder em 1933.

A Constituição de Weimar nasceu num período de profundas perturbações sociais e veio a ser a origem do constitucionalismo social, juntamente com a Constituição mexicana de 1917.

A entrada da Alemanha na Primeira Guerra sem o devido preparo trouxe consequências internas desastrosas, seja pelo enorme número de mortos e feridos, seja pela grave crise econômica que caiu sobre o país, agravada pelo bloqueio naval inglês, trazendo escassez de alimentos e inflação. Some-se a tal quadro o que acontecia simultaneamente na União Soviética. Diversos levantes por toda a Alemanha culminaram numa verdadeira revolução bolchevista, chegando às raízes de uma guerra civil em 1918. A reforma constitucional de novembro de 1918 não foi suficiente

para conter o grito das ruas, sendo que uma semana após a dita reforma constitucional, proclamava-se na Baviera uma República Democrata e Socialista, com a convocação para mais alguns dias de uma greve geral.

Nesse contexto, o príncipe Marx anuncia a abdicação do Imperador e a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, em 20/01/1919, sendo Weimar o local escolhido para sediá-la.

A grande inovação da Constituição de Weimar foi seu Livro II, que estabelecia os direitos e os deveres fundamentais do cidadão alemão, trazendo, em seu bojo, liberdades públicas e prerrogativas de índole social – direitos humanos. Estão elencados direitos de primeira, segunda e terceira geração, sendo – no que importa no campo de estudo do presente trabalho – os mais importantes: direito à igualdade (art. 109); igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); direito de circulação no território e para fora dele (arts. 111 e 112); direito das minorias de língua estrangeira (art. 113); inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); sigilo de correspondência e de dados telegráficos ou telefônicos (art. 117); liberdade de manifestação de pensamento (art. 118); vedação à censura (art. 118, § 1º); liberdade de reunião (art. 123); direito de petição ao Poder Público (art. 126); liberdade de consciência e crença religiosa (art. 135)<sup>4</sup>.

Com o ordenamento jurídico assentado em tais bases constitucionais, foi necessária uma reforma total do direito penal anterior à Primeira Guerra. O projeto de Código Penal do então ministro da Justiça, Gustav Radbruch, baseado nos postulados da Escola Moderna de Von Liszt, embora não tenha sido positivado, veio a constituir as bases dos movimentos progressistas da reforma penal, concretizada no Projeto Alternativo de 1966.

## O DIREITO PENAL NO REGIME NACIONAL-SOCIALISTA

A grave crise serviu de mote para a chegada ao poder do partido nacional-socialista em 1933. Edmund Mezger, um dos maiores penalistas daquela época, foi nomeado membro da Comissão de Reforma do Código Penal, tendo como missão adaptar o Direito Penal aos postulados políticos do novo regime.

---

4 PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. "A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006.

Segundo Muñoz Conde, Mezger “no que foi necessário, tratou de adaptar sua teoria às idéias que caracterizavam o Direito Penal do nacional-socialismo, grosso modo, a vontade do Führer como fonte do Direito Penal; a analogia na criação de tipos penais; a substituição do Direito Penal de resultado por um Direito Penal de perigo e do conceito de bem jurídico pelo de violação de um dever; e a idéia de pena como meio para a eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça”. Mezger ainda teve participação na redação do Projeto de Lei sobre o Tratamento dos Estranhos à Comunidade e aos seus estudos na área da criminologia, em que desenvolveram suas ideias biologicistas como causa de condutas antissociais, utilizadas para justificar as propostas de medidas de higiene racial<sup>5</sup>.

O crime passa a ser interpretado como simples violação do dever de observar uma determinada norma, concentrando-se muito mais no desvalor da ação que viola a norma do que no desvalor do resultado da conduta. Tais ações não são mais incriminadas somente quando representem um potencial perigo a um bem jurídico, mas são enumeradas no tipo penal apenas para descrever a forma de vida de algumas classes de pessoas que se quer atingir. O Direito penal tem por finalidade proteger o *são sentimento do povo alemão*.

Conforme disse o prof. Christiano Fragoso, em palestra no Seminário de Processo Penal e Direitos Humanos na EMERJ, em outubro de 2012, na Política Criminal nazista o que importava era a fidelidade ao Estado, era a Comunidade do Povo. Positivção de condutas com base na violação de deveres morais, sendo mais relevante a vontade do que o resultado, antecipando-se o *iter criminis*. No Processo Penal, tivemos o total alijamento do princípio do Juiz Natural, com a criação de diversos tribunais e câmaras especializadas dentro dos tribunais, com o objetivo de julgar os inimigos da comunidade do povo.

Basicamente, uma negação de todo e qualquer reconhecimento aos direitos humanos, com restrição absoluta do direito de defesa, extinção da proibição de *reformatio in pejus* e da coisa julgada.

Por fim, chegamos à chamada Biologia Criminal, com origem na tese do “criminoso nato” de Lombroso, que considerava a criminalidade e

---

5 CONDE, Francisco Muñoz, **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**, Lumen Juris, 4ª edição, 2005.

a associabilidade (característica daquele que não pertence à sociedade) em geral como uma espécie de anomalia que se transmitia entre gerações. Difundia-se no povo a ideia, inclusive nas escolas, de que o aumento das famílias de associáveis era uma real ameaça frente à contínua diminuição das famílias alemãs normais, juntamente com o enorme gasto social em ajudas às pessoas de menor valor<sup>6</sup>.

A solução final consistia em prevenir esta ameaça através da biologia, com medidas esterilizadoras que pudessem evitar a procriação e reprodução dessas pessoas. Confinavam-se esses grupos em campos de trabalho e concentração, provocando, ao final, seu extermínio.

Temos um sistema puramente inquisitivo, nas palavras de Zaffaroni, uma estrutura do poder punitivo para administração da morte<sup>7</sup>. Total abstração do réu, que é encarado como um ente a ser investigado. Completa desqualificação do acusado, com a supressão de todos os seus direitos, logo, passível de sofrer a intervenção estatal. Matizes autoritários e violadores das garantias fundamentais.

## A CRIAÇÃO DA ONU

Com o fim da Segunda Guerra, ainda com o mundo sob os efeitos do nazismo, surgem grandes questionamentos sobre o Direito Humanitário. Nasce a Organização das Nações Unidas, em 18/04/1946, no lugar da antiga Liga das Nações. Seus principais objetivos seriam a manutenção da paz, a defesa dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais. Tais ideais são positivados em 1947 na Declaração dos Direitos Humanos, de âmbito internacional, assumindo compromisso todos os signatários, de direitos básicos para a sobrevivência da pessoa humana, garantia dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Trata-se de uma perspectiva muito positiva do ponto de vista da rejeição de tudo aquilo que se viu na Segunda Guerra. A Declaração teve grande importância na adoção de uma postura decisiva de um grande número de Estados que viria a influenciar o constitucionalismo global, alcançando eco em várias Constituições.

---

6 LOMBROSO, Cesare, *L'uomo Delinquente*, 1876.

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas*, Ed. Revan, 1989.

Primeira expressão de que a liberdade e a autonomia dos Estados encontram limites, ainda que na hipótese de guerra, em prol dos direitos humanos. Os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar que o Estado pode tratar seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional.

Anos depois, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992. A convenção internacional procura consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente de sua origem.

O Pacto baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Apesar de já existir uma enunciação formal, muitos desses direitos não alcançaram um grau de efetividade, um grau de “realizabilidade” em termos práticos. A Constituição de 1988 representa uma conquista relevante, sem dúvida, mas muito ainda há por fazer especificamente no que se refere aos chamados direitos sociais, aos direitos individuais. Necessário reconhecer que setores bastante significativos do próprio Estado são incompatíveis com os Direitos Humanos. Para Norberto Bobbio, o problema no que tange aos direitos humanos “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”<sup>8</sup>.

Em apertada síntese, Flávia Piovesan conclui: *“A responsabilização do Estado na consolidação da cidadania está condicionada ao fortalecimento de estratégias que sejam capazes de implementar os três elementos essenciais à cidadania plena, quais sejam, a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito”*<sup>9</sup>.

---

8 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

9 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Max Limonad, 2000, p. 146.

## CONCLUSÃO

Constata-se, portanto, que após o acontecimento de grandes crises humanitárias, a sociedade – em micro ou macrocosmos – põe-se em marcha, quase imperativa, na tentativa de soerguimento dos direitos humanos. Vimos que na Grécia, após o Estado (Polis) ser a fonte e instrumento de todo o poder e do Direito, não se reconhecendo o súdito como sujeito de direitos, uma virada antropológica eleva o Homem à condição de protagonista, com uma primeira formalização dos direitos humanos.

Na Alemanha, no início do século passado, e mais particularmente durante o regime autoritário, de igual sorte, o que importava era a fidelidade ao Estado, à “comunidade do povo”, relegando os “associais” a planos inferiores e excluindo todos aqueles que não seguiam a ideologia estatal. Diante das consequências da aplicação prática de tais ideais, o mundo viu-se muito perto do ocaso. Das cinzas, surge o reconhecimento supranacional dos Direitos Humanos como necessários à sobrevivência da própria espécie.

Embora o estudo seja histórico, as preocupações são hodiernas. Inúmeras são as pressões atuais para a recorrente expansão e antecipação da intervenção penal. Diante de tais pressões, surge a necessidade de luta pela defesa das garantias e dos direitos humanos. O direito penal na Europa continental marcha a passos largos para a adoção de uma dicotomia entre o chamado direito penal dos cidadãos e o Direito penal do inimigo – não mais considerado humano, inclusive com uma nova visão dualista: sistema de penas para os cidadãos em confronto com as leis – com sede na culpabilidade – e um sistema de medidas de segurança – embasado na periculosidade – para os inimigos (inocuidade dos delinquentes perigosos) (teorias já positivadas na Espanha e na Alemanha). Realidades que, antes de exorcizadas de plano, devem ser entendidas e pesquisadas, ainda que com o propósito, ao menos, de crítica construtiva. Temas, entretanto, para outro estudo. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. PERRONE-MOISÈIS, Cláudia (org). **O cinquenário da Declaração dos Direitos do Homem**. São Paulo. Editora da Universidade e São Paulo, 1999 - Biblioteca Edusp de Direito, 6.

ARENDT, Hannah. Trad. Roberto Raposo. **Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, Imperialismo e Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras. 4ª ed. 2000.

CONDE, Francisco Muñoz, **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**, Lumen Juris, 2005.

CORREA, Teresa Aguado. **El Principio da Proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999.

DELGADO, José Augusto. "A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão". *In: As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LAFER, Celso. **Resistência e realizabilidade de tutela dos Direitos Humanos no plano internacional no limiar do Século XXI**, p. 442-452.

MIRANDA, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Casa da Moeda, 1990.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. edição especial - *svm fellowship in human rights boletim ndh 02 jan/dez 2006*.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Em busca das penas perdidas**, Ed. Revan, 1989.

# A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil\*

**Eleonora Mesquita Ceia**

*Doutora em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade do Sarre, Alemanha. LL.M. em Direito Europeu pelo Europa-Institut da Universidade do Sarre. Advogada. Professora de Direito Constitucional da EMERJ.*

## INTRODUÇÃO

Qualquer ordem internacional de proteção dos direitos humanos tem como fundamento o fortalecimento da tutela e garantia dos direitos humanos no âmbito nacional, servindo de instrumento de apoio e legitimação das transformações necessárias no plano interno para atingir esse fim.

O sistema interamericano de direitos humanos não escapa a essa regra. Seu objetivo, que é a salvaguarda dos direitos humanos na região, desdobra-se em duas vertentes: uma direcionada ao avanço do direito internacional dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados e outra voltada à prevenção de retrocessos no sistema de proteção de direitos.

---

\* Trabalho apresentado no Segundo Congresso da Sociedade Latino-americana de Direito Internacional, realizado no Rio de Janeiro entre 23 e 25 de agosto de 2012.

Esses subobjetivos estão interligados entre si, na medida em que encorajar a evolução da tutela dos direitos humanos no plano doméstico de cada Estado-Parte é a melhor estratégia para evitar recuos no regime de proteção como um todo.

Nessa perspectiva, o presente artigo pretende analisar a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (a Corte) na promoção da tutela dos direitos humanos no Brasil. Para isso, o artigo, primeiramente, estuda as sentenças da Corte nos casos em que o Brasil foi condenado por violações a direitos humanos, a saber: (1) a sentença no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* de 4 de julho de 2006; (2) a sentença no caso *Escher e outros vs. Brasil* de 6 de julho de 2009; (3) a sentença no caso *Garibaldi vs. Brasil* de 23 de setembro de 2009; e (4) a sentença no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* de 24 de novembro de 2010.

O estudo detalhado das sentenças possibilita, por um lado, apontar o impacto positivo das mesmas no plano interno, mediante transformações políticas, jurídicas, legislativas e culturais no País e, por outro, identificar a principal dificuldade para o cumprimento das decisões da Corte no direito nacional. Com o fito de superar tal dificuldade, o artigo propõe algumas respostas, que são elas próprias os desafios a serem transpostos para garantir a autoridade das decisões da Corte no âmbito interno.

O artigo está organizado conforme a seguinte estrutura: a primeira seção examina as sentenças listadas acima, descrevendo resumidamente os fatos dos casos, expondo o conteúdo tanto da denúncia da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) quanto da sentença da Corte e destacando a supervisão do cumprimento da sentença a partir dos relatórios das partes e das resoluções da Corte.

A segunda seção trata da principal dificuldade de implementação das decisões da Corte no direito brasileiro. Num primeiro momento analisa a força legal, a natureza jurídica e a execução das sentenças da Corte no direito nacional. E posteriormente aborda a recepção da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e da jurisprudência da Corte pelos agentes políticos brasileiros. Nessa parte toma-se a sentença da Corte no caso *Gomes Lund* como estudo de caso para criticar o recurso a institutos jurídicos, tais como a prescrição e as leis de anistia, que impedem a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações de direitos

humanos. Nesse contexto ganha destaque a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF 153 com relação à permanência da vigência da Lei de Anistia no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os posicionamentos do Executivo e Legislativo sobre o assunto.

A terceira seção apresenta, recorrendo ao direito comparado, as propostas de respostas que garantam a autoridade das decisões da Corte no direito nacional, quais sejam: (1) a consagração constitucional da jurisprudência e dos tratados internacionais de direitos humanos que consiste no reconhecimento formal de posição hierárquica constitucional a todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como na incorporação formal de normas expressas à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) que imponham a todo e qualquer agente político a observância dos tratados e da jurisprudência internacional de direitos humanos no exercício de suas respectivas competências; (2) o desenvolvimento de uma cultura mais receptiva ao direito internacional dos direitos humanos e; (3) como a resposta mais radical ao problema, a introdução ao sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA) de regra semelhante ao artigo 8º do Estatuto do Conselho da Europa, que determina que o Comitê de Ministros, o qual supervisiona a execução das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), detém o poder de suspender ou expulsar da organização os Estados que não cumpram suas obrigações no âmbito do Conselho.

A conclusão resume os argumentos centrais do trabalho. Aponta, por um lado, a contribuição da jurisprudência da Corte para a promoção dos direitos humanos e o desenvolvimento da democracia no Brasil e, por outro, que o principal desafio à implementação das decisões da Corte no âmbito interno é a resistência dos agentes políticos brasileiros de aplicar o direito internacional. Encerra elegendo a consagração constitucional da jurisprudência e dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como o desenvolvimento da cultura dos direitos humanos como as respostas mais adequadas para assegurar a efetividade das decisões da Corte no direito brasileiro e confirmar a jurisprudência interamericana como fonte direta de interpretação pelos tribunais nacionais na solução de questões e conflitos jurídicos que envolvam a tutela dos direitos humanos.

## A CONTRIBUIÇÃO DAS DECISÕES INTERAMERICANAS PARA A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O objetivo dessa primeira seção é, a partir da análise dos casos julgados pela Corte em que o Brasil foi condenado por violações de direitos humanos, identificar os efeitos positivos da sentença internacional no âmbito interno. Veremos que as sentenças da Corte servem de impulso para: a adoção de políticas públicas em setores tradicionalmente menos amparados; a modificação da legislação interna com a edição de leis que garantem os direitos das vítimas de violações de direitos humanos e; dirigir a atenção da sociedade para os abusos cometidos por agentes públicos.

A partir da análise dos julgados será possível também apontar o principal ponto de dificuldade para a implementação das decisões da Corte no direito brasileiro, qual seja, o cumprimento das sentenças no que atine à investigação e responsabilização penal pelas violações de direitos humanos.

### O CASO *XIMENES LOPES VS. BRASIL*

Trata-se do primeiro caso relacionado ao Brasil julgado pela Corte desde o reconhecimento da obrigatoriedade da competência desta pelo País<sup>1</sup>, a primeira condenação do Brasil em uma instância internacional de direitos humanos e também a primeira sentença da Corte relativa a violações de direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais<sup>2</sup>.

Nesse caso a Corte condenou o Brasil pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida em 4 de outubro de 1999, nas dependências da Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, no Ceará<sup>3</sup>. Na sua denúncia apresentada à Corte, a CIDH referiu-se às condições desumanas e degradantes às quais Damião teria sido submetido durante sua internação na referida instituição, que era acreditada no Sistema Único de Saúde (SUS)

1 Em 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte, mas promulgou a referida declaração somente em 2002 por meio do Decreto nº 4.463 de 8 de novembro do mesmo ano.

2 Ver BORGES, Nadine. *Damião Ximenes: Primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 66.

3 Para uma descrição completa do caso ver COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a Implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 120-126.

do governo brasileiro. Supostamente por causa dos maus tratos sofridos Damião faleceu enquanto internado para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso.

A CIDH alegou a falta de investigação e de garantias judiciais no tratamento do caso por parte do Estado, bem como a gravidade dos eventos não só pela situação de vulnerabilidade das pessoas com incapacidade mental, mas também em razão da obrigação especial do Brasil de conferir proteção às pessoas que estejam sob os cuidados de clínicas de saúde que operam em convênio com o SUS<sup>4</sup>.

Em sua sentença a Corte fixou a responsabilidade internacional do Brasil por violar, no caso em comento, o direito à vida, à integridade pessoal, à proteção judicial e às garantias judiciais consagradas nos artigos 4º, 5º, 25 e 8º, respectivamente, da CADH, não tendo proporcionado a família de Damião um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, a identificação, o processo e a punição dos responsáveis.

Tais violações se relacionavam com o fato de Damião ter um transtorno mental e a demora do Judiciário brasileiro nos processos criminal e cível ajuizados pela família. Quer dizer, em se tratando de pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, o Estado tem a obrigação não somente de impedir tais violações, mas também de tomar medidas adicionais de proteção conforme as peculiaridades do caso. Além disso, a Corte considerou a demora nos processos (o fato de não haver uma sentença de primeiro grau após seis anos do início da ação penal) como uma violação do direito de acesso à justiça e do direito à duração razoável do processo.

Por unanimidade, a Corte decidiu que o Estado deve: (a) garantir a celeridade da justiça para investigar e sancionar os responsáveis pela tortura e morte de Damião; (b) continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para os profissionais vinculados ao atendimento de saúde mental; (c) pagar indenização como medida de reparação à família de Damião e; (d) publicar a sentença no Diário Oficial ou em jornal de circulação nacional<sup>5</sup>.

Após o proferimento da decisão, o Estado brasileiro cumpriu os pontos referentes à publicação de parte da sentença e ao pagamento da

4 COELHO, *op.cit.*, p. 122.

5 Corte IDH. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, N. 149. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 17 julho 2012.

indenização<sup>6</sup>. Porém, na Resolução de 17 de maio de 2010, a Corte determinou manter aberto o procedimento de supervisão de cumprimento da sentença, em razão de o Estado não ter ainda cumprido os pontos referentes à determinação da conclusão do processo em prazo razoável e ao desenvolvimento de políticas públicas na área de saúde mental segundo os princípios internacionais sobre a matéria<sup>7</sup>.

Assim, hoje, há o cumprimento parcial da sentença pelo Brasil, continuando o caso sujeito à supervisão da Corte, somente devendo ser considerado concluído quando verificado o cumprimento integral da sentença. Caso o Brasil descumpra as determinações da Corte, estará sujeito a novo processo de responsabilização internacional<sup>8</sup>.

Esse caso pode ser avaliado como sendo parcialmente exitoso. Por um lado, causa indignação o fato de que ainda se espera a condenação criminal definitiva dos responsáveis pela morte de Damião<sup>9</sup>, mas, por outro, a sentença da Corte possibilitou avanços importantes no que atine ao campo da saúde mental no Brasil<sup>10</sup>.

Em termos gerais, a sentença da Corte no caso Ximenes Lopes produziu resultados positivos: a responsabilização internacional do Brasil por violação de direitos humanos, a indenização para a família pela morte de Damião e, por último, a sentença chamou a atenção da sociedade (tanto

---

6 O Estado brasileiro efetuou o pagamento dos valores definidos na sentença aos familiares de Damião nos termos do Decreto nº 6.185 de 13 de agosto de 2007.

7 Na referida Resolução alega-se que o Brasil informou apenas de forma genérica sobre as ações de capacitação de pessoal.

8 Ver Resolução da Corte de 17 de maio de 2010 sobre o caso "Ximenes Lopes vs. Brasil". Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/supervision.cfm>>. Acesso em: 17 julho 2012.

9 Até hoje não existe uma decisão definitiva nas ações judiciais relacionadas com os fatos do caso. Para demonstrar a morosidade da Justiça vale uma breve cronologia dos eventos: em 4 de outubro de 1999 Damião morre na Casa de Repouso Guararapes; em 27 de março de 2000 inicia-se a ação penal proposta pela família de Damião na 3ª Vara de Sobral; em 1º de outubro de 2004 a CIDH informa ao Brasil que enviara o caso à Corte; em 4 de julho de 2006 a Corte prolata a sua sentença condenando o Estado brasileiro; em 29 de junho de 2009, a 3ª Vara de Sobral profere a sentença no processo criminal condenando o proprietário da Casa de Repouso, Sérgio Antunes Ferreira Gomes, junto com seis profissionais de saúde que ali trabalhavam a uma pena de seis anos de reclusão em regime semiaberto. Da sentença foram interpostos recursos em sentido estrito e de apelação, razão pela qual a ação penal se encontra atualmente sob a análise do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. O processo está sendo monitorado pelo programa Justiça Plena do Conselho Nacional de Justiça, que acompanha e dá transparência ao andamento de processos de grande repercussão social. Ver BORGES, *op.cit.*, p. 36. ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. "Caso Damião Ximenes Lopes: Mudanças e Desafios após a Primeira Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos". **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, nº 15, dez. 2011, p. 103. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/15/miolo.pdf>>. Acesso em: 17 julho 2012 e Resolução da Corte de 17 de maio de 2010 sobre o caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", *op.cit.*, p. 3.

10 Após a morte de Damião o sistema de saúde mental no Brasil passou por reformulações significativas com enfoque nos direitos humanos dos portadores de transtornos mentais. Nesse contexto, foi promulgada a Lei Nº 10.216 de 6 de abril de 2001 que trata da Reforma Psiquiátrica. Para uma análise crítica e completa da repercussão do caso Damião Ximenes Lopes na política de saúde mental do Brasil ver ROSATO; CORREIA, *op.cit.*, p. 105-110.

nacional quanto internacional) para o tratamento dispensado a pessoas portadoras de transtorno mental em estabelecimentos psiquiátricos no País, pressionando o governo brasileiro a empreender reformas das políticas públicas no campo da saúde mental.

## **O CASO *ESCHER E OUTROS VS. BRASIL***

No presente caso a Corte condenou o Brasil por grampear ilegalmente ligações telefônicas de membros de associações de trabalhadores rurais ligadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), no Paraná, em 1999<sup>11</sup>.

Na denúncia apresentada à Corte, a CIDH alegava a ilegalidade e a nulidade das interceptações, da decisão que as autorizou e da forma como esta foi implementada. Isso com base na incompetência da autoridade solicitante da interceptação<sup>12</sup>, da inexistência de decisão fundamentada, da ampliação do objeto da interceptação, do excesso na duração da interceptação e da divulgação indevida das gravações.

Por conseguinte, a CIDH acusava o Estado brasileiro de violar os direitos às garantias judiciais, à proteção da honra e da dignidade, à liberdade de associação, à proteção judicial e a cláusula federal consagrados nos artigos 8.1, 11, 16, 25.1 e 28, respectivamente, da CADH.

---

11 Em 5 de maio de 1999, o então Major Waldir Copetti Neves da Polícia Militar do Paraná solicitou perante a Comarca de Loanda autorização para grampear linhas telefônicas de associações de trabalhadores ligadas ao MST. O pedido baseava-se em suspeitas de desvios de recursos financeiros oriundos de programas do governo federal e de ligação com o assassinato de Eduardo Aghinoni. A juíza Elisabeth Khater deferiu o pedido imediatamente, sem qualquer fundamentação e sem notificar o Ministério Público (MP) da decisão. Dias após um segundo pedido foi apresentado, sem qualquer motivação, reiterando a interceptação de uma das linhas incluídas no primeiro pedido e acrescentando uma nova. Como ocorrera anteriormente, o pedido fora deferido sem qualquer embasamento legal e sem notificação ao MP. Em 25 de maio de 1999, o Major Neves solicita à Vara de Loanda o fim da interceptação das linhas telefônicas. Em 7 de junho de 1999, sem qualquer determinação legal, trechos das conversas telefônicas interceptadas são divulgadas na imprensa. No dia seguinte a Secretaria de Segurança Pública do Paraná convoca uma coletiva de imprensa e distribui trechos editados das conversas, cujo conteúdo insinuava que integrantes do MST planejavam um atentado à juíza Khater e ao Fórum de Loanda. Todo o material foi veiculado na imprensa. Em 2 de julho de 1999, o Major Neves encaminha à Vara de Loanda as mais de 100 fitas com conversas telefônicas gravadas nos períodos de 14 a 26 de maio de 1999 e de 9 a 30 de junho de 1999. Quer dizer, o segundo período de interceptação foi feito sem autorização da Justiça. Somente em 30 de maio de 2000, o MP teve conhecimento de tais fatos e solicita a nulidade das interceptações, bem como a inutilização das gravações. A juíza Khater, porém, rejeita o pedido, determinando, contudo, a incineração das fitas. Ver Corte IDH. "Caso Escher e outros vs. Brasil". Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, N. 200, p. 29-32. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 18 julho 2012.

12 De acordo com a legislação brasileira, somente a Polícia Civil, a Polícia Federal e o MP podem requerer a quebra do sigilo telefônico. Cumpre ressaltar que, em maio de 2012, a 2ª Turma do STF reconheceu que a Polícia Militar, excepcionalmente, com autorização judicial e acompanhamento do MP, é legítima para realizar escutas telefônicas, quando há indícios de envolvimento de policiais com a prática criminosa. Ver STF, 2ª Turma, HC 96986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, de 15 de maio de 2012.

Segundo entendimento da Corte, as conversas telefônicas estão incluídas no âmbito de proteção da vida privada. Assevera que tal direito não é absoluto e, portanto, pode sofrer ingerências no seu exercício, as quais, por sua vez, devem ser adotadas com diligência e respeito aos direitos fundamentais, de modo a evitar excessos.

Para ser reconhecida como legal, a medida de ingerência deve estar fundamentada em lei. No caso em pauta, a Corte entendeu que as interceptações e gravações das conversas telefônicas não observaram vários dispositivos da Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, que regulamenta o artigo 5º XII da CF relativo à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e, por isso, não estavam fundamentadas em lei. Portanto, violados os direitos à vida privada, à honra e à reputação.

Quanto à finalidade e à necessidade das interceptações, a Corte concluiu que o pedido do Major Neves não foi apresentado no marco de uma investigação, cujo objeto seria a verificação dos fatos que serviram como justificativa para os grampos (suspeitas de desvio de recursos públicos e de ligação com um homicídio). Além disso, a juíza Khater não expôs em sua decisão o exame dos requisitos legais nem os elementos que a motivaram a deferir as interceptações, nem a forma e o prazo em que se realizaria a diligência.

Com base nas declarações das testemunhas, que demonstraram o temor sofrido por elas e as dificuldades causadas pela divulgação das conversas aos membros das associações, a Corte reconheceu que os fatos ocorridos afetaram a imagem dessas entidades, de tal forma que restou configurada a violação do direito à liberdade de associação. Por fim, com relação aos procedimentos e processos penais e administrativos adotados no âmbito interno quanto à conduta dos agentes públicos, a Corte concluiu pela violação do direito às garantias judiciais e à proteção judicial<sup>13</sup>.

Por unanimidade a Corte decidiu que o Estado deve: (a) pagar a cada vítima indenização por danos morais; (b) publicar a sentença no Diário Oficial, em jornal de ampla circulação nacional e em jornal de ampla circulação no Paraná, além de no sítio da União e do Estado do Paraná e; (c) investigar os fatos que geraram as violações do presente caso<sup>14</sup>.

---

13 No que tange à violação da cláusula federal, a Corte determinou que as violações alegadas não se referiam a fatos com valor suficiente para serem considerados como um verdadeiro descumprimento da CADH. Ver Corte IDH. "Caso Escher e outros vs. Brasil". Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, N. 200, *op.cit.*, p. 27 e seguintes.

14 O caso só chegou à Corte após frustradas tentativas de reparação dos danos sofridos decorrentes das interceptações perante a Justiça brasileira. De todas as ações ajuizadas nenhuma obteve decisão definitiva sobre a matéria. No entendimento da Corte, o Estado não tomou as medidas necessárias para apurar devidamente o caso. Ver Corte IDH. "Caso Escher e outros vs. Brasil". Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, N. 200.

Em 4 de julho de 2012, por meio de comunicado de imprensa, a Corte informou que resolveu concluir e arquivar o caso Escher e outros, visto que o Brasil havia cumprido os pontos da sentença relativos ao pagamento de indenização por dano moral às vítimas e à publicação da sentença. Igualmente, a Corte decidiu dar por concluído a supervisão do cumprimento do ponto da sentença referente ao dever de investigar os fatos que geraram as violações do caso<sup>15</sup>.

A repercussão do caso Escher no âmbito interno não consistiu em alterações legislativas ou novas políticas públicas, mesmo porque a inviolabilidade das comunicações é direito constitucionalmente protegido no Brasil e amparado por uma legislação precisa e clara sobre o seu exercício. A contribuição do julgado foi muito mais no sentido de a sociedade brasileira voltar suas atenções para os abusos cometidos por agentes públicos quanto à aplicação da Lei nº 9.296, convertendo eles a sua faculdade de interceptar e monitorar comunicações, com a finalidade de combater o crime, em um instrumento de espionagem e perseguição<sup>16</sup>.

Enfim, o caso serviu para ressaltar o fato de que o País ainda convive com reminiscências do legado do período ditatorial militar, durante o qual os grampos telefônicos eram amplamente usados para investigar e monitorar opositores do regime<sup>17</sup>.

## **O CASO GARIBALDI VS. BRASIL**

No presente caso a Corte condenou o Brasil pela não responsabilização dos envolvidos no assassinato de Sétimo Garibaldi, trabalhador ru-

---

15 Esse último ponto merece algumas observações. Na verdade, durante a supervisão da sentença, o Brasil, em seu relatório, justificou a ausência da investigação ordenada pela Corte com base na prescrição da ação penal com fulcro no artigo 10 da Lei nº 9.296 e no artigo 109 IV do Código Penal brasileiro. Como resposta, a Corte ressaltou que em sua jurisprudência a improcedência da prescrição usualmente tem sido declarada em função das peculiaridades de casos que envolvem graves violações aos direitos humanos, como o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura. Entende que o presente caso não se revestia de uma gravidade, pela qual seria improcedente a prescrição. Por consequência, considerou pertinente dar por concluída a supervisão do cumprimento da sentença a respeito da obrigação de investigar os fatos. Ver Resolução da Corte de 19 de junho de 2012 sobre o caso "Escher e outros vs. Brasil". Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher\\_19\\_06\\_12\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_19_06_12_por.pdf)>. Acesso em: 18 julho 2012 e "Corte Interamericana cierra el Caso Escher Vs. Brasil". Comunicado de Prensa de 4 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_14\\_12\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_14_12_por.pdf)>. Acesso em: 18 julho 2012.

16 As vítimas e seus representantes relataram o processo violento de perseguição aos defensores de direitos humanos e movimentos sociais paranaenses à época da ocorrência das violações do presente caso. Ver Corte IDH. "Caso Escher e outros vs. Brasil". Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, N. 200, p. 50-51.

17 Ver "Grampos: escuta telefônica e espionagem". *Revista Veja*. Dez. 2008. Disponível em: <<http://www.veja.abril.com.br>>. Acesso em: 18 julho 2012.

ral morto em 1998 durante uma desocupação extrajudicial violenta de um acampamento do MST, na cidade de Querência do Norte, no Paraná<sup>18</sup>.

Na denúncia a CIDH alegou a responsabilidade do Estado brasileiro decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio de Sétimo. Ressaltou que a impunidade das violações de direitos humanos é especialmente importante no caso dos trabalhadores sem terra, já que é uma das principais causas de violência no campo do Brasil. E concluiu que a morosidade e a falta de devida diligência no processo de investigação e coleta de provas essenciais no presente caso caracterizam uma violação aos artigos 8º e 25, em relação com o artigo 1.1, todos da CADH<sup>19</sup>.

Com base nas provas, depoimentos e alegações feitas pelas partes no curso do processo, a Corte concluiu que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência no inquérito sobre a morte de Sétimo, o qual, ademais, excedeu um prazo razoável. Por esse motivo, o Estado violou os direitos às garantias e à proteção judiciais previstos nos artigos 8.1 e 25.1 em relação com o artigo 1.1 da CADH, em prejuízo dos familiares de Sétimo.

Além disso, a Corte registrou sua preocupação pelas graves falhas e demoras no inquérito do presente caso, que afetaram vítimas que pertencem a um grupo considerado vulnerável, retirando-lhes o direito a conhecer a verdade sobre os fatos<sup>20</sup>. E destacou que, conforme sua reiterada jurisprudência, a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos<sup>21</sup>.

Por unanimidade a Corte resolveu que o Estado deve: (a) publicar trechos da sentença no Diário Oficial, em jornal de ampla circulação nacional e em jornal de ampla circulação no Paraná, além da publicação da íntegra da sentença em página *web* oficial adequada da União e do Paraná; (b) conduzir eficazmente e dentro de um prazo razoável o inquérito e qualquer processo que chegar a abrir, como consequência deste,

---

18 Durante a ação em que vinte pistoleiros encapuzados entraram no acampamento, armados e afirmando serem policiais, Sétimo é baleado na coxa e, sem atendimento, morre em seguida. A investigação da morte de Sétimo durou cinco anos e acabou sendo arquivada, sem denunciar qualquer responsável, a despeito de todos os indícios da autoria do crime e dos alibis frágeis apresentados pelos acusados. O pedido de arquivamento do inquérito policial pelo MP foi deferido pela juíza Elisabeth Khater – a mesma envolvida nos grampos ilegais do caso Escher e outros – sem fundamentação adequada. Ver Corte IDH. "Caso Garibaldi vs. Brasil". Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C, N. 203, p. 20-27. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 19 julho 2012.

19 Ver Corte IDH. "Caso Garibaldi vs. Brasil". Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C, N. 203, p. 28.

20 Segundo a Corte o direito à verdade está inserido no direito da vítima ou de sua família de obter dos órgãos estatais competentes o esclarecimento dos fatos violadores e as respectivas responsabilidades, por meio da investigação e o julgamento previstos nos artigos 8º e 25 da CADH. Ver Corte IDH. "Caso Barrios Altos vs. Peru". Sentença de 14 de março de 2001. Série C, N. 75, p. 16. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 20 julho 2012.

21 Ver Corte IDH. "Caso Garibaldi vs. Brasil". Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C, N. 203, p. 39.

para identificar, julgar e, eventualmente, sancionar os autores da morte de Sétimo. O Estado também deve investigar e, se for o caso, sancionar as eventuais faltas funcionais nas quais poderiam ter incorrido os agentes públicos encarregados do inquérito e; (c) pagar indenização por danos morais e materiais à viúva e aos filhos de Sétimo<sup>22</sup>.

Em fevereiro de 2012, por meio de resolução, a Corte declarou que o Brasil havia cumprido os pontos da sentença referentes ao pagamento da indenização por danos morais e materiais às vítimas e à publicação da sentença. Com relação à obrigação de apurar as eventuais faltas funcionais dos agentes públicos responsáveis pelo inquérito, a Corte considerou que o Estado realizou investigações administrativas em relação ao ordenado pela sentença. Em tais procedimentos chegou a conclusões motivadas e determinou seu arquivamento. A Corte apontou que não conta com argumentos ou provas específicas que indiquem falhas nos procedimentos de averiguação administrativa. E com base nisso, resolveu encerrar a supervisão do cumprimento desse ponto.

Por outro lado, quanto à investigação penal dos fatos a sentença se encontra pendente de cumprimento. A Corte levou em consideração as medidas até agora tomadas pelo Estado, como a propositura de ação penal contra um suposto responsável e a instrução da Procuradoria Geral para o trâmite urgente do caso. Contudo, assinalou que passados mais de doze anos desde a morte de Sétimo os fatos não foram esclarecidos nem os responsáveis sancionados. Assim, a Corte decidiu que o Brasil deverá prosseguir com a adoção de ações necessárias para o efetivo e total cumprimento dessa medida de reparação<sup>23</sup>.

Da mesma forma que o caso Escher e outros, a contribuição do presente caso reside em dirigir a atenção das autoridades, da imprensa, enfim, da sociedade em geral para as violações de direitos de grupos vulneráveis no âmbito doméstico. Tais violações refletem a desigualdade social, bem como a cultura de violência e impunidade, que são características que ainda fazem parte da realidade brasileira.

---

22 Idem, p. 52.

23 Ver Resolução da Corte de 20 de fevereiro de 2012 sobre o caso "Garibaldi vs. Brasi". Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi\\_20\\_02\\_121.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_20_02_121.pdf)>. Acesso em: 19 julho 2012.

## O CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL

Nesse caso a Corte condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 1970<sup>24</sup>. Essa decisão se alinha à jurisprudência da Corte, especialmente, aquela consolidada no caso *Barrios Altos vs. Peru*, no qual este país fora condenado pelo massacre de 15 pessoas realizado por membros das Forças Armadas peruanas<sup>25</sup>.

