

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano IV – Número 7 – jan./jun. de 2012



Belo Horizonte
2012

AMAGIS JURÍDICA

Diretoria Triênio 2010-2012

Juiz Bruno Terra Dias

Presidente

Desembargador Herbert José de Almeida
Carneiro

Vice-presidente Administrativo

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho
Vice-presidente Financeiro

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos

Vice-presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira

Vice-presidente de Aposentados e Pensionistas

Juiz Antônio Carlos Parreira

Vice-presidente do Interior

Juiz Maurício Torres Soares

Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juíza Maria Luiza Santana Assunção

Diretora-secretária

Ivone Campos Guillarducci Cerqueira

Subdiretora-secretária

Juíza Rosimere das Graças do Couto

Diretora de Comunicação

Desembargadora Jane Ribeiro Silva

Diretora do Centro de Estudos da Magistratura

Juiz Luiz Guilherme Marques

Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais

Desembargador Guilherme Luciano Baeta
Nunes

Desembargadora Mariângela Meyer Pires
Faleiro

Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo

Juiz José Aluísio Neves da Silva

Presidente

Juiz Michel Curi e Silva

Secretário

Assessores Especiais da Presidência

Desembargador Tiago Pinto

Juiz Lailson Braga Baeta Neves

Desembargador Nelson Missias de Morais

Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro

Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Desembargador Márcio Aristeu Monteiro de Barros

Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina

Conselho Editorial da Revista

Desembargadora Jane Ribeiro Silva

Diretora da Revista

Juiz Gilson Soares Lemes

Diretor da Revista

Desembargador Antônio Carlos Cruvinel

Desembargador Belizário Antônio de Lacerda

Desembargador Caetano Levi Lopes

Juiz Gilson Fonseca

Juiz Luiz Guilherme Marques

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Maurício Torres Soares

Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenador de Comunicação da Amagis

Bruno Gontijo – Mtb-MG: 11008

Jornalistas

Georgia Baçvaroff – Mtb-MG: 08441

Adriano Boaventura – Mtb-MG: 09181

Fernanda Marques – Mtb-MG: 12188

Tiago Parrela – Mtb-MG:14634

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

EROS ROBERTO GRAU – Escritor convidado

Ministro aposentado do STF. Doutor em Direito. Professor universitário no Brasil e na Europa. Autor de dezenas de livros jurídicos nacionais e no exterior 1

ANA MARIA LAMMOGLIA JABOUR

Juíza de Direito – 1ª Vara de Registros Públicos, Fazenda Pública e Autarquias Municipais, Falências e Recuperação Judicial de Juiz de Fora. Mestranda em Direito 7

ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES

Juíza de Direito – Titular da 12ª Vara de Família. Mestre em Direito Processual do Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda do Curso de Pós-Graduação em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais..... 15

DAMIÃO ALEXANDRE TAVARES OLIVEIRA

Juiz de Direito na 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova/MG. Aluno do mestrado de Direito Constitucional, ministrado pela Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal, em convênio com a ESMAPE – Brasil, ano 2011/2012 33

FABRÍCIO SIMÃO DA CUNHA ARAÚJO

Mestrando em Direito Processual pela PUC/MG. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC/MG e IEC-PUC/MG. Juiz de Direito em MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais..... 57

JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE

Magistrado aposentado no Estado de Minas Gerais. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado. Vice-Presidente do Conselho Deliberativo da JUSPREV. Consultor previdenciário..... 93

JOSÉ MARIA DOS REIS

Juiz de Direito e Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais e Direito Processual Civil pela Fadom. Presidente da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Divinópolis. Diretor da 7ª Seccional da Amagis (Associação dos Magistrados Mineiros). Juiz Eleitoral. Juiz Coordenador dos Juizados de Conciliação do programa Novos Rumos, do TJMG, na Comarca de Divinópolis/MG 117

FRANCIS VANINE DE ANDRADE REIS

Advogado e Professor de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito das Relações de Consumo e Prática Jurídica na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Coordenador da Monitoria do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Direito Empresarial e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC MINAS 117

JUAREZ MORAIS DE AZEVEDO

Juiz da Vara Criminal e da Infância e Juventude de Nova Lima – MG. Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Conselho de Criminologia e Política Criminal do Estado de Minas Gerais 137

LUIZ GUILHERME MARQUES

Juiz da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora. Coordenador da Escola Nacional da Magistratura. Vice-Diretor do Centro de Estudos da Magistratura da Amagis 151

ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor da Escola Judicial *Desembargador Edésio Fernandes*, do TJMG, e de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito..... 169

SÉRGIO HENRIQUE CORDEIRO CALDAS FERNANDES

Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte – Minas Gerais..... 197

ESPAÇO ABERTO

RAQUEL FREDERICO ALVES

Advogada 221

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... xi

PRINCÍPIOS, A [IN]SEGURANÇA JURÍDICA
E O MAGISTRADO

Eros Roberto Grau..... 1

A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DISCURSO DE
JUSTIFICAÇÃO E DISCURSO DE APLICAÇÃO DA
NORMA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A TAREFA
DO JUIZ CONTEMPORÂNEO

Ana Maria Lammoglia Jabour..... 7

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A
CONCILIAÇÃO

Ângela de Lourdes Rodrigues..... 15

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA,
CUIDADOS PALIATIVOS E ORTOTANÁSIA:
A VISÃO DE UM JUIZ

Damião Alexandre Tavares Oliveira..... 33

DA DESTINAÇÃO DA PARCELA PEDAGÓGICA DA RE-
PARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Fabrcio Simão da Cunha Araújo..... 57

PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO:
RECENTES ALTERAÇÕES. A NOVA PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES FEDERAIS E A
EMENDA CONSTITUCIONAL N. 70

Jorge Franklin Alves Felipe 93

A TEORIA DA METAMORFOSE DO CICLO DA
PROVA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL:
REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA NAS
PROCEDIMENTALIDADES DO CPC DE 1973 E DO
PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Maria dos Reis e Francis Vanine de Andrade Reis 117

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A ÓTICA
UNITÁRIA DA NECESSIDADE DO FIM DA DICOTOMIA:
RECLUSÃO E DETENÇÃO