Na denúncia, a CIDH alegou a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e camponeses, como resultado das ações conduzidas pelo Exército na região entre 1972 e 1975. Ao lado disso, solicitou a responsabilização do Brasil por não ter investigado tais violações, com a finalidade de julgar e punir os respectivos responsáveis, com respaldo na Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979, a chamada Lei de Anistia.

Com base nessas alegações, a CIDH entendeu que o Estado violou os seguintes direitos: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, direito às garantias judiciais, direito à liberdade de pensamento e expressão e direito à proteção judicial (artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 13 e 25 da CADH, respectivamente) em relação com os artigos 1.1 e 2º da mesma<sup>26</sup>.

24 A Guerrilha do Araguaia foi um movimento formado por militantes contrários à ditadura militar, que se instalaram no sul do Pará, às margens do Rio Araguaia, para oferecer treinamento e ações de resistência armada ao regime. Entre 1972 e 1975 o grupo foi alvo de uma grande ação do Exército, com o objetivo de eliminar o movimento. No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia e o governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos na região. Ver REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília, 2007, p. 195 e seguintes.

25 Trata-se de julgado de referência ao tema da justiça de transição na América do Sul, no qual o Peru foi condenado a reabrir as investigações sobre os fatos do referido massacre, a tornar sem efeitos as leis de anistia (por serem incompatíveis com a CADH) e a reparar integralmente os danos materiais e morais sofridos pelas famílias das vítimas. Essa decisão teve importante reflexo em processos de anulação de leis de anistia em países como Argentina, Chile e o próprio Peru, bem como na consagração do direito da família e da sociedade à verdade, com a obrigação precípua do Estado de investigar e punir violadores de direitos humanos. Ver COELHO, *op.cit.*, p. 190 e GARCÍA-SAYÁN, Diego. "Una viva interacción: corte interamericana y tribunales internos". In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 338-339.

26 Cumpre notar as observações iniciais da Corte apresentadas na sentença quanto à sua competência para julgar os fatos do presente caso. Esclarece, inicialmente, que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, o País apontou que a Corte teria competência para os fatos posteriores a esse reconhecimento. Assevera, contudo, que a jurisprudência reiterada da Corte estabelece que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas se alonga durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. O ato de desaparecimento e sua

Com base nas alegações das partes e nas provas apresentadas, a Corte concluiu que não há controvérsia quanto aos fatos do desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, nem da responsabilidade estatal a esse respeito. A Corte reitera que o desaparecimento forçado de pessoas constitui uma violação múltipla que se inicia com uma privação de liberdade contrária ao artigo 7º da CADH. Ademais, a sujeição de pessoas detidas a órgãos oficiais de repressão, a agentes estatais ou a particulares que atuem com sua anuência ou tolerância, que impunemente pratiquem a tortura ou assassinato representa, por si só, uma infração ao dever de prevenção de violações dos direitos à vida e à integridade pessoal, consagrados nos artigos 4º e 5º da CADH, ainda que os atos de tortura ou de privação da vida dessas pessoas não possam ser demonstrados no caso concreto.

A Corte também assevera que a prática de desaparecimento implica, com frequência, a execução dos detidos, em segredo e sem julgamento, seguida da ocultação do cadáver, com o objetivo de eliminar toda pista material do crime e de buscar a impunidade daqueles que o cometeram, violando brutalmente o direito à vida. Esse fato em conexão com a falta de investigação dos acontecimentos representa uma violação à obrigação estatal de garantir a toda pessoa sujeita à sua jurisdição a inviolabilidade da vida e o direito a não ser dela privado de forma arbitrária, conforme o artigo 1.1 da CADH combinado com o artigo 4.1 da mesma.

Por fim, a Corte ressaltou que o desaparecimento forçado implica ainda a vulneração do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, estabelecido no artigo 3º da CADH, visto que o desaparecimento representa não somente uma das mais graves formas de subtração de uma pessoa do âmbito do ordenamento jurídico, como também a negação de sua existência, ao deixar a pessoa numa espécie de limbo ou situação de indeterminação jurídica perante a sociedade e o Estado.

Diante do exposto, a Corte conclui que o Brasil é responsável pelo desaparecimento forçado e, por conseguinte, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, consagrados, respectivamente, nos artigos 3º, 4º, 5º e 7º, em relação ao artigo 1.1, todos da CADH<sup>27</sup>.

---

execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente ausência de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro do desaparecido e os fatos não tenham sido esclarecidos. Logo, a Corte assenta sua competência para examinar alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência pelo Brasil. Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 20 julho 2012.

27 Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 43-46.

Com relação aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, a Corte determinou que o crime de desaparecimento impede que a pessoa tenha acesso às suas garantias judiciais. Por isso, é vital que tal direito seja assegurado à família da vítima, por meio de recursos céleres e eficazes, para que se possa localizar a vítima e punir os responsáveis.

Nessa perspectiva, a Corte considerou que a forma de interpretação e aplicação da Lei de Anistia aprovada no Brasil afetou a obrigação internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, na medida em que impediu que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, nos termos do artigo 8.1 CADH.

Além disso, o Estado violou o direito à proteção judicial do artigo 25 da CADH, devido à falta de investigação, perseguição, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo, assim, também o artigo 1.1 da CADH. Da mesma forma, o Estado desrespeitou sua obrigação de adequar seu direito interno, conforme o artigo 2º da CADH, ao aplicar a Lei de Anistia, impedindo a investigação dos fatos, bem como a identificação, julgamento e sanção dos responsáveis por violações contínuas e permanentes, como o desaparecimento forçado.

Por esses motivos, a Corte declarou que as disposições da Lei da Anistia são incompatíveis com a CADH e, por consequência, elas carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando um empecilho para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos violadores, nem pode ter o mesmo efeito sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na CADH ocorridos no Brasil<sup>28</sup>.

No que tange ao direito à liberdade de expressão, a Corte estabeleceu que, de acordo com o artigo 13 da CADH, tal direito compreende não somente o direito de expressar o próprio pensamento, como também a liberdade de buscar, receber e divulgar informação de todo tipo. Assim, o artigo 13 protege o direito de toda pessoa a requerer o acesso à informação sob o controle do Estado, bem como o dever positivo deste de fornecê-la.

A Corte ressaltou que ao Estado é permitido restringir o acesso à informação, mas em se tratando de violações dos direitos humanos, essa restrição não pode ser fundada em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões de segurança

---

28 Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 64-67.

nacional ou interesse público. Nesse contexto, a Corte determinou que todos, principalmente as famílias das vítimas, têm o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido com relação a essas violações.

Em requerimentos judiciais no âmbito nacional, nos quais foram solicitadas informações sobre a Guerrilha do Araguaia, o Estado amparou-se tão somente na falta de prova da existência dos documentos solicitados. Segundo a Corte, tal fundamento não era suficiente, mas antes o Estado deveria justificar a negativa de fornecer a informação, demonstrando que adotou todas as providências possíveis para comprovar que, de fato, a informação requerida não existia. Com base em todos esses argumentos, a Corte concluiu que o Estado violou o direito a buscar e a receber informação previsto no artigo 13 da CADH, em conexão com os artigos 1.1, 8.1 e 25 da mesma<sup>29</sup>.

Por fim, a Corte considerou que o Estado não observou o direito à integridade pessoal, segundo o artigo 5º da CADH, em detrimento dos familiares das vítimas, em virtude do impacto do desaparecimento forçado dos seus entes queridos, assim como da falta de esclarecimento das circunstâncias de suas mortes, em suas vidas<sup>30</sup>.

Por unanimidade a Corte resolveu que o Estado deve:

(a) conduzir a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar os responsáveis e aplicar as sanções cabíveis;

(b) realizar todos os esforços com o objetivo de determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a suas famílias;

(c) oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram;

(d) publicar a sentença no Diário Oficial, o resumo da sentença em jornal de circulação nacional, assim como a íntegra da sentença em meio eletrônico e a publicação da mesma em forma de livro;

(e) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional sobre os fatos do presente caso;

(f) continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas;

(g) tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em

29 Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 75-81.

30 Idem, p. 87-92.

conformidade com os parâmetros interamericanos. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas as ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado por meio dos instrumentos existentes no direito interno;

(h) prosseguir desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, bem como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar e;

(i) pagar indenização por danos morais e materiais às vítimas<sup>31</sup>.

Em 14 de dezembro de 2011 o Estado brasileiro submeteu à Corte seu relatório referente ao cumprimento da sentença sobre o presente caso. O documento aponta que órgãos do Estado, entre eles o Ministério Público Federal (MPF), têm empreendido ações concretas em favor da responsabilização civil e administrativa dos perpetradores de violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar.

Em tais ações os órgãos sustentam a condenação ao ressarcimento dos danos materiais e imateriais sofridos não só por pessoas, mas também pelo próprio Estado. Da mesma forma, buscam a eventual perda de cargo de qualquer agente público que tenha participado de violações de direitos humanos ou, se reformado ou aposentado, seja cassada a sua aposentadoria em razão da prática comprovada de graves violações<sup>32</sup>.

O Relatório ressalta a criação do Grupo de Trabalho Araguaia, cujo objetivo é continuar os trabalhos de busca das vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e proceder à identificação e entrega dos restos mortais aos respectivos familiares<sup>33</sup>. Ao longo de 2011, expedições foram realizadas em cidades do Pará e do Tocantins, as quais não obtiveram êxito

---

31 Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 115-116.

32 Ver REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Corte Interamericana de Direitos Humanos. "Júlia Gomes Lund e Outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Relatório de cumprimento da sentença. Brasília, 2011. p. 8 e seguintes. Disponível em: [http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Escrito\\_14\\_de\\_dezembro\\_de\\_2011.pdf](http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Escrito_14_de_dezembro_de_2011.pdf). Acesso em: 21 julho 2012.

33 O Grupo de Trabalho Araguaia surgiu da reformulação do Grupo de Trabalho Tocantins, que desde 2009 coordenava e executava as atividades de busca, recolhimento e identificação das vítimas desaparecidas no Araguaia. A composição desse Grupo foi criticada pela Corte na sentença do caso Lund, por não contar com a participação do MPF. Daí a reformulação do grupo em maio de 2011. Além da participação do MPF, as atividades do Grupo de Trabalho Araguaia são acompanhadas pelos familiares das vítimas, envolvendo também outros órgãos representativos, como o PCdoB, a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Polícia Federal. Ver REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Relatório de cumprimento da sentença. Brasília, 2011. p. 14-16.

em localizar os desaparecidos. Contudo, devido à coleta de informações relevantes, o Relatório informa que as atividades do Grupo continuarão e de modo intensificado<sup>34</sup>.

Com relação ao tratamento médico e psicológico, o Estado colheu informações junto aos representantes dos familiares das vítimas e, a partir delas, delineará um plano para atender as demandas do grupo<sup>35</sup>.

Além disso, o Estado informou que realizou todas as publicações da sentença ordenadas, mas que não realizou ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Brasil, em virtude do pedido dos familiares no sentido de que o evento fosse realizado após o início do cumprimento das medidas relacionadas à perseguição penal dos responsáveis pelos crimes cometidos durante o regime militar e ao acesso a informações sobre a Guerrilha do Araguaia<sup>36</sup>.

Relata ainda que o Ministério da Defesa elaborou um curso de direitos humanos para as Forças Armadas, que contará com reavaliações periódicas. Quanto à tipificação do crime de desaparecimento forçado, o Estado considerou que vem adotando medidas para suprir a lacuna existente no direito brasileiro em relação aos crimes cometidos no caso Lund. Nesse contexto, cita: (a) o Projeto de Lei nº 4.038/2008, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional (TPI) e institui normas sobre a cooperação com este Tribunal; (b) o Projeto de Lei nº 245/2011, hoje em tramitação no Senado Federal, que altera o Código Penal brasileiro para incluir no seu texto o crime de desaparecimento forçado de pessoas e; (c) a aprovação da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP) pelo Congresso Nacional, o que contribui para que a ratificação desse tratado avance no Brasil<sup>37</sup>.

Ademais, o Relatório sublinha a sanção da Lei nº 12.527, que dispõe sobre o acesso a informações públicas, e da Lei nº 12.528, que cria a Comissão da Verdade, ambas de 18 de novembro de 2011. A Lei de Acesso à Informação Pública obriga o Estado a buscar, de forma ativa e independentemente de solicitações, a transparência das informações, a estabele-

---

34 Ver REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Relatório de cumprimento da sentença. Brasília, 2011, p. 23 e seguintes.

35 Idem, p. 30.

36 Idem, p. 31-33.

37 Idem, p. 33-35.

cer procedimentos administrativos para o acesso e a responsabilidade dos agentes públicos e a disponibilizar informações básicas sobre a atuação do Poder Público na Internet.

A Lei proíbe ainda qualquer restrição de acesso a documentos e informações sobre condutas de violação de direitos humanos praticadas por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas. Além disso, não poderão ser negadas informações necessárias à tutela de direitos fundamentais. Ao lado disso, o Relatório destaca a adoção de medidas para facilitar o acesso ao material do Arquivo Nacional relacionado ao regime militar<sup>38</sup>.

Por fim, o Estado comunica que solicitou os dados dos familiares necessários ao efetivo pagamento das indenizações. A partir dos dados fornecidos, o Estado depositará as indenizações ordenadas a todos os familiares ainda em 2011. Diante de todo o exposto, o Estado conclui considerando que o cumprimento da sentença tem ocorrido de modo satisfatório<sup>39</sup>.

Em 5 de abril de 2012 os representantes das vítimas e seus familiares apresentaram suas observações ao Relatório do Estado brasileiro sobre o cumprimento da sentença proferida no caso Gomes Lund. Segundo eles, o Estado não cumpriu sua obrigação de conduzir uma investigação penal, de forma a processar e sancionar os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos no caso em referência, visto que até o momento o Estado não deu início a qualquer ação penal para identificar, processar criminalmente e punir os responsáveis.

Com efeito, a única tentativa de início de uma ação penal no âmbito interno foi rejeitada judicialmente, com base na Lei de Anistia brasileira e no instituto da prescrição, violando, assim, frontalmente, a sentença da Corte no caso Lund. Os representantes apontam que o Estado, em seu relatório de dezembro de 2011, refere-se apenas a ações de caráter civil e administrativo ajuizadas no âmbito interno, mas a nenhuma de cunho penal, como determinado pela Corte em sua sentença<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Ver REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Relatório de cumprimento da sentença. Brasília, 2011, p. 36-39.

<sup>39</sup> Idem, p. 39-44.

<sup>40</sup> A única denúncia criminal proposta no Brasil buscando a responsabilização pelas violações de direitos humanos perpetradas contra opositores da ditadura militar foi apresentada pelo MPF, em 14 de março de 2012, contra o Coronel Sebastião Curio Rodrigues de Moura. Apenas dois dias após o pedido de abertura da ação, o juiz substituído da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá, João César Otoni de Matos, rejeitou liminarmente a denúncia, alegando a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que este seria expressamente vedado pela Lei de Anistia e o delito estaria prescrito. Além disso, o magistrado, com fundamento na decisão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, que estabeleceu a compatibilidade da Lei de Anistia com a CF, ressaltou que não caberia buscar o afastamento da referida Lei em virtude de julgado proferido pela Corte. Em 26 de março de 2012, o MPF apresentou recurso em sentido estrito contra a decisão que rejeitou a denúncia, o qual ainda não foi

Os familiares das vítimas valorizam a reformulação do Grupo de Trabalho Tocantins, mas enfatizam que falhas persistem no dever do Estado de determinar o paradeiro dos desaparecidos, as quais podem ter sido significativas para que até agora nenhum resultado conclusivo tenha sido alcançado. Destacam a falta de acesso à informação constante dos arquivos governamentais e de oitiva de integrantes das Forças Armadas como as principais dificuldades para a localização dos desaparecidos<sup>41</sup>.

Os representantes alegam que o Estado não ofereceu tratamento médico, psicológico e psiquiátrico às vítimas que o solicitaram. Por outro lado, consideraram que o Estado realizou as publicações da sentença ordenadas, mas fora do prazo estipulado pela Corte. Ademais, reiteram o pedido para que seja postergada a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado a respeito dos fatos do caso em comento, até que o Estado dê início as ações penais cabíveis para esclarecer os fatos relacionados às graves violações que envolvem as vítimas, de modo que o ato não seja um ato em si, sem a continuidade de um compromisso<sup>42</sup>.

Os representantes criticam o Relatório do Estado por não fornecer informações detalhadas acerca do curso de direitos humanos para as Forças Armadas, o que impossibilita qualquer avaliação quanto ao cumprimento da sentença nesse ponto. Sublinham ainda que até o momento o Estado não havia tipificado o delito de desaparecimento forçado ou ratificado a CIDFP<sup>43</sup>.

Os representantes reconhecem a relevância das alterações das normas de acesso ao acervo do Arquivo Nacional, bem como da aprovação da Lei de Acesso a Informações Públicas. Contudo, frisam que tais normas versam tão somente sobre garantias formais de acesso a documentos públicos em geral, não tendo elas o propósito nem o alcance de propor-

---

julgado. Ver GRUPO TORTURA NUNCA MAIS *et al.* Observações ao 1º Relatório do Estado brasileiro sobre o cumprimento da sentença proferida no caso "Gomes Lund e outros", 2012, p. 7-18. Disponível em: [http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Observacoes\\_representantes\\_05.04.2012.pdf](http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Observacoes_representantes_05.04.2012.pdf). Acesso em: 21 julho 2012.

41 Sobre as demais críticas apresentadas pelos representantes ao Estado brasileiro no que diz respeito ao dever de determinação do paradeiro, de identificação e de entrega dos restos mortais das vítimas ver *idem*, p. 26 e seguintes.

42 *Idem*, p. 57-68.

43 Os representantes ressaltam que o Decreto legislativo n° 127 de 12 de abril de 2011, que aprova o texto da CIDFP, não se deu segundo o trâmite do § 3º do artigo 5º da CF e, por consequência, a CIDFP terá hierarquia infraconstitucional, o que poderá dificultar o seu cumprimento no âmbito interno. Ao lado disso, lamentam a demora do Poder Executivo em promulgar o decreto presidencial, que é o último ato necessário para incorporar a CIDFP no ordenamento jurídico brasileiro. Ver *idem*, p. 69-77.

cionar especificamente a busca, a sistematização e a publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia e/ou sobre as violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, conforme determinado pela Corte<sup>44</sup>.

Por último, os representantes consideram que o Estado cumpriu parcialmente sua obrigação de pagar indenizações a título de danos morais e materiais aos familiares das vítimas, dado que o Estado ainda não efetuou todos os pagamentos devidos<sup>45</sup>.

Até a conclusão do presente trabalho não havia qualquer resolução da Corte disponível sobre a supervisão do cumprimento da sentença proferida no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

A sentença da Corte no caso Gomes Lund repercutiu de modo significativo no direito brasileiro, em especial no que se refere às políticas adotadas com relação à reparação e à memória das vítimas de violações de direitos humanos durante o passado ditatorial do País. De fato, antes mesmo da referida sentença, o Estado já adotara medidas no sentido de reconhecer sua responsabilidade (ainda que apenas no âmbito interno), a respeito das vítimas do regime militar, inclusive das do episódio da Guerrilha do Araguaia.

Nesse contexto, merece menção a Lei nº 9.140 de 4 de dezembro de 1995, que reconhece a responsabilidade do Estado pela morte de opositores políticos no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Mediante tal Lei também foi criada a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, cuja finalidade principal é localizar os restos das pessoas desaparecidas, reconhecê-las como vítimas e, conforme o caso, autorizar o pagamento de indenização. Além disso, em 2006, foi criado um banco de amostras de DNA dos familiares das vítimas, para facilitar a identificação dos restos mortais que sejam localizados<sup>46</sup>.

A sentença da Corte no presente caso serviu de impulso de modo a mobilizar e sensibilizar os agentes públicos para reforçar e complementar os esforços internos de investigação e reparação das violações cometidas durante a ditadura militar. Nessa perspectiva, foi aprovada a Lei nº 12.528 de 18 de novembro de 2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade, competente para tomar depoimentos, requisitar e avaliar documentos para

44 Ver GRUPO TORTURA NUNCA MAIS *et al.*, *op.cit.*, p. 79.

45 *Idem*, p. 89.

46 Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia' vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 41-43 e 98.

esclarecer casos de tortura, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, bem como identificar as circunstâncias, as estruturas e os locais relacionados às violações de direitos humanos praticadas de 1946 a 1988. Após dois anos de funcionamento, a Comissão apresentará à Presidência da República um relatório circunstanciado das atividades realizadas, dos fatos examinados, além de suas conclusões e recomendações.

Outra iniciativa nesse sentido foi a aprovação da Lei de Acesso a Informações Públicas que, nos termos da sentença da Corte no caso em análise, aperfeiçoa e fortalece o marco normativo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, conforme o artigo 13 da CADH, em relação com o direito de aceder à informação pública sob controle do Estado<sup>47</sup>.

Em resumo, a sentença da Corte no caso *Gomes Lund vs. Brasil* representou uma significativa contribuição para ampliar o debate sobre a justiça de transição<sup>48</sup>, bem como promover políticas transicionais no Brasil. Isso porque, de acordo com os princípios ou objetivos da justiça de transição, a referida sentença proporcionou: o direito de reparação às vítimas, o direito à justiça com a determinação de responsabilizar os violadores de direitos humanos e a consagração do direito à verdade e à memória, promovendo a conscientização quanto à verdade sobre as violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, como também à ilegitimidade dessas práticas, de forma a evitar sua repetição.

Apesar de todas as iniciativas positivas do governo anteriormente citadas, que demonstram a vontade política do Estado de mitigar sua dívida histórica em relação às vítimas do regime militar, o Estado brasileiro – da mesma forma que ocorreu em todos os casos previamente examinados em que o Brasil fora condenado pela Corte – não cumpre o ponto mais significativo da sentença no caso Lund, qual seja, investigar os fatos, processar e punir penalmente os responsáveis. Essa reiterada falta de cumprimento das sentenças da Corte no que atine à investigação e responsabilização penal das violações alimenta o sentimento de impunidade no seio da sociedade, criando uma relação de desconfiança entre o Estado e os indivíduos.

---

47 Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 85.

48 A justiça de transição pode ser definida como o conjunto de processos e mecanismos adotado por determinada sociedade, no intuito de agir em relação a violações de direitos humanos cometidas durante um regime de exceção, a fim que os violadores sejam responsabilizados e a reconciliação nacional seja alcançada. Ver ONU. **Informe de Secretario General**. "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", 2004. p. 6. Disponível em: <http://www.un.org/es/común/docs/?symbol=S/2004/616>. Acesso em: 22 julho 2012.

As autoridades nacionais se servem de variadas alegações para explicar a dificuldade de investigar os fatos e responsabilizar os violadores na esfera penal. A principal delas é a de que a punição dos responsáveis infringiria normas jurídicas internas, em especial leis de anistia.

Nesse contexto, cumpre sublinhar o conflito entre a sentença da Corte no caso Gomes Lund e o acórdão do STF na ADPF 153, este último representando um verdadeiro obstáculo à punição penal de responsáveis por violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura militar no Brasil. O referido acórdão, bem como a sua incompatibilidade com a CADH e com a jurisprudência da Corte, serão examinados na seção seguinte.

## **A DIFICULDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE NO DIREITO BRASILEIRO**

Como visto na seção anterior, a principal dificuldade de implementação das decisões da Corte no direito brasileiro reside no cumprimento das sentenças no que se refere à investigação dos fatos e a responsabilização dos responsáveis pelas violações de direitos humanos na esfera penal<sup>49</sup>.

Para justificar tal dificuldade recorre-se a fundamentos de diferentes ordens como a necessidade de coordenação com autoridades estaduais e municipais, bem como do envolvimento do Legislativo e Judiciário, a falta de infraestrutura adequada ou de pessoal e o excesso de ações no Judiciário<sup>50</sup>.

Porém, entre tais justificativas destaca-se aquela que nega a possibilidade de responsabilização pelas violações cometidas aos direitos humanos com base nos institutos jurídicos da prescrição e da anistia. A Corte já se pronunciou no sentido de que tais institutos não são aplicáveis aos crimes de lesa-humanidade. Contudo, os agentes políticos brasileiros não seguem esse entendimento, violando a CADH, em especial o seu art. 2º, justificando a não investigação das violações de direitos humanos com base nos institutos da prescrição e anistia.

Na presente seção analisaremos, primeiramente, a força legal das decisões, tratando da natureza jurídica e da execução das sentenças da Corte no direito brasileiro. E, em seguida, a recepção da CADH e da ju-

49 Tal dificuldade já fora apontada pela doutrina. Ver BERNARDES, Marcia Nina. "Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais". **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n° 15, dez. 2011, p. 150.

50 *Idem*, p. 151.

risprudência da Corte pelos agentes políticos brasileiros, examinando o comportamento destes quando chamados a se manifestar sobre a aplicabilidade da CADH e das decisões da Corte.

O objetivo é, portanto, verificar se a obrigatoriedade das decisões emanadas da Corte e a competência desta para condenar o Estado em casos de violação de direitos humanos são, na prática, reconhecidas pelas autoridades estatais. Para isso, tomaremos como estudo de caso a sentença da Corte no caso Gomes Lund.

## A FORÇA LEGAL DAS DECISÕES ORIUNDAS DA CORTE

As sentenças da Corte são obrigatórias para o Brasil. Isso decorre não apenas da ratificação da CADH, como também do reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo País. Por consequência, a obrigatoriedade da implementação das sentenças da Corte no âmbito interno resulta de ato voluntário do Brasil<sup>51</sup>.

As sentenças da Corte têm natureza jurídica internacional, isto é, são sentenças internacionais. Estas se caracterizam por serem prolatadas por organismos jurisdicionais internacionais. Elas não emanam de um Estado e, por essa razão, não se subordinam a nenhuma soberania específica. São obrigatórias para os Estados que previamente acordaram em se submeter à jurisdição do organismo internacional que as proferiu. A aceitação da jurisdição de uma corte internacional é facultativa, mas uma vez reconhecida formalmente a competência de tal organismo, o Estado se obriga a implementar suas decisões, sob pena de responsabilidade internacional.

As sentenças da Corte não necessitam de homologação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme o artigo 105 I “i” da CF, pois se baseiam em normas internacionais incorporadas ao direito brasileiro. Assim, a norma externa já foi recepcionada pelo ordenamento jurídico doméstico, não sendo necessária nova verificação de sua compatibilidade com o direito nacional. Em suma, após o reconhecimento formal da jurisdição da Corte

---

51 O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte sob reserva de reciprocidade e somente para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998. Reconhecer a competência da Corte sob reserva de reciprocidade quer dizer que se determinado Estado que não tenha reconhecido a competência da Corte apresentar alguma denúncia contra o Brasil, este não considerará a Corte competente para apreciar o assunto. Tais reservas feitas pelo Brasil são criticadas pela doutrina. Ver COELHO, *op.cit.*, p. 155-156 e 188-190.

pelo Brasil, as suas sentenças passam a equivaler a um título executivo judicial, produzindo os mesmos efeitos jurídicos de uma sentença proferida pelo Judiciário nacional<sup>52</sup>.

De acordo com o § 1º do artigo 68 da CADH, os Estados-Partes comprometem-se a cumprir as decisões emanadas da Corte. Vale dizer, as sentenças da Corte têm caráter vinculante, gerando o seu descumprimento a responsabilidade internacional do Estado.

Os Estados, portanto, devem cumprir suas obrigações internacionais de boa-fé, segundo o princípio *pacta sunt servanda* e o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), que veda aos Estados invocar disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado.

No mesmo sentido, prescreve o artigo 2º da CADH que o direito nacional deve tornar viável a aplicação do direito internacional de proteção dos direitos humanos. Com base nesse dispositivo, a Corte entende que o direito doméstico não pode ser alegado para impossibilitar a implementação do direito internacional. Quer dizer, nenhum Estado-Parte pode invocar a impossibilidade jurídica do cumprimento de sentenças da Corte baseado em questões de legislação interna<sup>53</sup>.

Por conseguinte, caso haja incompatibilidade entre determinada sentença da Corte e um ato do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário nacional, a solução desse conflito deverá considerar as obrigações assumidas com base na CADH, sob pena de nova responsabilização do País<sup>54</sup>.

Em caso de condenação, a Corte ordena ao Estado tão somente que cumpra a decisão, não se dirigindo, em particular, a um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) da esfera federal, estadual ou municipal. Isso porque o Estado como um todo é o destinatário da obrigação internacional. Assim, não cabe à Corte determinar como a decisão será executada, mas sim ao próprio Estado, que deverá executar a sentença da forma mais apropriada possível ao caso<sup>55</sup>.

---

52 As sentenças internacionais se diferenciam das sentenças estrangeiras. Estas emanam do Poder Judiciário de um Estado diferente do Brasil, ou seja, de um Estado cujo direito pode apresentar particularidades em relação ao direito brasileiro. Tais sentenças exercem jurisdição apenas sobre o Estado que as proferiu. Logo, para serem executadas no Brasil, as sentenças estrangeiras necessitam de homologação do STJ, a fim de que eventuais incompatibilidades entre elas e a legislação brasileira sejam examinadas. Os requisitos formais e materiais para o deferimento da homologação de sentenças estrangeiras estão previstos nos artigos 15 e 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42). Ver COELHO, *op.cit.*, p. 89-97.

53 *Idem*, p. 152-153.

54 COELHO, *op.cit.*, p. 106.

55 *Idem*, p. 160-161.

Os Poderes Executivo e Legislativo dispõem de instrumentos para implementar, por iniciativa própria, as determinações contidas na sentença da Corte<sup>56</sup>. Por outro lado, o Poder Judiciário deve ser provocado para atuar na execução da sentença internacional. Dessa forma, cabe a este Poder a função de assegurar o cumprimento da sentença no âmbito interno, quando provocado pela vítima, pelos seus representantes ou pelo MP, em caso de inércia ou demora injustificada por parte dos Poderes Executivo e Legislativo para executar a sentença<sup>57</sup>.

No entanto, em regra, o Poder Judiciário se restringe a aplicar o disposto na legislação nacional sobre o assunto levado à sua jurisdição, desconsiderando e, com isso, violando compromissos internacionais assumidos pelo Estado no âmbito da CADH. Ignora, portanto, sua obrigação de cumprir a referida Convenção, já que é parte integrante do Estado brasileiro e, por consequência, também destinatário da norma internacional obrigatória.

Veremos que não somente o Judiciário, como também os Poderes Executivo e Legislativo assumem o mesmo tipo de comportamento contrário ao direito internacional. Caso emblemático para demonstrar isso é do cumprimento da sentença da Corte no caso Gomes Lund que analisaremos na subseção seguinte.

## **A RECEPÇÃO DA CADH E DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE PELOS AGENTES POLÍTICOS BRASILEIROS**

Diante do exposto, é fato que a obrigatoriedade das sentenças oriundas da Corte encontra resistência por parte dos agentes públicos brasileiros, notadamente, no que atine ao ponto que ordena a investigação, responsabilização e punição penal das violações de direitos humanos. O objetivo dessa subseção é analisar tal problemática de forma mais detalhada a partir da dificuldade de implementação da sentença no caso Gomes Lund.

---

<sup>56</sup> Em geral, na execução da sentença, os deveres do Executivo consistem em medidas de satisfação, como declarar o reconhecimento da responsabilidade do Estado, criar data em homenagem à vítima, editar atos administrativos, propor projetos de lei, promover políticas públicas e destinar verbas públicas a determinados setores sensíveis. Já os deveres do Poder Legislativo se limitam a modificar ou revogar determinada norma, abster-se de aprovar legislação contrária às normas internacionais e adotar regras eventualmente necessárias para o cumprimento da sentença da Corte. Ver *idem*, p. 161-163.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 172.

Em outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) inter pôs uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por meio da qual requereu ao STF que confira à Lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição, com o objetivo de declarar que a anistia concedida por essa Lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns cometidos pelos agentes de repressão contra opositores políticos durante a ditadura militar.

Em 29 de abril de 2010, o STF declarou a improcedência da ação, considerando constitucional a interpretação, segundo a qual a Lei de Anistia implicou um perdão amplo, geral e irrestrito, bem como representou condição imprescindível para o processo de reconciliação e redemocratização do País.

Segundo o voto do Relator do processo, Ministro Eros Grau, a Lei de Anistia deve ser interpretada em conformidade com o momento histórico em que ela foi editada, e não a realidade atual<sup>58</sup>. Assevera que a referida Lei, efetivamente, incluiu na anistia os agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar<sup>59</sup>. Pelo fato de a anistia ter resultado em um texto de lei, somente o Poder Legislativo poderia revê-la, não cabendo ao STF modificar textos normativos que concedem anistias<sup>60</sup>. E, por fim, conclui que a Lei de Anistia já não pertence à ordem constitucional anterior, mas está incorporada à nova ordem constitucional e, portanto, sendo sua adequação à CF inquestionável<sup>61</sup>.

Em 13 de agosto de 2010, a OAB propôs embargos de declaração contra a decisão do STF, alegando que esta havia sido omissa, pois não enfrentou a questão da incompatibilidade entre a Lei de Anistia e as normas internacionais de direitos humanos. Ademais, considerou que o STF não havia se manifestado sobre a aplicação da Lei de Anistia com relação aos crimes de desaparecimento forçado e sequestro, que possuem caráter continuado. Finalmente, ressaltou o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos e a consequente divergência criada entre a decisão do STF e a jurisprudência da Corte.

Em 21 de março de 2011, a OAB apresentou novo pedido, na instância dos embargos de declaração, requerendo que o STF se pronuncie ex-

---

58 STF. ADPF 153. Voto do Ministro Relator Eros Grau de 29 de abril de 2010, p. 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em: 22 julho 2012.

59 Idem, p. 33 e seguintes.

60 Idem, p. 60.

61 Idem, p. 70.

pressamente sobre a executoriedade da sentença da Corte no caso Gomes Lund, tendo em vista que a referida decisão determina que a Lei de Anistia brasileira é incompatível com a CADH e carece de efeitos jurídicos.

Em 26 de maio de 2011, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, o STF chamou o Congresso Nacional e a Presidência da República para que se manifestassem no processo.

Em 6 de julho de 2011, a AGU emitiu parecer em que alegou, com relação à executoriedade da sentença da Corte no caso Gomes Lund, que o Brasil não seria obrigado a adotar convenção internacional por ele não ratificada ou convenção que veio a ratificar em data posterior à Lei de Anistia. Além disso, estaria amparada na CF a decisão do STF de manter a anistia a todos os crimes cometidos por agentes estatais e opositores do regime durante a ditadura militar.

Em 10 de outubro de 2011, a Advocacia do Senado emitiu parecer, no qual entendeu não ser possível aplicar o delito de desaparecimento forçado para os crimes cometidos durante a ditadura militar, com fulcro no princípio da legalidade. E concluiu que a sentença da Corte no caso Gomes Lund deve ser cumprida na medida em que compatível com a CF, o que impede a responsabilização penal dos agentes estatais pelo crime de desaparecimento forçado.

Por sua vez, em 8 de novembro de 2011, o Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia, encaminhou parecer em que afirmou que os tratados de direitos humanos têm hierarquia infraconstitucional e, por conseguinte, ao STF é vedado o exercício do controle de convencionalidade, não cabendo à Corte exigir do STF ampliar os limites de sua competência para exercer tal controle.

Os embargos não foram julgados, ou seja, o STF ainda não se manifestou, após a sentença da Corte no caso Gomes Lund, acerca da aplicabilidade da Lei de Anistia para crimes de caráter permanente, como o desaparecimento forçado e o sequestro, para fins de responsabilização penal dos violadores de direitos humanos durante o regime militar<sup>62</sup>.

Todas essas manifestações dos principais órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no âmbito da ADPF 153, são em sentido contrário ao cumprimento da sentença da Corte no caso Gomes Lund, assim como contrárias às obrigações internacionais do Estado brasileiro perante a CADH.

---

62 Ver GRUPO TORTURA NUNCA MAIS *et al.*, *op.cit.*, p. 19-23. O acompanhamento processual da ADPF 153 está disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 novembro 2012.

Tal postura reflete o desconhecimento da jurisprudência interamericana de direitos humanos e de sua respectiva obrigatoriedade pelos agentes políticos brasileiros. A AGU simplesmente ignora a jurisprudência da Corte, inclusive a sua sentença no caso Gomes Lund, ao afirmar que o Brasil não estaria vinculado, nesse caso, à CADH, pois veio a ratificá-la em data posterior à Lei de Anistia.

Trata-se do princípio da irretroatividade, previsto no art. 28 da CVDT, que determina que as disposições de um tratado não obrigam uma parte em relação a um fato ou ato anterior à entrada em vigor do tratado em relação a essa parte. Quer dizer, segundo esse princípio, o Estado não pode ser responsabilizado pela violação de uma norma contida na CADH que tenha sido cometida antes da ratificação da mesma.

Contudo, de acordo com a jurisprudência da Corte, tal princípio não impede a responsabilização de determinados crimes cometidos durante o regime militar, como é o caso do delito de desaparecimento forçado. Esse delito produz efeito que se prolonga durante todo o tempo em que o fato continua e, com isso, ultrapassa a data de entrada em vigor da CADH e, por consequência, pode ser julgado de acordo com ela. Logo, cabe ao Estado responsabilizar os violadores de direitos humanos, conquanto o caso não esteja temporalmente regido pela CADH.

Além disso, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, o que é reconhecido pelo Brasil por força da incorporação do Estatuto de Roma. Com isso, os órgãos estatais não podem interpretar o princípio da irretroatividade com o fim de mitigar a imprescritibilidade, isto é, no sentido de alegar que só seriam imprescritíveis os crimes contra a humanidade cometidos a partir da vigência da CADH<sup>63</sup>.

O próprio STF no julgamento da ADPF 153 não considera a jurisprudência consolidada da Corte que estabelece que as disposições de anistia são incompatíveis com a CADH, por impedirem a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias e o desaparecimento forçado de pessoas<sup>64</sup>.

O Supremo não interpretou a Lei de Anistia brasileira à luz dos parâmetros protetivos internacionais, que consideram os crimes de lesa-humanidade normas de *ius cogens* e, por isso, a eles não são aplicáveis os institutos jurídicos da anistia e da prescrição<sup>65</sup>.

63 Ver VENTURA, Delsy. "A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o direito internacional". **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, n° 04, jul.-dez. 2010, p. 215.