Juarez Morais de Azevedo 137

A JUSTIÇA DA ÍNDIA

Luiz Guilherme Marques 151

LEI DE MERCADO E ANGÚSTIA DO JUIZ

Rogério Medeiros Garcia de Lima..... 169

DE KANT A JOBS: REFLEXÕES SOBRE A LIBERDADE
DE CONTRATAR NA PÓS-MODERNIDADE

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes..... 197

ESPAÇO ABERTO

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONFLITO
QUE ATINGE FILHOS

Raquel Frederico Alves..... 221

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que oferecemos aos leitores mais um número da Revista Amagis Jurídica. O conhecimento jurídico produzido em Minas Gerais reverbera em todo o país e nos orgulha saber que esta publicação é um dos canais responsáveis por isso. Nesta edição, além dos valiosos textos dos magistrados mineiros que nos emprestam sua erudição, temos o prazer de contar com a colaboração do ministro Eros Grau, jurista cuja trajetória dispensa apresentações, e que escreveu um texto exclusivo para a nossa revista. Desejamos a todos, portanto, uma profícua leitura.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'B' followed by a long horizontal stroke and a smaller signature element.

Juiz Bruno Terra Dias
Presidente da Amagis

1

PRINCÍPIOS, A [IN]SEGURANÇA JURÍDICA E O MAGISTRADO

Eros Roberto Grau¹

01. Praticamos o direito positivo – o chamado *direito moderno* – visando a que a vida social possa ser experimentada em clima de paz e segurança. Submetemo-nos ao poder exercido pelo *Estado moderno* em troca de garantias mínimas de *segurança* por ele bem ou mal asseguradas. Sem a calculabilidade e a previsibilidade de comportamentos instaladas pelo direito moderno, o mercado não poderia existir.

Max Weber ensinou-nos que as exigências de *calculabilidade* e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com *estabilidade*, *segurança* e *objetividade* no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da administração.

02. O cumprimento dos contratos não podia ser assegurado sob a *equidade*, incompatível com a calculabilidade, requisito do *direito moderno*. Era necessário transformar-se a *equidade* em um *sistema rígido de normas*, a fim de que fosse assegurada a *calculabilidade* exigida pelas transações econômicas.

Essa necessidade justificou a limitação de poder da monarquia patrimonial e do feudalismo e culminou na instituição do poder legislativo dos parlamentos. A tarefa primordial do Estado era a da criação

¹ Ministro aposentado do STF. Doutor em Direito. Professor universitário no Brasil e na Europa. Autor de dezenas de livros jurídicos nacionais e no exterior.

de uma ordem jurídica que tornasse possível o cumprimento das obrigações contratuais e calculável a expectativa de que essas obrigações seriam cumpridas.

Cotidianamente trocamos nossa *insegurança* por nossa submissão ao *poder*. Em última instância, no entanto, a segurança e a certeza jurídicas com que o Estado moderno nos acode é a *segurança do/no mercado*.

03. De modo inusitado, contudo, o Poder Judiciário tende hoje, entre nós, a converter-se em um *produtor de insegurança!*

O que hoje se passa nos tribunais superiores, entre nós – e de modo exemplar no superior a todos eles – é de arrear. Tomando a *proporcionalidade* e a *razoabilidade* como *princípios* – em especial a primeira – reiteradamente praticada, em lugar do *controle da constitucionalidade*, controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis.

Essa desabusada transgressão é cotidianamente consumada, sem nenhum espanto despertar, porque fomos docemente conduzidos a crer que “*violar um princípio é mais grave do que violar uma norma*” e continuamos a discorrer, no ritmo do bolero de Ravel, em lições de doutrina, sobre a teoria da interpretação do direito como exercício de mera *subsunção*.

04. De modo diverso, no entanto, as normas resultam da interpretação dos textos. Texto e norma não se identificam. A norma é a *interpretação* do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas.

O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais.

O significado [isto é, a norma] é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos nada dizem; elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.

05. Interpretação e aplicação do direito consubstanciam uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não

nos limitamos a interpretar [= compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [= interpretamos] a realidade.

Como e enquanto interpretação/aplicação, a interpretação parte da compreensão dos textos normativos e da realidade, passa pela produção das normas que devem ser consideradas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para esse caso, consignada na norma de decisão.

Por isso convém distinguirmos as *normas jurídicas* produzidas pelo intérprete a partir dos textos e da realidade da *norma de decisão* do caso, expressa na sentença judicial.

06. A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão.

Aí, portanto, a distinção entre as *normas jurídicas* e a *norma de decisão*. Esta é definida a partir daquelas.

É importante, outrossim, neste passo, observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da *norma de decisão*. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair *normas de decisão*, é aquele que Kelsen chama de “intérprete autêntico”, o juiz.

07. A exposição sintetizada nos itens 04 a 06, acima, permite-me afirmar, de modo claro e suficiente, que o recurso à *proporcionalidade* e a *razoabilidade* somente se justifica – única e exclusivamente, tem sentido – no momento da formulação da *norma de decisão*.

A prática, pelos tribunais, dos controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis consubstancia uma excrescência, apenas concebível no torvelinho do delírio dos princípios. E a chamada *ponderação entre princípios* instala a insegurança e a incerteza, permitindo que cada juiz decida no plano do que um dia foi chamado de *direito alternativo*, à margem do direito positivo, da lei e da Constituição.

Abro mão, neste passo, de qualquer exposição teórica para desnudar a absoluta incerteza dessa *ponderação*. Proponho que o leitor examine votos proferidos no HC 82424/RS, no STF, em que foi examinada

a publicação de um livro antissemita. Dois ministros fizeram uso do “princípio” da proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, ponderando-as. Fizeram-no para alcançar conclusões – e decisões – opostas. Um deles entendeu que a restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita não é uma medida adequada, necessária e razoável, logo não constitui uma restrição possível, permitida pela Constituição. Outro, que a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de coibir-se a intolerância racial e preservar-se a dignidade humana é restrição adequada, necessária e proporcional, logo permitida pela Constituição.

08. Cada um, com seus valores pessoais, lendo a Constituição ao seu gosto pessoal. Em voto na ADPF 144, ao tempo em que exerci a magistratura no STF, alinhei razões que passo parcialmente a reproduzir.

O Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra. Não hão de ter faltado éticas e justiça à humanidade. Tantas éticas e justiças quantas as religiões, as culturas, os costumes em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia apenas muito dificilmente é conciliável com a realidade.

09. O fato é que a única tentativa viável, embora precária, de mediação entre ambas é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o *direito moderno*, identificado à lei. A cisão enunciada na frase atribuída a Cristo – “*a César o que é de César, a Deus o que é de Deus*” – torna-se definitiva no surgimento do *direito moderno, direito do modo de produção capitalista, direito posto* pelo Estado, erigido sobre uma afirmação a atribuir-se a Creonte, ainda que não formulada exatamente nessas palavras: “*Prefiro a ordem à justiça*”. No direito moderno se opera a separação absoluta entre *posto* e *pressuposto*, entre *lex* e *ius*.

Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça*! Vamos à Faculdade de Direito aprender *Direito*, não *justiça*. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história.

Lembro, a esta altura, uma afirmação de Kelsen: “A *justiça absoluta só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus; temos de nos contentar, na terra, com alguma justiça simplesmente relativa, que deve ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada*”.

10. É certo que o temos, o direito moderno, permanentemente em crise. Mas o que se passa agora é ainda mais grave, porque – ao mesmo tempo em que se pretende substituir as suas regras e princípios por outras, descoladas da eficiência ou de alguma distinta vantagem econômica – a sociedade, como que já não lhe dá mais crédito, e inúmeras vezes se precipita na busca de uma razão de conteúdo, colocando-nos sob o risco de substituição da racionalidade formal do direito [com sacrifício da legalidade e do procedimento legal] por uma racionalidade construída a partir da ética (qual ética?), à margem do direito.

A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de *justiça*, ignora que ela não existe em si e que é incabível, como observara Epicuro, discutirmos a “justiça” ou “injustiça” da norma produzida ou da decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma, nem outra [*justiça* ou *injustiça*], existem em si; os sentidos, de uma e outra, são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança social, tal como concebida, em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma *teoria da justiça*, porém, na dicção de Habermas, uma *teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico*.

11. É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá, aliás, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número de pessoas, as promessas de *liberdade*, da *igualdade* e *fraternidade*. Outra coisa é a pretensão de substituir-se o direito pela moralidade, o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de Direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem. Quem o faz não se dá conta de que procura *ius* onde não há

senão *lex* e, em geral, faz prova de ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico.

12. De tudo o mais trágico é que, enquanto nossos juízes confundirem *princípios* com *valores* e a nossa jurisprudência estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* – a segurança jurídica estará sendo despedaçada. Outra vez vou me valer de trecho de voto que formulei, desta feita na ADPF 153, ao tempo em que exerci a magistratura no STF:

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arroga a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. Então, como diz Hartmann, quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

13. Uma observação de Franz Neumann, em um livro publicado em 1942, resulta extremamente atual: “*um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas com princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um disfarce que oculta medidas individuais*”.

O que tínhamos, o que nos assistia – o *direito moderno, a objetividade da lei* – encontra-se, entre nós, hoje em risco. Por isso tenho medo dos juízes e dos tribunais que se excedem no uso abusivo de princípios e no exercício de inusitado controle da razoabilidade das leis, legando-nos incerteza e insegurança jurídicas.

Somente me ocorre dizer, por fim, que talvez isso tudo acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado. Talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão. Ou será a desordem, até que novos rumos nos acudam...

2

A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E DISCURSO DE APLICAÇÃO DA NORMA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A TAREFA DO JUIZ CONTEMPORÂNEO

Ana Maria Lammoglia Jabour¹

RESUMO

Aborda a diferenciação entre discurso de aplicação e discurso de justificação (validade) normativa bem como a diferenciação entre os sistemas do Direito e da Moral e sua importância no desempenho da função do juiz. Analisa a importância da visão principiológica do Direito e o equívoco, segundo Jürgen Habermas, do método da ponderação proposto por Robert Alexy, na medida em que projeta um modelo de valores na estrutura normativa, dando azo à discricionariedade judicial.

É no pensamento do jurista alemão Klaus Günther, ainda pouco difundido entre os aplicadores do direito no Brasil, e também sob a ótica de seu compatriota Jürgen Habermas, que encontramos algumas respostas para uma instigante questão da teoria do direito, qual seja, a da racionalidade das decisões jurisdicionais.

O momento da aplicação do direito ao caso concreto não depende apenas de conhecimento científico do direito positivado em textos ou

¹ Juíza de Direito – 1ª Vara de Registros Públicos, Fazenda Pública e Autarquias Municipais, Falências e Recuperação Judicial de Juiz de Fora. Mestranda em Direito.

mesmo da pretensa aplicação dos princípios constitucionais, se não os considerarmos imanentes ao próprio processo. No dizer de Marcelo Cattoni, *toda a jurisdição é jurisdição constitucional, conforme os processos constitucional e legalmente previstos*.² Assim, a atuação jurisdicional carece, em primeiro lugar, da assunção, pelo magistrado, da diferenciação funcional entre os sistemas do Direito e da Moral na Modernidade: o primeiro, tendo como função *estabilizar expectativas de comportamento, generalizadamente* e, o segundo, a realização da justiça. Em decorrência, alcançaremos uma melhor compreensão do princípio da separação dos poderes – o que guarda íntima relação com o tema que ora nos propusemos a abordar.

Nesse contexto, insere-se ainda a importância da abordagem sociológica, cuja dimensão de observador Niklas Luhmann trouxe na formulação da Teoria dos Sistemas Autopoieticos.³ Com Luhmann passamos a compreender que a partir de diferentes operações temos sistemas diferenciados – Direito, Moral, Religião e Economia – e que a sociedade é, na verdade, não apenas um grupo de indivíduos, mas, sobretudo, um emaranhado recursivo de comunicação que opera o sistema social. Para ele, tais noções são importantes na compreensão da Modernidade, quando por ocasião dessa diferenciação funcional podemos observar o sistema do Direito; para o Magistrado são noções essenciais.

Partindo, portanto, da assertiva dessa diferenciação funcional sistêmica, vamos compreender que o Direito atua sob o código lícito/ilícito e a Moral sob o código justo/injusto, de forma que podemos verificar que argumentos nem sempre apropriados vêm sendo utilizados nas decisões jurisdicionais – principalmente do Supremo Tribunal Federal –, quando seus prolores lançam mão de raciocínios éticos, morais e pragmáticos, muitas vezes decidindo pelo código justo/injusto, conveniente/inconveniente, devido/indevido, pouco oneroso/muito oneroso, etc., os quais possuem pertinência com o processo legislativo e não com a resolução do caso concreto. Assim, a sistemática do processo legislativo deve

² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 207.

³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

fazer parte de nossas preocupações para que compreendamos em que âmbito se situa a Política, e, sobretudo, que a Constituição nada mais é do que o acoplamento entre aquela e o Direito.

A formatação da distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação desenvolveu-se no pensamento de Klaus Günther para quem *questões referentes à validade de uma norma devem ser separadas das questões referentes à sua aplicação adequada*. Embora não se refira unicamente à jurisdição, visto que extensível também às decisões administrativas, trataremos aqui apenas da aplicação do direito pelo juiz.

Entender que o Direito é um sistema de princípios e que todas as normas jurídicas são principiológicas, ou seja, diante de um caso concreto são, em princípio, aplicáveis, é um grandioso passo para a maioria dos juízes brasileiros, de formação ainda positivista. Da mesma forma, é primordial compreender – com a Teoria Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas – *que a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno de uma disputa de paradigmas do Direito*, assim traduzidos pelas *pré-compreensões que informam a própria decisão jurisdicional ou a respeito de como se deve interpretar e aplicar o Direito*. Habermas afirma que não obstante as expressões *ideal social, visão social*, ou, simplesmente *teoria* tenham a ver com as *concepções implícitas das pessoas acerca da própria sociedade*, um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das *decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade*.⁴

Por outro lado, o jusfilósofo constata que a teoria do direito é distante do trabalho de interpretação judicial, deixando claro *que os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual*, de modo que *a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira*.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 128-129.

Percebe-se, portanto, a grandeza do significado social da jurisdição, pois é na dicção dos juízes através dos tempos que se constrói um senso do que seja a sociedade em questão – um significado que transcende a própria decisão e irá fazer parte dos círculos seguintes de interpretação e aplicação do direito.

Estando contextualizada, no momento atual, sob o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, a atividade de aplicação do direito (decisão jurisdicional) ganha importância na medida em que operacionaliza a tensão entre faticidade e validade, que nada mais é do que a *tensão entre a positividade e a legitimidade do direito*.

No caminho da decisão racional, o aplicador da lei deve partir do pressuposto de que todas as normas legisladas são válidas na busca pela norma adequada ao caso concreto. Entretanto, aquela que não encontrar aplicação, embora válida, irá ceder espaço a uma outra que seja adequada e neste processo participam o juiz e as partes, sendo a decisão uma construção de todos os envolvidos cuja destinatária final é, também, a sociedade. Este sentido é assumido por Habermas quanto ao princípio do discurso, que preconiza que na Modernidade as normas somente são válidas na medida em que todos os seus destinatários são igualmente seus autores, sendo papel da Constituição, em sentido amplíssimo, garantir as condições de produção legítima do Direito e os direitos fundamentais.

O discurso de aplicação é, portanto, aquele em que os participantes, assim que nele ingressam, *têm que abandonar a perspectiva das circunstâncias serem iguais em toda situação, pressuposta com a validade da norma* – daí o termo *normas prima facie aplicáveis*, significando que *será insuficiente arguir que uma norma válida é aplicável a determinado caso, pois a cláusula prima facie contém um ônus recíproco de argumentação* – e assumir esse ônus da argumentação. E o argumento não é dirigido contra *a validade da norma em colisão, mas contra sua adequação, levadas em consideração todas as circunstâncias da situação*.

No dizer de Cruz, o discurso de justificação *viabiliza uma decisão imparcial a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo*.⁵ Pois bem, o

⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p.188.

autor observa uma característica fundamental do discurso de aplicação, que é a ocorrência de ação estratégica das partes, melhor explicando: não há, no processo judicial, obrigação de ação cooperativa das partes em busca da verdade, muito pelo contrário, as mesmas se servem de argumentos estrategicamente conduzidos no sentido de obter decisão que lhes seja favorável. Exemplificando, temos a fase processual da produção de provas, que demonstra claramente a necessidade de estratégia dos litigantes rumo ao desfecho que lhes interessa. Está implícita tal atitude entre os participantes de um processo judicial. Segundo Habermas, *os papéis da participação no processo são definidos de tal maneira que o levantamento de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa da verdade.*⁶

Já no caso do discurso de fundamentação (ou justificação) não há, implicitamente, a necessidade do agir estratégico, embora o mesmo não possa ser excluído pelos participantes, como no caso de *lobbies e grupos de pressão* que agem estratégica e articuladamente para a realização de seus interesses. Habermas adverte, contudo, que *caso a influência do dinheiro e da burocracia prevaleçam sobre a solidariedade e a racionalidade argumentativa, o discurso de fundamentação desnatura-se, tornando-se incapaz de conferir legitimidade à legalidade.* Assunto para outra reflexão, seria, portanto, a questão da desnaturação do discurso de justificação.

A visão do filósofo alemão quanto à distinção entre as funções do julgador e do legislador é clara, não assumindo a possibilidade de que o Poder Judiciário e, principalmente, as cortes constitucionais sejam entendidos como legisladores concorrentes ou Poder Constituinte Originário anômalo. Essa questão tem relação direta com a maneira do exercício da Jurisdição Constitucional, com a não caracterização do juiz como legislador e pressupõe uma leitura do princípio da separação dos poderes sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Retornando à questão da aplicação do direito, quando então, a autoridade julgadora parte rumo à procura da norma adequada à situação que

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 293.

se apresenta, poderá ocorrer que *várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, da perspectiva dos discursos jurídicos de justificação*, segundo nos adverte Cattoni de Oliveira, o que *não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto*⁷. Ocorre a colisão de normas, contexto no qual grande parte dos julgadores passaram a aplicar a ponderação material de comandos otimizáveis, propugnada por Robert Alexy, jurista alemão, contemporâneo, que, neste particular, colide com Habermas e Günther.