64 Ver, por exemplo, as sentenças da Corte nos casos "Barrios Altos vs. Peru" de 14 de março de 2001 e "Almonacid Arellano vs. Chile" de 26 de setembro de 2006.

65 VENTURA, *op.cit.*, p. 206-207.

Por seu turno, o Presidente da Câmara se equivoca ao afirmar que o exercício do controle de convencionalidade é uma imposição ilegítima da Corte sobre o STF. Na verdade, tal controle é dever dos tribunais brasileiros em decorrência da vontade soberana do próprio Estado que decidiu integrar o sistema interamericano de direitos humanos e se submeter à jurisdição da Corte.

Em resumo, as manifestações dos agentes políticos brasileiros, no âmbito da ADPF 153, vão de encontro ao direito internacional dos direitos humanos e ao princípio *pro homine*, segundo o qual deve primar a norma que mais assegura o gozo de um direito, de uma liberdade ou de uma garantia, independentemente da posição hierárquica das normas em confronto.

Em virtude da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia, o Estado não investigou, processou ou puniu penalmente os responsáveis por violações de direito humanos cometidos durante o regime militar, inclusive as do caso Gomes Lund, comprometendo, assim, o cumprimento integral da sentença no referido caso.

Como forma de cumprir suas obrigações internacionais derivadas do direito internacional, o STF deveria realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia, ou seja, examinar a compatibilidade desta com os compromissos internacionais do Estado contidos na CADH.

Na sentença do caso Gomes Lund a Corte reconheceu que as autoridades internas devem aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, uma vez que o Estado brasileiro é parte da CADH, todos os seus órgãos, inclusive o Poder Judiciário, estão obrigados a zelar pelo cumprimento das disposições da CADH frente a normas jurídicas internas contrárias ao seu objeto e sua finalidade.

Nessa tarefa, os juízes devem considerar não somente a Convenção, como também a interpretação que a ela é conferida pela Corte. Isso decorre do princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual os Estados devem cumprir suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé, bem como da regra do artigo 27 da CVDT, que determina que os Estados não podem, por razões de direito interno, descumprir obrigações internacionais<sup>66</sup>.

Com sua interpretação sobre a Lei de Anistia brasileira o STF se contrapõe aos avanços de diversas cortes superiores nacionais da região, tais como a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, a Corte Suprema

---

66 Ver Corte IDH. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, p. 65-66.

de Justiça do Chile, o Tribunal Constitucional do Peru, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai e a Corte Constitucional da Colômbia. Todas elas, ao se pronunciarem sobre o alcance das leis de anistia a respeito de graves violações de direitos humanos, concluíram que tais leis violam a obrigação internacional do Estado de investigar e sancionar essas violações<sup>67</sup>.

Ao contrário dos seus vizinhos, o Brasil não realizou medidas de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por crimes de lesa-humanidade cometidos durante o regime militar, não cumprindo, com isso, elemento fundamental para o estabelecimento de uma justiça de transição completa. Além disso, não participa da chamada “justiça cascata”, isto é, da tendência global em direção a tornar efetiva a responsabilização daqueles que perpetraram, ordenaram ou autorizaram graves violações de direitos humanos, crimes de guerra e crimes contra a humanidade<sup>68</sup>.

Essa postura dos agentes políticos brasileiros advém de uma visão conservadora e constitui verdadeiro obstáculo à implementação das decisões da Corte no direito brasileiro, em especial, no que tange ao cumprimento da obrigação de investigar, processar e sancionar os responsáveis por violações de direitos humanos.

Essa visão pode ser explicada pelo fato de a maioria dos agentes políticos terem pouca familiaridade com o direito internacional dos direitos humanos, o que faz com que eles não apliquem tal ramo do direito em sua rotina de trabalho ou quando devem aplicá-lo, o fazem em desconformidade com os padrões internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>69</sup>.

Para concluir, satisfazer as obrigações contidas na CADH e se submeter à jurisdição da Corte não se trata de atentado contra a soberania nacional, mas apenas de cumprimento de compromissos internacionais do Estado assumidos por sua própria vontade soberana.

Nesse sentido, as decisões da Corte que venham a condenar o Brasil não têm por objetivo impugnar ou revisar atos do Judiciário brasileiro,

---

67 *Idem*, p. 59-64.

68 A declaração da Suprema Corte da Argentina sobre a inconstitucionalidade das leis de anistia dos anos 1980 propiciou a abertura de novos julgamentos, que resultaram na condenação de ex-agentes do Estado por abusos aos direitos humanos. Em 2010, o ex-presidente uruguaio, Juan Maria Bordaberry, foi condenado a 30 anos de prisão por assassinatos e desaparecimentos forçados ocorridos durante o seu governo, entre 1973 e 1976. E, por fim, em 2009, o ex-presidente Alberto Fujimori foi condenado a 25 anos de prisão por graves violações de direitos humanos pela Suprema Corte peruana. Ver BURT, Jo-Marie. "Desafiando a impunidade nas cortes domésticas: processos judiciais pelas violações de direitos humanos na América Latina". In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia do Ministério da Justiça; Nova Iorque: CEJIL, 2011, p. 307-335.

69 Ver BERNARDES, *op.cit.*, p. 144.

funcionando como se uma quarta instância fosse, mas apenas analisar se o ato estatal é compatível com os compromissos assumidos no âmbito da CADH, determinando ou não a responsabilidade internacional do Estado.

A postura dos agentes políticos brasileiros necessita de revisão, de forma a se adequar à regulamentação atual dos direitos humanos, que busca não mais seu fundamento na soberania dos Estados, mas no indivíduo enquanto titular de direitos essenciais que não lhe podem ser negados.

## **AS RESPOSTAS GARANTIDORAS DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DA CORTE NO DIREITO BRASILEIRO**

Como exposto a maior dificuldade de implementação das decisões da Corte no direito brasileiro diz respeito ao dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelos abusos aos direitos humanos. Na presente seção esboçaremos respostas à referida dificuldade, de modo a garantir a autoridade das decisões da Corte no direito brasileiro.

Algumas dessas respostas são os próprios desafios a serem transpostos na busca da construção do chamado “constitucionalismo regional”, que objetiva garantir direitos humanos fundamentais no plano interamericano, por meio da vinculação da justiça constitucional latino-americana às decisões da Corte<sup>70</sup>.

## **A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA JURISPRUDÊNCIA E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

Não é prática do Judiciário brasileiro o exercício do controle de convencionalidade de leis domésticas contrárias à CADH, nem faz parte da rotina dos agentes políticos nacionais o emprego do direito internacional de proteção dos direitos humanos. A tese aqui é a de que a consagração constitucional dos tratados de direitos humanos aproximaria os agentes políticos do referido ramo do direito internacional.

---

70 Ver PIOVESAN, Flávia Cristina. "Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional". In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (coord.). **(Re)pensando o Direito: Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 111 e 118.

Por consagração constitucional dos tratados humanísticos e da jurisprudência internacional de direitos humanos entendemos, por um lado, o reconhecimento formal de posição hierárquica constitucional a todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e, por outro, a incorporação formal de normas expressas à CF que imponham a todo e qualquer agente político a observância dos tratados e da jurisprudência internacional de direitos humanos no exercício de suas respectivas competências.

Tais medidas formais elevariam os tratados e a jurisprudência internacional de direitos humanos a um patamar que os asseguraria ser elementos de referência obrigatória para a Administração, o Legislativo e o Judiciário nacionais. De modo que caso seus atos não observassem as disposições contidas em tratados humanísticos ratificados pelo Brasil, eles poderiam ser impugnados sob o argumento da inconstitucionalidade. E na eventualidade de conflitos entre normas constitucionais e disposições de tratados humanísticos, aplicar-se-ia o princípio *pro homine*.

É bem verdade que houve uma evolução no que atine à posição hierárquica conferida aos tratados humanísticos no direito brasileiro. O STF sustentava tradicionalmente a posição firmada em 1977 no julgamento do RE 80.004/SE de que os tratados internacionais, inclusive os que versam sobre direitos humanos, gozavam do *status* de lei ordinária no direito brasileiro.

Porém, no RE 466.343, em 2008, o STF, examinando especificamente a CADH, supera seu posicionamento antigo, consagrando o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos ratificados antes da EC n° 45 de dezembro de 2004. Aqueles ratificados posteriormente à referida Emenda poderiam assumir o valor equivalente às emendas constitucionais, quando aprovados pelo quórum previsto no § 3° do art. 5° da CF, acrescido no texto constitucional pela EC n° 45<sup>71</sup>.

Apesar da evolução jurisprudencial a favor do direito internacional dos direitos humanos, critica-se que no RE 466.343 o STF perdeu a oportunidade de atribuir valor constitucional a todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, tese essa há muito defendida pela doutrina, com base no artigo 5° § 2° da CF. Com isso, se evitariam diferenciações de posição hierárquica entre tratados humanísticos incorporados antes e depois da EC n° 45, bem como o Estado brasileiro deixaria claro à comunidade nacional e internacional o tratamento que entende como o adequado para os tratados humanísticos, reforçando seu comprometimento com a proteção dos direitos humanos<sup>72</sup>.

71 Ver CEIA, Eleonora Mesquita. *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Brasilien und Europa*. Baden-Baden: NOMOS, 2011, p. 30-33.

72 As constituições e a jurisprudência de vários países latino-americanos reconhecem status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, como por exemplo: (a) o artigo 75 n° 22 da Constituição da Argentina; (b) o artigo 23

A segunda medida proposta é a incorporação de regras expressas à CF que consagrem os tratados e a jurisprudência internacionais de direitos humanos como instrumentos obrigatórios de interpretação e aplicação do direito pelos agentes públicos domésticos.

Tal medida intensificaria, em especial, o diálogo jurisprudencial entre os tribunais internos e a Corte, com o objetivo de que aqueles desenvolvessem uma interpretação conforme a CADH e a jurisprudência da Corte. Essa cooperação entre as jurisdições nacional e interamericana é de fundamental importância, uma vez que são os tribunais nacionais que podem traduzir no direito interno os deveres contidos na CADH e nos julgados da Corte, aplicando-os em sua jurisprudência diária.

Nas constituições europeias encontramos vários dispositivos nesse sentido: (a) o artigo 10.2 da Constituição espanhola, segundo o qual os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com os tratados humanísticos ratificados pela Espanha<sup>73</sup>; (b) o artigo 16.2 da Constituição portuguesa que determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem; (c) o artigo 94 da Constituição holandesa que consagra uma primazia geral do direito convencional sobre o direito interno, inclusive sobre o de natureza constitucional<sup>74</sup> e; (d) o § 19 do Capítulo 2 da Constituição sueca que assenta que os tribunais nacionais e os agentes públicos estão obrigados a não considerar leis ou outras disposições legais, que contrariem claramente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)<sup>75</sup>.

Por último, cabe destacar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão que determina que os direitos fundamentais e os princípios da Lei Fundamental devem ser interpretados de acordo com a CEDH, assim como em conformidade com a jurisprudência do TEDH<sup>76</sup>.

---

da Constituição da Venezuela; (c) o artigo 46 da Constituição da Nicarágua e; (d) a jurisprudência da Corte Constitucional da Costa Rica, para a qual os tratados humanísticos têm valor constitucional. Ver CEIA, *op.cit.*, p. 38-44.

73 O art. 10.2 da Constituição espanhola estabelece: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha”. Ver CEIA, *op.cit.*, p. 63.

74 O artigo 94 da Constituição holandesa prevê: “Os preceitos legais em vigor dentro do Reino não serão aplicáveis, se a aplicação dos mesmos for incompatível com as disposições de tratados e acordos de organizações internacionais de direito público que obrigam a todos”. Disso se segue que leis internas, que foram editadas antes ou depois da conclusão de determinado tratado e podem prejudicar o cumprimento do mesmo, não serão aplicáveis. Ver CEIA, *op.cit.*, p. 59.

75 O § 19 do Capítulo 2 da Constituição sueca prescreve: “Leis ou outros regulamentos não devem ser adotados em contrariedade com as obrigações da Suécia assumidas ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Ver CEIA, *op.cit.*, p. 65.

76 CEIA, *op.cit.*, p. 49.

Essas alterações formais aqui propostas talvez não fossem necessárias se a cultura político-jurídica no Brasil fosse mais aberta ao direito internacional. Isso porque, uma vez conscientes da importância da efetividade dos direitos humanos, os agentes públicos resolveriam os conflitos entre normas constitucionais e normas convencionais segundo a regra interpretativa *pro homine*, fazendo prevalecer a norma que mais assegura o direito. Vale dizer, o que importa não é a posição hierárquica da norma, mas sim seu conteúdo.

Por isso, a segunda resposta garantidora da autoridade das decisões da Corte no direito brasileiro, exposta a seguir, é a necessidade de um maior conhecimento do direito internacional não só pelos agentes estatais, mas também pela sociedade brasileira como um todo.

## **O DESENVOLVIMENTO DE UMA CULTURA MAIS ABERTA AO DIREITO INTERNACIONAL**

Como exposto previamente, a dificuldade de efetivar as decisões da Corte no direito brasileiro pode ser explicada, em parte, pelo desconhecimento acerca do direito internacional dos direitos humanos por parte dos agentes políticos brasileiros.

Conforme estudo recente desenvolvido por José Ricardo Cunha com magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 84% dos juízes entrevistados não tiveram qualquer educação formal em direitos humanos e 59% declararam conhecer apenas superficialmente os sistemas na ONU e da OEA<sup>77</sup>.

Com relação à atuação do STF, é verdade que o órgão vem enfrentando de forma crescente demandas que exigem um diálogo com o direito internacional, como por exemplo, demandas que envolvem crimes transnacionais, questões de comércio internacional e violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, como é o caso da ADPF 153.

Em determinadas matérias é frequente a remissão de dispositivos da CADH em julgados do STF que versam, por exemplo, sobre a prisão do depositário infiel, o duplo grau de jurisdição, o uso de algemas, a individualização da pena, a presunção de inocência, o direito de recorrer em liberdade e a razoável duração do processo.

<sup>77</sup> CUNHA *apud* BERNARDES, *op.cit.*, p. 144.

Por outro lado, ainda é reduzido o impacto da jurisprudência da Corte nos julgados do STF, destacando-se apenas poucos casos, tais como:

a) Casos relativos à incompetência da justiça militar sobre civis com base na sentença da Corte no caso *Palamara Iribarne vs. Chile* de 2005<sup>78</sup>;

b) O RE 511.961 julgado em 2009 referente ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com base no direito à informação e na liberdade de expressão à luz da Opinião Consultiva da Corte n° 5 de 1985;

c) O processo de extradição n° 954 julgado em 2006 relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com fundamento na Opinião Consultiva da Corte n° 16 de 1999<sup>79</sup>.

Essa falta de familiaridade com os compromissos firmados pelo Estado perante o direito internacional dos direitos humanos, bem como a escassa aplicação da jurisprudência internacional, sejam elas decorrentes do desconhecimento deste ramo do Direito, sejam elas em razão de uma postura conservadora baseada na proteção à soberania nacional, dificultam o cumprimento das sentenças da Corte, assim como aumenta a possibilidade de violações à CADH<sup>80</sup>.

Por isso, é preciso incorporar essa temática à rotina dos agentes políticos brasileiros e demais operadores jurídicos. O desenvolvimento da consciência acerca do direito internacional abarca diversas iniciativas, como a inclusão da disciplina de direitos humanos nos currículos dos programas de graduação e pós-graduação universitários, a inserção da matéria de direitos humanos no exame nacional para a OAB, a inclusão da referida matéria nos concursos públicos para ingresso nas carreiras jurídicas – como para Delegado da Polícia Federal, Advogado-Geral da União e Defensor Público – e programas de formação e capacitação em direitos humanos para integrantes dos três Poderes e das Forças Armadas<sup>81</sup>.

O fortalecimento da cultura dos direitos humanos é exigência usual nas sentenças da Corte em casos de condenação por violação de direitos humanos e, seguramente, evitaria os cenários de parcialidade e impunidade presentes, por exemplo, no caso *Escher e outros vs. Brasil* e no caso *Garibaldi vs. Brasil*.

78 Ver decisão proferida pelo STF em 2011 no HC 109.544 MC/BA e no HC 106.171/AM.

79 PIOVESAN, *op.cit.*, p. 120-121.

80 VENTURA, *op.cit.*, p. 204.

81 PIOVESAN, *op.cit.*, p. 122.

Por fim, cumpre frisar a importância de promover a cultura dos direitos humanos também no seio da sociedade civil – escolas, associações e organizações civis – em vista de sua crescente importância em mobilizar a opinião pública e exercer pressão social sobre as autoridades domésticas com relação a casos de abusos e violações dos direitos humanos.

## A EXPULSÃO DO ESTADO EM CASO DE INADIMPLÊNCIA

A OEA conta com um sistema de garantia coletiva do cumprimento das decisões dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos. No que se refere às sentenças da Corte, essa mesma exerce a supervisão da execução de suas próprias decisões, mediante um procedimento escrito, que consiste em que o Estado apresente relatórios que lhe sejam solicitados pela Corte, e a CIDH, bem como as vítimas ou seus representantes enviem observações a tais relatórios. Por meio desses relatórios a Corte acompanha a adoção ou não de medidas pelo Estado, pondo termo ao processo somente quando houver o cumprimento integral da sentença<sup>82</sup>.

Havendo inexecução da sentença, a CADH prevê o envolvimento de um órgão político, qual seja a Assembleia Geral da OEA. De acordo com o artigo 65 da CADH, a Corte deve submeter relatórios anuais de suas atividades à Assembleia, nos quais indicará os casos de descumprimento de suas decisões pelos Estados-Partes.

Quer dizer, diante da insuficiência dos esforços de supervisão da Corte leva-se o caso à Assembleia com o objetivo de gerar constrangimento ao Estado violador perante seus pares, exercendo sobre ele pressão política, a fim de que cumpra integralmente a sentença. Nesse contexto, a Assembleia pode emitir resolução (não vinculante) recomendando aos demais Estados-Partes da OEA que imponham sanções econômicas ao Estado violador até que haja o cumprimento da sentença. Contudo, na prática, esse mecanismo ainda não foi empregado<sup>83</sup>.

Como visto, as sentenças da Corte são obrigatórias, mas sua execução forçada não é possível, por causa da indisponibilidade da Corte de

---

82 A legitimidade da Corte para a supervisão do cumprimento de suas próprias sentenças não resulta de previsão da CADH, mas sim de construção jurisprudencial da Corte. Ver BICALHO, Luís Felipe. "A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme". *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, v. 1, n° 14, 2011, p. 8-9.

83 Ver BERNARDES, *op.cit.*, p. 147-148.

meios coercitivos para tanto. Em outras palavras, as decisões internacionais são executadas de forma espontânea, visto que não existe um aparato internacional que obrigue os Estados a cumprirem coercitivamente a sentença da Corte, mas eles podem ser responsabilizados internacionalmente com fundamento no seu compromisso de cumprir as decisões quando reconheceram a competência e a legitimidade da Corte.

A inexistência de meios coercitivos para forçar o Estado ao cumprimento das decisões da Corte não é um problema exclusivo do sistema interamericano de direitos humanos, mas comum a todos os organismos internacionais. Isso porque o direito internacional é baseado tradicionalmente na soberania dos Estados, não havendo uma entidade supraestatal à qual aqueles efetivamente obedecem.

Porém, é possível que o organismo internacional preveja a adoção de sanções que sejam mais gravosas ou de maior dificuldade de aceitação para os Estados do que o cumprimento da sentença internacional.

Nessa perspectiva, temos a regra do artigo 8º do Estatuto do Conselho da Europa, que determina que o Comitê de Ministros, o qual supervisiona a execução das sentenças do TEDH, tem o poder de suspender ou expulsar da organização os Estados que não cumpram suas obrigações no âmbito do Conselho. Trata-se de medida extrema, mediante a qual a persistência no descumprimento da sentença do TEDH deve ser interpretada como grave violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, servindo de fundamento para suspender ou até mesmo expulsar um membro do Conselho.

A incorporação de regra semelhante ao sistema interamericano de direitos humanos, isto é, a previsão de expulsão no caso de inadimplemento persistente de sentença da Corte por um Estado-Parte<sup>84</sup>, poderia, em tese, compelir este a cumprir integralmente a decisão, diante da possibilidade de suspensão ou expulsão. Isso porque desta poderiam resultar efeitos graves, desde o constrangimento perante a comunidade internacional na condição de Estado violador de direito humanos, até o esfriamento ou até mesmo a ruptura de relações diplomáticas, prejudicando a posição do Estado no cenário internacional. Prova desse temor pode ser o

---

84 A Carta da OEA não prevê casos de um Estado ser expulso da organização, mas apenas a hipótese de suspensão do Estado do exercício dos seus direitos de participar das atividades dos órgãos da OEA, conforme previsto no art. 9º. A suspensão ocorre quando em um Estado-Parte o "governo democraticamente constituído seja deposto pela força". Esta é a única causa prevista para a suspensão de um Estado. Foi o caso de Honduras em 2009. Ver ARRIGHI, Jean Michel. **OEA: Organização dos Estados Americanos.** Série Entender o Mundo. V. 4. São Paulo: Manole, 2004, p. 31.

fato de que não há registros de aplicação do referido artigo 8º do Estatuto do Conselho da Europa.

Por outro lado, a imposição de sanções, sejam elas políticas ou econômicas, não parece ser a melhor forma de compelir o Estado a cumprir integralmente a sentença. Na verdade, não se deve tratar de “forçar” o cumprimento da sentença, mas antes conscientizar o Estado sobre o seu dever de fazê-lo em prol da proteção dos direitos humanos.

Esse parece ser o entendimento que prevalece no âmbito da OEA, pois, nele, como mencionado antes, há a possibilidade de imposição de sanções econômicas ao Estado violador e tal recurso ainda não foi utilizado. Essa medida seria a *ultima ratio* para casos de evidente descaso e inércia do Estado no cumprimento da sentença decorrente de graves violações aos direitos humanos.

Além disso, a expulsão de um Estado violador do sistema interamericano de direitos humanos é contrária aos objetivos da própria CADH, a saber, a proteção e a promoção dos direitos humanos no continente americano. Isso porque retirado um país do sistema é menos um comprometido com o direito internacional dos direitos humanos na região, o que poderia gerar um retrocesso no regime de proteção como um todo.

Diante do exposto, a melhor solução é manter os Estados dentro do sistema – além de convencer outros a aderi-lo – os conscientizando da sua importante função de protetores coletivos do regime. E, para tanto, como anteriormente sublinhado, são essenciais a consagração constitucional dos instrumentos internacionais e a promoção da cultura dos direitos humanos na região.

## CONCLUSÃO

As decisões da Corte cumprem um papel fundamental na promoção dos direitos humanos no Brasil. Por meio do exame das sentenças em que o País foi condenado pela Corte constata-se que elas alimentam importantes transformações políticas, jurídicas, legislativas e culturais, surtindo efeito sobre a democracia e promovendo o debate acerca dos direitos humanos.

Além disso, as sentenças da Corte têm um valor educacional para a sociedade, pois ao sustentarem o dever do Estado de processar e punir

graves violações de direitos humanos, assim como o direito de acesso à justiça pelas vítimas, elas promovem a conscientização quanto à verdade sobre as violações de direitos humanos, como também à ilegitimidade dessas práticas, de forma a evitar sua repetição.

Apesar das inegáveis contribuições, uma dificuldade persiste quanto à implementação das sentenças da Corte no plano doméstico, nomeadamente, o cumprimento da obrigação do Estado de investigar, processar e punir penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos. O incumprimento desta obrigação compreende a demora injustificada na tramitação da ação penal, falhas no procedimento investigativo e judicial e até mesmo a não instauração de inquérito policial para a apuração do crime.

Assim, o principal desafio consiste em assegurar a efetiva investigação dos fatos, bem como a identificação e sanção dos responsáveis pelas violações, especialmente quando estejam ou possam estar envolvidos agentes do Estado. Isso é indispensável para afastar o sentimento de impunidade, isto é, a percepção de que o Estado protege violadores dos direitos humanos, garantindo que eles não sejam investigados, julgados ou punidos, e suas implicações negativas para o tecido social.

Como defendido, uma das causas para essa omissão ou falha no dever de responsabilizar os violadores de direitos humanos é a resistência dos agentes políticos nacionais de aplicar o direito internacional dos direitos humanos no âmbito de suas respectivas competências, com base na soberania do País e na supremacia da Constituição. O Judiciário brasileiro ainda não exerce o controle de convencionalidade e os demais agentes políticos não ajustam suas posições aos parâmetros desenvolvidos no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Com efeito, a omissão no julgamento de responsáveis por violações dos direitos humanos contradiz a ordem constitucional brasileira instaurada em 1988, exemplar na tutela dos direitos humanos, assim como os compromissos internacionais assumidos pelo País, mediante a ratificação e incorporação de inúmeros tratados internacionais relativos à proteção dos direitos humanos.

O presente trabalho buscou apresentar respostas a esse desafio. Uma delas, a expulsão do Estado inadimplente, mostrou-se ineficaz, na medida em que seria apenas uma sanção ao Estado violador, não repercutindo positivamente sobre o desenvolvimento dos direitos humanos no plano interno e regional.

Por outro lado, a consagração constitucional dos instrumentos e da jurisprudência internacionais dos direitos humanos, bem como a promoção da cultura dos direitos humanos no âmbito doméstico são respostas adequadas ao desafio de superar a barreira da desconfiança e/ou do desconhecimento com relação ao direito internacional dos direitos humanos por parte dos agentes políticos nacionais.

A consagração constitucional dos instrumentos e da jurisprudência internacionais fortaleceria efetivamente a proteção dos direitos humanos no âmbito nacional, visto que passariam a ser vinculantes aos agentes políticos com base na Constituição.

Por sua vez, a promoção de uma sólida cultura de proteção e realização dos direitos humanos geraria tanto a conscientização e mobilização da sociedade civil, quanto a sensibilidade dos agentes estatais para com a prevalência dos direitos humanos.

Nesse cenário favorável ao avanço do direito internacional dos direitos humanos no plano interno, a postura omissiva dos agentes estatais seria paulatinamente substituída por uma postura proativa e imparcial comprometida com a efetiva punição dos responsáveis por violações aos direitos humanos. ❖

# O Papel da Criminologia na Definição do Delito

**Flávia Sanna**

*Advogada criminalista no escritório Miranda Lima Advogados. Mestranda da linha de Direito Penal na Faculdade de Direito da UERJ. Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito de Valença.*

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise do conceito criminológico de delito. Tal tarefa irá abarcar, em primeiro lugar, a compreensão da criminologia como ciência – mais especificamente como ciência penal. O método científico utilizado nos estudos empíricos realizados pelos criminólogos permite que sejam alcançados valiosos resultados acerca do delito e do delinquente. Em seguida, será apresentada a relação existente entre a dogmática jurídico-penal e a criminologia. Nesse momento, será ressaltada a importância da integração de tais instâncias do saber penal para a melhor compreensão do fenômeno delitivo. As disciplinas penais e a ciência criminológica se complementam, enquanto discordam entre si e enriquecem mutuamente os resultados de ambos os estudos. Por fim, analisa-se a dificuldade concreta em enunciar a definição de crime. São muitos os pontos de vista a partir dos quais tal conceito poderá ser construído, e cada um deles levará em conta critérios de sua própria preferência.

## INTRODUÇÃO

Contextualizar o momento durante o qual esta sendo feita a análise do fenômeno delitivo é o primeiro e fundamental passo em direção à sua conceituação. A compreensão do crime como fato social engloba a visão de que tanto o delito, quanto o delinquente são produtos da sociedade.

Mais do que isso, conforme será visto no presente trabalho, o delito como fato social é responsável pela construção de um ciclo, qual seja: a sociedade elenca as condutas que entende como desviantes; escolhe, dessa forma, aqueles que serão vistos como delinquentes; e a prática das referidas condutas tipificadas se voltará contra a própria comunidade responsável pela criação de todas estas figuras envolvidas.

A sociedade dos dias de hoje é tida como uma sociedade de riscos, e não é à toa. A criminalidade produz uma sensação de medo que atinge o individual e o coletivo de uma comunidade. Com isso, não apenas os indivíduos vivem suas vidas com uma constante sensação de insegurança, mas – principalmente – a ideia de sociedade de riscos é responsável pela adoção de diversas atitudes por meio do poder estatal.

De forma a tentar controlar a arbitrariedade do poder responsável pela implementação das referidas medidas, a criminologia se dispõe a entender o fenômeno delitivo e tudo o que se relaciona a ele. Assim, a partir da construção de um conceito do que seja crime pelos criminólogos, estará essa ciência auxiliando a política criminal na importante e complicada tarefa de elencar as medidas penais necessárias para cada sociedade em seu tempo.

Em constante contato com a dogmática penal e com a política criminal, a criminologia se faz cada vez mais necessária para uma real compreensão acerca do fenômeno delitivo. A utilização de seu método científico e de sua observação empírica dos fatos levará a resultados considerados válidos e extremamente eficientes no combate aos altos índices de criminalidade, visando a controlá-los – tendo em vista a utopia na pretensão de extinguir por completo a prática delitiva em uma sociedade.

## **NATUREZA DA CRIMINOLOGIA COMO CIÊNCIA**

O ponto de partida reside na compreensão do que seja criminologia, bem como na análise da sua natureza como ciência. Ciência, de acordo com uma das definições do dicionário MICHAELIS<sup>1</sup>, é um ramo de conhecimento sistematizado como campo de estudo ou observação e classificação de fatos atinentes a determinado grupo de fenômenos, e formulação das leis que os regem. Entender a criminologia como uma ciência é o primeiro passo em direção à sua definição como ciência penal, capaz de construir uma definição satisfatória do delito.

---

1 <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>. Acesso em 17/01/2012.

De acordo com o valioso ensinamento do professor SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, “qualquer observação conceitual sobre a criminologia esbarra nas diferentes perspectivas existentes nas ciências humanas”<sup>2</sup>. Dessa forma, é preciso ter em mente que a definição que se apresente acerca da criminologia será intimamente relacionada com a ótica sob a qual ela está sendo observada. Ao mesmo tempo, deve haver uma ideia comum acerca das ciências criminológicas, a partir da qual positivistas, críticos e radicais construirão seus próprios conceitos.

Descobertas científicas invariavelmente trazem consigo marcas de seus tempos e locais de realização. Logo, uma discussão acerca da criminologia implica na realização de uma breve análise histórica. A história da criminologia, cujo aparecimento remonta há cerca de um século, é a história de uma época de contínua sucessão, alternância ou confluência de métodos e técnicas de investigação – isto é, uma época em que surgiram diversas escolas criminológicas, as quais identificavam seus problemas com as concretas questões e métodos que selecionaram.<sup>3</sup>

A partir dos anos 30 do século XX, a criminologia contemporânea se propôs a enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal que a esta era constituída. Para tanto, pretendia individualizar as causas e os sinais antropológicos da referida criminalidade, de forma a observar os indivíduos que eram assinalados dentro de instituições como o cárcere e os manicômios judiciários.<sup>4</sup>

O conceito jurídico de delito não é o objeto do discurso autônomo da criminologia, e sim o homem delinquente. Este, por sua vez, é considerado um indivíduo diferente e, como tal, clinicamente observável. Em outras palavras, a criminologia surgiu com a função de tentar compreender os fatores que determinam o comportamento criminoso de forma a combatê-los por meio de práticas que tendem a modificar o delinquente.<sup>5</sup>

Dessa forma, a criminologia trata da criminalidade como algo que é produto da sociedade. Mais do que isso, o crime vem a atingir a própria sociedade da qual é fruto. Trata-se de um ciclo que se repete a toda e qualquer época em todas as comunidades de que se tem notícia. Valendo-se do conhecimento acerca dessa inevitável relação entre o delito e o

2 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 37.

3 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 3 e 4.

4 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 29.

5 *Ibid.*, p. 30.

corpo social, os criminólogos buscam entender a fundo como ela pode ser controlada, ou mesmo interrompida.

Neste momento, vale apresentar um viés da criminologia, denominado criminologia da reação social. Segundo esse posicionamento, a audiência social atua mediante três diferentes processos de criminalização.<sup>6</sup>

Estuda-se, em primeiro lugar, a maneira com a qual a reação social se manifesta ao criminalizar condutas antes lícitas, mediante a criação de normas penais. Em segundo lugar, de que forma esta reação se torna uma variável que interfere na criminalidade de indivíduos. E, em terceiro lugar, como esta mesma reação contribui para a criminalização do comportamento desviante e para a consequente perpetuação do papel delitivo.

Com relação a esse tema, vale lembrar o ceticismo de alguns autores com os dados utilizados pela ciência criminológica. Entre eles, destaca-se a opinião de NILS CHRISTIE<sup>7</sup>, para quem o crime é produto de processos culturais, sociais e mentais. Segundo o autor, condutas passíveis de criminalização são como recursos naturais ilimitados, estando o crime em permanente oferta.

A partir desse raciocínio, a conclusão do autor confirma a ideia de ciclo da criminalidade anteriormente referida. Segundo afirma, a sociedade dos dias de hoje foi construída de forma com que o interesse de muitos permita a facilidade em definir condutas indesejáveis como crime (em vez de simplesmente taxá-las como más, insanas ou excêntricas). Concomitantemente, nessa mesma sociedade é permanentemente encorajada a prática de condutas indesejáveis, enquanto são reduzidas as possibilidades de controle informal da criminalidade.<sup>8</sup>

Nesse sentido, BARATTA<sup>9</sup> ressalta o critério utilizado para que se realize a distinção entre um comportamento dito conforme a lei e o comportamento desviado. Para o autor, tal diferenciação irá depender muito mais da definição legal – a qual elenca quais são os comportamentos criminosos e quais são os comportamentos lícitos – do que de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, isto é, valorada positiva ou negativamente pelos indivíduos. Isso confirma a ideia apresentada no parágrafo anterior: não há meio-termo entre condutas típicas e atípicas; não há valoração de práticas como meramente positivas ou negativas.

---

6 ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 96.

7 CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011 (coleção Pensamento Criminológico; 17), p. 29.

8 *Ibid.*, p. 85.

9 BARATTA, Alessandro, *op. cit.* p. 85-86.

A principal atividade da criminologia é estudar as causas do delito. Existem diversas teorias criminológicas que tentam explicá-lo, motivo pelo qual existem autores que ousam afirmar que essa função está em crise, ou mesmo que teria sido abandonada. No entanto, na análise do fenômeno delitivo sob uma perspectiva social, parece pouco provável (além de demasiadamente pessimista) que se tenha deixado de lado a busca pelas razões que o ocasionam.

A criminologia igualmente se interessa em tentar formular possíveis respostas preventivas para o delito, de forma a controlá-lo. Com relação a esse ponto, insta ressaltar que a esfera que se ocupa do estudo e da implementação de medidas para prevenção e controle do delito é a Política Criminal. Não se trata de uma parte da criminologia, e sim de uma ciência autônoma que conta com o auxílio das teorias criminológicas e dos fatos empíricos bem conhecidos sobre o crime, para que possa emitir a decisão final sobre se determinada medida deverá ser adotada.

Interessante constatar que as referidas atividades da criminologia são complementadas uma pela outra. Isto porque, conforme leciona SERRANO MAÍLLO<sup>10</sup>, “será difícil melhorar a prevenção e o controle do delito se antes não conhecermos algo sobre suas causas”. Portanto, não é possível tratar da atividade criminológica de forma fragmentada, pois o estudo do fenômeno delitivo é algo que demanda uma unidade de atenção voltada à observação dos fatos que a ele dizem respeito.

O estudo científico do delito abarca também a análise de quantos delitos são cometidos em determinada localização durante certo período de tempo, bem como quais são as tendências das taxas de criminalidade ao longo do tempo. Por fim, com relação à atividade da criminologia, esta se ocupa de entender por que as leis são elaboradas – mais especificamente, as leis penais.<sup>11</sup>

A natureza da criminologia como ciência tem fundamento em diversas razões. Em primeiro lugar, não se pode afirmar que a criminologia seja meramente uma disciplina. KARL RAIMUND POPPER explica o motivo pelo qual se pode realizar tal conclusão.

O filósofo afirma que disciplinas nada mais são do que aglomerados de teorias e de técnicas de prova, que tendem a solucionar os problemas.

---

10 SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Introdução à criminologia** (tradução de Luis Régis Prado). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

11 *Ibid.*, p. 23.

Estes, por sua vez, são encontrados sempre que se realize uma investigação. Problemas surgem dentro de uma teoria, a qual, por sua vez, é uma dentre as muitas teorias que constituem uma disciplina.<sup>12</sup>

CERETTI<sup>13</sup> conclui que as disciplinas se apresentam como um conjunto desordenado de distintas teorias, as quais se encontram em conflito entre si e não podem ser consideradas como unitárias. Ao contrário, as teorias científicas podem ser corretamente interpretadas em sua globalidade ou totalidade, justamente por serem sempre formais.

Não sendo mera disciplina, a criminologia se enquadra na categoria de ciência. Além dos seus métodos de análise – os quais em breve serão explicados –, o estudo do fenômeno delitivo passa também pela consideração do papel dos determinantes fortuitos. Isso porque os antecedentes que produzem o delito não consistem apenas naquilo que os indivíduos fazem, mas também naquilo que é feito a eles por outros.

Em outras palavras, o azar pode funcionar na cadeia delitiva como uma força impulsora ou de forma a conspirar contra.<sup>14</sup> Com isso, o delinquente deve estar sempre consciente do papel daquilo que há de acidental em suas condutas. Naturalmente, tais antecedentes não são de forma alguma a única causa da prática do crime, mas complicações acidentais serão de fundamental importância para o destino da carreira criminal de um indivíduo.

O azar em muitas formas segue regendo o agir humano<sup>15</sup>, e isso deve sempre ser levado em consideração nos estudos criminológicos. No entanto, por óbvio, o estudo do delito pela criminologia não poderia se pautar apenas na consideração dos desenvolvimentos acidentais ocorridos ao longo da vida do delinquente. É preciso realizar uma análise concreta acerca das razões das referidas práticas, bem como das possíveis respostas mais adequadas a estas.

A criminologia aspira a aplicar o método científico no estudo do delito<sup>16</sup>, motivo pelo qual se pode afirmar ter natureza de ciência. Como ciência, visa a descrever e explicar a realidade, atribuindo, para tanto, decisiva importância à análise empírica: observação dos fatos, experimentação e experiência real.

---

12 CERETTI, Adolfo. *El horizonte artificial: problemas epistemológicos de la criminología*. Montevideo: B de F, 2008, p. 206.

13 *Ibid.*, p. 207.

14 HENTIG, Hans Von. *Criminología. Causas e condiciones del delito*. Buenos Aires: Atalaya, 1948, p. 415.

15 *Ibid.*, p. 425.

16 SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 24.

Ainda, conforme já fora anteriormente mencionado, a resposta alcançada pela criminologia dependerá da ótica pela qual se optará. Dessa forma, para a criminologia, é imprescindível o estudo das diversas teorias que tratam de explicar o fenômeno criminoso. AUGUSTO THOMPSON corrobora com essa afirmativa, ao lecionar:

*Praticamente, cada criminólogo que se preza adota posição pessoal no que concerne ao ponto. O fato indiscutível é inexistir a mais longínqua ou remota esperança de consenso a respeito da questão.<sup>17</sup>*

Diante disso, a criminologia inevitavelmente irá se converter em um campo formado pelos encontros e desencontros de todas as teorias a ela relacionadas. Cada uma dessas seguirá seus próprios critérios, estabelecendo suas próprias premissas e axiomas. A compreensão de tais teorias permite obter respostas às perguntas formuladas com relação ao delito, auxiliando a definição da criminologia como ciência.<sup>18</sup>

O método empírico a que se fez referência, utilizado para o estudo do crime, também é objeto de críticas. A fundamental delas diz respeito ao fato de que o sucesso desta técnica depende diretamente da neutralidade e do desinteresse por parte do sujeito que realiza a análise em questão. O conhecimento obtido somente poderá ser sistematizado a partir da pureza dos dados recolhidos. Então, constrói-se a seguinte questão: como seria possível a imparcialidade desse sujeito se ele mesmo é também parte do objeto investigado?<sup>19</sup>

Apontada a referida crítica, é preciso ressaltar que ela corresponde à opinião minoritária dos estudiosos. Majoritariamente, entende-se que a criminologia tem natureza de ciência, utilizando-se, portanto, do método científico de estudo. Por certo, é preciso que se conte com o maior rigor de imparcialidade possível, tendo sempre em mente que a imparcialidade completa do investigador é uma utopia.

O filósofo Popper é novamente citado na obra de Serrano Maíllo, para explicar que será científica toda hipótese que puder ser negada me-

---

17 THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 23.

18 CERETTI, Adolfo, *op. cit.* p. 211.

19 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 21 *apud* THOMPSON, Augusto, *op. cit.* p. 26.

diante fatos observáveis.<sup>20</sup> Diante disso, tem-se que o método científico empregado pela criminologia aspira à construção de teorias, das quais deverão derivar hipóteses que serão, por fim, submetidas à refutação.

A tarefa para quem trabalha com criminologia é, definitivamente, descobrir a maior quantidade possível de erros nas teorias para encontrar sempre uma teoria melhor.<sup>21</sup> Uma vez que supera com êxito os critérios de refutação, levadas em consideração as demais qualidades já elencadas, resta clara a natureza da criminologia como ciência. Sendo uma ciência voltada ao estudo do crime, serão os avanços criminológicos de grande utilidade para a construção de um conceito de delito.

Mais do que uma ciência, a criminologia é ciência autônoma e independente, não sendo parte integrante da esfera do direito penal ou mesmo da política criminal. Para que realizem de forma plena seus estudos, busca ser, na medida do possível, livre de valorações por parte de qualquer dos criminólogos envolvidos em sua pesquisa. Dessa forma, procura essa ciência alcançar maior pureza nas informações colhidas, bem como objetividade, realismo e constante progresso.<sup>22</sup>

## CRIMINOLOGIA E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Neste momento, urge fazer a seguinte ressalva: também o direito penal estuda o crime, o criminoso e, em sua essência, a criminalidade. Da mesma forma, a política criminal não prescinde de indagar quanto ao estudo desses três objetos. Diante dessa constatação, é possível que surja o seguinte questionamento: seriam, então, a mesma coisa a criminologia, o direito penal e a política criminal?

Parece evidente que não<sup>23</sup>, embora não pareça justificável apartá-las radicalmente em nome da autonomia científica.<sup>24</sup> Dentre as inúmeras diferenças que possuem entre si tais esferas de estudo do fenômeno criminal, SHECAIRA optou por apontar uma em especial:

---

20 SERRANO MÁLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 27.

21 CERETTI, Adolfo, *op. cit.* p. 213.

22 SERRANO MÁLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 36 - 40.

23 SHECAIRA, Sérgio Salomão, *op. cit.* p. 39.

24 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 18.

*“... a criminologia, além de requerer consideráveis esforços, exige profundos conhecimentos psicológicos e sociológicos, por ser uma disciplina que trabalha com métodos diferentes daqueles normalmente utilizados na esfera jurídico-penal”.*<sup>25</sup>

Apesar das diferenças, existem pontos de semelhança entre estas três distintas esferas que tornam imprescindível o exame do direito penal e da política criminal para que se realize o estudo da criminologia. Isso porque tais disciplinas encontram-se intimamente relacionadas, dependendo mutuamente umas das outras para se fazerem compreender, uma vez que “não existe problema jurídico-dogmático que não requeira um conhecimento de suas bases criminológicas”<sup>26</sup>.

O objeto do presente trabalho é a criminologia, e, embora guarde inevitável relação com o direito penal e com a política criminal, não serão essas duas disciplinas analisadas com especial atenção neste estudo. A criminologia, de acordo com a clássica concepção de Sutherland, é o “conjunto de conhecimentos sobre o delito como fenômeno social. Inclui em seu âmbito os processos de elaboração das leis, de infração das leis e de reação à infração das leis.”<sup>27</sup>

A tendência no sentido da integração entre a dogmática penal e disciplinas antropológicas e sociológicas – como é o caso da criminologia – fará com que sejam obtidos melhores resultados nos estudos da referida ciência. Especificamente com relação à formulação de um conceito de delito, este será mais completo quanto maior a ciência se utilizar do auxílio das demais disciplinas.

Importante ressaltar que isso não significa que o direito penal ou a política criminal sejam meramente auxiliares da criminologia. Assim como o inverso não é verdadeiro, é preciso ter em mente que se está diante de três esferas autônomas e independentes umas das outras, que contam com seus respectivos resultados e conceitos para alcançarem suas próprias realizações, distintamente.

Por meio dessa integração entre a ciência da criminologia e as disciplinas penais, a criminologia enriquece seu campo de estudo, de forma a obter resultados mais completos para seus questionamentos. Desta forma, com relação ao estudo do delinquente, a criminologia irá buscar nos

25 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**, p. 34 *apud* SHECAIRA, *op. cit.* p. 39.

26 MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Metodología y Ciencia Penal**. Granada: Universidad de Granada, 1990, p. 316 *apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.* p. 18.

27 SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 21.

sujeitos selecionados pelo sistema penal todas as variáveis (excluindo-se o processo de criminalização por si só) que possam vir a explicar sua diversidade com relação aos demais sujeitos, ditos “normais”<sup>28</sup>.

Ainda sobre o estudo do delinquente, foi necessário que a criminologia partisse de definições prévias e, de certa forma, até óbvias. Em primeiro lugar, “criminoso é um homem, e homem é algo concreto, real, fático, existente no mundo”<sup>29</sup>. Entendendo-se o crime como um mal – assim como a doença é um mal no corpo do paciente de um médico – analogicamente se pode investigar os fatores relacionados ao delito por meio do corpo dos seus portadores: os delinquentes. Resta mostrada a importância da supramencionada colaboração das disciplinas penais para os estudos criminológicos.

Do mesmo modo, a criminologia liberal contemporânea toma por empréstimo do direito penal suas definições do que venha a ser comportamento criminoso, estudando tal comportamento como se fosse uma qualidade criminal objetiva. Partindo dessa premissa, este viés da criminologia realiza a análise das normas e valores transgredidos pelos indivíduos, ou desviados por estes.<sup>30</sup>

Sendo a ordem legal uma construção incontestável<sup>31</sup>, não pode ela ser deixada de lado na análise do crime e de seus fatores pela criminologia. A proposta da ciência deve ser uma análise não valorada – na medida do possível – de tudo aquilo que envolve a prática de uma conduta típica. Para tanto, naturalmente não poderá abster-se do estudo da lei positiva, a qual é objeto e ferramenta também de outras disciplinas.

Para que seja realizada a distinção entre as diferentes esferas penais, é preciso ter em mente qual é a finalidade do estudo de cada uma delas. Nem sempre esta tarefa será de pacífico entendimento. Não somente porque são muitos os posicionamentos acerca dos fins a serem alcançados pelas ciências penais, como também pelo simples fato de que já se tem como saber que em muitos casos tais fins não mais lograrão sucesso.

É o que ocorre com a política criminal, e mesmo com o próprio direito penal. Se for considerado como objetivo de tais disciplinas uma ideologia de tratamento ressocializador, com vistas à reabilitação do delin-

---

28 BARATTA, Alessandro. "Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da Ciência Penal". In: *Revista de Direito Penal* n. 31. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 6.

29 THOMPSON, Augusto, *op. cit.* p. 29.

30 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica... op. cit.*, p. 87.

31 ANYAR DE CASTRO, Lola, *op. cit.* p. 97.

quente, parece óbvio concluir que tal finalidade já se encontra fracassada em nosso país<sup>32</sup>. Com a criminologia, não é diferente: para que se analise a integração desta ciência com as supramencionadas disciplinas – em especial, com a dogmática jurídico-penal – é preciso partir da compreensão da finalidade dos estudos criminológicos.

Conforme já fora anteriormente explicitado, a finalidade da criminologia é o recolhimento de dados que lhe permitam conhecer o delito como fenômeno social. O direito penal, por sua vez, também possui suas finalidades próprias e específicas do seu campo de saber, que fazem com que seja um campo conexo com a criminologia, enquanto ambos possuem autonomia e independência.

Independentemente da teoria acerca do direito penal que se esteja adotando, insta salientar que este ramo do Direito é, em boa parte, voltado a funcionar como instrumento de controle das classes privilegiadas sobre as menos favorecidas. Diante desta informação, tem-se que teorias relativas, absolutas ou agnósticas resultarão nesta afirmativa de que o Direito não é mais visto como um instrumento relativamente pacífico. Ao contrário, corresponde a um conflito real e constante entre interesses diversos de classes distintas.<sup>33</sup>

Dessa forma, “o trabalho fundamental da Criminologia deve ser o *estudo do próprio Direito e de sua produção*”<sup>34</sup> (grifo do autor). Por meio da análise das especificidades acerca da dogmática jurídico-penal e mesmo do direito penal como um todo, será possível que a criminologia alcance os resultados para seus estudos acerca do delito e do delinquente. As informações obtidas com o auxílio das demais disciplinas serão acrescidas dos resultados conquistados pelo método empírico dos criminólogos, enriquecendo a ambos os campos do conhecimento.

A comunicação entre os diversos estudiosos da lei penal importa também para fins de discordarem uns dos outros. Tido por muitos como o princípio de maior importância de todo o ordenamento jurídico – e, portanto, do direito penal –, a ideia de igualdade é convenientemente refutada por uma teoria da criminologia: a teoria do etiquetamento ou da reação social (*labelling approach*)<sup>35</sup>.

---

32 CERVINI, Raúl. "Conceitos básicos vinculados aos processos de descriminalização". In: **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

33 SERRANO MÁLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 56.

34 *Ibid.*, p. 57.

35 BARATTA, Alessandro. **Criminologia e dogmática...** *op. cit.*, p. 9.

De acordo com essa teoria, é errôneo o enunciado do princípio da igualdade, segundo o qual o direito penal é igual para todos. Isso porque o desvio e a criminalidade são qualidades atribuídas a determinados sujeitos, selecionados formal ou informalmente. Dessa forma, afirmam os criminólogos que o fenômeno da criminalidade não pode ser estudado sem que se leve em consideração tais processos de seleção dos indivíduos desviados.

Da mesma forma, também as finalidades das distintas esferas do saber criminal são questionadas entre si. O princípio do fim e da prevenção afirma que a pena não tem unicamente o objetivo de retribuir a prática do delito, mas também visa a preveni-lo. No entanto, essa ideia é questionada pela criminologia.

A ciência se utiliza dos resultados de inúmeras pesquisas sobre a efetividade do direito penal e de suas consequências jurídicas. A partir dessa análise, conclui ser uma ilusão o fim preventivo e retributivo do direito penal, a que faz referência o supramencionado princípio. A criminologia se justifica negando qualquer possibilidade de ser a ressocialização do delinquente uma função efetiva do cárcere, sendo impossível considerá-la como um fim que possa ser alcançado pela pena de privação da liberdade.<sup>36</sup>

Esses foram alguns dos exemplos elencados para demonstrar que o confronto entre as ideias da criminologia e da dogmática jurídico-penal nem sempre é algo negativo. Pelo contrário, na maioria das vezes será algo construtivo para uma maior eficácia das medidas que serão adotadas – pelo campo da política criminal – para que se vise a solucionar ao máximo o problema da criminalidade.

Além do estudo da lei penal positiva e das medidas aplicáveis a cada sociedade de modo a enfrentar a prática delitiva – objetos do saber do direito penal e da política criminal –, é imprescindível que se faça uso dos resultados obtidos pela criminologia. Um valor importante dessa ciência em face de outras reside em seu conhecimento acerca do sistema penal.<sup>37</sup> Dessa forma, um estudo do delito e das formas de controlá-lo precisa contar com uma análise acerca da definição dos problemas sociais e da ampliação destes na esfera jurídico-penal.

A integração entre o saber da dogmática jurídico-penal e a ciência criminológica tem relevância também no que diz respeito ao auxílio na evolução de tais esferas de conhecimento. Naturalmente, existe quem

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>37</sup> SWAANINGEN, René van. "Justicia social em la criminologia crítica del nuevo milenio". In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: 2002, p. 267.

pense que a dogmática encontra-se estagnada, ancorada, sem qualquer possibilidade de evolução. Para os teóricos do Direito que se filiam a essa opinião, a justificativa residiria no fato de que o Direito haveria alcançado sua perfeição.<sup>38</sup>

Por óbvio, não é o que ocorre. No atual contexto da sociedade brasileira, o ordenamento jurídico-penal ainda necessita de melhorias teóricas e práticas. O direito penal já atingiu um limite muito além do que outrora se esperou desse ramo do Direito, e, com o auxílio dos demais campos do saber – em especial, a criminologia – possui ainda muitas possibilidades de evolução.

Hoje em dia, é majoritário o entendimento de que o Direito deve sempre se dispor a evoluir, não podendo o penalista se acomodar aos limites da interpretação da lei positiva. Deve ocupar-se de todo o direito vigente, tentando buscar a verdade do contexto jurídico em que está inserido, de forma a alcançar uma segurança jurídica cada vez maior.<sup>39</sup> O jurista deve dispor do auxílio das diversas ciências penais, vez que não pode se conformar em realizar uma valoração do direito positivo.

Conforme já fora ressaltado anteriormente, não pode haver qualquer tipo de confusão entre o direito penal e a criminologia. Trata-se de duas esferas de conhecimento acerca das ciências penais que possuem pontos de convergência e pontos extremamente distintos. Logo, é preciso esclarecer que não apenas são a dogmática e a criminologia autônomas e independentes entre si, como são disciplinas diversas uma da outra em muitos aspectos.

O principal diferenciador entre a dogmática jurídico-penal e a criminologia é o objeto de cada uma delas. O passar dos anos e a evolução da história são responsáveis por mudanças ocorridas nos objetos de investigação de cada uma das referidas disciplinas. Ressalte-se, mais uma vez, que jamais se pode deixar de ter em mente o papel do contexto histórico e social para a compreensão do estudo do fenômeno delitivo como fato social.

Dessa forma, conforme leciona ALESSANDRO BARATTA, acerca do objeto das referidas esferas de conhecimento:

*“Hoje em dia o objeto de interesse da criminologia moderna se deslocou para a investigação das instâncias oficiais e dos mecanismos oficiais e não oficiais que constituem a realidade*

38 SERRANO GOMES, Alfonso. "Dogmática jurídica – política criminal – criminologia como alternativa de futuro". In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid: Estudios Jurídicos, 1980, p. 613.

39 *Ibid.*, p. 620.

*total do sistema penal. Pois bem. A dogmática penal é também parte desse sistema, é um elemento do mesmo. (...) No caso da dogmática, a legislação penal é seu objeto fundamental.*<sup>40</sup>

Existe, portanto, um nível distinto de abstração e de autonomia de ambas as disciplinas com relação ao seu objeto. As semelhanças, porém, permitem que tais objetos se auxiliem e se complementem, enriquecendo os resultados obtidos por uma das disciplinas por meio dos alcançados pela outra.

Importante ressaltar que tanto a dogmática, quanto a criminologia, também são alicerces para o eficaz funcionamento da política criminal. É certo que ainda não se pode contar com um conceito claro e definido do que seja política criminal, ou mesmo do que possa ser inserido em seu conteúdo de estudo.<sup>41</sup>

Entretanto, é possível apreciar como as concepções mais amplas acerca da política criminal tratam-na de forma mais além daquilo que meramente consta nos códigos penais. Entende-se que a política criminal deve alcançar até mesmo uma análise do que trata o processo penal e a execução das penas.

Resta clara a existência e inegável importância da integração mútua entre dogmática jurídico-penal e a ciência da criminologia. Conservando-se a autonomia científica de cada uma, tal integração deve ser incentivada, de forma a que ambas as disciplinas colaborem para a formação de um entendimento global acerca da delinquência e dos demais problemas da sociedade atual, acompanhando suas constantes transformações.<sup>42</sup>

## O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DE DELITO

O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema bipartido para definição de infração penal. A partir do Código Criminal do Império, as terminologias crime e delito são tratadas como sinônimos.<sup>43</sup> Tais expressões se diferenciam da outra espécie de infração penal existente no ordenamento pátrio – as contravenções – uma vez que estas últimas são infrações de menor gravidade.

40 BARATTA, Alessandro. *Criminologia e dogmática... op. cit.*, p. 13-14.

41 SERRANO GOMES, Alfonso, *op. cit.* p. 619.

42 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.* p. 18.

43 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.* p. 5.

Ainda de acordo com a atual legislação penal brasileira, a Lei de Introdução ao Código Penal<sup>44</sup> traz a definição legal do que seja crime ou delito, diferenciando-o da contravenção penal. Em seu artigo 1º, lê-se:

*Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.*

Em outras palavras, no que tange à definição legal de delito, o Brasil historicamente optou pela adoção do chamado critério dicotômico. No entanto, uma análise mais aprofundada acerca do fenômeno delitivo não deve se contentar apenas com o que ensina a lei positiva. Dotada de tal conhecimento, a criminologia deve partir para a construção de um conceito científico do que seja crime.

A sociedade atual é caracterizada por ser uma sociedade de riscos. Em outras palavras, uma sociedade que já não se orienta por ideais positivos e solidários, e sim por sentimentos negativos e por medos compartilhados. Diante disso, torna-se imprescindível uma busca pela justiça por meio de ações estatais,<sup>45</sup> o que propicie a propagação de uma sensação de segurança entre os indivíduos.

Em uma sociedade de riscos, é cada vez mais visível a admissão dos problemas por parte da população. A produção de toda forma de sofrimento e opressão pode ser observada e confirmada até mesmo por aqueles que negavam tais fatos.<sup>46</sup> Com isso, o Direito deve ajustar-se às necessidades de seu povo, se forma a atingir a finalidade a que se propõe a atividade estatal, qual seja, atender às demandas sociais.

A forma mais eficaz para que sejam implementadas medidas com este cunho assecuratório da população é a construção de uma premissa que deverá servir de ponto de partida em tal empreitada: a completa compreensão de tudo que envolva a criminalidade. Por meio de uma definição do que seja o crime, será possível tratá-lo como fato social e, a partir de então, realizar um estudo sobre suas causas e as possíveis respostas que lhes deverão ser aplicadas.

44 Decreto-lei nº 3.914/1941. <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126682/lei-de-introducao-ao-codigo-penal-decreto-lei-3914-41>. Acesso em 25/01/2012.

45 SWAANINGEN, René van, *op. cit.* p. 276.

46 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade* (tradução de Sebastião Nascimento). 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 62.

A definição sociológica de criminalidade partirá, portanto, daquilo que a lei penal positiva define como delito. Junto a isso, englobará também a análise da maneira pela qual os membros de uma sociedade definem certa conduta como criminosa. A explicação de tudo que envolve o delito e sua natureza dependerá de como ele é definido em seu momento de observação.

Nesse sentido, SERRANO MAÍLLO relembra que a “autonomia e independência da Criminologia se justificam, entre outras razões, porque estuda cientificamente o delito a partir de um determinado ponto de vista”<sup>47</sup>. Significa dizer que deverá ser enquadrado no conceito de delito também o exame da reação social diante do comportamento que é entendido como desviante.<sup>48</sup>

Essa reação social será observada levando-se sempre em consideração o contexto – histórico e cultural – no qual aquele ato é definido socialmente como delitivo. Isso porque a sociedade não representa meramente uma soma de indivíduos: “o sistema formado pela sua associação representa uma realidade específica que tem suas próprias características”<sup>49</sup>. Terá relevância, portanto, o fato criminoso, apenas quando este atingir a consciência coletiva de determinada sociedade.<sup>50</sup>

O papel da criminologia na definição de delito é demasiadamente importante diante desta atual condição da sociedade. Sendo uma ciência empírica e disciplinar, conforme fora explicado anteriormente, a criminologia visa a apresentar uma informação válida e confiável sobre tudo o que diz respeito ao seu objeto: o delito. Dessa forma, apresentará resultados que explicarão o surgimento, a dinâmica e as variáveis do crime<sup>51</sup>, encarado pelos criminólogos tanto como fato social, quanto como problema individual de todos.

A criminalidade é inerente à existência de qualquer sociedade. É utópica a tentativa de visualizar uma comunidade na qual não haja o cometimento de qualquer fato considerado como criminoso pela sua população. Igualmente absurdo tentar imaginar a hipótese de todos os crimes serem solucionados, pois, para tanto, seria preciso que todos os crimes fossem conhecidos – e, portanto, se estaria abrindo mão de toda a privacidade dos indivíduos que vivem em um grupo.

---

47 ERRANO MAÍLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 45.

48 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...* *op. cit.*, p. 95.

49 SHECAIRA, Sérgio Salomão, *op. cit.* p. 218.

50 *Ibid.*, p. 219.

51 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.* p. 16-17.

A premissa da inevitabilidade da ocorrência de crimes corresponde ao princípio da normalidade do delito<sup>52</sup>. Trata-se, portanto, da ideia de que em todas as sociedades haverá a prática de condutas entendidas como desviadas – e, assim, tipificadas como crimes. A investigação empírica realizada pela criminologia deparou-se com comportamentos que podem ser abertamente qualificados como delitos em todos os grupos humanos que foram por ela estudados.

Uma vez firmado o referido raciocínio, as medidas implementadas pela política criminal, valendo-se dos conhecimentos adquiridos pelos estudos da dogmática jurídico-penal e da criminologia, não tem o condão de eliminar por completo os índices de criminalidade do local onde serão aplicadas. Uma vez que tal objetivo é inatingível, é preciso agir de forma a normalizar tais cifras. SHECAIRA sintetiza tal premissa, ao lecionar que “O anormal não é a existência do delito, senão um súbito incremento ou decréscimo dos números médios ou das taxas de criminalidade”<sup>53</sup>.

Neste momento, um adendo precisa ser feito. Parte importante da doutrina penal brasileira é manifestamente contrária à utilização da terminologia “criminalidade” para que se faça referência aos números relativos a práticas delitivas. O Professor NILO BATISTA<sup>54</sup> é categórico ao afirmar que a ideia de criminalidade na verdade não existe.

A justificativa para tanto, nos valiosos ensinamentos do Professor, reside no fato de que qualquer taxa de criminalidade é falha. Isso porque, em primeiro lugar, deve-se sempre ter em mente a existência das chamadas cifras negras – ou seja, existem delitos que são cometidos sem que se tenha conhecimento, resultando, portanto, em uma inexatidão das referidas taxas de criminalidade. Em segundo lugar, porque tais índices são levantados por pessoas, resultando sempre falhos em razão da inevitável possibilidade de falha humana.

Feita a ressalva, insta salientar que o presente trabalho tem ciência da falibilidade do que se entende por criminalidade. O termo é empregado para que se faça entender a ideia acerca do índice de práticas delitivas ocorridas em determinado local, sem que se tenha a pretensão de alcançar exatidão.

A definição do que seja delito representa não apenas um problema para a criminologia, mas sim talvez o maior de seus problemas. Ao mes-

<sup>52</sup> SERRANO MÁLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 43.

<sup>53</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão, *op. cit.* p. 219.

<sup>54</sup> Informação verbal obtida em aula da disciplina Política Criminal, do mestrado de Direito penal da UERJ, em 14/03/2011.

mo tempo, as consequências de se alcançar uma conclusão a respeito da referida conceituação são de fundamental importância para a realização dos estudos criminológicos e para as consequentes conclusões obtidas pela dogmática jurídico-penal e pela política criminal (para futura decisão acerca das medidas a serem implementadas).

SERRANO MAÍLLO<sup>55</sup> apresenta as concepções de delito de acordo com uma ótica legal ou uma ótica natural. Segundo o autor, a concepção legal de delito refere-se à ideia de que o limite do objeto de estudo da criminologia é o Código Penal e as leis penais especiais. A concepção natural, por sua vez, propõe a definição de crime como todo ato de força física ou fraude que é realizado pelo indivíduo em busca de benefício próprio.

Ambos os entendimentos mencionados acima são objeto de críticas.<sup>56</sup> A concepção legal de delito é refutada principalmente pelo argumento de que cada disciplina deveria definir ela mesma seu objeto de estudo. Além disso, alega-se que as leis penais são demasiadamente vagas e imprecisas, além de serem facilmente mutáveis, bem como que tais leis podem ser meramente representativas dos interesses dos grupos sociais dominantes.

A concepção natural de delito partiu da correta premissa de defender a necessidade de que a ciência da criminologia defina por si mesma seu próprio objeto de estudo. No entanto, também fora alvo de sérias críticas, referentes ao fato de contar com conceitos excessivamente imprecisos para a compreensão do crime. Refutou-se também o fato de que tal concepção abrange mais condutas do que aquelas que realmente importam para o objeto da referida ciência, além do fato de que, de acordo com tal percepção, um crime não poderia ser cometido em benefício alheio.

Partindo da compreensão da criminologia como ciência autônoma e independente de qualquer outra disciplina de estudo do fenômeno delitivo, resta clara a necessidade de uma definição criminológica do fato criminoso. Pois, por mais que conte com o auxílio de esferas do conhecimento como o Direito penal e a política criminal, o estudo das leis positivas e das medidas penais aplicadas deve servir somente de base para a ciência, que deve – dotando-se dos seus métodos de estudo e de seus próprios resultados obtidos – construir seu próprio conceito acerca do fato criminoso.

Dessa forma, dotando-se dos referidos suportes e tendo sempre em mente o contexto histórico, cultural e social no qual se está inserido,

---

<sup>55</sup> SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *op. cit.*, p. 45-46.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 47-48.

a criminologia construiu sua definição de delito, a qual é limitada à função etiológica (causal) própria da sua maneira de explicar. Trata-se do seguinte enunciado: “delito é toda infração de normas sociais consagradas nas leis penais que tende a ser perseguida oficialmente no caso de ser descoberta”<sup>57</sup>.

## CONCLUSÃO

O que é delito? Quem pode ser considerado criminoso? E quais são os critérios para que se estabeleça que determinado comportamento deverá ser considerado como “desviante” em determinada sociedade?

Resta claro que as diferentes respostas obtidas para as questões acima são fruto dos diversos pontos de vista com relação ao fenômeno delitivo. Talvez o fator mais importante a se levar em consideração no momento de analisar a prática de crimes seja o fato de se respeitar a cultura e o contexto social, econômico e histórico durante o qual tais condutas são cometidas.

A natureza científica da criminologia refere-se ao fato de utilizar-se esta do método científico para encontrar as respostas acerca da criminalidade. O estudo do crime como fato social envolve, ainda, a aplicação do método empírico, o qual é responsável pelo alcance de respostas precisas, válidas e dificilmente contestáveis.

São distintos os aspectos que envolvem – e influenciam – a construção de um conceito de delito pela ciência da criminologia. Além da mencionada localização do fenômeno no tempo e no espaço, a criminologia conta com o valioso auxílio da dogmática jurídico-penal e da política criminal.

Tais disciplinas, embora se diga que auxiliam a criminologia, são dela autônomas e integralmente independentes. A análise da lei positiva e das diversas correntes doutrinárias sobre o saber penal, bem como um estudo acerca das medidas implementadas pela política criminal no combate à criminalidade são trunfos com os quais a criminologia pode contar, para que seus resultados enquanto ciência sejam maximamente enriquecidos.

São distintos os métodos utilizados por cada uma das referidas disciplinas, sendo também distintos seus objetos e havendo, conseqüente-

---

57 *Ibid.*, p. 51.

mente, uma diferenciação dos resultados obtidos pelos estudos de cada uma. Tais respostas devem, então, ser agregadas aos experimentos posteriores de todas as esferas do saber criminal, de forma que se possa alcançar uma compreensão cada vez mais concreta e completa acerca de tudo o que envolve o fenômeno delitivo. ❖

## REFERÊNCIAS

ANYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

\_\_\_\_\_. "Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da Ciência Penal". In: **Revista de Direito Penal** n. 31. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade** (tradução de Sebastião Nascimento). 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

CERETTI, Adolfo. **El horizonte artificial: problemas epistemológicos de la criminología**. Montevideo: B de F, 2008.

CERVINI, Raúl. "Conceitos básicos vinculados aos processos de descriminalização". In: **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011 (coleção Pensamento Criminológico; 17), p. 29.

Decreto-lei nº 3.914/1941. <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126682/lei-de-introducao-ao-codigo-penal-decreto-lei-3914-41>.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

Dicionário Michaelis online. <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>.

HENTIG, Hans Von. **Criminologia. Causas e condiciones del delito**. Buenos Aires: Atalaya, 1948.

SERRANO GOMES, Alfonso. "Dogmática jurídica – política criminal – criminologia como alternativa de futuro". In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid: Estudios Jurídicos, 1980.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Introdução à criminologia** (tradução de Luis Régis Prado). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SWAANINGEN, René van. "*Justicia social em la criminologia crítica del nuevo milenio*". In: **Revista de Derecho Penal y Criminologia**. Madrid: 2002.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

# Eu Sou o Juiz. Será que o Juiz Sou Eu? O Neoplatonismo *Versus* o Compromisso Com a Democracia\*

**Flávio Marcelo de Azevedo Horta  
Fernandes**

*Juiz de Direito titular da 37ª Vara Criminal da Capital.*

Segundo Platão, *“os males não cessarão para os humanos antes que a raça dos puros e autênticos filósofos chegue ao poder, ou antes, que os chefes das cidades, por uma divina graça, ponham-se a filosofar verdadeiramente”*<sup>1</sup>.

O pensamento platônico compreende a convicção, portanto, de que os ocupantes do poder do Estado devem ser dotados, obrigatoriamente, de rigorosa formação filosófica, ao lado das virtudes morais da sabedoria, da coragem e da temperança.

O governante, assim, deve ser um “iluminado”, que paire sobre todas as outras pessoas que não tenham tais virtudes, de modo a lhes dirigir o destino para o conhecimento e os fins morais.

Historicamente, o pensamento platônico tem raízes na reação da Escola de Sócrates aos excessos do poder democrático, que teriam ensejado o período demagógico que se seguiu à derrota de Atenas na Guerra do Peloponeso.

Entretanto, a filosofia de Platão rendeu frutos através da História, influenciando diversos outros pensadores, que aplicaram as bases platônicas às mais diversas situações concretas.

---

\* Trabalho apresentado no curso "Princípios de Psicanálise Jurídica", realizado em 9, 16 e 24 de abril e 11 e 18 de maio de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ.

1 Platão. *Carta Sétima*, 326b.

Ainda na Antiguidade, o filósofo Plotino tentou reavivar o pensamento platônico, por volta do século III da Era Cristã. Para ele, perfeição e felicidade poderiam ser adquiridas pela devoção à contemplação filosófica.

O maior discípulo de Plotino foi Agostinho de Hipona – mais conhecido como Santo Agostinho. Após ter sido influenciado pelo mestre, Agostinho converteu-se ao cristianismo, aplicando muitas das concepções de Platão à teologia e inaugurando a aplicação da filosofia à doutrina cristã.

Para Agostinho, a origem do mal está no livre arbítrio concedido por Deus ao homem. Deus, em sua perfeição, não poderia criar o mal, sendo que este é resultado das paixões humanas. Escolhendo o próprio destino, o homem afasta-se de Deus, tendendo, sempre, a praticar ações imperfeitas, considerando a carga do pecado original de Adão e Eva.

De outra sorte, as ações inspiradas por Deus sempre são virtuosas e louváveis, de acordo com a personificação do bem.

Não é preciso dizer o quanto a filosofia agostiniana inspirou as ações do Santo Ofício e da Inquisição na Idade Média. A prática da tortura para se saber a “verdade”, nos casos de bruxaria ou de crimes contra a cristandade, tem embasamento na conclusão de que o bem sempre será revelado pela vontade divina.

Já na Idade Moderna, o pensamento platônico e agostiniano foi radicalizado pelo jansenismo. Cornelius Jansen – o criador do movimento -, o Abade de Saint Cyran e o filósofo Blaise Pascal foram os expoentes dessa corrente teológica, que pregava, fundamentalmente, que o homem, sem a graça divina, necessariamente sempre será arrastado para o pecado. Este é inevitável na vida humana, pouco importando a vontade e as ações do indivíduo. Não se pode falar em livre arbítrio. Apenas a fé é necessária para a salvação. As boas obras humanas provêm, apenas, da determinação divina, pois o homem é incapaz de optar pelo bem.

A filosofia jansenista serviu de contraponto, à época, à doutrina prevalente no cristianismo papal.

Seu foco foi a crítica ao Concílio de Trento, que teria permitido o “laxismo” na teologia cristã, reduzindo o rol de pecados e originando uma vida recheada de abusos e ações condenáveis sob o aspecto moral.

Politicamente, o jansenismo advogava o fortalecimento dos bispos locais e o enfraquecimento da autoridade papal, representando a ideologia que permitiu aos reis europeus escolherem a própria religião e se fortalecerem como chefes de Estados nacionais.

Portanto, o absolutismo monárquico foi fortalecido pelas ideias neoplatônicas dos jansenistas, muito parecidas com as doutrinas protestantes luteranas e presbiterianas.

O “direito divino dos reis”, sustentado pelo monarca Jaime I da Inglaterra, teve substrato considerável no neoplatonismo, da mesma forma que o Rei Sol Luis XIV também “bebeu” nas mesmas fontes.

Contemporaneamente, o neoplatonismo influenciou grande número de filósofos e pensadores.

Efetivamente, o estruturalismo, o pós-estruturalismo e o desconstrutivismo ignoram as vertentes históricas do exercício de poder e investem, de maneira neoplatônica, contra o pensamento racional e dedutivo.

A rejeição à noção existencialista da liberdade humana, com ênfase nas estruturas culturais, sociais e psicológicas que determinariam o comportamento humano, é pensamento neoplatônico por excelência.

Para essas correntes, as instituições de poder - não importa sua razão histórica - sempre serão estruturas camufladas de dominação e subjugação. A verdade não existe, sendo resultado, meramente, da coerção. Os asilos, as prisões, as escolas e todas as demais estruturas de organização social são o produto da dominação da classe dirigente. O Poder Judiciário é mero efeito das reais classes dirigentes – as que dominam as estruturas.

A função do intelectual “progressista” é “desconstruir” o discurso das classes dominantes, inclusive aquelas que são produtoras de conhecimento, com a finalidade de denunciar as formas de poder que levam à subjugação, no dia a dia. Ideias como sensatez, justiça, responsabilidade e leis são, meramente, discursos ideológicos, sem nenhuma legitimidade. O proletariado deve ser liderado a tomar o poder, através do descrédito das instituições.

O pensamento neoplatônico moderno, ao relativizar a vontade humana e a influência do indivíduo nas estruturas de poder, tem justificado, historicamente, os mais aterrorizantes regimes políticos – como a URSS stalinista, a China maoísta e o Irã do Aiatolá Khomeini -, ignorando agressões contumazes aos direitos humanos nessas experiências “inovadoras” que se opõem ao capitalismo burguês.

O silêncio de Foucault a respeito da invasão soviética na Tchecoslováquia, em 1968, é revelador!

O predomínio do pensamento neoplatônico na academia, mormente nas Escolas de Direito, ensinou a noção de “juiz proativo”, ou seja,

aquele que é militante, como bom intelectual desconstrutivista, em causas politicamente corretas.

A ação desse magistrado tem seu compromisso ético na “evolução social”, seja lá o que isso signifique.

É natural, assim, que ilustres magistrados declarem, publicamente, que não buscam o respeito à ordem jurídica, mas, apenas, suas convicções pessoais.

O juiz deve escolher, apenas, o lado “certo” e “mais progressista”, arrumando uma fundamentação jurídica que justifique o seu posicionamento.

“O juiz sou eu”.

A existência de uma Constituição Federal programática a partir de 1988 permitiu que proliferassem os “magistrados militantes”, todos defendendo suas “causas” corretas e politicamente evoluídas.

Será tal comportamento ético? Será historicamente benéfico para a humanidade?

Como vimos acima, o pensamento platônico possibilitou as mais variadas formas de tirania, desde a Inquisição e até o fundamentalismo muçulmano, sem esquecer os milhões de mortos por Stalin e Mao Tsé Tung.

É evidente que tais processos autoritários beneficiam-se com o combate ao conhecimento - este representado pelo pensamento racional, dialético e libertador, que ensejou o nascimento dos regimes democráticos.

No autoritarismo, existe uma simpatia - talvez paixão - ao descrédito do conhecimento. Todas as coisas são relativas, nada é certo e uma ideia pode ser sustentada, por mais absurda, desde que se tenha força para sua imposição.

Não há necessidade de apoio na experiência concreta. Basta que haja um delírio coletivo – suportado pelo discurso “revolucionário” – para que se justifiquem as atrocidades e o domínio do Estado.