Sob essa ótica faremos uma breve análise da argumentação, como dissemos, majoritariamente utilizada pelo STF e ancorada na proposta por Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Em *Faticidade e Validade*, Habermas coloca em paralelo seu pensamento com os de Günther, Alexy e também Ronald Dworkin, outro pensador do direito na atualidade, nos permitindo entender, afinal, a lógica do discurso jurídico.

Aqui, pretendemos afirmar que a teoria alexyana, muito utilizada pelo STF em vários de seus julgados dos últimos anos, traduz-se, na verdade, em perigosa argumentação política, dando azo a toda forma de discricionariedade, impregnando a magistratura de uma cultura da gradualidade, admitindo como certa uma decisão judicial que venha a expressar o que é preferível e não necessariamente o devido, fazendo de nós refêns do pragmatismo.

É Chamon Júnior quem nos ajuda a entender a problemática concepção de Alexy quanto à utilização dos princípios como *mandatos de otimização*, ou seja, *mais ou menos satisfeitos, permitindo, portanto, a verificação de variados graus de cumprimento*:

Inerente à noção alexyana de normas-princípio é o grau de satisfação e de cumprimento a serem observados. Enquanto seriam os princípios obrigações de otimização, as regras possuiriam um caráter de obrigação definitiva. Somente assim, entende ALEXY, é que se poderia explicar porque a ponderação seria, então, sempre relacionada à aplicação dos princípios – o que abre a perspectiva argumentativa de Alexy a uma interpretação da legitimidade de aplicação do Direito por aproximação, já que se

⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, cit., p. 148.

poderia satisfazer com o grau mais alto **possível** de aplicação normativa.⁸ (grifamos)

Na verdade, o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado como uma panaceia, bem ao modo positivista e tendente ao decisionismo judicial, impondo sérios riscos de se transformar o Poder Judiciário em órgão autoritário. E outra não é a conclusão de Chamon Júnior, para quem

Tratar os princípios como pretende ROBERT ALEXY é submeter o Direito, e sua aplicação, a uma questão de preferências frente a fins que não segue uma ótica capaz de ser defendida como válida perante um sistema de direitos fundamentais. A operação de ponderação é, assim, alheia a qualquer critério de racionalidade normativa, se transformando em uma discussão que chega, para HABERMAS, a resultados discricionários e arbitrários. A norma, podemos dizer, não é mais ou menos realizada ou ordenada. Ela submete a uma noção binária. Pela visão de ALEXY, um princípio poderia fazer com que não se alcançasse um grau ótimo em sua aplicação, o que corresponderia dizer que a norma fora mais ou menos cumprida. Ora, o Direito ou é obedecido, ou não o é. O direito subjetivo não pode ser mais ou menos: ele não se submete a um peso gradual que pode ceder tanto perante outros direitos, bem como também a metas coletivas, bem contrariamente a DWORKIN.⁹

Finalizando, entendemos que das ideias que aqui pudemos expressar, uma grave reflexão se apresenta ao juiz contemporâneo: desenvolver seu senso de adequabilidade normativa não depende de puro conhecimento científico, mas, sobretudo, da busca de uma *interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito vigente*. Ainda que o dispositivo da sentença seja acertado é a fundamentação adequada que garante a integridade do direito, pois ela se projeta para além dos seus destinatários, para a própria sociedade.

⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuições a uma Reconstrução Dogmática Penal 100 anos depois*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 58.

⁹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuições a uma Reconstrução Dogmática Penal 100 anos depois*, cit., p. 58.

THE DIFFERENCE BETWEEN “SPEECH OF JUSTIFICATION” AND “SPEECH OF APPLICATION”, AND ITS IMPORTANCE TO THE CONTEMPORARY JUDGE’S JOB

ABSTRACT: Approach the distinction of “speech of application” and “speech of justification” (its validity) as well as the difference between the systems of law and morals, and its importance in performing the judge’s function. Analyzes the importance of principled view of law and the misconception, according to Jürgen Habermas, of the deliberation method proposed by Robert Alexy, when he brings up a model of principles in the normative structure, giving reasons to judicial discretion.

KEY WORDS: speech of justification, speech of application, principled view of Law, jurisdiction.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuições a uma Reconstrução Dogmática Penal 100 anos depois*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, II.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

3

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONCILIAÇÃO

Ângela de Lourdes Rodrigues¹

RESUMO

Este artigo pretende fazer uma análise da conciliação no Código de Processo Civil brasileiro. A partir da existência do litígio será estudada a origem da conciliação, como meio alternativo de resolução de conflito. Pretendemos analisar sua introdução na primeira Constituição Brasileira em 1824, no Código de Processo Civil de 1939, de 1973, bem como no Projeto de Lei n. 8.046, de 2010. No decorrer do estudo será avaliado o conceito de conciliação, sua importância e os momentos processuais em que é possível a sua realização no Código de Processo Civil. Será destacada a sua inclusão no Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, fazendo uma rápida comparação com o estatuto processual civil em vigor. Finalmente, a pretensão é avaliar a aplicação da justiça de forma célere e eficaz, em especial com a realização da conciliação, observando os princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Conflito, Conciliação, Origem, Código de Processo Civil, Projeto de Lei n. 8.046, de 2010 e Benefícios.

¹ Juíza de Direito do TJMG—Titular da 12ª Vara de Família. Mestre em Direito Processual do Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda do Curso de Pós-Graduação em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

O convívio social possibilita a existência de conflitos que são levados ao Judiciário na busca de solução pelos envolvidos. A Conciliação surge como meio alternativo de resolução de conflito, tem origem remota e até os dias atuais é utilizada para resolvê-los. Buscar a origem da conciliação facilitará a compreensão do presente estudo. Faz-se necessário limitar a sua compreensão que é por demais ampla, aplicada no ordenamento jurídico brasileiro em diversas oportunidades. Para uma melhor compreensão, ocorrerá a sua apreciação e aplicação no Código de Processo Civil brasileiro, desde 1939 até o Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, do Novo Código de Processual Civil com as alterações apresentadas. Sem qualquer pretensão de esgotar o estudo serão feitas as análises de sua aplicação e conveniência no decorrer do processo procurando sempre demonstrar se é viável e vantajosa para os envolvidos no conflito. A partir de então, será demonstrada a existência ou não de benefícios da conciliação na entrega da prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Os posicionamentos de vários estudiosos sobre a conciliação e seus resultados serão feitos por meio das respectivas citações.

2 ORIGEM DA CONCILIAÇÃO

Os conflitos são inerentes aos seres humanos, oriundos de suas dificuldades de lidar com as diferenças e a pretensão de satisfazer seus próprios interesses no convívio social. Acredita-se, no entanto, que apesar de o homem viver em constante conflito, sempre almejou viver em harmonia.

Calmon (2007) demonstra que o conflito é inevitável e pode ser salutar se o envolvido na relação conflituosa procurar solucioná-lo de forma construtiva.

Mas o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou su-

primi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.²

A conciliação, como meio alternativo de solução de conflitos, apresenta-se muito mais ampla do que inicialmente se poderia supor, tendo em vista que é tão antiga quanto o próprio conflito.

A palavra conciliação, etimologicamente, é derivada do latim *conciliatione* e significa o ato ou efeito de conciliar, fazer ajuste, acordo ou harmonização de pessoas, combinando esforços para composição das diferenças existentes.

Giglio (2005) ensina que o conceito de conciliação é a simples realização de um acordo, porque possibilita a reconstrução das relações desarmônicas.

A conciliação, no nosso entender, tem um conceito mais amplo do que o acordo, significando entendimento, recomposição de relações desarmônicas, desarme de espírito, compreensão, ajustamento de interesses, o acordo é somente a consequência material, regra geral econômica da conciliação das partes.³

Historicamente, a conciliação surgiu com a própria civilização organizada, sendo conhecidos seus antecedentes mais remotos na Lei de XII Tábuas. Na antiguidade, com os gregos e romanos, sofre influência de várias culturas e é tratada com especial atenção.

Surgik, citado por Angélico (2003), ao tratar da conciliação sob o aspecto processual, demonstra a interferência de várias culturas.

A conciliação como figura estritamente processual, cuja origem remonta aos primórdios do cristianismo, insere-se num contexto histórico em que a tendência à conciliação é muito mais ampla do que, à primeira vista, se poderia supor: conciliação do judaísmo com o império romano, do cristianismo

² CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

³ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. rev. e atual. conforme a EC n.45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206.

com o império romano, do judaísmo com o próprio cristianismo, da razão com a fé.⁴

3 A ORIGEM DA CONCILIAÇÃO NO BRASIL

A conciliação foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, nas Ordenações Manuelinas (1545), vigorou nas Ordenações Filipinas (1603) e foi inserida na primeira Constituição Brasileira de 1824, que dispunha no artigo 161 a obrigatoriedade da conciliação pré-processual.

Nassar, citada por Tavares (2002),⁵ referindo-se às notas históricas sobre a conciliação no processo civil brasileiro, demonstra sua existência desde as Ordenações do Reino.

O Livro III, Título XX, parágrafo 1º, estatua: ‘E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que, antes que façam despesas, e sigam entre elas ódios e dissensões, devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa é sempre duvidoso. E isto, que dizemos, de reduzirem as partes à concórdia, não de necessidade, mas somente a honestidade nos casos, em que o bem puderem fazer’.

A Constituição do Império, de 23 de março de 1924, previa, de forma categórica, no art. 161: *Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará novo processo algum.*

O regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, prescrevia em seu art. 23: *Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio de conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes.*

A Consolidação das Leis do Processo Civil, do Conselheiro Ribas, que se revestia de força de lei, preceituava, no art. 185: *Em*

⁴ SURGIK *apud* ANGÉLICO. *Sucedâneos da Jurisdição Oficial*. (Dissertação de Mestrado). Campinas, 2003. p. 140.

⁵ NASSAR *apud* TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 32.

*regra nenhum processo pode começar sem que faça constar que se intentado o meio de conciliação perante o Juiz de Paz.*⁶

No Código de Processo Civil, de 1939, ocorreu um retrocesso e a conciliação não foi sequer mencionada. Posteriormente, com o Código de Processo Civil, de 1974, a conciliação foi reconhecida e determinada a sua tentativa em várias fases processuais. Em outras leis, a conciliação também foi reforçada e tornou-se obrigatória.

Gianulo (2003), ao falar da conciliação no direito brasileiro, leciona:

O Código Processual, com a redação original vigente a partir de 1974, por assim dizer ressuscitou o instituto, ao introduzi-lo na abertura da audiência de instrução e julgamento (CPC 447/449), vindo a ser incrementada a tentativa conciliatória com o advento da reforma de 1994 (CPC art 125, inciso IV). O processo civil pátrio perseguiu a concepção conciliadora com o advento da Lei 7.244/84 e sua sucessora, na tratativa de composição de litígios de menor complexidade, Lei 9.099/95, em seu artigo 21, que se dará antes mesmo da resposta do réu (art. 31, parágrafo único) assim também com a vigência da Lei 10.259/2001, mostrando claramente aderir a movimento internacional de prestígio à conciliação não apenas no curso do processo, mas desde o início da relação jurídica processual.⁷

4 A CONCILIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1974

No Código de Processo Civil em vigor, conforme preceitua o artigo 125, inciso IV, a conciliação pode ocorrer em qualquer momento do procedimento. A faculdade concedida ao juiz possibilita o entendimento de que poderá ser realizada a tentativa de conciliação previamente, antes da apresentação da defesa, ou mesmo logo após a sua apresentação.

Nesse momento, é viável a tentativa de conciliação, porque o conflito processual está menos acirrado, as partes se apresentam muitas

⁶ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A conciliação no processo de dissídio coletivo. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord). *Curso de direito coletivo do Trabalho*. São Paulo. LTr, 1998, p. 375-376.

⁷ GIANULO, Wilson. *Conciliação*. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, p. 38, set. 2003.

vezes dispostas a conciliar para evitar o prosseguimento da demanda. O ajuizamento da ação causa desgastes, transtornos para as partes, sejam de ordem emocional ou financeira.