O pensamento racional é perturbador desse processo e, por isso, deve ser contraposto aos novos “iluminados”.

Voltando à Antiguidade, podemos salientar o pensamento de Aristóteles, que, discordando de seu mestre, Platão, rejeita a ideia de um mundo abstrato – o das ideias -, imutável e acessível apenas pelo intelecto.

Aristóteles introduziu a ideia de lógica, de que o raciocínio é dedutivo, indo do universal para o particular. Para ele, a política é um desdobramento natural da ética e sua tarefa é descobrir formas de governo e instituições capazes de assegurar a felicidade coletiva.

É a gênese da ideia de democracia, como a compreendemos nos dias de hoje.

O governante – o que inclui o juiz – não é um ser “iluminado” pela graça divina ou por “causas” politicamente corretas, mas sim alguém que tem um compromisso com a coletividade, com todas as outras pessoas.

O mestre ensina que cada indivíduo, comparado à multidão, tem talvez menos mérito e virtude, pois a cidade composta de uma multidão de cidadãos tem mais valor. *“É por isso que, na maioria das vezes, a multidão é melhor juiz que um só indivíduo, qualquer que ele seja”*<sup>2</sup>.

A ética é, pois, menos a militância e mais o compromisso com as condutas que permitem conquistar a felicidade.

O pensamento aristotélico permitiu que o cristianismo, na Idade Média, pudesse sair das “trevas” em que foi encerrado pela Inquisição.

A partir de São Tomás de Aquino, o cristianismo passou a sustentar que fé e razão não são opostas, inexistindo contradição entre elas.

O homem é dotado de livre arbítrio e, orientado pela consciência, possui uma capacidade inata de intuir a escolha da melhor opção.

A verdade resulta da conformidade da coisa com o intelecto. A ética consiste em agir de acordo com a natureza racional. A justiça tem natureza comutativa, distributiva e legal, sendo necessário o compromisso do soberano com os súditos e destes com ele.

O pensamento escolástico de Aquino permitiu que a Igreja Católica, na Idade Moderna, pudesse reconhecer, por exemplo, que os silvícolas possuíam almas. Com base em tal concepção, os padres jesuítas puderam atuar para tentar evitar massacres efetivados pelos colonizadores. O maior exemplo foi o advento da República Guarani, em terras que, atualmente, são brasileiras e paraguaias.

Não é novidade que o Marquês de Pombal, agindo como o governante absolutista que era, tenha expulsado a Ordem Jesuíta de Portugal, primordialmente em razão da “questão indígena”.

É patente, pois, que o pensamento escolástico teve maior função libertadora do que de “subjugação” pela classe dominante.

Enquanto os jansenistas, seguidores de Agostinho, subordinavam a razão à fé, permitindo e incentivando os abusos do absolutismo, a linha de Aquino – a da autonomia da razão – foi importante, justamente, para demonstrar a natureza autoritária e tirânica dos governantes de então.

---

<sup>2</sup> Aristóteles. **A Política**. Editora Saraiva, p. 126.

Mais tarde, Descartes instituiu a dúvida como primeiro passo para se chegar ao conhecimento, revolucionando a filosofia da sociedade em que nasceu.

Não é demais lembrar que o matemático e físico francês estudou em colégio jesuíta, tendo sólida formação escolástica. Embora questionasse os conteúdos do ensino, que considerava obscuros e nada práticos, é inegável que a formação aristotélica teve importante influência na formulação do “método”.

Para Descartes, a consciência é a condição fundamental do conhecimento, necessária para investigar o fenômeno ou a coisa que deve ser provada.

Nesse aspecto, a filosofia cartesiana influenciou, de modo decisivo, diversos pensadores, modernos e contemporâneos, como Kant, Husserl e Sartre, mormente na noção de intencionalidade dos atos humanos.

Assim, é enganosa a oposição entre o pensamento cartesiano e o pensamento contemporâneo.

O cientificismo cartesiano só é “mito” e “ideologia” na concepção dos seus críticos.

O próprio Sartre, ao se deparar com as ideias de Freud, investe, violentamente, contra a noção de intencionalidade inconsciente do “id”.

Seria ele um positivista monista e burguês?

Para a concepção sartreana, o inconsciente não pode eximir o homem da responsabilidade por seus atos.

Não há evidências científicas, a propósito, de que 90% das decisões sejam tomadas pelo inconsciente - como foi afirmado na palestra do Professor Grandinetti.

As palestras do Professor Benilton revelam que a subjetividade humana é uma síntese de aspectos biológicos, psicológicos, ambientais, sociais e culturais – que não afastam a responsabilidade decorrente de suas escolhas conscientes.

A ética resulta da análise crítica dos valores representados pelas normas – as sociais e as jurídicas.

Não se pode analisar criticamente aquilo que é predeterminado pelo divino ou pelo ambiente político-social. Também não existem “seres iluminados” que possam substituir as escolhas efetivadas pelo ser humano racional e livre.

Nesse aspecto, podemos realçar o pensamento de Kant, que, ao estudar o fenômeno revolucionário francês, saudou o abandono da fé eclesíastica e a passagem para uma fé racional, esperançoso de que o autoritarismo e a tirania também pudessem desaparecer nesse processo.

É famosa, também, a polêmica entre Sartre e o marxista Althusser sobre o conceito de “classe social”. No livro “A Crítica da Razão Dialética”, Sartre insiste no combate às generalizações do marxismo, exaltando a singularidade do indivíduo e a necessidade da garantia dos direitos individuais. O indivíduo livre também participa da mecânica da dialética, influenciando os eventos históricos, ao mesmo tempo em que é influenciado por eles.

Tais postulados foram objeto de críticas dos ortodoxos marxistas, incapazes de se afastar da ideia mecanizada e já superada de “luta de classes”. Se a análise econômica marxista ainda era relevante nos anos 60 – época da edição do livro -, as conclusões sobre a evolução histórica das sociedades foram desmoralizadas pelas críticas sartreanas. O “Manifesto Comunista” foi desnudado como filosofia barata e falaciosa.

Não é à toa que, impossibilitado de conciliar existencialismo e marxismo – pois pensamento racional não convive com pensamento dogmático -, Sartre declarou-se, no fim da vida, anarquista<sup>3</sup> - suprema heresia para os marxistas.

Em conclusão, podemos afirmar que cada indivíduo age, intencionalmente, na sociedade e, a seu modo, influencia nas transformações sociais. Embora existam condicionantes – como a fé religiosa, a ideologia política, as estruturas de poder, o meio-ambiente e a economia -, não se pode negar que o destino humano é resultado da escolha racional e livre.

Por isso, devemos assinalar a absoluta impropriedade de se considerar o juiz – agente político do Estado – como intelectual que, para fazer Justiça e ser “ético”, deve ignorar a ordem jurídica e a vontade coletiva expressa na Constituição Federal e nas leis.

O agente político do Estado deve reconhecer, sempre, a singularidade de todos os indivíduos – como pessoas livres e capazes de escolher o próprio destino.

Ao negar que os homens fazem escolhas livres – inclusive as políticas -, o intelectual neoplatônico acaba por negar a própria humanidade dos demais indivíduos.

---

<sup>3</sup> Textos compilados. **Filosofia de Jean Paul Sartre**. Editora. P. A. Schilpp, p. 21.

O homem é ser gregário por natureza. Precisa do convívio social e este só é possível quando se estabelecem parâmetros comuns. Na democracia, tais parâmetros não são impostos, mas o resultado da vontade coletiva – ou seja, da escolha de cidadãos iguais e livres.

De acordo com Rousseau, *“o pacto fundamental substitui, pelo contrário, uma igualdade moral e legítima no que a natureza deu de desigualdade física aos homens que, podendo ser desiguais em força ou engenho, tornam-se, por convenção e de direito, iguais”*. Arremata concluindo que *“somente a vontade geral pode por si só dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, que é o bem comum, porque se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, a analogia desses mesmos interesses o fez possível”*<sup>4</sup>.

Em decorrência, não há espaço para “militância” no exercício da magistratura. O estabelecimento de normas legais é condição inafastável para o estabelecimento das sociedades. Como bem destacado pelo Professor Benilton, se existe Estado, existe crime. Se existe crime, o magistrado não pode ignorá-lo, porque, do contrário, estaria traindo seu compromisso com o próprio pacto fundamental que permitiu o convívio social.

Não se trata, por óbvio, de aplicar a lei pura e simplesmente. Para isso, não haveria necessidade de juízes.

A função do magistrado é a de compatibilizar os princípios norteadores e fundamentais da sociedade – expressos na Constituição – com as normas legais elaboradas pelos representantes ESCOLHIDOS por todos.

Para isso, deverá ignorar sua própria individualidade e suas convicções pessoais, levando em conta, antes de tudo, a vontade geral referida por Rousseau. As leis são provenientes de indivíduos IGUAIS aos juízes e não é ético ignorar a vontade coletiva para sobrepor as próprias crenças.

Quando impossível a compatibilização da posição individual do juiz com a norma representada pela lei ou pela Constituição, deverá o magistrado optar pela vontade coletiva – como agente político do Estado que é.

Mesmo os processos inconscientes de preconceitos e prejuízos – referidos pelo Professor Grandinetti – não são determinantes, pois a própria teoria freudiana esclarece que as estruturas do “id”, “ego” e “superego” não são tão esquemáticas e funcionam, muitas vezes, em harmonia.

No indivíduo normal ou moderadamente neurótico, o “ego” tem habilidade suficiente para compatibilizar as pulsões do “id” com a censura

4 ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Editora Saraiva, p. 37 e 41.

do “superego”, construindo a civilização. Portanto, seria má-fé cínica ou obtusidade córnea – como diria Eça de Queiroz – desqualificar as decisões judiciais com a desculpa do inconsciente.

Se há preconceitos, mitos, ideologias e alienação nas decisões do magistrado, estas não estão imunes ao sistema democrático e podem ser objeto de recursos e apelações.

A construção da Justiça, na verdade, é coletiva, resultado das inúmeras decisões das variadas instâncias.

A evolução do processo civilizatório é que determina para onde irão as decisões judiciais. Cabe ao magistrado ficar atento a tal processo, sem, no entanto, colidir com a Constituição e as leis compatíveis com ela, sob pena de ignorar a humanidade dos demais componentes da sociedade e trair o próprio compromisso com o sistema democrático. ❖

# Nota Sobre o Conceito de Atividade Jurídica

## Julio Pinheiro Faro

*Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Professor Substituto de Instituições do Direito e de Direito Tributário na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Professor de Direito Processual Constitucional e de Direito Tributário na Estácio de Sá em Vitória/ES; Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito na FESV; Advogado e Consultor Jurídico.*

A presente nota tem o objetivo de conceituar a *atividade jurídica* exigida pelo art. 93, I, da CF/88, para o ingresso na carreira de juiz. De acordo com a redação do dispositivo, alterada pela EC 45/04, o ingresso na carreira deverá ocorrer, inicialmente, no cargo de juiz substituto, por concurso público de provas e títulos, exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica.

A CF/88 não estabelece os parâmetros para *identificar* o que vem a ser *atividade jurídica*, de maneira que há que se pesquisar em outras fontes. A LC 35/79, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), a que se poderia recorrer para resolver essa questão, também não ajuda, de maneira que seus arts. 78<sup>1</sup> e 79<sup>2</sup>, diretamente relacionados com o ingresso na carreira, sequer mencionam a expressão “atividade jurídica”; aliás, a própria LOMAN não traz em momento algum a referida expressão.

---

1 Art. 78. O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. § 1º. A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura. § 2º. Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei. § 3º. Serão indicados para nomeação, pela ordem de classificação, candidatos em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível.

2 Art. 79. O Juiz, no ato da posse, deverá apresentar a declaração pública de seus bens, e prestará o compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis.

Diante disso, deve-se pesquisar em outras fontes. Dentre elas, recorre-se a duas Resoluções produzidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A primeira que se pode destacar é Resolução 75, de 12/05/2009 (R-75), que regulamenta os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura nacional. O seu art. 58, § 1º, *b*, determina que o pedido de inscrição seja instruído com, dentre outras coisas, certidão ou declaração idônea que comprove que o candidato tenha, à data da inscrição definitiva, três anos completos de *atividade jurídica*, efetivo exercício da advocacia, ou de cargo, emprego ou função, exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito.

A segunda é a Resolução 11, de 31/01/2006 (R-11), que regulamenta o critério de atividade jurídica para a inscrição em concurso público de ingresso na carreira da magistratura federal. De acordo com seu art. 2º, tem-se que *atividade jurídica* é “aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico”, não se computando, como determina também o art. 1º, o período de estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau.

Apesar da previsão contida nas Resoluções do CNJ, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, ao julgar a questão quanto ao termo inicial de contagem de atividade jurídica para o ingresso na carreira do Ministério Público Federal, que se deve considerar a data em que o curso foi concluído, não a data em que se colou grau<sup>3</sup>, contando-se, então, o triênio a partir da data de conclusão do curso de graduação em Direito até a data da inscrição definitiva no concurso<sup>4</sup>. Embora o entendimento tenha sido firmado em relação a uma carreira distinta da magistratura, uma vez que as previsões constitucionais contidas nos arts. 93, I, e 129, § 3º, são praticamente iguais, entende-se pela aplicação por analogia do posicionamento firmado pelo STF ao caso da carreira de magistratura.

Prosseguindo, o art. 59, da R-75, determina, alternativamente, embora permita o cômputo cumulativo, o que se enquadra no *perfil de uma atividade jurídica*: (a) atividade exercida com exclusividade por bacharel em Direito; (b) efetivo exercício da advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em cinco atos privativos de advo-

<sup>3</sup> MS 26.682-1/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgamento em 15/05/2008, DJe 27/06/2008.

<sup>4</sup> ADI 3.460-0/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, julgamento em 31/08/2006, DJ 15/06/2007.

gado, em causas ou questões distintas; (c) exercício de cargos, funções ou empregos, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico; (d) exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, por, no mínimo, 16 horas mensais e durante um ano; (e) exercício de atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios. Além dessas cinco possibilidades, o art. 3º da R-11 traz mais duas hipóteses: (f) cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Aperfeiçoamento e Formação de Magistrados (art. 105, parágrafo único, I, e art. 111-A, § 2º, I, ambos da Constituição de 1988), desde que integralmente concluídos com aprovação; (g) cursos de pós-graduação reconhecidos pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), desde que integralmente concluídos com aprovação.

Em relação a essas duas últimas possibilidades, cumpre observar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF-OAB) ajuizou, em 10/03/2009, a ADI 4.219, em que requer que o STF julgue a inconstitucionalidade de uma regra estabelecida tanto pelo CNJ quanto pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que permite a contagem do tempo de cursos de pós-graduação como tempo de atividade jurídica, o que violaria os arts. 93, I, e 129, § 5º, da CF/88, já que a frequência a tais cursos consiste em atividade de ensino e aprendizado, não configurando, então, tempo de experiência em atividade jurídica<sup>5</sup>. Essa ação ainda está em fase de julgamento, de maneira que o STF não se pronunciou sobre o pleito, estando, até então, em vigor esses tipos de atividade jurídica.

Nota-se que não fica muito claro o que seja a *atividade jurídica*. Entretanto, as Resoluções do CNJ acima referidas já permitem distinguir que *nem toda* atividade exercida com *exclusividade* por bacharel em Direito se confunde com o efetivo exercício da advocacia, isto é, atividade jurídica e efetivo exercício da advocacia *são casos diferentes*. Nesse sentido, o STF já decidiu que a exigência de atividades jurídicas para a inscrição no concurso para a carreira ministerial não são necessariamente aquelas privativas da advocacia<sup>6</sup>, o que se aplica, por analogia, ao caso da carreira da magistratura. O STJ tem o mesmo entendimento: “para provimento de cargos públicos mediante concurso, o conceito de ‘prática forense’ deve

5 ADI 4.219/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia (em fase de julgamento).

6 MS 26.682-1/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgamento em 15/05/2008, DJe 27/06/2008.

ser compreendido em um sentido mais amplo, não comportando apenas as atividades privativas de bacharel em direito, mas todas aquelas de natureza eminentemente jurídica<sup>7</sup>. Aí talvez resida o equívoco do CF-OAB na ADI 4.219/DF, uma vez que há determinados cursos de pós-graduação, profissionalizantes ou não, em Direito, e que são reconhecidos pelos órgãos governamentais responsáveis, nos quais se requer, como pré-requisito, que o candidato seja bacharel em Direito.

Com base nisso, a resposta para a pergunta formulada no início desta nota vem, então, com a previsão contida na Lei 8.906, de 04/07/1994, que é o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB). De acordo com seu art. 1º, II, são *atividades privativas de advocacia*, ou seja, do bacharel em Direito inscrito na OAB, e, portanto, portador de habilitação, dentre outras: as atividades de consultoria, de assessoria e de direção jurídicas.

Disso se extrai que não é necessário, para o atendimento do art. 93, I, da CF/88, o efetivo exercício da advocacia, como se poderia, porventura, entender. Ou seja, conforme o próprio CNJ, para a comprovação do triênio mínimo exigido constitucionalmente, não é apenas a participação anual mínima em cinco atos privativos de advogado, em causas ou em questões distintas, que garantirá o preenchimento do requisito constitucional. *Atividade de advocacia*, que é bem delimitada na legislação vigente pertinente, é diferente de *atividade jurídica*, cujo conceito, intuitivamente, é mais amplo, envolvendo, então, a prática de atos que não são privativos ou exclusivos de advogado.

Daí que as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas também podem contribuir para o triênio constitucionalmente exigido. No entanto, não se encontra, nem com nem sem clareza, o que sejam essas três atividades. O máximo que se encontra é o disposto no art. 7º do Regulamento Geral do EAOAB (RG-EAOAB), que estabelece serem privativas de advogado, de maneira que não podem ser exercidas por quem não se encontre inscrito regularmente na OAB, as funções de diretoria e de gerência jurídicas em qualquer empresa pública, privada ou paraestatal, inclusive em instituições financeiras. Se o RG-EAOAB não traz conceitos para as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, ao menos deixa claro que a função de administrar, e, assim, dirigir, um escritório de

---

7 REsp 547.270/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgamento em 17/10/2006, DJ 06/11/2006.

advocacia, um departamento jurídico ou um *pool* de advogados, é ato privativo de advogado inscrito na OAB, ou seja, é uma *atividade jurídica*. E, por isso, quem foi sócio-administrador de uma sociedade de advogados por três anos, ou presidiu a direção de um departamento jurídico ou mesmo geriu um *pool* de advogados, enquadra-se na exigência constitucional, sendo desnecessário demonstrar em quantos atos interveio, bastando apenas prova obtida junto à Seccional da OAB do contrato societário em que figure como administrador da sociedade de advogados, ou, ainda, como diretor jurídico de algum departamento, ou de uma determinada empresa, associação ou fundação.

No que diz respeito às atividades de consultoria e de assessoria jurídicas, outras fontes devem ser buscadas. O Provimento da CFOAB n. 116/2007 traz, nesse caso, uma importante contribuição, deixando claro que são atividades voltadas para a orientação, o aconselhamento e o auxílio jurídicos, promovendo estudos e elaborando propostas jurídicas. Nesse sentido, tanto a consultoria quanto a assessoria jurídicas são atividades jurídicas auxiliares, acessórias a uma atividade jurídica principal, estabelecidas mediante contrato de prestação de serviços específicos (serviços de assessoria ou serviços de consultoria).

Surge, então, uma possível analogia a partir do Provimento do CFOAB n. 139/2010, art. 6º, *b*, que estabelece requisitos a serem preenchidos pelo advogado que queira se inscrever nas listas sêxtuplas para integrar os Tribunais judiciais e administrativos, sendo um desses requisitos o de que a prova do exercício dependerá da apresentação de fotocópia de contrato de trabalho onde conste tal função, de ato de designação para direção jurídica ou de contrato de prestação de serviços de assessoria ou de consultoria, com a comprovação de que o candidato, em cada um dos 10 anos de exercício profissional (art. 5º), promoveu, no mínimo, cinco atos de consultoria ou similares, ou elaborou, no mínimo, cinco pareceres ou respostas a consultas, com fundamentação jurídica. A analogia aí é possivelmente viável para os casos de consultoria e assessoria jurídicas, mas não para a hipótese de direção jurídica, de maneira que: para os dois primeiros casos seria possível falar na exigência de um número proporcional de atos de consultoria ou similares, dentro do triênio constitucional; para a hipótese de direção jurídica não seria possível uma exigência desse tipo em virtude da própria previsão contida no RG-EAOAB.

Por fim, o art. 4º da R-11 e o art. 59, § 2º, da R-75 especificam que a *comprovação* do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções *não privativos* de bacharel em Direito se dê mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições exercidas e a prática reiterada de atos que exijam a preponderante utilização de conhecimento jurídico, devendo ser apresentada no ato da inscrição definitiva no concurso de ingresso na carreira, cabendo à Comissão do Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento.

No entanto, embora o CNJ, por meio de suas Resoluções, estabeleça que a comprovação da atividade jurídica deva ocorrer na data da inscrição definitiva, prevalece o enunciado 266, publicado em 22/05/2002, da Súmula de jurisprudência do STJ, que assim determina: “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”. Portanto, a comprovação da atividade jurídica, segundo entendimento do STJ, deve ocorrer na data da posse, cabendo, no caso, a impetração de mandado de segurança, caso o Edital ou a Comissão do Concurso exijam a comprovação na data da inscrição definitiva, uma vez que a legislação infralegal não pode criar obrigações, apenas regulamentar as já existentes, criadas por lei. ❖

# O Poder Judiciário no Estado de Direitos

**Leonardo Scofano Damasceno Peixoto**

*Defensor Público do Estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ.*

## 1. BREVE HISTÓRICO DO PODER JUDICIÁRIO – “DE PAPEL SECUNDÁRIO A FIADOR DA DEMOCRACIA”

Preambularmente, importante ressaltar a impossibilidade de exposição da história do Judiciário, em poucos parágrafos, desde a sua origem remota nas sociedades tribais mais primitivas, a sua inserção como uma instituição pelos romanos, a sua colocação como um poder pelos contratualistas, até o seu papel nos dias atuais. Seria um tanto soberbo e até imprudente desenvolver essa rica história em um capítulo introdutório, considerando as complexidades e variantes sociopolíticas da humanidade ao longo do tempo.

A ideia de lançar um breve histórico, ou seja, uma visão panorâmica da história do Judiciário tem o único objetivo de introduzir a compreensão do leitor no contexto geral de desenvolvimento do papel dos magistrados no Estado de Direitos.

Na Roma antiga, exatamente no principado de Augusto, iniciado em 27 a. C., existiam as magistraturas com diversas funções, desde a representativa do Consulado, de recenseamentos dos cidadãos pela Censura, de secretariado administrativo do *princeps* pela Questura, do Tribunato da Plebe, da Edilidade Curul e da Plebe, até a jurisdição civil exercida pela Pretura, ramo da magistratura romana mais similar à atual (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. V. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 31-32).

Em relação ao período republicano romano, as magistraturas estavam em franca decadência. Apesar de a Pretura ter sido a magistratura

que mais resistiu à absorção de poderes do principado no exercício da jurisdição civil, a última palavra incumbia ao *princeps* em grau recursal.<sup>1</sup>

Na monarquia absolutista medieval, fundada na origem divina de poder dos reis, restava ao Judiciário a atuação como um “braço do rei” (BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: of private wrongs**. Chicago: The University Chicago Press, 1979, p. 23-24), ou seja, a justiça derivava do poder da coroa. Na verdade, não existia uma estrutura adequada de justiça, especialmente se também considerada a autoridade dos senhores feudais e do clero.

Na França do século XII, por exemplo, os *prebostes*, o *baile* e o *seneschal* eram os funcionários responsáveis por aplicar a justiça, e os *prebostes* administravam seu distrito cumprindo as ordens reais e fazendo justiça em nome do rei, ao passo que os dois últimos eram recrutados dentre a baixa-nobreza da Casa Real na função de servidores da Coroa (TAVARES, André Ramos Tavares. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24).

Na Idade Moderna, a Revolução Francesa inaugurou o chamado “período legislativo”, que pregava a “onipotência do legislador” em oposição às monarquias absolutas. A lei representava a aspiração democrática, o ideal iluminista da razão humana e a segurança jurídica. Neste jacobinismo histórico marcado pela lei como expressão absoluta da vontade geral – “mito da Assembleia”, pela radical separação de poderes e pela máxima desconfiança no Judiciário, incumbia aos magistrados a mera aplicação mecânica da lei - *bouche qui prononce les paroles de la loi*, ou seja, os juízes eram seres inanimados que não podiam moderar a força ou o rigor da lei (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

No século XIX, a crise do Estado legalista foi marcada pelo inegável declínio de confiança nos Parlamentos, que cada vez mais abusavam do excesso de leis na regulamentação da vida social, gerando desobediência

---

<sup>1</sup> A expressão *princeps* tem origem no Direito Romano, que significa “o primeiro cidadão”. Especificamente, Augusto adotou tal expressão para camuflar o título de imperador, em razão da resistência das famílias nobres republicanas. Tratava-se de um período conturbado de transição (República para o Império) e de conspirações. Com o intuito de evitar o mesmo destino de seu tio e antecessor Julio César, Augusto se intitulou *princeps*. No entanto, seus poderes supremos e ilimitados eram de um verdadeiro imperador, que afetava, inclusive, as decisões judiciais. Para fins de curiosidade, o efeito devolutivo dos recursos tem origem neste poder jurisdicional do imperador, que delegava aos pretores. No entanto, alguns processos retornavam (daí o termo efeito devolutivo) ao imperador para proferir a “última palavra”.

generalizada, aplicação seletiva e ineficiência de aplicação coercitiva das leis aos particulares (HESPANHA, Ant3nio. **Justiça e litigiosidade: hist3ria e prospectiva**. Lisboa: Funda33o Calouste Gulbenkian, 1987, p. 9).

Com o advento do Estado Social<sup>2</sup>, no s3culo XX, inaugurado pela Constitui33o mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, e do Estado Constitucional de Direito, principalmente ap3s a 2ª Guerra Mundial, o Judici3rio passou a ocupar um espaço importante na justiça social com atua33es mais ativas, intervencionistas.

A supera33o do dogma do Parlamento absoluto, a colmata33o de lacunas da lei, o controle de constitucionalidade e a intromiss3o nos demais poderes em temas de governabilidade e pol3ticas p3blicas para atendimento das demandas sociais constituem caracter3sticas marcantes desse novo papel do Judici3rio distribuidor de direitos fundamentais aos cidad3os. O Judici3rio, assim, segundo Boaventura Souza Santos, passou a ser um “fiador da democracia” (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 25-27).

## 2. O JUDICI3RIO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia do Judici3rio como distribuidor dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, como “fiador da democracia” demanda uma interpreta33o constitucional diferenciada no sentido de supera33o do paradigma de mera reprodu33o do conte3do da norma, “escancarando as portas do mundo inaut3ntico do direito” (STRECK, Lenio. **Hermen3utica jur3dica e(m) crise – uma explora33o hermen3utica da constru33o do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 334).

---

<sup>2</sup> Carlos Blanco de Moraes alerta que a no33o de Estado Social n3o pressup3e de forma determinista a no33o de Estado Democr3tico de Direito. Existem exemplos de Estados Sociais autorit3rios, como a China comunista, o antigo bloco sovi3tico e o r3gime Bolivariano da Venezuela. Em contrapartida, existem Estados Democr3ticos de Direito (EUA) onde as Constitui33es n3o incorporam uma dimens3o social, dependendo das pol3ticas sociais de vontade democr3tica do legislador. Blanco de Moraes observa, ainda, que a consagra33o normativa de direitos sociais e a sua concretiza33o efetiva n3o dependem de previs3o constitucional. Por exemplo, o Reino Unido, materialmente um Estado Social avançado, com especial relevo para os sistemas de sa3de e assist3ncia social, n3o declara direitos sociais na componente escrita da sua Constitui33o (*Statute Law*). Os direitos sociais previstos nas Constitui33es sueca ou holandesa, quantitativamente mais escassos que os declarados nas Constitui33es brasileira e portuguesa, possuem um sistema social muito mais eficaz e eficiente. Em conclus3o, n3o parece colher a afirma33o segundo a qual a n3o constitucionaliza33o de direitos sociais prejudicaria a exist3ncia do Estado Social e que sem este, ficaria comprometido o Estado de Direito Democr3tico (BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Direitos sociais e controle de constitucionalidade por omiss3o”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC* n3o 20, ano 5. Belo Horizonte, 2011, p. 220-221).

Com inspiração na tese do hermeneuta Hans-Georg Gadamer, Streck ensina que o intérprete é um sujeito inserido no ambiente histórico-cultural e mergulhado na tradição, ou seja, o intérprete é integrante do mundo linguístico, de modo que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas, que a cada caso demanda uma nova aplicação. A hermenêutica é crítica porque é produtiva, e não reprodutiva como defendia o italiano Emilio Betti (STRECK, *Op. Cit.*, 2011a, p. 330).

Para Gadamer, interpretar é compreender. A compreensão está baseada na tradição, onde reside a pré-compreensão. A tradição, por sua vez, limita as escolhas interpretativas. Após esse limite, a razão crítica e a criatividade constroem o sentido da decisão. A pré-compreensão, por fim, é o sentido antecipado que, adicionado à visão crítica, produz uma nova compreensão com sentido autêntico (STRECK, *Op. Cit.*, 2011a, p. 330-333) <sup>3</sup>.

A concepção diferenciada de Gadamer influenciou, por exemplo, a concretização de Konrad Hesse e o método normativo-estruturante de Canotilho. Para Hesse, os métodos tradicionais de interpretação de Savigny (gramatical, teleológica, sistemática e histórica) só oferecem uma explicação parcial das decisões constitucionais. Interpretar é concretizar na visão de Hesse.

A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, sem desvinculação da pré-compreensão (esboço de projeto inicial carente de comprovação, correção e revisão) nem do problema concreto a solucionar.<sup>4</sup> Hesse conclui que o intérprete não pode captar o conteúdo da norma sob o ponto de vista quase arquimediano, situado fora da experiência histórica, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e pré-juízos (HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102-110).

Canotilho esclarece que a concretização é a construção de uma norma jurídica. Trata-se de um processo de densificação de regras e princípios constitucionais que vai do texto da norma (enunciado linguístico) para uma norma concreta (norma jurídica), que, por sua vez, alcança a norma de decisão como resultado final e solução dos casos jurídico-cons-

---

3 Na dogmática tradicional, para Betti a compreensão é produto da interpretação. Na percepção de Gadamer, todavia, a tese de Betti é uma compreensão inautêntica, pois a compreensão não torna algo de diferente, mas reprodutiva de si mesma (STRECK, *Op. Cit.*, 2011a).

4 Hesse utiliza a tópica vinculada à norma e aos pontos de vista (*topoi*) relacionados ao problema para orientar esse procedimento de concretização. Em sentido oposto da tópica pura de Theodor Viehweg, em que a interpretação parte do problema para a norma ("técnica de pensar o problema"). Na teoria de Viehweg o problema é hegemônico, enquanto as normas são meros pontos de vista sem qualquer vinculação.

titucionais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1201).

Em linhas gerais, o método de concretização consiste na abertura dos textos normativos com base em problemas concretos. Bonavides explica que a concretização é uma espécie de metodologia de teor empírico e casuístico aplicada à solução direta dos problemas, sempre atenta à realidade concreta, e totalmente alheia aos formalismos abstratos e ao mero silogismo (BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 323).

Na concretização, existe uma pré-compreensão do texto e do problema, dando lugar à estrutura circular entre a realidade existencial e o texto a interpretar. Na interação do ciclo hermenêutico, Friedrich Müller cita dois processos parciais: o programa normativo, que analisa os elementos linguísticos (“ponta do iceberg”), e o domínio ou âmbito normativo, que analisa a realidade concreta (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000).<sup>5</sup>

Além da interação entre o programa normativo e o âmbito normativo, Hesse insere neste ciclo hermenêutico os princípios interpretativos constitucionais, tais como a unidade da Constituição (não existem contradições entre as normas constitucionais que formam um todo coerente), a concordância prática (harmonização ou “cedência recíproca”), a correção funcional (o órgão intérprete da Constituição deve respeitar a distribuição de funções estabelecidas pela Constituição aos órgãos e poderes estatais), eficácia integradora (solução dos problemas jurídico-constitucionais com enfoque na preservação da unidade política), a força normativa da Constituição (as normas constitucionais devem ser atualizadas em correspondência à realidade para obtenção da máxima eficácia no caso concreto) e a interpretação conforme a Constituição, técnica interpretativa a ser examinada adiante (HESSE, *Op. Cit.*, 2009, p. 113-115).

Nota-se que o desenvolvimento dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, depende da interpretação e aplicação da teoria da concretização por parte do Judiciário ao analisar o texto da norma constitucional em cotejo com a realidade social, econômica e política do país para a obtenção da máxima efetividade e força normativa.

---

<sup>5</sup> Em oposição ao dualismo metodológico de Immanuel Kant e Hans Kelsen, que prega a separação entre o fato e a norma, a concretização os reconhece como elementos inseparáveis do processo de compreensão em uma interação circular (TAVARES, **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 63).

O contexto do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais logo fora rotulado de “ativismo judicial”, com uma conotação negativa. Apesar disso, o seu uso é considerado como institucionalmente proeminente para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. A crítica à justiça constitucional na sua vertente substantiva, mais ativista e menos distante dos problemas sociais, recorre frequentemente à separação de poderes, mas não existe uma preocupação em tornar mais preciso o sentido dogmático dessa cláusula de separação de poderes (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 33).

Em preciosismo técnico, o ativismo judicial não pode ser confundido com a judicialização da política. Luís Roberto Barroso esclarece que a judicialização da política, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância decorrente do modelo de controle de constitucionalidade, que permite levar discussões de alcance político para o Judiciário<sup>6</sup>. O ativismo, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance das normas na aplicação direta da Constituição independentemente de *interpositio legislatoris*, na declaração de inconstitucionalidade baseada em critérios menos rígidos de normas constitucionais principiológicas abertas e na imposição de condutas ou abstenções do Poder Público em matéria de políticas públicas (BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. Salvador: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 18, abr./jun de 2009).

No ativismo judicial, todavia, o Judiciário não pode abusar a ponto de emitir decisões despidas de conteúdo jurídico-dogmático e estritamente políticas, invadindo a liberdade de conformação (estreita) do legislador ou programando diretamente as políticas públicas em prejuízo do Executivo ou Legislativo (a atuação do Judiciário, neste caso, deve ser supletiva quando os demais poderes não cumprirem os ditames constitucionais). Essa politização da justiça representaria a “corrupção sistêmica”<sup>7</sup> do acoplamento estrutural entre política e direito na Constituição, ou seja, a patologia da atuação do Judiciário.

---

6 Pedro Buck menciona, porém, que a judicialização da política pode antecipar o debate não maturado na esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, o que nem sempre pode ser positivo para o debate político-democrático. Exemplo: Mandado de Segurança impetrado no STF por partido político integrante do Congresso Nacional contra ato do Presidente da Câmara que rejeitou o pedido de vacância dos mandatos dos deputados transfugistas. O caso poderia ter sido resolvido por meio de apresentação de PEC ou pela inclusão no Regimento Interno de sanção pela perda do mandato (BUCK, Pedro.” O Judiciário enquanto arena da oposição política: a relação entre o judiciário e a política a partir de Tate e Vallinder”. **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011).

---

7 Marcelo Neves cita a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann inspirado na teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela. A Constituição representa o acoplamento estrutural (influências e irritações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, de modo que nenhum desses sistemas perca a autonomia) entre os sistemas político e o jurídico. A corrupção sistêmica se caracteriza com a sabotagem de um sistema pelo outro, impedindo o acoplamento estrutural e a sua comunicação recíproca (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35-51).

Por curiosidade, quem primeiro lançou ao público a expressão *judicial activism* foi o jornalista Arhur Schlesinger Junior num artigo da revista **Fortune**, em janeiro de 1947, intitulado “*The Supreme Court: 1947*”. Ao lado do termo, veio também outra expressão: *self restraint* (autocontenção). Neste artigo, Schlesinger traçou os perfis dos *Justices* nas políticas públicas implementadas pelo presidente Roosevelt no chamado *New Deal* (LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Fórum: Belo Horizonte, 2010, p. 24-26).

As leis editadas durante o *New Deal*, com nítida vertente intervencionista da política do Governo Federal, foram descartadas pela Suprema Corte com argumentos liberais em verdadeiro “ativismo às avessas” (STRECK, **Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 51). Foi sob relativa “ameaça” do Executivo, ao pretender a aprovação de um projeto de designação de um novo membro para cada um dos existentes com mais de 70 anos (em 1937, significaria mais sete integrantes), que houve a mudança de compreensão da Suprema Corte em seu papel de distribuidor de direitos sociais (“*The switch in time that saved nine*”).

Historicamente, o constitucionalismo norte-americano de 1787 apresentou uma base tímida para suportar o ativismo em matéria de direitos fundamentais, tanto que as dez primeiras emendas àquela Constituição foram consideradas como não vinculantes aos Estados-membros pela Corte Suprema (vide caso *Barron v. Baltimore* de 1833, o que veio a ser alterado somente no caso *Gilton v. New York* de 1925). O famoso caso Dred Scott de 1857, no qual a decisão majoritária assegurou o regime de escravidão, também corrobora tal afirmação.

A Suprema Corte estadunidense, entretanto, teve uma radical mudança de postura somente no século XX, na chamada Corte Warren (1953-1969), com o caráter extremamente ativista em direitos fundamentais. Exemplos podem ser mencionados, como o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954), que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, revendo o fatídico precedente *Pleassy v. Ferguson*, 163 U. S. (1896) dos “iguais, mas separados” (segregação racial nos transportes ferroviários); o caso *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618 (1969), em que declarou a inconstitucionalidade de várias

leis estaduais que negavam prestações sociais àqueles que não comprovassem a residência nos respectivos locais por um ano pelo menos; e o caso da vedação contra a autoincriminação de *Malloy v. Hogan*, 378, U. S. 1 (1964).

A crise de legitimação do Parlamento e o desmoronamento do mito da vontade geral ampliaram o espaço de atuação do Judiciário, principalmente para a defesa de direitos fundamentais incorporados ao texto constitucional. Registre-se que nem sempre os eleitos diretamente pela vontade majoritária representam o povo, mas os interesses de grupos particulares. Koopmans afirma que:

*[...] os sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos governados: o povo vivia sob o império da lei por ele mesmo estabelecida, por meio de representantes por ele eleitos. Mas hoje [...] tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sob a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à legitimação dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenômeno [...] que pode ser encontrado em todos os países industrializados do Ocidente (KOOPMANS apud CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 46).*

Simone Goyard-Fabre, por sua vez, constata que:

*[...] essa falha que Paul Ricouer chama de brecha de legitimação significa que o Poder que se diz democrático está habitado por uma crise fundamental, que nada mais é que uma crise de identidade: o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282).*

Ademais, quando ocorre a divisão de opiniões entre os parlamentares em casos polêmicos que impedem a tomada de decisões políticas (v.g. aborto de fetos anencéfalos, pesquisas com células-tronco, união homoafetiva), tais questões frequentemente são remetidas para o Judiciário (em especial, o STF) enfrentá-las na sua função contramajoritária de defesa de grupos minoritários ou vulneráveis.

Vale recordar que uma decisão política tomada por um parlamentar, em questões controvertidas no seio da opinião pública e permeadas por pressões dos grupos de interesse (católicos, homossexuais, movimentos pró ou contra aborto, questões demográficas ligadas à etnia e gênero, liberdades civis, famílias etc.), certamente poderá afetar a sua popularidade com a consequente perda de votos do seu eleitorado.

Eis a razão de o Parlamento muitas vezes relegar certas decisões políticas ao Judiciário, que possui o dever de ouvir a opinião pública, conjugando direito e sociedade, mas jamais pode olvidar de sua função contramajoritária devidamente fundamentada em “contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões” (CAPPELLETTI, *Op. Cit.*, 1999, p. 98).<sup>8</sup>

O avanço no espaço de atuação do juiz constitucional, porém, presuppõe uma consolidação de métodos de trabalho por meio da hermenêutica (v.g. interpretação conforme a Constituição; concretização das normas constitucionais; hermenêutica crítica produtiva, e não reprodutiva; princípios da unidade, correção funcional, harmonização, eficácia integradora, força normativa), dos limites (v.g. o respeito ao espaço de atuação do Legislativo e Executivo; as consequências das decisões<sup>9</sup>; o texto escrito

---

8 Na visão do jurista norte-americano Cass Sustein, professor da Universidade de Harvard, as dificuldades contramajoritárias, na maior parte dos casos, não são tão difíceis assim. A Suprema Corte raramente julga em desacordo com a interpretação constitucional radicada na opinião dos populares pelas seguintes razões: (i) Consequências: “os céus devem decidir como acharem apropriado, mesmo que os céus venham a cair; porém, se a possibilidade de os céus caírem for real, talvez os juízes não devam adotar a solução que entendam correta”; (ii) “Humildade judicial”: não se deve ter a percepção lúdica de acreditar que o magistrado é aquele velho monge, no alto da montanha, a que os camponeses recorrem na firme crença de obter a resposta para qualquer questão. Sustein ressalta, ainda, que em questões eminentemente técnicas, científicas, alheias ao conhecimento da maior parcela da população, confere-se menor relevo à opinião pública. Também deve ser averiguada se a crença do povo deriva de uma aspiração legítima e adequadamente informada, ou se é fruto de uma influência tendenciosa sistemática da mídia ou de fatores culturais (SUSTEIN, Cass. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009).

9 As consequências práticas das decisões remetem ao pragmatismo norte-americano, em que a justiça é medida pelas consequências, e não pelo direito. Na concepção de William James (*Philosophical concepts and practical results*), o resultado do pensamento deve ser traduzido em comportamento, em contraste com a tradição europeia da filosofia abstrata, “descendo dos céus” para a resolução dos problemas reais. A grande vantagem é a percepção de que determinada interpretação pode gerar consequências indesejáveis na prática. O critério da validação da norma é a própria aplicação nos casos concretos, ou seja, existe uma proximidade com o critério de eficácia de Alf Ross (a norma é válida quando aplicada

da Constituição de modo que o juiz não pode escolher livremente os *topoi*) e do respeito à forma da realização dos direitos fundamentais por meio dos direitos judiciais (garantias processuais) para evitar arbitrariedades, mas com a cautela de que “a processualística hermética e tecnicista, mais voltada a si própria que a resultados práticos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado**. São Paulo: IBDC, 1999, p. 37), e a ausência do reconhecimento de sua perspectiva meramente instrumental podem embaraçar o direito fundamental a merecer amparo.

### 3. CORRENTES RESTRITIVAS À ATUAÇÃO ATIVISTA (SUBSTANCIALISTA) NO ESTADO DE DIREITOS

Nada obstante à consagração do ativismo judicial com o seu respectivo delineamento de parâmetros e limites, alguns autores possuem um posicionamento mais moderado em relação à distribuição dos direitos fundamentais como um todo pelo Judiciário.

Peter Häberle, ao analisar os países da América Latina, afirma que a jurisdição constitucional deveria se abster um pouco das questões sobre economia e do aspecto social, se preocupando mais com as garantias do mínimo necessário à sobrevivência do cidadão, porque antes serão criadas as riquezas para depois serem distribuídas. Häberle afirma, ainda, que ao Parlamento e ao governo corresponde a prioridade no labor de concretização da justiça social. Porém, no âmbito do Estado de Direito – isto é, dos direitos fundamentais clássicos (*status* negativo que se defende do Estado no sentido de Georg Jellinek) e da democracia pluralista – os novos Tribunais Constitucionais deveriam arriscar-se no exercício do ativismo judicial (HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-3). Observa-se que o entendimento de Häberle é um pouco mais contido em relação à judicialização dos direitos sociais, ao contrário dos direitos individuais e políticos.

O português Carlos Blanco de Moraes também se posiciona de modo mais contido e cético, sobretudo em decorrência da recente crise econômica europeia:

---

pelos tribunais – “relação de probabilidade empírica”). Entretanto, a extrema flexibilização do direito e o antiformalismo do pragmatismo conduzem à insegurança jurídica no ordenamento. Além disso, o pragmatismo vai de encontro com os *standards* constitucionais (direitos fundamentais), pois, nessa escola de interpretação, o juiz deveria comprovar cientificamente a relevância social desses direitos fundamentais que não seriam verdades absolutas (PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal – composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012, p. 46).

*O Estado Social de direito é um modelo e uma conquista que, em tempo de incerteza sobre os recursos disponíveis para alimentá-lo (sic), deve ser garantido, mas também reformado, de modo a que, com um menor volume de recursos disponíveis, possa ser mantido nas suas prestações fundamentais, sob pena de gastos descontrolados com prestações sociais e carentes de ação (sic) comprometam a solidez do próprio Estado em períodos de escassez de meios, os quais nunca são considerados como possíveis nos tempos de abundância. Isso (sic) sem prejuízo das Constituições sociais, como a brasileira e a portuguesa, conterem uma “cláusula de bem-estar” que inibe o Estado de se abster perante as tarefas prestacionais mínimas que a ordem constitucional lhes assina.*

*O abalado modelo social europeu é de tudo isso (sic) um exemplo paradigmático e a crise sem precedentes ocorrida no período 2010-2011 em Portugal demonstram como um gasto desmesurado e acrítico em prestações sociais sustentado num endividamento externo incontrolado pode conduzir a um pré-coloapso financeiro e, posteriormente, à supressão ou redução brutal e inimaginável de muitos benefícios antes conferidos, inclusivamente a situações chocantes de violação da proteção (sic) de confiança, ignoradas pelo Tribunal Constitucional com base em cruas razões de ordem pública (BLANCO DE MORAIS, Op. Cit., 2011, p. 241).*

Após análise dos posicionamentos contidos de Blanco de Moraes e Häberle quanto à atuação ativista do Judiciário nas prestações sociais<sup>10</sup>, a concepção de autocontenção (*self restraint*), ligada ao procedimentalismo de John Hart Ely<sup>11</sup> e Jürgen Habermas<sup>12</sup>, diz respeito à preservação

---

10 Vale recordar que a simples afirmação de insuficiência orçamentária é fato extintivo de direito, nos termos do artigo 333, II do CPC, incumbindo ao Poder Público o ônus da prova (STJ, 2ª T. REsp 474361/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 21.08.2009).

11 A visão procedimentalista de Ely legitima a atuação do Tribunal Constitucional tão-somente para conferir proteção aos direitos de associação e participação política, incluindo a liberdade de expressão e publicação. Essa legitimidade minimalista deixaria fora do alcance do Tribunal Constitucional a maioria das questões constitucionais, condicionando a eficácia do princípio democrático Ely, apesar de ser procedimentalista, reconhece que a República desenhada pelos fundadores da Constituição norte-americana não era do sistema winner-take-all (“o vencedor leva tudo”), segundo o qual o governo serve só aos interesses de poucos privilegiados ou ainda daqueles grupos que trabalham conjuntamente numa coalizão majoritária, mas um sistema em que os representantes governariam no interesse de todo o povo. (ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. 12. Reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1980).

12 Jürgen Habermas também é partidário da concepção procedimental de democracia, porém, diferentemente de John Hart Ely (foco exclusivo na Constituição americana), procurou tornar universal a legitimação do direito por meio de sua “teoria do discurso”. Nessa teoria, o direito só possui legitimidade quando surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos e as mesmas condições de exercício.

do processo democrático para que este concretize as pretensões da população, diferentemente do substancialismo que visa a concretização dos direitos fundamentais, princípios e valores constitucionais.

Em adendo ao procedimentalismo e à restrição de atuação do Judiciário, o norte-americano Michael Perry, influenciado pelo trabalho publicado em 1893 por James Bradley Thayer (*deferência Thayeriana*), considera, ainda, o Legislativo como o principal limite da Suprema Corte. Perry sugeriu que a Suprema Corte americana tivesse apenas a “penúltima palavra” na proteção de direitos humanos constitucionalizados, havendo uma postura deferencial ao Congresso Nacional, que poderia, por exemplo, derrubar a decisão judicial por uma simples lei ordinária (PERRY, Michael J. “Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a suprema corte americana: da deferência thayeriana”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 2, p. 113-126, abr/jun 2007a).

A apologia de Thayer não tinha origem na simples crença de que os legisladores sempre possuem a capacidade de solucionar as matérias constitucionais da melhor maneira. Tampouco sua procedência estava na confiança dos parlamentares como seletos representantes do povo. O argumento *thayeriano* era fundamentado na capacidade política do povo e sua responsabilidade moral de deliberar sobre os assuntos constitucionais, ou seja, os cidadãos são o poder político supremo por meio de seus representantes eleitos (soberania popular).

Nessa *deferência thayeriana* ou “regra do erro evidente” (denominada por Alexander Bickel), a Suprema Corte só poderia desconsiderar a lei impugnada quando os legisladores não tiverem apenas cometido um mero erro, mas um erro muito evidente, ou seja, a Constituição deixaria uma margem de escolha ao Legislativo, e não haveria inconstitucionalidade caso a escolha fosse racional. O objetivo de Thayer era diminuir a liberdade do Judiciário na decisão de inconstitucionalidade.

Perry defende, por exemplo, que a Corte Suprema estadunidense não deveria julgar a inconstitucionalidade de leis referentes à pena de

---

Habermas alude que a Corte Constitucional deve “entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir a própria (*sic*) o papel de legislador político” (HABERMAS, Jürgen. **Más Allá del Estado Nacional**. Madrid: Trotta, 1997, p. 99).

morte (se viola a 8ª emenda), ao aborto (se viola a 14ª emenda) e à união entre pessoas do mesmo sexo (se viola a 10ª emenda). Todavia, sustenta que a *deferência thayeriana* é inapropriada para casos em que outros direitos humanos estão em questão, como a liberdade de expressão e a vedação à discriminação racial (PERRY, "Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrenchados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? – com especial referência à pena de morte, aborto e uniões de pessoas do mesmo sexo". In: **Justiça constitucional – pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007b), porque tais direitos envolvem a preservação do processo político em igualdade de condições a todos os cidadãos.

O legislador pode escolher uma interpretação para concretizar a norma, mas a Suprema Corte estadunidense é quem decide a interpretação cabível da Constituição. O modelo americano é o da não deferência ou, no conceito invertido, da deferência à Suprema Corte com liberdade de conformação estreita do legislador, sob pena de retrocesso à supremacia do Poder Legislativo (retorno ao "Estado legalista") em detrimento da supremacia da Constituição (PEIXOTO, *Op. Cit.*, 2012, p. 48-49).

Em sentido contrário da opinião da autocontenção como diametralmente oposta ao ativismo, André Ramos Tavares afirma que a *self restraint* não deve ser entendida como uma opção teórica de deslegitimação do juiz constitucional, mas como um elemento colegitimador da atuação ativa do juiz na distribuição dos direitos fundamentais ao respeitar a atuação concorrencial do legislador (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 49).

No mesmo sentido, Barroso afirma:

*A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, quer se defenda uma noção procedimental da Constituição – que privilegia a definição das*

*regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos – quer se opte por um modelo substancialista – no qual certas opções materiais já estariam predefinidas* (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58).

Outra teoria de minimalismo judicial é o originalismo norte-americano, que almeja reduzir a discricionariedade do ativismo judicial (“o governo dos juizes”) fazendo oposição à ideia de Constituição viva (*living Constitution*) aberta às mutações da sociedade.<sup>13</sup> Nessa ideia de *living Constitution*, Antonin Scalia afirma que os juizes confundirão as suas próprias predileções com o direito (SCALIA, Antonin. "Originalismo: o mal menor". In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 3, jul/set 2007).

No originalismo, a intenção original dos constituintes é vinculante, ou seja, os julgadores devem decidir conforme o “estado mental contemporâneo dos escritores da linguagem” (SCHAUER *apud* TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 56). Há uma verdadeira “volta ao passado numa máquina do tempo” (SUNSTEIN *apud* TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p.56), como, por exemplo, as decisões com base em livros e dicionários da época da promulgação da Constituição norte-americana de 1787.

Entretanto, o originalismo merece algumas críticas contundentes: (i) a extrema dificuldade em encontrar o sentido original do texto antigo, sendo tarefa mais adequada ao historiador do que ao jurista; (ii) a referência à intenção real dos autores da Constituição de 1988 é praticamente excluída da literatura constitucional brasileira, o que deveria ocorrer o contrário em razão de registros constituintes mais recentes e seguros; (iii) a concepção originalista não salvaguarda as interpretações menos surpreendentes ou menos ativistas. Pelo contrário, a surpresa marca esse conjunto jurisprudencial (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 54-56).

---

<sup>13</sup> Konrad Hesse afirma que “constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo” (HESSE, *Op. Cit.*, 2009, p. 134).

#### 4. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO TÉCNICA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

Depois de uma breve sistematização sobre as correntes restritivas à atuação ativista e substancialista do Judiciário no capítulo anterior, o presente retorna ao estudo da concretização dos direitos fundamentais por parte do juiz constitucional, especificamente sobre a interação no ciclo hermenêutico do princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) como técnica de constitucionalização dos direitos.

Como decorrência lógica da supremacia da Constituição, a interpretação das normas infraconstitucionais obviamente deverá ter como parâmetro a Constituição. Dentro da consolidação dos métodos de trabalho da hermenêutica, a interpretação conforme a Constituição surge como eficaz instrumento de constitucionalização dos direitos.

De acordo com Kelsen, cada enunciado normativo apresenta diversos significados, incumbindo ao Judiciário intérprete definir quais significados se encontram dentro e fora da moldura constitucional (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 388). Nessa função interpretativa, o controle de constitucionalidade surge como técnica vocacionada ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, notadamente na via difuso-concreta, já que a via abstrata tende a se ocupar mais com questões de governabilidade, ainda que recentemente os próprios direitos fundamentais tenham sido bem levantados nesta via (células-tronco, união homoafetiva, lei sobre a política de cotas raciais e sociais, lei da “ficha limpa”, liberdade de imprensa, autorização para a “marcha da maconha”, aborto de feto anencéfalo etc).

Para Tavares, “o paradoxo é evidente, na medida em que o controle abstrato é quantitativamente superior em seus efeitos do que o concreto, ou seja, atinge um número sempre muito maior de pessoas, ao passo que no controle concreto a decisão tende a ser qualitativamente mais relevante para o indivíduo, mas se circunscreve às partes do processo judicial” (TAVARES, “O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para advocacia”. **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011b, p. 12).

A Súmula Vinculante nada mais representou que uma tentativa de atingir um número maior de pessoas no controle difuso ao estender seus

efeitos, porém o referido instituto ainda vem sendo aplicado com timidez e de forma pouco criteriosa pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a interpretação conforme como técnica de decisão promove o fenômeno da constitucionalização dos direitos, reconhecendo-se o papel da justiça constitucional de realização do Estado de Direitos. Recorde-se que, no Brasil, todo magistrado é um juiz constitucional, carregando em seu cargo o dever mencionado (TAVARES, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011a, p. 732-733).

Por fim, Konrad Hesse cita a interpretação da Constituição conforme a lei como princípio suplementar que deve ser considerado por respeito à primazia do legislador na concretização da Constituição e à presunção de constitucionalidade das leis (HESSE, *Op. Cit.*, 2009, p. 118-122). Vale recordar que não é só o Judiciário que concretiza a Constituição, embora tenha a “última palavra” na figura do STF, mas o Legislativo também a concretiza dentro de sua liberdade (ainda que estreita) de conformação nos significados possíveis dentro da moldura constitucional.

## 5. CONCLUSÕES

O conceito de “Poder Judiciário no Estado de Direitos” significa, então, que o Judiciário não desponta somente como um poder direcionado à resolução de conflitos de interesse entre os jurisdicionados, mas como garantidor e distribuidor dos direitos fundamentais, inclusive contra o maior violador que é o próprio Estado.

O Poder Judiciário, atualmente, realiza um papel importante na concretização dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais tão esquecidos pelo Executivo e Legislativo. Nem mesmo o dogma da separação de poderes, levantado muitas vezes sem um sentido preciso, pode impedir a realização de tais direitos quando inertes os órgãos constitucionalmente competentes para implementá-los na prática.

Os ensinamentos mais contidos e céticos de Blanco de Moraes nas prestações sociais, porém, devem ser sopesados (sob a rígida condição de o Estado comprovar indiscutivelmente a insuficiência orçamentária) para evitar uma distribuição cega e irresponsável de direitos sociais sem a mínima preocupação com a solidez do próprio Estado em períodos de es-

casos de recursos, como a atual crise econômica europeia (em especial, Portugal, Espanha, Irlanda e Grécia), jamais considerados em períodos de abundância, o que causaria a supressão ou diminuição (retrocesso) de direitos sociais antes conferidos pelo Estado aos cidadãos.

As colocações de Häberle também são importantes a ponto de o Judiciário sempre garantir o mínimo necessário à sobrevivência do cidadão, porque antes serão criadas as riquezas para depois serem distribuídas. Vale dizer que outros investimentos do Estado também são essenciais para a geração de riquezas e empregos (v.g. a infraestrutura) com o objetivo de posterior redistribuição dessa prosperidade à população mais necessitada por meio de maior arrecadação de receitas tributárias e das consequentes prestações sociais.

No ciclo hermenêutico de concretização dos direitos fundamentais, conclui-se que a interpretação conforme a Constituição como técnica de decisão promove o fenômeno da constitucionalização dos direitos, reconhecendo-se o papel da justiça constitucional de realização do Estado de Direitos. Vale recordar que, no Brasil, todo magistrado é um juiz constitucional, carregando em seu cargo o dever mencionado (TAVARES, *Op. Cit.*, 2011a, p. 732-733).

Finalmente, o presente artigo não trata de mero exercício de retórica constitucional vazia. Nos dias atuais, essas conclusões parecem óbvias, mas a longa caminhada de construção da cidadania brasileira e de reconstrução do Judiciário – até então tolhido pelos regimes ditatoriais de Getúlio Vargas e depois dos militares durante o século XX – demonstra que a realidade nem sempre foi assim em nosso país. ❖

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo e legitimidade democrática". Salvador: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 18, abr./jun de 2009.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: of private wrongs**. Chicago: The University Chicago Press, 1979.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. "Direitos sociais e controlo de constitucionalidade por omissão". **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC** nº 20, ano 5. Belo Horizonte, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BUCK, Pedro. "O Judiciário enquanto arena da oposição política: a relação entre o judiciário e a política a partir de Tate e Vallinder". **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. 12. Reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1980.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282.

HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Más Allá del Estado Nacional**. Madrid: Trotta, 1997.

HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

HESE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Fórum: Belo Horizonte, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. V. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado**. São Paulo: IBDC, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal – composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.

PERRY, Michael J. "Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a suprema corte americana: da deferência thayeriana". Tradução de Mariana Bevilacqua. Revisão técnica de Felipe Monteiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 2, p. 113-126, abr/jun 2007a.

\_\_\_\_\_. "Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? (com especial referência à pena de morte, aborto e uniões de pessoas do mesmo sexo)". In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional – pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007b.

SCALIA, Antonin. "Originalismo: o mal menor". In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 3, jul/set 2007.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

SUNSTEIN, Cass. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. "O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para advocacia". **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011b.

# A Inserção do Outro no Horizonte Dialógico Entre o Direito e a Psicanálise

**Marcus da Costa Ferreira**

*Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude da Capital-RJ.*

## 1 - INTRODUÇÃO

Repensar o horizonte dialógico entre o Direito e a Psicanálise é um convite à reflexão crítica sobre a constituição de cada um destes saberes, dos quais uma das consequências nos leva à nudez de muitos de nossos preconceitos, certezas, seguranças e “verdades” estabelecidas e também a um mergulho no próprio rio de nossa contemporaneidade. Não é isto o que me proponho a realizar totalmente aqui. Se assim o afirmo, é tanto em nome do espaço e da proposta exigidos para este trabalho quanto em nome – conquanto não houvesse esta exigência – da pretensão desta tarefa. Pois qualquer tentativa de abarcar temática de tal porte e complexidade exige inicialmente o reconhecimento de se estar diante de um terreno movediço, descontínuo e perigoso, onde, de um lado, temos a ciência do Direito, constituída por sua razão iluminista, herdeira de fortes influências do Positivismo; e, de outro lado, temos, sub-repticiamente, as ciências incipientes da Psicanálise e da Psicologia, ainda percebidas em suas marginalidade e estranheza.

O presente trabalho propõe, então, repensar a relação Direito/Psicanálise/Psicologia através de uma incômoda pergunta: quais estratégias adotar no ato de julgar em nossa contemporaneidade pós-utópica, pós-moderna, cujo fundamento se perfaz paradoxalmente pela certeza de que a verdade é impossível de ser alcançada, seja por uma só ou mais de uma ciência ou saberes? Talvez a pergunta devesse ser reformulada a partir

---

\* Trabalho apresentado no curso "Princípios de Psicanálise Jurídica", realizado em 9, 16 e 24 de abril e 11 e 18 de maio de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ.

desse reconhecimento da fragilidade de qualquer tentativa de obtenção de sentido e verdade em um tempo à deriva de sua própria identidade e, assim, reconhecendo esse ponto, me perguntaria qual seria uma das possíveis estratégias do espaço do julgar, capaz de lidar com os impasses do presente, (des)reconhecendo-se em meio a uma modernidade eternamente atravessada pela crise? O que seria o ato de julgar, as suas ressignificações, “o Justo”, no entendimento de Paul Ricoeur, em nosso tempo?

Uma das respostas a essa pergunta se reveste neste trabalho de uma proposta que reconhece na categoria do “outro” um ponto de interseção desses saberes, a partir do qual pode ser construída uma ética da inclusão.

Para isso, em um primeiro momento, iremos organizar certo conhecimento relativo a essas duas ciências, de forma a enfatizar a questão da alteridade inicialmente como um ponto de conflito e depois como um horizonte dialógico entre elas. Esse outro, a ser aprofundado em um segundo momento deste trabalho, presente no conflito psicanalítico e jurídico, não inclui somente a parte, as partes do processo, mas, além desses, todos os atores desta cena: o psicólogo/psicanalista forense e também o Juiz, que deve tentar reconhecer as ilusões e armadilhas de seu seguro manto da imparcialidade e de suas claras certezas normativas e se construir como sujeito nesse processo de reconhecimento da alteridade, sabedor de que seu julgamento não deve ser um ato isolado restrito às questões normativas. Ou melhor, nas palavras do professor e doutrinador Luiz Gustavo Grandinetti: o juiz de hoje não está “mais só, muito menos só com a lei. Em redor dele está toda a complexidade da sociedade que ele deve estar em condições de interpretar, além de interpretar a norma. Não há mais espaço para um juiz que seja um passivo aplicador da lei.” (CARVALHO, 2003)

Nesse sentido, apresento como caso concreto o trabalho nomeado “Grupo de Reflexão”, proposto depois de uma série de reuniões com o corpo de psicólogos em atuação na Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital, onde atualmente exerço a função de juiz titular.

## **2 - VERDADE E SUJEITO - A DIMENSÃO DO OUTRO**

Pensar o Direito hoje é reconhecer os muitos discursos que o atravessam ao longo de seu percurso histórico, e com isto identificar algumas linhas teóricas que ainda constituem referências aos juristas até nossa atualidade. Nesse vasto campo de possibilidades teóricas, aproveitamos

o recorte teórico realizado pela psicanalista Mara Caffé em sua obra **Psicanálise e Direito**.

Uma destas influências reconhecidas na construção do Direito, sem dúvida nenhuma, nos foi deixada por Kelsen ao construir um dos pilares do que se denomina a teoria pura do Direito ou teoria do Direito Positivo, em que se busca esquadriñar a ciência jurídica, delimitando-lhe o objeto bem como identificando aspectos próprios. Aqui reina absoluta a norma jurídica, que não só confere sentido aos fatos como também se encontra inserida em um conjunto de normas integrantes do ordenamento jurídico.

Outra linha teórica importante a ser assinalada compreende o Direito como um fenômeno da cultura, de caráter histórico e concreto. Para Miguel Reale: “Nada mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que os condicionam, tanto na sua gênese, quanto na sua ulterior aplicação” (REALE, 1972, v. 2, p. 495). A crítica desse pensamento em relação ao positivismo baseia-se principalmente no fato de Kelsen excluir a historicidade do ordenamento jurídico, entendendo o Direito como portador de uma essência que é igual em qualquer tempo e sociedade. A inclusão do fato e do valor como componentes da estrutura do Direito indica uma das diferenças fundamentais neste momento, e amplia a esfera desse saber, que sai de um campo puramente lógico e abstrato e se encarna em dimensões históricas e concretas, perfazendo-se em experiências sociais valoradas pelas relações humanas.

Uma terceira linha a ser observada é construída pelo pensamento do acadêmico Tercio Sampaio Ferraz Jr., que, entre outros aspectos, identifica que a prudência romana, conquistada na Antiguidade Clássica como exercício de uma atividade ética, passou a adotar um sentido cada vez mais dogmático e tecnológico na atualidade (CAFFÉ, 2010, p. 141). Segundo Ferraz Jr., podemos dizer que atualmente a ciência dogmática do Direito cumpre as funções típicas de uma tecnologia, podendo instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. O problema apontado pelo jurista é que o pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização dos seus pressupostos, a fim de cumprir sua função de criar condições para a ação, fazendo com que todo um procedimento específico seja desenvolvido para decidir os conflitos, ou seja, estamos aqui diante da prática jurídica institucional.

Mantidas as devidas diferenças, essa crítica realizada por Ferraz na atualidade ironicamente assemelha-se em alguns aspectos ao momento histórico do surgimento de uma nova Justiça, a qual será progressivamente substituída por um conjunto de instituições controladas pelo Estado, tendo a função de administrar as massas revoltas e assegurar a ordem pública, diferenciando-se do modelo arbitral de Justiça presente na *Ida-de Média*. Dessa forma, a partir de meados do século XVIII, para Michel Foucault, começa o embrião daquilo que se tornará o aparelho judiciário, e com ele toda a máquina penitenciária e seu programa tecnológico peculiar, juntamente com o novo personagem produto desta situação, o delinquente. Para captar essa nova objetividade, novos sujeitos serão investidos de poder e novas técnicas de exame serão desenvolvidas (FOUCAULT, 1993, p. 223). Assim, se julgar estava anteriormente associado ao estabelecimento da verdade de um crime e ao apontamento de seu autor, agora esse ato reveste-se de outro objetivo: o de julgar as paixões, vontades e disposições. É nesse momento que emergem instituições laterais à justiça com as funções de vigilância e correção: trata-se de um novo saber de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência. Segundo Foucault, essa é a base do poder, a forma do saber-poder que vai dar lugar não às grandes ciências de observações, como no caso do inquérito, mas ao que chamamos de ciências humanas: Psiquiatria, Psicologia, Sociologia. (FOUCAULT, 1986, p. 88).

A Psiquiatria e Psicologia inserem-se então nesse contexto positivista como uma estratégia de patologização do crime e, conforme Tania Kolker, esse momento nos deixará como legado uma certa tradição inteiramente maniqueísta de “perceber os que delinquem como um *outro* perigoso, pernicioso à sociedade, desumano, verdadeiro monstro e por isso incapaz de viver entre os homens de bem” (KOLKER, 2005, p. 182).

As ciências acima referidas inseriram-se na seara jurídica como prática e discurso suplementares e subordinados ao Direito, delimitando e controlando o outro em sua dimensão psíquica, quase como um objeto que deve se sujeitar a determinado ordenamento jurídico, devendo ser constantemente vigiado em nome da manutenção da ordem social; por sua vez, ao refletirmos sobre o nascimento e o lugar pertinentes à Psicanálise, enquanto ciência independente, veremos que o foco da visão sobre o outro muda substancialmente. Se ambos os saberes lidam com a verdade e o sujeito, no saber psicanalítico, o que temos é a incerteza de qualquer

pretensão totalizante em relação à subjetividade, ou melhor, o sujeito, e conseqüentemente o outro, serão sempre inalcançáveis, descentralizados, despidos de essência. Assim, o primeiro passo para lidar com essa situação é o reconhecimento da existência paradoxal do ser humano, de sua dimensão errante. Se o sujeito delimitado pelo Direito age conscientemente, ou deveria agir, às claras, submetendo-se às leis estabelecidas, por sua vez, o sujeito da Psicanálise encontra-se às cegas, no escuro mundo do seu inconsciente, guiado pelas leis mutantes do seu aparelho psíquico, e, ao tatear em busca de sua felicidade, é quase inevitável o sofrer. Para Freud, em **O Mal-Estar na Civilização**, o sofrer nos ameaça a partir de três lados: o próprio corpo, o mundo externo e as relações com outros seres humanos. Ao refletir sobre a busca da felicidade, o autor reconhece que a relação com os outros acaba por indicar a insuficiência das normas que regulam os vínculos humanos na família, no Estado e na sociedade:

*Temos outra atitude para com a terceira fonte de sofrimento, a social. Esta não queremos admitir, não podendo compreender por que as instituições por nós mesmos criadas não trariam bem-estar e proteção para todos nós. Contudo se lembrarmos como fracassamos justamente nessa parte da prevenção do sofrimento, nasce a suspeita de que aí se esconderia um quê de natureza indomável, desta vez da nossa própria constituição psíquica. (FREUD, 2011, p. 30)*

Ao reconhecer que boa parte da culpa por nossa miséria humana vem do que se chama civilização, Freud vai, ao longo de sua obra, deslindar os significados dessa palavra e seu trajeto histórico, desenvolvendo a ideia de que, ainda que fonte de sofrimento, a civilização é necessária, principalmente como modo de regulação das relações dos homens entre si, das relações sociais, que dizem respeito ao indivíduo enquanto vizinho, colaborador, objeto sexual de outro, membro de uma família e Estado (FREUD, 2011, p. 40). O autor prossegue, reconhecendo que a vida humana em comum se torna possível apenas quando há uma maioria mais forte e que se conserva diante de qualquer indivíduo, de forma que o poder dessa comunidade se estabelece como “direito”, em oposição ao poder do indivíduo, condenado como força bruta. Assim, temos a “justiça” como garantia de que a ordem legal colocada não será violada em lugar de um indivíduo. A consequência disso é o desafio encontrado pela

humanidade: encontrar o equilíbrio adequado, nas palavras do autor, que traga felicidade entre as exigências individuais e as do grupo, culturais; “é um dos problemas que concernem a seu próprio destino, a questão de se este equilíbrio é alcançável mediante uma determinada configuração cultural ou se o conflito é insolúvel” (FREUD, 2011, p. 41).

Podemos dizer que a Justiça, enquanto espaço deste antigo conflito, encontra no elemento do outro o seu ponto de atrito e de crescimento: o outro enquanto reconhecimento das diferenças, o outro enquanto emergência de novos direitos e o outro enquanto lugar de reflexão crítica sobre o próprio ato de julgar. É a inserção do outro no convívio social que vai alavancar o tenso e rico conflito instaurado entre a dimensão da norma e a da subjetividade: se a Psicanálise e a Psicologia não podem, via de regra, se imiscuir no ordenamento jurídico, se não lhes cabe tal papel, no entanto, não podemos deixar de reconhecer a sua importância no desenvolvimento do processo e no descobrimento da “verdade”, ou melhor, a sua contribuição como elemento de reflexão crítica e instrumento capaz de minimizar o sofrimento humano.

### **3- ESTRATÉGIAS JURÍDICAS E PSICANALÍTICAS: A INCLUSÃO DO OUTRO**

Reconhecida a importância da prática e do discurso da Psicanálise e da Psicologia nos conflitos sociais, mais especificamente, nas demandas judiciais, principalmente em relação à ressignificação do outro, gostaria de expor aqui, como caso concreto, em que podemos observar essa interação Justiça/Psicologia, a criação do Grupo de Reflexão, instaurado após uma série de reuniões e debates entre o corpo de psicólogos da Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital e este magistrado.

Lidar com os conflitos judiciais pertinentes à área da infância e juventude é uma árdua tarefa, pois, sem minimizar as outras áreas, sabemos que a adolescência é uma das fases consideradas cruciais ao desenvolvimento humano, em que temos a vivência de uma complexidade psicossocial marcada não só por alterações físicas e psíquicas, mas também sujeita aos inúmeros apelos de uma sociedade contemporânea de consumo, da rapidez, da imagem, da constante banalização da violência e, no caso do Brasil, marcada por profundas desigualdades sociais. Lidar com esse cenário do “adolescer” solicita do juiz uma maior sensibilidade

e, como diria Ricoeur, um ato de julgar fenomenológico. É preciso, nas palavras do professor Grandinetti, “descer” de nosso cômodo lugar e ser o juiz-ator, colocando-se “liminamente ao lado da parte”, para concretizar genuínos direitos fundamentais, e, com isso, desenvolver uma coragem que deve ultrapassar o campo do jurídico e ousar em outras áreas de atuação. Essa foi a situação com a qual me deparei ao assumir a titularidade da VIJ/Capital: a de que, mais do nunca, o Direito, diante dos desafios encontrados, deve dialogar com outros saberes.

Uma das questões com a qual me deparei diz respeito ao uso de drogas pelos chamados “adolescentes em conflito com a lei”, caso, aliás, de saúde pública, que demanda a criação e desenvolvimento de práticas, de ações e intervenções entre os Poderes. Entre essas ações, podemos citar a prevenção, a qual, aliás, foi apresentada como um dos pressupostos delineados na Política Nacional sobre Drogas, no eixo de desenvolvimento de projetos estratégicos. Como contraponto a uma prática passada essencialmente repressiva no combate ao uso de drogas, a ênfase nas ações de prevenção, que também aposta no valor da responsabilidade compartilhada, tem sido comprovadamente mais efetiva, além de ter um custo menor.

A partir desta realidade, como atuante na seara socioeducativa, afirmo ser imperiosa a necessidade de participação da esfera judiciária em práticas cuja proposta se delineie no sentido de enfrentar a questão da drogadicção entre nossa juventude, pois o abuso de drogas, além de causar danos físicos, mentais e psíquicos ao usuário, acrescidos dos problemas familiares, perfaz um círculo vicioso composto por violência e criminalidade. Inúmeras podem ser as causas que levam o jovem de qualquer classe social a experimentar e depois fazer uso habitual de substâncias entorpecentes, mas um ponto aqui é crucial ao se tratar de jovens pertencentes a uma classe desprivilegiada, o de que as drogas utilizadas por crianças e adolescentes de baixa renda são mais um dos meios que os levarão a um risco social ainda maior, tendo em vista que a exclusão social destes será cada vez mais acentuada. Se os jovens de baixa renda já encontram menos oportunidades de crescimento e pleno desenvolvimento, agora, os que se drogam se encontram em situação mais precária, face sua vulnerabilidade física e psíquica que os podem conduzir a um estado de total degradação humana, caso não tenham o tratamento e a orientação adequadas.

Dessa forma, foi implementado o programa “Grupo de Reflexão” em que, por meio de encontros semanais com duração de duas horas, são

realizadas dinâmicas grupais, debates e jogos interativos, com a utilização de recursos audiovisuais em que são discutidas questões como direito, oportunidade social, uso de drogas, violência, relações familiares. Ressalta-se que procuramos fazer com que os adolescentes não se sintam pressionados nem excluídos, e sim percebam que os problemas deles são os problemas de todos e que podem, sim, transformar suas vidas por meio do trabalho e do estudo. Importante destacar a fala do professor Benilton Bezerra em uma de suas aulas a respeito da diferença entre agressividade e violência ir ao encontro de nossa linha de atuação, pois muitas vezes o que percebemos é que estes jovens utilizam a agressividade como forma de não invisibilidade, como apelo à Lei, inserção social, e, aproveitando este “apelo”, tentamos desenvolver uma ética da inclusão, ou seja, levá-los a acreditarem em si mesmos e no seus potenciais, canalizando a agressividade como força motriz para realização de seus projetos.