Ainda que estejam litigando sob o pálio da gratuidade da justiça, deve ser lembrado que as partes têm que se deslocar para contactar com seus procuradores, providenciar a documentação exigida, seja extraindo certidões ou cópias, indicar os nomes e endereços completos das testemunhas, efetuar gastos para o comparecimento às audiências designadas e quando tornar-se necessário deverão se ausentar do trabalho.

Avaliando todos esses desencontros, em algumas ocasiões, as partes se dispõem a resolver na fase inicial seus conflitos, porque percebem que a continuidade do processo não lhes trará benefícios, muito antes pelo contrário.

Designada audiência, realizada a conciliação, esta será reduzida a termo. Ressalte-se que o juiz poderá ser auxiliado por um conciliador nos termos do artigo 227, § 1º, acrescentado pela Lei n. 9.245/1995.⁸

Se frustrada a conciliação nessa oportunidade, o juiz determinará o prosseguimento do feito conforme procedimento adotado. Não há nenhum prejuízo para o Judiciário, partes ou advogados a tentativa prévia de conciliação.

Proseguindo o feito, o artigo 331 do Código de Processo Civil determina que as partes e os procuradores compareçam à audiência de tentativa de conciliação designada, e havendo acordo será reduzido a termo, caso contrário, o juiz fixará os pontos controvertidos da demanda, decidirá as questões processuais pendentes, deferindo as provas que deverão ser produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Nessa audiência, as partes já estão cientes dos fatos e provas pretendidas pelos envolvidos no conflito, sendo também admissível que queiram conciliar. Os envolvidos no litígio avaliarão reciprocamente

⁸ BRASIL. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/legislacao/anotada/2505268/art-277>
Acesso em: 13 out. 2012.

os fatos alegados e as provas pretendidas, percebendo suas possibilidades de sucesso no litígio.

Ainda que tenham disponibilizado recursos financeiros até aquele momento, conforme o conteúdo dos autos, ainda é válida a conciliação, evitando o risco do prosseguimento quando, então, terão que suportar os efeitos da sentença judicial.

É possível que a demanda necessite de alguma prova documental ainda não disponível, de uma prova pericial que poderá tornar incontroversos os fatos alegados, entendendo os envolvidos que aquele ainda não é o momento ideal para a realização da conciliação. O processo prossigue com a fixação dos pontos controvertidos, deferimento das provas pretendidas e, de acordo com a necessidade, designação da audiência de instrução e julgamento.

Realizadas as provas indispensáveis, designada a audiência de instrução e julgamento, viável ainda se apresenta a renovação da tentativa de conciliação.

Nessa fase processual, as partes e seus procuradores conhecem a prova documental e pericial, acaso existentes. Resta apenas, se for o caso, a prova oral. Admitindo-se a possibilidade de insucesso da demanda ou mesmo avaliando a possibilidade do risco, há situações em que as partes evitam o prosseguimento do feito, realizando um acordo ou requerendo prazo para fazê-lo.

Sempre que for realizado o acordo será reduzido a termo. Se frustrado, naquela oportunidade será iniciada a produção da prova oral, se requerida. Os depoimentos pessoais são importantes, porque as partes têm a oportunidade de se colocar, pessoalmente, sobre os fatos existentes e suas pretensões. Renova-se sempre a tentativa de conciliação após a oitiva das partes, o mesmo ocorrendo quando as testemunhas são ouvidas. Não é raro, após a realização da instrução, as partes fazerem concessões mútuas e lograr êxito o acordo que ainda é oportuno.

Frustradas todas as tentativas de conciliação propostas, na oportunidade concedida para apresentação dos memoriais, os procuradores das partes poderão ainda requerer a audiência para colocar fim à demanda. Nesse momento, visando a solução da controvérsia da melhor maneira possível, não deverá ser rejeitada pelo juiz, sendo oportunizada a sua realização.

Verifica-se a inviabilidade da conciliação na primeira instância somente após a prolação da sentença, quando o juiz cumpre e entrega a função jurisdicional.

Nesta oportunidade, interposto o recurso, subindo os autos à Superior Instância, ainda que as partes queiram conciliar não lhes será negado o direito. Apresentado o acordo perante o juiz, deverá ser encaminhado ao Tribunal competente para apreciá-lo. O acordo também poderá ser apresentado diretamente no Tribunal.

Acredita-se que foi essa a pretensão do legislador no artigo 125, inciso IV, do Código de Processo Civil, ao determinar que compete ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Redação dada ao inciso pela Lei n. 8.952 de 13.12.1994).⁹

Torres (2005), partilhando do entendimento que a qualquer momento é possível a tentativa de conciliação, leciona:

Como já dissemos, o sistema processual sempre estabeleceu um momento próprio para a conciliação, como se vislumbra no art. 448 do CPC, mas que complicava o interesse das partes, pois, procedimento por si mesmo já é formal e moroso, teria o momento conciliatório só por ocasião da audiência de instrução e julgamento. Hoje, infelizmente e, por influência da experiência dinâmica do procedimento nas pequenas causas tem havido mudanças substanciais e, no caso, podendo ser destacada, dentre tantas reformas no direito processual civil, a ocorrida através das Leis nº s. 8952/94, 9245/95 e 10.444/02, respectivamente, acrescentando e dando nova redação aos artigos 125, 227 e 331 do Código de Processo Civil, sempre com o objetivo de ressaltar a conciliação em qualquer fase do processo.

A conciliação deve ser incentivada e igualmente colocada em prática também no juízo comum, primeiramente porque há previsão legal e, em segundo lugar, porque se constitui num grande aliado da Justiça. A recente Lei nº. 10.444/02, é bom referir, mais uma vez possibilita a transação indicando o caminho da audiência preliminar, visando, na fase do art. 331 do CPC, à resolução do conflito, inclusive com a

⁹ BRASIL. Disponível em: <www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0125a0133> Acesso em: 13 out. 2012.

presença de procuradores e prepostos. É a ideia da solução pacífica dos conflitos, missão que o Poder Judiciário não pode abdicar.¹⁰

E ainda:

Não havendo uma solução para a composição do problema, porque nenhuma parte quis ou não pretendeu abrir mão de pontos que julgava importantes, é que o Estado jurisdicional intervirá para compor o litígio, substituindo as partes num trabalho que elas próprias podiam realizar. É nesse campo que entra a função jurisdicional, diante da situação controvertida, para aplicação do direito.¹¹

5. A CONCILIAÇÃO NO PROJETO DE LEI N. 8.046 DE 2010¹²

De forma salutar, a conciliação existe desde a antiguidade, nos tempos atuais é reconhecida como justiça por excelência porque possibilita o resgate da cidadania, capacitando os envolvidos no conflito para encontrarem, com a ajuda de um terceiro, a solução do conflito existente.