Nesse sentido, muitos jovens do grupo são encaminhados para cursos profissionalizantes, às vezes até com a inclusão no mercado de trabalho, para atendimento na rede do município, para terapia familiar. Mais do que tudo, tornam-se assim visíveis, tomam visibilidade, deixam de ser um “outro” da “delinquência”, da perniciosidade, da falta de voz e de corpo e passam a ser o Outro para o qual temos que desviar nossos olhares e ações. “O Justo”, dessa forma, concretiza-se como um julgamento que altera vidas, inserindo-se na dimensão carnal da existência com todos os seus conflitos e idiossincrasias, acreditando que o Direito não é soberano para “resolver” os conflitos humanos e precisa de outras vozes e saberes. Importante apontar também que não se quer aqui “desresponsabilizar” o adolescente que cometera ato infracional, e sim superar uma pesada tradição menorista que ora carrega traços de um paternalismo ainda existente, ora trata o jovem como um adulto a ser severamente punido em benefício da sociedade. No entanto, o importante também é ressocializar esses jovens com práticas inclusivas, possibilitando um ambiente acolhedor. Nas palavras do professor Benilton:

*Incapaz de fazer uso de seus potenciais vitais, o sujeito perde a esperança de construir uma vida com sentido para si e de encontrar para si um lugar no mundo partilhado. Quando o ambiente não é capaz de oferecer destinos aceitáveis para a agressividade inerente a toda vida saudável, é a violência que entra em seu lugar.*  
(BENILTON, 2006, p. 55)

Temos então o juiz como ator e um duplo criador: o que cria possibilidades e vai além da letra fria da lei, encarna o Direito em sua dimensão temporal, social, reconhecendo e compartilhando outros saberes e o que cria um novo lugar da Justiça que se amplia e admira dimensões éticas. Julgar, conforme Paul Ricoeur, não é somente opinar, avaliar, mas também considerar verdadeiro e justo e, por fim, tomar posição. ❖

#### 4- REFERÊNCIAS

BEZERRA JR, Benilton. **Reflexões sobre a violência urbana: insegurança e desesperanças**. RJ: Editora Mauad, 2006.

BEZERRA JR., Bezerra, FIGUEIREDO, Luis Claudio & HORNSTEIN, Luis. “Psicanálise: uma leitura da condição humana”. **Revista Percuso**, n. 42.

CAFFÉ, Mara. **Psicanálise e Direito**. SP: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “A politização do judiciário e marketing institucional”. Tese apresentada e aprovada por unanimidade no Encontro Estadual de Juizes do Rio de Janeiro, em setembro de 2003, em Mangaratiba, RJ e no Congresso Brasileiro de Magistrados, em outubro de 2003, em Salvador, Bahia.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. RJ: Nau Editora, 1986.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. RJ: Pinguim, Companhia das Letras, 2010.

KOLKER, Tania. “A atuação dos psicólogos no sistema penal”. In: GONÇALVES, Hebe Signorini & BRANDÃO, Eduardo Ponte (organ.) **Psicologia Jurídica no Brasil**. RJ: Nau Editora, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

RICOEUR, Paul. **O Justo**. RJ: Martins Fontes, 2008.

# Saúde Pública e Poder Econômico

**Nicholas Maciel Merlone**

*Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), onde é assistente em Direito Constitucional. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado.*

## INTRODUÇÃO

A pesquisa procura estudar a relação entre o Direito Fundamental à Saúde e o Poder Econômico.

Primeiramente, analisa-se os Direitos Fundamentais de forma introdutória, apenas tecendo algumas considerações, para, assim, trazer a conceituação do Direito Social Fundamental em pauta e realizar algumas ponderações pontuais importantes sobre o Sistema Único de Saúde (SUS).

Secundariamente, procura-se analisar a relação entre Saúde Pública e Poder Econômico, a partir da leitura dos autores: Leda Maria Paulani, ao analisar a obra de Celso Furtado; da leitura de Gilberto Bercovici; Fábio Konder Comparato; e John Maynard Keynes, bem como de discussões ocorridas nas aulas do Mestrado na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), na disciplina de Estado e Economia.

No contexto, considera-se aspectos do Direito Econômico relacionados, da mesma forma, à Saúde Pública.

Após percorrer esse caminho, conclui-se o estudo, apenas observando fatos e sugerindo apontamentos.

De início, cabe destacar a fundamental importância do Direito à Saúde, que, uma vez assegurado à população, contribui para a redução das desigualdades regionais e sociais e da dependência do Poder Econômico Privado, quando em parceria com o mesmo, de modo que se deve ressaltar que nem por isso devem-se extinguir as parcerias, nos momentos em que buscarem o bem comum e o interesse público.

A Saúde é um bem jurídico Internacional, que deve ser tutelado e democratizado. Deve-se, inclusive, protegê-lo para que não sofra abusos do Poder Econômico, que, no entanto, deve continuar existindo.

Para tanto, como se estudará, a participação da comunidade é fundamental, além de constituir-se em princípio constitucional, nos termos do artigo 198, inciso III.

Passa-se a analisar o primeiro tópico do estudo, qual seja: o Direito Fundamental à Saúde.

## DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Saúde é um Direito Fundamental. Desse modo, cabe trazer algumas considerações sobre isso.

Celso Bastos<sup>1</sup>, ao delimitar os Direitos Fundamentais, ressalta:

*Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou direitos individuais, àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Há como que uma repartição de tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial.*

Dessarte, reflete que os Direitos Fundamentais devem ser guardados pelo Estado com instrumentos de ação, bem como protegida a esfera do indivíduo contra a intromissão estatal indevida.

Alexandre de Moraes<sup>2</sup>, assim, esclarece com relação aos Direitos Humanos Fundamentais:

*colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o res-*

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 234.

2 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ª. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 2.

*peito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.*

Destaca o autor em comentário o pleno desenvolvimento da personalidade humana, como conteúdo jurídico da dignidade humana, base dos Direitos Humanos Fundamentais.

No que tange ao Direito Social em questão, Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>3</sup> destacam que:

*a afirmação da **saúde** como ausência de doença, [...], embora padeça de insubsistência, afirma a existência de um núcleo preciso, orientando a compreensão do que, de forma clara e inquestionável, é **direito subjetivo do indivíduo**, ou seja, o de assistência integral, quer para evitar, quer para tratar, quer ainda para readequar o indivíduo socialmente. Já as formulações incorporadas pela **Constituição da Organização Mundial de Saúde**, consubstanciando inegável evolução na abordagem do tema, talvez apresentem como virtude maior a identificação de saúde como um bem jurídico que apresenta **três diferentes dimensões**: uma individual, outra coletiva e outra ainda de desenvolvimento, assim pensado não só com base nas presentes, mas também nas futuras gerações. (grifos nossos).*

Dessa forma, em um primeiro momento, traz-se um conceito do Direito Fundamental à Saúde, como direito subjetivo do indivíduo.

Além disso, salienta-se estar o direito em pauta sedimentado na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, nos artigos 6º e 196, de onde se extraem dois pontos elementares, respectivamente: 1) seu caráter eminentemente social; e 2) o fato de se tratar, ao mesmo tempo, de um direito de todos e de um dever do Estado.

Parte-se, então, à análise da Saúde Pública.

## SAÚDE PÚBLICA

O Sistema Único de Saúde (SUS) é integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada, conforme as disposições do artigo 198 da Lei Fundamental.

---

3 DALLARI, Sueli. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 10.

Pode-se, a partir daí, mencionar que o Sistema Único de Saúde (SUS) se solidifica em um tripé, já que este é formado pelos princípios previstos nos incisos I, II e III do artigo 198 da Constituição da República, quais sejam, respectivamente:

*I) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III) participação da comunidade.*

Nessa linha, guiando-se pela descentralização, a União deve gerir o sistema enquanto os Estados devem atender às questões mais complexas e os Municípios, as básicas. Como gestores, tem-se na Esfera Federal, o Ministro da Saúde; Estadual, os Secretários Estaduais de Saúde; e Municipal, os Secretários Municipais de Saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS), ao ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, destacou a importância essencial dos princípios do Direito à Saúde que regem esse sistema, dentre os quais: a universalidade, a igualdade, a autonomia e a integralidade. Representa, assim, o regime da Democracia e a garantia dos Direitos Fundamentais, que o Estado deve assegurar.

Nesse sentido, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 2º, § 1º, ao implantar o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelece isso, impondo ao Estado a obrigação de assegurar a Saúde e os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos a seguir:

*Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.*

*§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.*

Igualmente, cabe abordar os Conselhos de Saúde que se tratam de órgãos colegiados, deliberativos e permanentes do Sistema Único de Saúde (SUS) em cada esfera de Governo, integrantes da estrutura básica do Ministério da Saúde, das Secretarias de Saúde do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, com composição, organização e competência estabelecidas na Lei nº 8.142/90 (resolução nº 333, de 2003, do Conselho Nacional de Saúde).

A descentralização com sucesso tem ampliado os Conselhos de Saúde que, do mesmo modo, firmam-se em Conselhos Regionais, Conselhos Locais e Conselhos Distritais de Saúde.

Os Conselhos de Saúde permitem a participação da comunidade, conforme prevê o artigo 198, inciso III, da Constituição, na administração da Saúde, como Subsistema da Seguridade Social, possibilitando seu controle social.

Ademais, atuam na elaboração e proposição de estratégias e no controle da execução das políticas de Saúde, abrangendo também as suas searas econômicas e financeiras.

Importante destacar, da mesma forma, que a criação dos Conselhos de Saúde é firmada por Lei Federal, Estadual ou Municipal, com fulcro na Lei nº 8.142/90.

Por fim, quanto à criação e reformulação dos Conselhos de Saúde, o Poder Executivo deve respeitar os princípios democráticos, acolhendo as necessidades da população, consubstanciadas nas conferências de Saúde.

Fundamental evidenciar, igualmente, que na Lei no 8.080/90, encontram-se dispostos os princípios e as diretrizes integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), descritos pelo artigo 7º, da Lei em pauta, quais sejam:

*Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:*

*I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;*

*II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;*

*III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;*

*IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;*

*V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;*

*VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;*

*VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;*

*VIII - participação da comunidade;*

*IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:*

*a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;*

*b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;*

*X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;*

*XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;*

*XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e*

*XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.*

No contexto, compete trazer à tona as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>4</sup>, que esclarece que, no âmbito do Direito à Saúde, é “possível extrair da Constituição que necessariamente o direito à proteção e promoção da saúde abrange tanto a dimensão preventiva, quanto promocional e curativa da saúde.”

Visto essa parte inicial sobre o Direito Fundamental à Saúde e a Saúde Pública, caminha-se à análise da relação entre Saúde Pública e Poder Econômico.

## SAÚDE PÚBLICA E PODER ECONÔMICO

Importante trazer que, quanto à relação entre Saúde Pública e Poder, Fernando Aith<sup>5</sup> que afirma que:

*A análise histórica da saúde nos mostra que, antes de ser um saber, a saúde pública é um exercício de poder. E essa característica da saúde pública é que faz do Direito Sanitário um campo do conhecimento jurídico muito especial e que necessita de uma compreensão mais aprofundada. Nos Estados Democráticos de Direito, o poder é exercido de acordo com a Constituição e as Leis, de modo que é o Direito Sanitário quem, nas sociedades modernas, determina as ações possíveis no campo da saúde pública.*

Tendo visto este ponto, segundo o qual, a Saúde deve ser vista também como um exercício de Poder, procura-se traçar uma análise da realidade atual, ligada à relação entre Saúde Pública e Poder Econômico, a partir do pensamento furtadiano - de Celso Furtado. Para tanto, recorre-se, de início, à leitura do ensaio<sup>6</sup> “A Utopia da Nação: Esperança e Desalento”, de Leda Maria Paulani.

---

4 SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, p. 42, jul. 20

5 AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 54.

6 PAULANI, Leda Maria, "A Utopia da Nação: Esperança e Desalento" in PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & REGO, José Marcio (orgs.), *A grande esperança em Celso Furtado: ensaios em homenagem aos seus 80 anos*, São Paulo, Ed. 34, 2001, p. 139-156.

Celso Furtado teve como característica a necessidade por descobrir o Brasil. Há quem dissesse que era um romancista e não um economista, pelo fato de ele acreditar do ponto de vista metodológico de que a imaginação é muito importante no processo de investigação das causas do atraso do país, bem como do seu processo de formação. Segundo Paulani<sup>7</sup>, foi um “observador histórico, personagem de grande importância e intérprete privilegiado desse enredo.”

Furtado estava consciente da abundância de recursos que o país possuía, então, procurou compreender os motivos que contribuíam para manter o estado de atraso. Descobre, assim, que nossa situação de “economia colonial” se manteve por muito tempo, por obstáculos vindos de fora, quais sejam: a) dos costumes da elite brasileira que importava não só produtos e serviços, como também modismos espirituais dos países centrais; e b) abundância de mão de obra.

Com isso, a indústria nacional não possuía autonomia e, portanto, não exportava nem produzia para o mercado interno, atendendo somente os vazios de oferta dos países centrais.

Com a crise de 1929, a “economia colonial” sofre alteração em seu eixo de funcionamento, passando a ganhar autonomia a indústria, bem como efetiva importância.

No final dos anos 1950, Furtado conclui sua obra “Formação Econômica do Brasil”, na qual se observam três necessidades: 1) dar continuidade ao processo de industrialização; 2) fortalecer a sociedade civil; e 3) reduzir as desigualdades regionais e de renda.

O autor defende que se crie um Estado-Nação, com um Sistema Econômico característico com a identidade do país, de acordo com sua cultura.

Além disso, afirmava que o estabelecimento de padrões de consumo pelos países desenvolvidos, por meio de suas inovações tecnológicas, contribuíam para a dominação cultural dos países subdesenvolvidos.

Por isso, é importante fortalecer a industrialização nacional e a sociedade civil, para reduzir as desigualdades regionais e de renda.

Assim, deve-se investir no social, como Saúde e Educação, para crescer economicamente, além de não se esquecer de buscar sempre firmar a identidade nacional, apesar da grande influência do mundo globalizado.

---

<sup>7</sup> *Idem.*, p. 139.

Ressalte-se que se deve atentar mais para a distribuição de renda, visando à redução das disparidades regionais e sociais, de modo que os recursos orçamentários devem ser efetivamente empregados para os fins devidos, sem prejuízo das responsabilizações cabíveis, uma vez observada a moralidade administrativa, sedimentada no artigo 37 da Constituição da República, bem como a fiscalização pelos entes competentes, que deve ocorrer regularmente.

Seria preciso investir na Saúde Pública, para que o povo possa receber Educação e produzir, como já se frisou em outras ocasiões.

Celso Furtado não estava errado quando afirmou que é preciso investir no social, pensando no econômico, bem como em procurar manter uma identidade nacional.

Apesar de lamentar, anos antes de seu falecimento, a forma como se deu abertura do país ao mercado, a globalização é evidente e visível, não adianta negá-la nem o próprio mercado.

Deve-se, no entanto, procurar não se esquecer das origens culturais e buscar o desenvolvimento industrial tecnológico nacional, para não se depender exclusivamente do mercado interno e do agronegócio, que nem por isso devem ser esquecidos.

Seria preciso investir nos três setores, mas, principalmente, em Saúde, Educação e Infraestrutura, além de se reduzir o custo Brasil, para permitir um desenvolvimento maior.

No contexto, cabe lembrar que Machado de Assis, no século XIX, recebeu influência de autores estrangeiros, como Shakespeare e autores russos, porém inovou na literatura nacional, criando um universo próprio, singular. Apenas comparativamente, o Brasil pode se desenvolver de forma própria.

Tendo visto essas ponderações da realidade atual, nas quais se insere a Saúde Pública, que merece maiores investimentos estatais para reduzir as desigualdades regionais e sociais e maior participação da sociedade civil, na linha de Celso Furtado, ou da comunidade, como prevê a Constituição no artigo 198, inciso III, e também a Lei 8.080/90, como mencionado, deve-se procurar reduzir a dependência do Poder Econômico Privado, no momento em que ocorrem as parcerias com esse setor, sem que com isso deixem de existir essas parcerias, caso se façam proveitosas e visando ao bem comum e ao interesse público.

Exemplo bem-sucedido dessas parcerias, com investimento na Saúde Pública, ocorre no combate às doenças negligenciadas, típicas de países subdesenvolvidos, como denomina Furtado, ou em desenvolvimento, como se tem chamado atualmente, de modo que, primeiramente, cabe esclarecer o seu conceito<sup>8</sup>:

*Doenças negligenciadas são doenças que não só prevalecem em condições de pobreza, mas também contribuem para a manutenção do quadro de desigualdade, já que representam forte entrave ao desenvolvimento dos países. Como exemplos de doenças negligenciadas, podemos citar: dengue, doença de Chagas, esquistossomose, hanseníase, leishmaniose, malária, tuberculose, entre outras. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), mais de um bilhão de pessoas estão infectadas com uma ou mais doenças negligenciadas, o que representa um sexto da população mundial.*

Visto isso, cabe trazer o fato noticiado<sup>9</sup> de que o Governo federal, em parceria com Estados e Municípios, intensifica o combate às doenças negligenciadas. O Ministério da Saúde autorizou o repasse de R\$ 25,9 milhões para que os 26 Estados e o Distrito Federal fortaleçam em seus Municípios as ações de Vigilância Epidemiológica (promoção, prevenção e controle) contra doenças negligenciadas, o que evidencia a aplicação do princípio da descentralização, previsto no artigo 198, inciso I, da Constituição.

Note-se que, na mesma notícia, destaca-se quanto às parcerias bem-sucedidas na área em questão que:

*O Brasil é destaque mundial na produção de medicamentos para assistência a doenças negligenciadas, por meio de parcerias entre laboratórios públicos e **privados**. O investimento em laboratórios públicos produtores saltou de R\$ 8,8 milhões em 2000 para mais de R\$ 54 milhões em 2011. (grifo nosso).*

8 "Doenças negligenciadas: estratégias do Ministério da Saúde". *Rev Saúde Pública* 2010;44(1):200-2. Departamento de Ciência e Tecnologia, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n1/23.pdf>>. Acesso em: 20/10/2012.

9 Portal da Saúde – Ministério da Saúde. Combate às doenças negligenciadas é reforçado. 01/02/2012. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4180/162/combate-as-doencas-negligenciadas-e-reforcado.html>>. Acesso em: 20/10/2012.

Depreende-se da leitura que, atualmente, vêm ocorrendo parcerias com o Poder Econômico Privado, que atendem às expectativas do interesse público e do bem comum, uma vez que a população excluída, recebendo Saúde, poderá não só desenvolver sua personalidade humana, como contribuir para o desenvolvimento do País.

Com relação ao caráter preventivo do Sistema Único de Saúde (SUS), destaque-se a necessidade de mais políticas públicas de saneamento básico, serviço público essencial para a população, que encontra obstáculos em países em desenvolvimento, como o Brasil. No contexto, ressalta-se, inicialmente, importantes pontos sobre o tema, conforme matéria<sup>10</sup>:

*Com a entrada em vigor da **Lei 11.445 em 2007**, o setor de **saneamento** passou a ter um **marco regulatório**. A aprovação da nova legislação foi um avanço muito importante, já que o Brasil esperou por mais de 20 anos por diretrizes nacionais das políticas públicas para o saneamento básico. Além disso, proporcionou **segurança jurídica** necessária para a realização de **investimentos** no setor. Mas **ainda há questões** que o País precisa resolver para alcançar a **universalização do saneamento**.*

*Entre os aspectos da **nova Lei 11.445**, os especialistas destacam o fato de ter estabelecido **princípios fundamentais** para o setor, entre os quais a **busca pela universalização do saneamento**. Ainda definiu o **conceito de saneamento de forma mais ampla**, mais próximo do saneamento ambiental, envolvendo também a limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais, além do abastecimento do esgoto sanitário e de água potável. (grifos nossos).*

Fica evidente, assim, o caráter de destaque que a Lei no 11.445/2007 conferiu ao saneamento básico, firmando-se como um marco regulatório e trazendo contribuições fundamentais, como a busca pela universalização do saneamento.

O mesmo diploma legal destaca-se ainda por ter instituído a transparência como um princípio legal e, assim, uma obrigatoriedade para os

---

10 CALLEGARI, Lucas. "Última Instância. Avanços e entraves à expansão do saneamento básico no Brasil". 01/06/2012. Disponível em: < <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/56412/avancos+e+entraves+a+expansao+do+saneamento+basic+no+brasil.shtml>>. Acesso em: 20/10/2012.

prestadores de serviços. Notícia<sup>11</sup> também ressalta que, apesar de já existirem mecanismos prévios de transparência na legislação anterior:

*foi a Lei nº 11.445/2007 que trouxe maior detalhamento à questão. Diversos mecanismos foram introduzidos pela Lei do Saneamento, tais como: o estabelecimento de sistemas de informação; a publicidade dos relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes referentes à regulação ou à fiscalização dos serviços, bem como aos direitos e deveres dos usuários e dos prestadores de serviços; a disponibilização de informações na internet; e a obrigatoriedade de realização de audiências e consultas públicas para discussão de aspectos relevantes da delegação, como contratos e planos de saneamento básico.*

Além disso, no que abrange o saneamento básico, conforme matéria<sup>12</sup> sobre decisão da Suprema Corte, que está para ocorrer, para decidir a competência de que ente federativo tratará do assunto:

*Cinco anos após a Lei 11.445 ter entrado em vigor e estabelecido o marco regulatório para o setor de saneamento, o Brasil ainda não superou um entrave jurídico-institucional crucial para caminhar na direção da universalização do acesso aos serviços de água e à coleta e tratamento de esgoto. Quando se trata de regiões metropolitanas, microrregiões ou aglomerados urbanos, o País ainda não sabe a quem atribuir a titularidade do saneamento, ou seja, se é dos Estados ou dos municípios a competência de decidir quem executa direta ou indiretamente os serviços de saneamento. O impasse deve ser resolvido com o julgamento de duas Adins (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) que tramitam no STF (Supremo Tribunal Federal) desde o final dos anos 1990.*

11 CALLEGARI, Lucas. "Última Instância. Transparência no setor de saneamento básico". 06/06/2012. Disponível em: < <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/56469/transparencia+no+setor+de+saneamento+basic.o.shtml>>. Acesso em: 20/10/2012.

12 CALLEGARI, Lucas. "Última Instância. Brasil espera decisão do STF para saber quem cuida do saneamento". 23/05/2012. Disponível em: < <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/56277/brasil+espera+decisao+do+stf+para+saber+quem+cuida+do+saneamento.shtml>>. Acesso em: 20/10/2012.

*[...] Para os especialistas, é provável que a Corte Suprema esteja a caminho de uma decisão pela gestão compartilhada entre municípios e Estados, em vez de uma autonomia municipal plena.*

*Segundo especialistas, a decisão do STF em relação às Adins 2077 e 1842 norteará outros litígios relacionados à competência para gerir o saneamento.*

O sinal de que a decisão do STF caminha pela gestão compartilhada entre Municípios e Estados, no lugar de uma autonomia municipal plena, parece positivo, uma vez que se contribuiria para a distribuição de competência, o que poderia tornar o serviço público mais eficiente e efetivo.

Essa análise ocorreu a partir de uma leitura do pensamento furtadiano, de que defluem algumas reflexões acerca do Direito Econômico relacionado à Saúde Pública.

Deve-se atentar para que as reflexões sobre o Direito Econômico são de suma importância, uma vez que é essa disciplina jurídica que aborda as relações econômicas, delimitando-as juridicamente.

Ressalte-se que as ponderações ocorreram a partir da leitura dos ensaios “O Ainda Indispensável Direito Econômico”, de autoria de Gilberto Bercovici<sup>13</sup>; “O Indispensável Direito Econômico” de Fábio Konder Comparato<sup>14</sup>; “O Fim do Laissez-faire”, de John Maynard Keynes<sup>15</sup>; “A Ordem Econômica da Constituição de 1988”, de Eros Grau<sup>16</sup>, utilizando-se os três últimos como base.

O Direito Econômico ganha importância na época da Primeira Guerra Mundial. As ideias dos autores de então, em torno de seu conceito, não eram uniformes.

Nesse momento inicial, importante ressaltar que o que motivou o seu destaque foi justamente a guerra, que impulsionava não só a economia, mas também a política, a arte e até mesmo a religião.

---

13 BERCOVICI, Gilberto, “O Ainda Indispensável Direito Econômico”, in BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto & MELO, Claudineu de (orgs.), **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 503-519.

14 COMPARATO, Fábio Konder, “O Indispensável Direito Econômico”, **Revista dos Tribunais** - nº 353, São Paulo, RT, 1968, p. 14-26.

15 KEYNES, John Maynard, “O Fim do ‘Laissez-Faire’”, in SZMRECSÁNYI, Tamás (org.), John Maynard Keynes, Col. **Os Grandes Cientistas Sociais**, 2ª. ed., São Paulo, Ática, 1984, p. 106-126.

16 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988**. 13ª. edição. São Paulo: Malheiros. 2008.

Além disso, cabe ressaltar que foi nesse período que a dicotomia entre direito público e privado teve fim. Foi neste ponto, dentre outros, que residia a discussão dos autores do século XIX, acerca do tema.

Procurando trazer as concepções mais importantes de Direito Econômico no pós-guerra, Gilberto Bercovici<sup>17</sup> recorre ao civilista Justus Wilhelm Hedemann, que utiliza a expressão “direito econômico” pela primeira vez como uma nova disciplina.

O autor<sup>18</sup> explica que para Hedemann:

*o direito econômico não pode ser limitado a um ‘tradicional’ ramo do direito, mas tem um papel que transcende as visões jurídicas limitadas, sendo imprescindível para compreender todo o sistema jurídico.*

Bercovici elucida, assim, os pensamentos do francês Gerard Farjat, que entende que “o direito econômico não seria público ou privado, mas teria surgido justamente da decadência dessa dicotomia.”<sup>19</sup>

Gilberto Bercovici<sup>20</sup>, então, destaca as ideias do brasileiro Washington Peluso Albino de Souza, que defende que a autonomia do Direito Econômico como “ramo” do Direito não surge do objeto de suas normas, mas da qualidade econômica dessas normas, qual seja: o princípio da economicidade. E traz o conceito do autor:

*Direito econômico é o ramo do direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica.*

No contexto, cabe trazer à tona que outros autores, com visão mais restrita, vinculados ao direito privado, entendiam o Direito Econômico como uma extensão e modernização do direito comercial clássico.

Para outros ainda, o Direito Econômico é visto como o da intervenção estatal na economia, daí porque denominá-lo de Direito Público Econômico ou Direito Administrativo Econômico.

---

17 *Op. cit.*, p. 512.

---

18 *Idem.*

---

19 *Idem.*

---

20 *Idem.*, p. 513.

Ademais, cabe trazer à baila as elucidações de Eros Grau<sup>21</sup>, que esclarece sobre a disciplina jurídica no sentido de que:

*Pensar Direito Econômico é pensar o direito como um nível de todo social – nível da realidade, pois -, como mediação específica e necessária das relações econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentalizará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma toda a interpretação de todo o Direito. É compreender que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal. É concebê-lo – o Direito Econômico – como um novo método de análise substancial e crítica, que transforma não em Direito de síntese, mas em sincretismo metodológico. Tudo isso, contudo, sem que se perca de vista o comprometimento econômico do Direito, o que impõe o estudo de sua utilidade funcional.*

Então, Bercovici traz o ponto de vista de Fábio Konder Comparato, que também vai além da visão tradicionalista dos ramos do direito, de modo que em seu ensaio “O Indispensável Direito Econômico”, segundo Bercovici<sup>22</sup>, “entende o Direito Econômico como o Direito que instrumentaliza a política econômica”.

Bercovici<sup>23</sup> explica, assim, que:

*Para Comparato, o direito econômico a visa atingir as estruturas do sistema econômico, buscando seu aperfeiçoamento ou sua transformação. E, no caso de países como o Brasil, a tarefa do direito econômico é transformar as estruturas econômicas e sociais, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento.*

Dessa forma, o Direito Econômico tem por objetivo: atingir as estruturas do sistema econômico, buscando aperfeiçoá-lo ou transformá-lo. No Brasil, segundo Comparato, seu fim: transformar as estruturas econômicas e sociais, para superar o subdesenvolvimento.

No contexto, a Saúde Pública brasileira está inserida nessas estruturas, de modo que cabe ao Direito Econômico contribuir para a superação de suas deficiências.

---

21 GRAU, Eros. *A Ordem Econômica da Constituição de 1988*, p. 131-132.

22 *Idem*.

23 *Idem*., p. 517.

Explica<sup>24</sup> então que esse se trata do “desafio furtadiano”, explicitado por Celso Furtado no livro *Brasil: A Construção Interrompida*:

*Na lógica da ordem econômica internacional emergente parece ser relativamente modesta a taxa de crescimento que corresponde ao Brasil. Sendo assim, o processo de formação de um sistema econômico já não se inscreve naturalmente em nosso destino nacional. O desafio que se coloca à presente geração é, portanto, duplo: o de reformar as estruturas anacrônicas que pesam sobre a sociedade e comprometem sua estabilidade, e o de resistir às forças que operam no sentido de desarticulação do nosso sistema econômico, ameaçando a unidade nacional.*

Assim, o desafio furtadiano é duplo, ao buscar:

- 1) reformar as estruturas anacrônicas que pesam sobre a sociedade e comprometem sua estabilidade;
- 2) resistir às forças que operam no sentido de desarticulação do nosso sistema econômico, ameaçando a unidade nacional.

Nessa linha, é perfeitamente cabível a análise da Saúde Pública dentro desse contexto, na medida em que, caso a estrutura da Saúde Pública pese sobre a sociedade, comprometendo sua estabilidade, o Direito Econômico desempenhará papel importante, já que deve agir no social e na sua própria estrutura, por meio da instrumentalização da política econômica.

Para tanto, cabe tecer considerações sobre Fábio Konder Comparato, em seu artigo “Planejar o Desenvolvimento: Perspectiva Institucional”<sup>25</sup>, em que explica de início que, independentemente do projeto que se tenha para o Brasil, a sua realização passa pelas instituições estatais e de interesse público, isto é, os órgãos de governo e centros de Poder na sociedade.

Elucida, assim, que a sociedade brasileira trata-se de um processo dirigido e ordenado para a concretização de fins eleitos pela comunidade, sendo a sua condução tarefa primordial do Poder.

Ademais, explica que, para que os órgãos de governo e os centros de Poder na sociedade desempenhem sua função instrumental, é preciso estar estruturados adequadamente.

Para tanto, num primeiro momento, conclui, afirmando que a síntese dessa ideia desemboca no mesmo ponto, qual seja: a organização do Estado e da sociedade, disposta no sistema constitucional.

---

24 Idem.

25 COMPARATO, Fábio Konder, “Planejar o Desenvolvimento: Perspectiva Institucional”, *Revista de Direito Público* n. 88, São Paulo, RT, outubro/dezembro de 1988, p. 18-43.

Explica, então, num segundo momento, que, apesar dos esforços em elaborar a atual Constituição, ela não modificou as estruturas de Poder, advindas do movimento constitucionalista do século XVIII.

Simultaneamente, explica que os constituintes continuaram a atribuir ao Estado a função de transformação social, em destaque pelas constituições pós-liberais do século XX.

Comparato procura concluir esta reflexão, assim, ponderando que permanece uma contradição essencial, a seu ver, que vai continuar entrando o funcionamento do Estado.

Esclarece, então, que essa contradição essencial se trata da instabilidade política e do mau desempenho socioeconômico dos Poderes Públicos, em nosso país, à época.

Enfatiza, portanto, que as universidades brasileiras devem se esforçar intelectualmente para refletir sobre esses problemas, buscando soluções.

Dessa forma, o autor procura analisar a questão sob três pontos de vista: I) uma reanálise do Estado Liberal; II) a consideração de sua inépcia estrutural para o desempenho das novas funções exigidas dos Poderes Públicos; e III) a proposta de um novo modelo constitucional.

No primeiro ponto de vista, Comparato procura analisar o Estado Liberal, a partir da discussão de seus princípios ideológicos e de sua estrutura constitucional, a qual traz sua organização e funções.

No segundo, debruça-se sobre o estudo da inépcia do modelo liberal diante das novas exigências de atuação estatal.

No terceiro, buscando apontar vias de solução, propõe duas considerações: 1) a reorganização das funções públicas de governo; e 2) a reorganização do Estado Federal.

Finalmente, no que tange à Saúde Pública, resta a importância de se investir no social e, como consequência, nela própria, além do caráter essencial de se procurar discutir nos bancos acadêmicos as relações de Poder que a envolvem, bem como a realização de reflexões sobre o modo da reorganização das estruturas e do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), previsto na Constituição, de onde se destacam os princípios da descentralização, da prevenção e da participação da comunidade, previstos no artigo 198, incisos I, II e III, respectivamente, reforçados por disposições regulamentadas pela Lei nº 8.080/90, sendo esta modificada pelo Decreto 7.530/2011, que foi revogado pelo Decreto 7.797/2012, sem deixar de se considerar os Conselhos de Saúde, criados e organizados pela Lei nº 8.142/90. Antes de partir à conclusão, apenas se destaca que, na toada de Celso Furtado, deve-se buscar firmar uma identidade nacional no Brasil.

## CONCLUSÃO

Como bem frisou Celso Bastos, é preciso que o Estado disponha de meios para guarnecer os Direitos Fundamentais. Com isso, o estudo buscou analisar inicialmente o Direito Fundamental à Saúde. Para tanto, procurou conceituá-lo, contextualizá-lo constitucionalmente e tecer considerações importantes sobre a Saúde Pública.

Em seguida, estudou-se a relação entre Saúde Pública e Poder Econômico, quando notou-se que se faz necessário investir nesta Saúde, para reduzir as disparidades regionais e sociais, bem como a dependência do Poder Econômico Privado, sem que com isso extinga-se essa relação, no momento em que as parcerias sejam úteis, com mira no bem comum e no interesse público.

Nessa linha, demonstraram-se os investimentos no combate contra doenças negligenciadas, por meio de parcerias com laboratórios públicos e privados, de modo que, aplicando-se o princípio da descentralização, previsto no artigo 198, inciso I, da Constituição e na Lei nº 8.080/90, o Ministério da Saúde autorizou o repasse de R\$ 25,9 milhões para que os 26 Estados e o Distrito Federal fortaleçam em seus Municípios as ações de promoção, prevenção e controle contra doenças negligenciadas.

No contexto, também se destacou o caráter preventivo que deve ser empregado na Saúde Pública, por meio do saneamento básico, sobre o qual se teceram considerações, bem como a participação da comunidade, que deve ocorrer nos Conselhos de Saúde, como instrumento de Democracia.

Como foi visto, a população excluída, ao receber Saúde, pode além de satisfazer suas necessidades pessoais, contribuir com o desenvolvimento do País.

Conclui-se daí o que Celso Furtado afirmava: ser preciso investir no social, pensando no econômico. Por isso, fundamental se faz investir na Saúde Pública, para que o povo possa receber Educação e produzir.

Então, procurou-se considerar a atuação do Direito Econômico, do mesmo modo, na Saúde Pública.

Nesse âmbito, percebeu-se que o Direito Econômico tem por objetivo: atingir as estruturas do sistema econômico, procurando aprimorá-lo ou transformá-lo. No Brasil, conforme Comparato, seu fim é: transformar as estruturas econômicas e sociais, para superar o subdesenvolvimento.

Desse modo, a Saúde Pública brasileira está inserida nessas estruturas, de forma que compete ao Direito Econômico contribuir para a superação de suas deficiências.

No contexto, o desafio furtadiano é duplo, ao procurar:

- 1) reformar as estruturas anacrônicas que pesam sobre a sociedade e comprometem sua estabilidade;
- 2) resistir às forças que operam no sentido de desarticulação do nosso sistema econômico, ameaçando a unidade nacional.

Nessa seara, a análise da Saúde Pública se encaixa, já que, caso a estrutura da Saúde Pública pese sobre a sociedade, comprometendo sua estabilidade, o Direito Econômico desempenhará papel importante, uma vez que deve atuar no social e na sua própria estrutura, através de políticas econômicas.

Tendo em vista o estudo realizado, fica evidente, como se afirmou, que se deve, então, investir em Saúde Pública, uma vez que a Saúde, além de ser um patrimônio essencial do ser humano e um direito assegurado à população pela Constituição Brasileira, é um bem jurídico internacional, que permite ao povo desenvolver sua personalidade humana e contribuir para o desenvolvimento do País, frisando que deve ser protegido pelo Direito Econômico.

Apesar de ser impossível concretizar o Direito à Saúde de forma plena, deve-se permanecer numa busca constante de efetivá-lo, sem se esquecer de sempre discutir as relações de Poder que o envolvem, as políticas públicas que instrumentalizam a sua prática, bem como de se preocupar com a estrutura organizacional que o sustenta, no caso, o Sistema Único de Saúde (SUS), com todo o seu aparato normativo inerente.

Conclui-se, somente se destacando de que se deve realizar esses atos, norteados por uma identidade nacional que deve se firmar no Estado brasileiro, conforme bem lecionava Celso Furtado. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERCOVICI, Gilberto, "O Ainda Indispensável Direito Econômico", in BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto & MELO, Claudineu de (orgs.), **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 503-519.

CALLEGARI, Lucas. "Última Instância. Avanços e entraves à expansão do saneamento básico no Brasil". 01/06/2012. Disponível em: < <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/56412/avancos+e+entraves+a+expansao+do+saneamento+basico+no+brasil.shtml>>. Acesso em: 20/10/2012.

\_\_\_\_\_, "Última Instância. Brasil espera decisão do STF para saber quem cuida do saneamento". 23/05/2012. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/56277/brasil+espera+decisao+do+stf+para+saber+quem+cuida+do+saneamento.shtml>>. Acesso em: 20/10/2012.

\_\_\_\_\_, "Última Instância. Transparência no setor de saneamento básico". 06/06/2012. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/56469/transparencia+no+setor+de+saneamento+basi.co.shtml>>. Acesso em: 20/10/2012.

COMPARATO, Fábio Konder, "O Indispensável Direito Econômico", **Revista dos Tribunais** - n. 353, São Paulo, RT, 1968, p. 14-26.

\_\_\_\_\_, "Planejar o Desenvolvimento: Perspectiva Institucional", **Revista de Direito Público** n. 88, São Paulo, RT, outubro/dezembro de 1988, p. 18-43.

DALLARI, Sueli. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

"Doenças negligenciadas: estratégias do Ministério da Saúde". **Rev Saúde Pública** 2010;44(1):200-2. Departamento de Ciência e Tecnologia, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n1/23.pdf>>. Acesso em: 20/10/2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988**. 13ª. edição. São Paulo: Malheiros. 2008.

KEYNES, John Maynard, "O Fim do 'Laissez-Faire'", in SZMRECSÁNYI, Tamás (org.), John Maynard Keynes, Col. **Os Grandes Cientistas Sociais**, 2ª. ed., São Paulo, Ática, 1984, p. 106-126.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

PAULANI, Leda Maria, "A Utopia da Nação: Esperança e Desalento" in PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & REGO, José Marcio (orgs.), **A grande esperança em Celso Furtado: ensaios em homenagem aos seus 80 anos**, São Paulo, Ed. 34, 2001, p. 139-156.

Portal da Saúde – Ministério da Saúde. "Combate às doenças negligenciadas é reforçado". 01/02/2012. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4180/162/combate-as-doencas-negligenciadas-e-reforcado.html>>. Acesso em: 20/10/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, p. 42, jul. 2008.

# Estado Penal *versus* Estado Democrático de Direito: A Hipertrofia do Poder Punitivo e a Pauperização da Democracia

**Taiguara L. S. e Souza**

*Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito IBMEC-RJ, Professor da Pós-graduação em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal da UCAM, Professor da Escola Superior da Polícia Militar do Rio de Janeiro, Doutorando em Direito pela PUC-Rio, Membro do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, Membro do IBCCRIM.*

## INTRODUÇÃO

Prestes à celebração dos vinte e cinco anos da Constituição Federal de 1988, assistimos à difícil conjuntura no que se refere à consagração de dispositivos e princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito assegurador de garantias.

Neste sentido, foi em reação ao autoritarismo militar, às violações frequentes aos direitos fundamentais e ao positivismo cego, que se desenvolveram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Nesse contexto, em meio à disseminação das constituições democráticas, a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente acolhida juntamente com um vasto rol de garantias a serem tuteladas. A Carta Magna de 1988 configura-se em um modelo substancialista e dirigente, inscrevendo na doutrina brasileira, pela primeira vez, a normatividade dos princípios.

Inobstante, o mundo contemporâneo tem se caracterizado por um crescente recrudescimento nas medidas de controle social institucionalizado em âmbito global. A atmosfera criada após o atentado em 11 de se-

tembro de 2001, nos EUA, com a edição do *U.S.A. Patriot Act* - pacote de leis antiterrorismo que implicou a restrição de direitos civis -, se dissemina em diversos países. A sensação pública de insegurança e medo dá ensejo ao incremento e expansão de doutrinas conservadoras e repressivas quanto ao sistema penal.

Nessa esteira, o Estado Democrático de Direito vê-se ameaçado pela expansão do Estado Penal, pois ocorre a busca da segurança<sup>1</sup> em lugar da busca da liberdade, o discurso da segurança pública em lugar do discurso de direitos humanos, a proteção de poucos, em contraposição à proteção de todos os indivíduos. Presencia-se a política de despolitização, com a exacerbação do individualismo, multiplicação das desigualdades sociais e reificação da humanidade. Assiste-se à passagem do Estado Providência para o Estado Penal, através da criminalização das consequências da miséria, segundo Wacquant<sup>2</sup>. Verifica-se a disseminação do medo<sup>3</sup>, do medo do crime, do medo do outro. Como outrora, no Brasil, se centrava no medo do escravo negro de tomar o poder<sup>4</sup>. Agora, dirige-se, particularmente, ao medo do negro pobre. Dessa forma, com a revolução comunicacional, o medo se prolifera por todo o planeta, e fomenta um discurso autoritário que se traduz em novos inimigos a serem combatidos<sup>5</sup>.

Neste contexto, Hassemer bem demonstra o caráter repressivo dos atuais Movimentos de Lei e Ordem. Vai além, analisa, especialmente, a experiência dos riscos e da erosão normativa que determinam nossa vida cotidiana, provocando uma sensação de paralisia. De tal sorte que o Estado, antes um Leviatã, passa, consoante o autor, a ser concebido como o “companheiro de armas dos cidadãos, disposto a defendê-los dos perigos e dos grandes problemas da época”<sup>6</sup>.

Assim, crescem as políticas criminais bélicas, os aparatos policiais, as execuções sumárias, a profusão dos cárceres, as longas punições<sup>7</sup>, o

1 DENNINGER, Erhard. "Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity" In.: **Constellation**. V. 7. N. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 2000.

2 WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001b.

3 BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

4 CHALHOUB, Sidney. "Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro". In.: **Revista Discursos Sedicioso**. V. 1. ICC. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. PERROT, Michele. "Prisioneiros". In.: **Os excluídos da história**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. PINSKY, J. **A escravidão no Brasil**. 19ª. Ed. São Paulo: Contexto, 2004.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "O inimigo no direito penal". **Pensamento Criminológico**. V. 14. ICC. Trad.: S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 53.

6 HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. 2003, p. 254 -7; e p. 270.

7 WACQUANT, Loic. **Os condenados da cidade**. Trad.: J. R. Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001a.

Estado de Polícia, especialmente diante das vidas nuas<sup>8</sup>. Em contraponto, restringem-se os direitos e as liberdades individuais<sup>9</sup>.

No Poder Legislativo nota-se a presença do Estado de Polícia na elaboração de projetos de leis e na edição de normas penais e processuais penais punitivas, com decisiva contribuição das agências midiáticas<sup>10</sup>. Debates estes que passam pela utilização de videoconferências para o interrogatório, fim do protesto por novo júri, redução da maioria penal, alteração na progressão de regime para crimes hediondos, criação do regime disciplinar diferenciado, proposta do regime disciplinar diferenciado maximizado, e, monitoramento eletrônico para os apenados. Já no Poder Executivo, nota-se a presença do Estado de Polícia nas diretrizes encaminhadas pelos governos, em âmbito federal, estadual e municipal, nas incursões, respectivamente, da Força Nacional de Segurança e da Polícia Federal<sup>11</sup>, da Polícia Militar, e ainda da Guarda Municipal. Finalmente, no Poder Judiciário faz-se presente o Estado de Polícia, desde a pressão da opinião pública para a condenação, às condenações a penas elevadíssimas, receio dos magistrados de aplicarem penas restritivas de direitos, postergação de concessão de garantias à Execução Penal e *animus* punitivo.

Nesta esteira, o presente artigo pretende brevemente pôr em análise o embate entre o Estado Penal e o Estado Democrático de Direito, no Brasil contemporâneo. No primeiro capítulo, são trabalhadas as bases histórica e principiológica do Estado Democrático de Direito. Já no segundo capítulo, será abordada a hipertrofia do Estado Penal, em seus mais diversos âmbitos, perpassando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Por fim, à guisa de conclusão, serão destacados os desafios colocados à observância da Democracia e dos Direitos Fundamentais como contensão do poder punitivo estatal.

---

8 Trata-se do conceito de *matabilidade*, relacionado ao *homo sacer* de Agamben. AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad.: H. Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. Nesse sentido, vale também conferir as chamadas *vidas desperdiçadas*, por Bauman. BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad.: C. A. Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

9 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

10 BATISTA, Nilo. "Mídia e sistema penal no capitalismo tardio". In.: **Revista Discursos Sediciosos**. V. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

11 "A PF prende, a lei solta: navalha II – as razões do descompasso entre as operações policiais e o rito da Justiça". **Carta Capital**, nº 446, 30 de maio de 2007, p. 25-26.

## 1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A categoria Estado Democrático de Direito merece cuidadosa análise. Primeiramente, cumpre destacar que não se pode fazer a associação direta da noção de Estado de Direito com a de Estado Democrático. Sabe-se que pode existir o Estado de Direito sem que se tenha democracia e vice-versa. Nesse âmbito, vale recordar acerca dos Estados totalitários, como os nazifascistas, que, embora se caracterizassem, formalmente, como Estados de Direito, já que a arbitrariedade pública era excluída e o respeito à lei assegurado, primavam, em termos efetivos, pelo exacerbado desrespeito aos direitos fundamentais.

A construção do Estado Democrático de Direito adveio, embrionariamente, do Estado de Direito Clássico (liberal). Nesse sentido, fincava-se a afirmação de que o Direito e a Lei geral abstrata tinham sua origem na vontade geral, onde se sedimentava o instrumental de garantia que o Estado de Direito Clássico (liberal) dispensava aos indivíduos frente ao Poder Político. A Lei, nesse aspecto, é a melhor forma de garantia do indivíduo frente ao Poder. Pois este não poderá atuar à margem da Lei, mas apenas dentro de seus limites. Na mesma direção, a Lei também é o instrumento mais idôneo para garantir as liberdades individuais, pois é por meio dela que o povo converte-se na voz que pronuncia o Direito.

A justificação histórica e racional da autoridade do Poder, entretanto, agora não mais embasada na figura da Autoridade Divina (Estado Absolutista), terminou criando uma imagem irreal do Estado, proclamado integrador, igualitarista e orientado à garantia da vida, da propriedade e da liberdade dos indivíduos. Com isso, o Direito também foi afastado de qualquer referência substancial ou material, passando a ser um molde cujo conteúdo seria preenchido pelas decisões políticas. Desta forma, contribuindo por dismantelar o potencial garantista da Lei como limite ao Poder.

Se o império da Lei era considerado a garantia máxima contra o arbítrio e a injustiça dos governantes, uma vez assentado o modelo jurídico-político burguês; assiste-se a um giro na realidade do Estado de Direito, que abre as portas a novas expressões absolutas ou totais de Poder. O Estado legislativo (Estado de Direito Clássico), portanto, mesmo tendo presente a figura da Constituição como carta limitadora do Poder, não foi capaz de cumprir o seu propósito de contenção.

Assim, para assegurar a subsunção de todos os Poderes Públicos ao Direito, foi afirmada a supremacia constitucional e o caráter plenamente normativo das constituições, como forma de reforçar a máxima vinculação de todos os Poderes do Estado e de sua produção normativa ao Direito. De modo que, a passagem do Estado de Direito (legislativo) para o Estado Constitucional (democrático assegurador de direitos) pressupõe a ratificação do caráter normativo das constituições, que integram um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível para todos os poderes do Estado<sup>12</sup>.

Acerca da transição do Estado de Direito liberal ao Estado Democrático de Direito, vale rememorar a distinção, sugerida por Bobbio<sup>13</sup>. Posto que para o jurista italiano, o termo Estado de Direito pode significar duas coisas: Governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas, e Governo *sub lege* ou submetido às leis, acrescentando ainda que, de qualquer forma, a Lei, no Estado de Direito, deve ser fruto da vontade geral, entendida em sentido amplo.

Notadamente, para o autor, o Governo *per leges* caracteriza-se: a) pela generalidade da norma, imperativa para todos os sujeitos face ao Ordenamento; b) pela abstração da Lei, que deve referir-se a situações nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se; c) pela Norma que deve decorrer da vontade geral, evitando-se governos absolutistas ou autoritários. Logo, estes três elementos configuram o potencial garantista da Lei enquanto forma jurídica, pois enquanto Lei geral e abstrata responde às exigências da igualdade e enquanto fruto da vontade geral atende à exigência de liberdade (entendida como autonomia).

Ainda consoante o autor, o Governo *sub lege*, por sua vez, corresponde à vinculação e submissão dos Poderes Públicos ao Direito e, no sentido forte indicado por Ferrajoli<sup>14</sup>, significa que todo poder deve ser limitado pela Lei, a qual determina não apenas suas formas e procedimentos de ação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo do que ela pode ou não dispor. Tal característica, mesmo em sua conotação mais fraca, ou de mera legalidade, foi fundamental para a consolidação do Estado de Direito (liberal, legislativo). Portanto, passa-se a não mais aceitar o poder que não fosse o disciplinado e limitado por Lei. Uma vez que tanto a “existência” (aspecto formal) como a validade (aspecto subs-

12 FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 58.

13 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

14 FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-91.

tancial) das normas está condicionada pelo Estado Democrático de Direito. Este possui um núcleo imperativo intangível, constituído de valores, regras e princípios ancorados nos direitos fundamentais (que configuram a chamada realidade “teleológico-axiológica” da Constituição). Esse núcleo consubstancia-se no que se denomina “Constituição material”, como consequência de que “o próprio conteúdo de cada uma das normas que compõem o Ordenamento Jurídico se acha necessariamente afetado pela norma básica”<sup>15</sup>.

Esse Estado Democrático de Direito, como um efetivo governo *sub lege*, portanto, assegura a centralidade da pessoa humana e a garantia de seus direitos fundamentais como vínculos estruturais de toda a dinâmica política que implica o princípio democrático. Contrapõe-se ao Estado que era conhecido no absolutismo como à “margem da lei” e ou “acima da lei”; que passará, agora, a ser “dentro da lei” ou “submetido à lei”. Por conseguinte, não era reconhecida, *a priori*, nenhuma supremacia do Estado, porque todos os sujeitos jurídicos, incluindo também o próprio Estado, passaram a ser disciplinados pela Lei.

No paradigma contemporâneo, ou seja, no Estado Democrático de Direito, as categorias do Direito Constitucional, para poderem servir como critério de ação ou de juízo, para o conjunto de atividades humanas, indispensáveis à existência da sociedade, devem encontrar uma combinação que já não deriva do fundamento indiscutível de um centro de ordenação. Para usar uma imagem de Zagrebelsky<sup>16</sup>, o Direito Constitucional é um conjunto de materiais de construção, porém o edifício concreto não é obra do Direito Constitucional enquanto tal, mas sim de uma Política Constitucional, que versa sobre as possíveis combinações desses materiais. Na visão de Canotilho, o novo Direito Constitucional remete a um “claro juízo de valor” e, no fundo estamos diante de uma “Teoria Normativa de Política”<sup>17</sup>. Isto porque, sem dúvida, o constitucionalismo moderno é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, através de um documento escrito, no qual, se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do Poder Político<sup>18</sup>.

O Estado Democrático de Direito apresenta-se para ser colocado a serviço da sociedade, já que é produto da vontade da mesma. Por isso,

15 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

16 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil, ley, derechos y justicia**, 1998, p. 12.

17 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2a. ed. Coimbra: 1998, p. 51.

18 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2a. ed. Coimbra: 1998, p. 52.

não designa simplesmente um “Estado de Direito” ou “regulado pela Lei”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e com suas características específicas, como: a) no plano formal, preocupação com o Princípio da Legalidade, pelo qual todo o Poder Público está submetido a leis gerais e abstratas, cujo exercício está sujeito ao controle de legitimidade por parte de juízes independentes; b) no plano substancial, preocupação com a funcionalização de todos os Poderes Estatais a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, incorporados às Constituições sob a forma de proibições de lesar os direitos de liberdade e obrigações de satisfazer os direitos sociais.<sup>19</sup>.

É nesse espectro que se enquadra a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, atribuindo centralidade à dignidade da pessoa humana juntamente a um vasto rol de direitos fundamentais.

Entretanto, mesmo diante da proximidade da celebração de vinte e cinco anos da Constituição Cidadã, o Brasil, como país de capitalismo tardio, apresenta um acentuado déficit de efetivação no que tange aos comandos do Estado Democrático de Direito. Seja em âmbito federal ou estadual, assiste-se à inobservância de seus preceitos fundamentais, na produção normativa orientada pelo discurso penal de emergência, na atuação abusiva e violadora do aparato policial, nas punitivas sentenças sem lastro constitucional, e diante das arbitrariedades do sistema penitenciário. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, até mesmo a produção do Direito tem que se subsumir às regras constitucionais (seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista substancial). Pois o processo de produção das normas jurídicas está formal e substancialmente constitucionalizado.

O Direito, agora concebido como “sistema de garantias”, ainda dentro da linha de pensamento de Ferrajoli<sup>20</sup>, não só é condicionante (rege a sociedade) senão também “condicionado”, isso quer dizer, seu conteúdo, sua substância, não pode extrapolar os limites da Constituição, especialmente os dados pelo seu núcleo material. Nessa ordem, cabe verificar a disjuntiva enfocada por Zaffaroni<sup>21</sup>, acerca da “vontade irrestrita da maio-

---

19 O modelo jurídico de cunho marcadamente liberal, na maioria das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito, vem sendo paulatinamente suplantado por um modelo de Estado de Constitucional Democrático de Direito inclusivo. Assim, localiza-se o texto constitucional, por apresentar um corpo normativo de valores, possui contornos claramente substancialistas.

20 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad.: Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 851-854.

21 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36 e ss.

ria” ou da “supremacia da Constituição”, que encontra uma pronta resposta dentro do Estado Democrático de Direito: pois nenhuma maioria, por mais contundente que seja, pode decidir algumas matérias (as salvaguardadas pelas cláusulas pétreas, por exemplo) ou deixar de decidir outras (nem tampouco pode ir além do que a Constituição lhe permite). Dessa forma, cumpre ao legislador, ao intérprete e ao administrador público, a compreensão de que ocorreu a transição do Estado de Direito *tout court* para o Estado Democrático de Direito. Logo, todas as vezes que se legisla, interpreta ou executa a lei, especialmente no âmbito criminal, deve-se observar estritamente a matéria que se acha constitucionalizada.

## **2. A HIPERTROFIA DO ESTADO PENAL E A PAUPERIZAÇÃO DA DEMOCRACIA**

Hodiernamente, constata-se, diante da vigência do Estado Democrático de Direito, como modelo defendido pela magna Carta Brasileira, a escalada do Estado Penal, ou também chamado Estado Policial. O Estado Penal se expande quando a resposta violenta é distribuída para as mais diversas situações e hipóteses. O esgotamento do modo de produção capitalista, a crise do modelo neoliberal, baseado na produção fabril e na reengenharia social, que levaram ao esvaziamento do Estado de Bem-Estar Social; conduziram a uma nova estratégia de gestão da pobreza. Logo, como afirmou o sociólogo francês Loic Wacquant, a era neoliberal desmontou o Estado Social, substituindo-o pelo Estado Penal.

Neste cenário, a sociedade exige um discurso penal ampliado, ou a prevalência do Direito Penal de Emergência, que se expressa através do efficientismo penal (como proposta vinculada ao Movimento de Lei e Ordem, ao modelo intitulado de “Tolerância Zero”). Nesse diapasão, fundamenta-se o Estado de Polícia, que traz uma plataforma que propõe a redução da maioridade penal, a aplicação da pena capital, a ampliação das penas de prisão para pequenas transgressões, o encarceramento em massa de indivíduos integrantes de classes sociais mais baixas e segmentos em situação de vulnerabilidade.

Nessa seara, Nilo Batista afirma que o Estado Policial “é aquele regido pelas decisões do governante. Pretende-se com certo simplismo estabelecer uma separação cortante entre o Estado de Polícia e o Estado

de Direito: entre o modelo de Estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente, encarna o saber acerca do que é bom ou possível, e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias. Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento às regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma Justiça substancialista. O segundo pressupõe que pertence a todo o ser humano por igual, e, portanto, tende a uma Justiça procedimental. A tendência substancialista do primeiro o faz tender para um direito transpersonalista (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado etc...); o procedimentalismo do segundo, para um direito personalista (para os humanos)”<sup>22</sup>.

Nessa perspectiva, quando, a pretexto de dirimir o crime, ignora-se o Ordenamento Jurídico, suprime-se o Estado Democrático de Direito, e o que se estabelece é o Estado Policial. Como salienta o ministro Celso de Mello<sup>23</sup>, “o Estado Policial é a negação das liberdades, indiferentemente de posição social ou hierarquia. Trata-se de uma antítese do sistema democrático”.

O sistema penal não pode atuar em nome do Estado Policial, visto que os direitos fundamentais além da base tríplice processual-constitucional dos direitos do cidadão: contraditório, ampla defesa e devido processo legal, deve permanecer respeitada pela comunidade jurídica. Tais garantias, no entanto, não são asseguradas nas mais diversas esferas de atuação do Estado, que se conectam ao sistema penal, no que diz respeito aos Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, em âmbito tanto federal, quanto estadual.

Por sistema penal, como preleciona Zaffaroni, entende-se “o controle social punitivo institucionalizado”<sup>24</sup>, que abarca várias agências reguladoras, desde a elaboração do crime, passa pela persecução, julgamento, imposição da pena<sup>25</sup> e execução penal. Pressupõe a atividade normativa,

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. **Direito penal brasileiro**. V. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 93 e 94

<sup>23</sup> **Revista VEJA**, edição de 22 de agosto de 2007.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. **Direito penal brasileiro**. V. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36 e ss.

do legislador; de perseguição aos desviantes, da polícia, e de condenação e fixação da sanção, dos juízes e administração da pena, dos juízes e funcionários da execução penal.

Em nossos dias, todas essas agências do sistema penal são estimuladas pelo recrudescimento do Estado Penal, que se sobrepõe aos direitos e garantias fundantes do Estado Democrático de Direito, configurando, de tal maneira, flagrante ameaça à sociedade. Nesse diapasão analisaremos suas manifestações em cada faceta do sistema penal nos três poderes da República: na norma incriminadora através do Poder Legislativo; no Poder Executivo, através da atuação das Polícias e do Sistema Penitenciário; e, por fim, nas decisões judiciais através do Poder Judiciário.

**a) Poder Legislativo:** a atuação do Legislativo, no que tange ao sistema penal, recai sobre a dimensão da criminalização primária, através da produção da norma penal incriminadora. No cenário nacional, especialmente a partir da década de 90, observa-se o incremento na produção de normas punitivas, como forma de controle social.

Nota-se a presença do discurso do Direito Penal de Emergência<sup>26</sup>, que preconiza saídas imediatistas para o suposto “assustador aumento da criminalidade”. Tais medidas pressupõem a criação de novos tipos penais e o endurecimento das sanções penais.

Neste sentido, o Brasil tem vivenciado uma grande expansão da tutela de bens jurídico-penais, passando a abranger bens supraindividuais, com a criação de crimes de perigo abstrato<sup>27</sup>, a exemplo dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), crimes de trânsito (Lei nº 9.503/97) e crimes do âmbito do Direito Penal Econômico (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional - Lei 7.492/86; Crimes contra a Ordem Tributária e contra a Ordem Econômica - Lei 8.137/90; Crimes contra o Mercado de Capitais - Lei 6.385/76; Lavagem de dinheiro - Lei 9.613/98).

No que se refere à repressividade arbitrária do expansionismo penal cabe destacar a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.694/12) e o

---

26 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

27 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**; tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 119. GRACIA MARTÍN, Luiz, **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. N. 07-02, 2005, p. 02:1 -02:43. (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>).

Regime Disciplinar Diferenciado<sup>28</sup>. Vale mencionar ainda o elevado número de projetos de lei e propostas de emenda constitucional com cunho repressivo e emergencialista, como a sempre aventada proposta de redução da idade penal e a proposição de RDD Max<sup>29</sup>. Tais medidas são imbuídas do que Massimo Sozo denomina de Populismo Punitivo, pois estão inebriadas de pragmatismo político, visto que a opinião pública majoritária, movida pelas deturpações midiáticas, clama por medidas repressivas.

**b) Poder Judiciário:** assiste-se à usurpação de garantias na busca pela celeridade a qualquer custo e pela midiaticização do processo, esprelhada na banalização da prisão cautelar, decisões judiciais que dão ensejo à criminalização dos movimentos sociais, autorização de mandados de busca e apreensão genéricos, permissão para interceptações telefônicas sem fundamentação e aplicação da pena privativa de liberdade em casos desnecessários.

Movido pelo eficientismo penal, o Poder Judiciário naturaliza entendimentos que remetem à doutrina do Direito Penal do Inimigo, preconizada por Jakobs<sup>30</sup>, suspendendo garantias penais e processuais penais diante de determinadas categorias sociais, a exemplo do réu acusado de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

Dentre as muitas questões que têm provocado grande controvérsia no debate público encontram-se as interceptações telefônicas autorizadas judicialmente sem critérios claros<sup>31</sup>. Vale ainda mencionar a recorrente utilização de mandados de busca e apreensão genéricos, exemplo de etiquetamento penal produzido por meio da distorção do Processo Penal,

---

28 O RDD foi instituído pela Resolução de nº. 26/01, editada pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. É flagrante sua natureza inconstitucional, pois é decisão em matéria penal do Poder Legislativo da União e não do Poder Executivo do estado, que só tem competência administrativa. Assim, em 2002, o legislador federal editou Medida Provisória de nº. 28/02, estabeleceu em âmbito nacional o regime. Para desvencilhar-se da inconstitucionalidade formal veio a lume a Lei nº. 10.792/03, que alterou o artigo 52 da LEP e instituiu o RDD. A criação do RDD teve como mote a reação social alavancada pela mídia no caso emblemático de Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar). O RDD foi aplicado em São Paulo (Presidente Bernardes), agora funciona no Paraná (Catanduvas) e no Mato Grosso do Sul (Campo Grande).

29 O RESM já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ), em 2006, em decorrência do episódio ocorrido em São Paulo, 05/06, que culminou com a morte de mais de 260 “suspeitos” pela polícia e de mais de 30 representantes do Estado por ex-detentos. As mortes produzidas por estes últimos podem ser interpretadas como violento ato político, sem precedentes na história, de reivindicação à implantação do RDD. Como resposta, em menos de 48 horas, 17/05/06, a CCJ aprovou PL de nº. 72/06, do Senador Demóstenes Torres, que criou o RESM. Neste regime o preso poderá ficar isolado, incomunicável, por até quatro anos ininterruptos. A audiência pública sobre a matéria ocorreu em 03/10/07, sendo o deputado Chico Alencar o relator designado para elaborar o projeto final.

30 JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 16.

31 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

que permite um mandado vago e aberto que possibilita que uma comunidade inteira seja aviltada em uma determinada operação policial<sup>32</sup>.

**c) Poder Executivo:** No âmbito do Poder Executivo, destaca-se a realidade de barbárie em que se encontra o sistema prisional, com o sistêmico descumprimento da Lei de Execuções Penais; e atuação belicosa do aparato policial, valendo-se da utilização do blindado “caveirão”, uso da tortura como método investigativo, megaoperações com desproporcional uso da força letal, policização do cotidiano, através das chamadas Unidades de Polícia Pacificadora; construção de muros de “ecolimites” e “barreiras acústicas” para delimitação de favelas e comunidades de periferia, utilização das Forças Armadas para fins de policiamento, operações discriminatórias das guardas municipais como o Choque de Ordem, e, em especial a generalização dos autos de resistência, contribuindo de modo decisivo para o incremento da letalidade policial.

Cabe ainda mencionar as megaoperações realizadas pela Polícia Federal. Não raro, tais operações são acompanhadas de um aparato bélico cinematográfico, em cumprimentos de mandados de prisão de indivíduos que não apresentam qualquer resistência ao cumprimento das ordens judiciais. Outro fato cotidiano às referidas ações é a indevida imposição de sigilo sobre o conteúdo das investigações e para o deferimento de medidas cautelares sem comprovação do *fumus boni iuris* e da necessidade<sup>33</sup>, como se vê também em episódio como a dita Operação Nacional da Polícia Civil, realizada em 23 de março de 2007<sup>34-35</sup>. Recorrentemente, a opinião pública move-se em aplauso, farta da sensação de impunidade aos crimes do colarinho branco, e insurge-se sempre que um dos presos nas megaoperações é posto em liberdade por meio de *habeas corpus*.

Outro ponto relevante a ser lembrado em relação aos aparatos de segurança, se refere à polêmica utilização das Forças Armadas em funções de Polícia. O Governador do Estado do Rio de Janeiro (da atual

32 Segundo o art. 178 do CPPM, “o mandado de busca deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do seu morador ou proprietário; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que a sofrerá ou os sinais que a identifiquem”.

33 “A Polícia Federal, o Poder Judiciário e as megaoperações”. *Boletim IBCCRIM*, Ano 15, nº 179, São Paulo, 2007, p. 1.

34 No dia 23 de março de 2007 foi a intitulada “Operação Nacional da Polícia Civil”, apenas no Estado de São Paulo, realizou 583 flagrantes, 773 termos circunstanciados, 1.675 prisões, cumprimento de 1.395 mandados de busca e apreensão e 1.559 mandados de prisão, 257 pessoas foram recapturadas, 70 estabelecimentos comerciais foram lacrados ou interditados, mais de 36 mil veículos foram vistoriados, e mais de 42 mil pessoas foram abordadas.

35 [http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod\\_noticia=10533](http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod_noticia=10533), acesso em 24 de março de 2007.

gestão iniciada em 2007) enviou diversos pedidos ao Governo Federal solicitando o uso das Forças Armadas no Rio de Janeiro para policiamento. Recentemente, soldados presentes na ocupação do Exército no Morro da Providência entregaram três jovens a facções do tráfico. O caso trazido à tona explicitou que a presença das tropas do Exército era temerária e ilegal, pois permitiu que uma Operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) fosse empreendida mesmo sem a aprovação oficial do Presidente da República e do Congresso Nacional<sup>36</sup>.

No que se refere à política criminal de segurança pública, é característica comum das Polícias Civil e Militar a implementação de políticas militarizadas e repressivas, tendo por base a metáfora da guerra ao inimigo<sup>37</sup>. Tal modelo bélico acarreta um elevadíssimo grau de letalidade policial, acobertado pelo dispositivo denominado autos de resistência<sup>38</sup>. Apenas nos últimos 10 anos, as polícias do Estado do Rio de Janeiro perpetraram a morte de mais de 10.000 civis computados em autos de resistência<sup>39</sup>. Números de um país em guerra provocados por uma política criminal com derramamento de sangue, para fazer uso da expressão cunhada por Nilo Batista<sup>40</sup>.

Por fim, cumpre apontar as mazelas do sistema penitenciário brasileiro. Convive-se com uma realidade de barbárie em que são rotineiras as práticas de tortura, condições degradantes, insalubridade, doenças, superlotação, ruptura de laços afetivos, familiares, sexuais. O Brasil possui hoje a 4ª maior população prisional do mundo em números absolutos, com mais de 550.000 presos, sendo certo que menos de 10% está inserido em atividades educacionais e menos de 20% realiza atividades laborativas. Mais de 70% da população carcerária é composta por acusados dos crimes de tráfico de entorpecentes, furto e roubo<sup>41</sup>.

---

36 "A Lei Complementar 117 prevê que a decisão da utilização do Exército nesses casos é do presidente, com a concordância do Congresso. Isso só pode acontecer depois que ele ou o governador considerarem "esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública". Além disso, o texto recomenda que as ações se desenvolvam "de forma episódica", "por tempo limitado".

37 DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança – Entre Pombos e Falcões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

38 VERANI, Sérgio. **Assassinatos em Nome da Lei**. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

39 SOUZA, Taiguara L. S. e. "Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente". Dissertação de Mestrado do PPGD PUC-Rio. Orientador: José Maria Gómez. Rio de Janeiro: 2010. Dados disponíveis em: [www.isp.rj.gov.br](http://www.isp.rj.gov.br).

40 BATISTA, Nilo. "Política criminal com derramamento de sangue". In.: **Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. V. 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 84.

41 Ver mais <http://global.org.br/wp-content/uploads/2013/01/RELAT%C3%93RIO-ANUAL-MEPCT-RJ-2012-FINAL.pdf> e <http://portal.mj.gov.br>.

Como exposto, o Estado Democrático de Direito encontra-se ameaçado pela enunciação do Estado Penal, que se propaga por todas as esferas da vida humana. Nesta esteira, vale lembrar o saudoso Alessandro Baratta, quando defendia a aplicação dos direitos humanos e se referiu ao crime de Estado, intitulando-o violência institucional. Assinalou que a violência institucional ocorre quando o agente é um órgão do Estado: o governo, o exército ou a polícia<sup>42</sup>. Baratta frisa que a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos<sup>43</sup>. Pelo Princípio da Superioridade Ética, o Estado não pode se igualar a criminosos. Nesse sentido, deve caminhar o Direito Penal, com o intuito de preservar os direitos humanos, o que significa preservar um mínimo ético de cada indivíduo, no primado do Estado Democrático de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o sistema penal, com destaque para o Direito Penal, deve atuar a serviço do Estado Democrático de Direito, através da limitação do próprio Poder Punitivo, na obstaculização da violência institucional, visando, acima de tudo, à defesa da dignidade humana, epicentro de nossa ordem jurídica.

Nesse sentido, não poderão ser aceitas práticas perpetradas no cotidiano, que caracterizam o Estado Penal, o Estado de Polícia, como: mandados de busca e apreensão genéricos, prisões provisórias arbitrárias, proliferação dos autos de resistência, uso dos blindados caveirões, emprego das Forças Armadas para fins de policiamento, utilização de armas de grosso calibre em operações urbanas, execuções sumárias, condenações a cálculos elevadíssimos nas sentenças penais, superlotação e precarização dos presídios, dentre tantas outras.

Cumprе salientar, como afirma o eminente professor Nilo Batista, que “seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais dos Sistemas Penais”<sup>44</sup>. Desse modo, pelo fato do sistema

---

42 BARATTA, Alessandro. "Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal". In.: **Fascículos de Ciências Penais**. Trad.: Ana Lúcia Sabadell. Ano 6. V.: 6. N. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 48.

43 BARATTA, Alessandro. "Principios del derecho penal minimo". In.: Conferencia Internacional de Direito Penal: outubro de 1988. Rio de Janeiro: Centro de Estudos da Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991, p. 25.

44 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26.

penal trazer tantas máculas à dignidade humana, o Direito Penal, enquanto elemento que compõe o sistema penal, deve ser um instrumento do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Ferrajoli, o Direito Penal só é válido enquanto “instrumento de defesa e de garantia de todos: da maioria ‘não desviada’, mas também da minoria ‘desviada’, que, portanto, se configura como um Direito Penal Mínimo, como técnica de minimização da violência na sociedade”<sup>45</sup>.

Somente a partir de um Direito Penal inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito é que se pode freiar o Estado Penal e clamar por uma prática social imbuída de valores de respeito inexoráveis ao ser humano, que priorizem a dignidade humana. Apenas um Direito Penal ancorado sob a base principiológica e constitucional pode conter as arbitrariedades do próprio poder punitivo e propiciar a construção de um modelo de sociedade mais tolerante e harmônica, apto a erigir ideais de justiça e igualdade.

É necessário estar atento às violações ao ser humano, às afrontas cotidianas, sobretudo em tempos hodiernos, quando em nome da ordem e da segurança pública, direitos fundamentais como a dignidade humana têm sido cotidianamente açambarcados. Nesse sentido, o grande desafio posto para a democracia, é a contenção da barbárie perpetrada pelos modelos opressores, que se traduzem nos Estados de Polícia.

Como ensina Radbruch, “não precisamos de um Direito Penal melhor, mas de algo melhor que o Direito Penal”. Neste prisma, o Direito Penal jamais pode ser concebido parâmetro legitimador do Estado Penal, *a contrario sensu* deve servir apenas como limite ao poder punitivo estatal, como proteção à pessoa humana diante do Estado Democrático de Direito. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad.: H. Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

---

45 FERRAJOLI, Luigi. "A pena em uma sociedade democrática". Trad.: Christiano Fragoso. Instituto Carioca de Criminologia. In.: **Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. V. 12. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 32.

BARATTA, Alessandro. "Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal". *In.*: **Fascículos de Ciências Penais**. Trad.: Ana Lúcia Sabadell. Ano 6. V. 6. N. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. "Principios del derecho penal minimo". *In.*: Conferência Internacional de Direito Penal: outubro de 1988. Rio de Janeiro: Centro de Estudos da Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. "Mídia e sistema penal no capitalismo tardio". *In.*: **Revista Discursos Sediciosos**. V. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. "Política criminal com derramamento de sangue". *In.*: **Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. V. 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_. "Todo crime é político". *In.*: **Caros amigos**. Ano VII. N. 77. Agosto de 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. "Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro". *In.*: **Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Nº. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad.: C. A. Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2a. ed. Coimbra: 1998.

\_\_\_\_\_. "Sobre o tom e o dom dos direitos fundamentais". *In.*: **Revista Consulex** 45: 38, setembro de 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de e CARVALHO, Amilton Bueno de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de Castro. **Criminologia da reação social**. Trad.: Esther Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. "A criminologia crítica no século XXI como criminologia dos direitos humanos". *In.*: **Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva**. Org.: Roberta Duboc Pedrinha e João Luiz Duboc Pinaud. Trad.: Roberta Duboc Pedrinha e Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHALHOUB, Sidney. "Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro". *In.*: **Revista Discursos Sedicioso**. V. 1. ICC. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DENNINGER, Erhard. "Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity" *In.*: **Constellation**. V. 7. No. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "As tendências recentes da política criminal e o novo código penal português de 1982". *In.*: **Revista de Direito Penal e Criminologia**. V. 34. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança – Entre Pombos e Falcões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

FERNANDES, Márcia Adriana; e PEDRINHA, Roberta Duboc. "Regime disciplinar diferenciado: uma (re) leitura constitucional". *In.*: **(Re) discutindo a execução penal: estudos sobre os 20 anos da Lei 7.210/84 e sua leitura à luz do paradigma constitucional**. Org.: Décio Alonso Gomes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. "A pena em uma sociedade democrática". Trad.: Christiano Fragoso. Instituto Carioca de Criminologia. *In.*: **Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. V. 12. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

\_\_\_\_\_. **A soberania no mundo moderno**. Trad.: Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão**. Trad.: Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. "El derecho como sistema de garantías". *In.*: **Jueces para la democracia – Información y Debate**. N. 16-17, 2-3/1992, Madri.

\_\_\_\_\_. **O direito como sistema de garantias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GRACIA MARTÍN, Luiz, **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. N. 07-02, 2005. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MARONNA, Cristiano. "Proibicionismo ou morte?" *In.*: **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Org.: Miguel Reale e Alberto Zaccharias Toron. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PERROT, Michele. "Prisioneiros". *In.*: **Os excluídos da história**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. PINSKY, James. **A escravidão no Brasil**. 19ª. Ed. São Paulo: Contexto, 2004.

RIVACOBA Y RIVACOBA, "Manuel de. Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal". *In.*: **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Org.: André Copetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Taiguara L. S. e. "Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente". Dissertação de Mestrado do PPGD PUC-Rio. Orientador: José Maria Gómez. Rio de Janeiro: 2010.

TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VERANI, Sérgio. **Assassinatos em Nome da Lei**. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

WACQUANT, Loic. **Os condenados da cidade**. Trad.: Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "O inimigo no direito penal". **Pensamento Criminológico**. V.14. Instituto Carioca de Criminologia. Trad.: S. Lamerão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. **Direito penal brasileiro**. V. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil, ley, derechos y justicia**, 1998.

## A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço *emerjpublicacoes@tjrj.jus.br*;
- 2 - Fontes:
  - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman** – 12
  - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – 10
  - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
  - ✓ citações literais de mais de três linhas,
  - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
  - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

### Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),  
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:  
editora, ano. página<sup>1</sup>.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor<sup>2</sup>

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada<sup>3</sup>

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.