Percebe-se que, no Código de Processo Civil de 1973, em várias oportunidades, o juiz deve tentar a conciliação até que se esgote a prestação jurisdicional com o trânsito em julgado do provimento jurisdicional.

Atento à justiça do futuro, construída pelos envolvidos no conflito com a colaboração de um terceiro neutro, o Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil traz algumas alterações voltadas especialmente para a conciliação como meio prioritário para solucionar os conflitos judiciais.

Diferentemente do atual Código de Processo Civil, no capítulo sobre a audiência de conciliação, o Projeto determina no artigo 323 a designação de uma audiência de conciliação com a antecedência mínima de trinta dias, logo que o juiz receber a petição inicial.

¹⁰ TORRES, Jasson Ayres. *Acesso à Justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.163.

¹¹ *Ibidem*, p. 183.

¹² BRASIL. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto> Acesso em: 22 out. 2012.

Onde houver, poderá ser realizada a audiência com a presença de um mediador ou conciliador. Admite-se ainda que seja realizada mais de uma audiência desde que necessária à composição das partes e que não exceda ao prazo de sessenta dias a contar da primeira agendada.

Determina-se que as audiências de conciliação, ao serem agendadas, respeitem o intervalo mínimo de vinte minutos entre um ato e outro. A prioridade deve ser concedida à audiência de conciliação e deverão ser organizadas separadamente das de instrução e julgamento.

A intimação do autor para a audiência de conciliação ocorrerá na pessoa de seu advogado. Registre-se que é usual nos órgãos judiciais a intimação das partes por meio dos advogados para a audiência de tentativa de conciliação. Salvo raras exceções, as partes têm comparecido, sendo adequada a adoção desse procedimento, possibilitando a celeridade processual.

A ausência injustificada do autor ou do réu à audiência de conciliação será considerada ato atentatório à dignidade da justiça e sancionada com a multa no valor de até 2% (dois) por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, divertida em favor da União ou do Estado.

Parece salutar a penalidade aplicada para aqueles que injustificadamente se ausentam da audiência de conciliação, ocasionando perda da pauta e atraso na marcha processual. A audiência se apresenta como uma oportunidade concedida aos envolvidos no conflito de serem ouvidos e manifestarem suas pretensões, contando com a colaboração do juiz ou conciliador. A sentença será prolatada se esgotadas as possibilidades de solução amigável.

O projeto considera essencial a presença dos advogados ou defensores públicos nas audiências de conciliação. É importantíssima essa determinação porque não é incomum em nossos dias a afirmação das partes na audiência de conciliação que os procuradores não compareceram porque consideraram desnecessária a presença, uma vez que se tratava apenas de audiência de tentativa de conciliação. A conciliação é o caminho mais curto para a solução do conflito e possibilita ao envolvidos atuarem ativamente para encontrarem a solução desejada. É muito importante e indispensável que as partes

estejam assistidas por seus procuradores. Quando se considera que o procurador não é necessário na audiência de conciliação, implicitamente está-se afirmando que a parte tem condições de solucionar seu problema sem a assistência de um advogado ou defensor. Essa afirmação é equivocada, porque a presença do advogado dá segurança ao cliente para compreender os riscos da demanda e até finalizá-la, cumprindo efetivamente o que foi acordado.

A presença das partes também é indispensável para a realização da conciliação, principalmente quando se trata de compromissos financeiros que poderão ser ajustados. Na impossibilidade de comparecimento, as partes poderão fazer-se representar por preposto, devidamente credenciado, com poderes para transigir.

Na impossibilidade de realização da conciliação, o processo prosseguirá, normalmente, sendo realizada novamente a tentativa de conciliação na abertura da audiência de instrução e julgamento. Em qualquer momento, obtida a transação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

Andrighi(1996) demonstra a importância da audiência:

É imperioso lembrar que o momento da audiência corresponde ao direito do cidadão de ter o seu dia na Justiça e destina-se, exclusivamente, àquelas que aguardaram para ser ouvidas por aquele que não só deve conhecer profundamente o processo, como sabe a solução e, principalmente tem o poder de decisão.¹³

O início do prazo de defesa também sofre alteração nos termos do artigo 324 do Projeto, pois começará a contar da sessão de conciliação ou mediação.

Verifica-se que o Projeto reforça o entendimento que a conciliação é o meio mais adequado para a solução dos conflitos ao determinar que seja designada audiência para tal mister. É inquestionável que o magistrado deverá proporcionar a oportunidade da conciliação, podendo fazê-lo pessoalmente ou por meio de conciliador, conforme a proposta do novo estatuto processual.

¹³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O instituto da Conciliação e as Inovações introduzidas no Código de Processo Civil*. São Paulo: ADV(Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, jun. 1996, p.15.

Não é por outra razão que Dallari (1996) considera que não são suficientes apenas conhecimentos técnicos, necessitando ainda que tanto o juiz como o conciliador sejam adeptos da conciliação.

É indispensável, para a boa seleção e, conseqüentemente, para que se tenha uma boa magistratura, que sejam selecionadas pessoas que, a par de seus conhecimentos jurídicos, demonstrem ter a consciência de que os casos submetidos a sua decisão implicam interesses de seres humanos. O candidato a juiz deverá demonstrar que tem condições para avaliar com independência, equilíbrio, objetividade e atenção aos aspectos humanos e sociais, as circunstâncias de um processo judicial, tratando com igual respeito a todos os interessados e procurando, com firmeza e seriedade, a realização da justiça.

6. BENEFÍCIOS E VANTAGENS DA CONCILIAÇÃO

Conforme ensina Tavares (2002), a conciliação pode ser facultativa ou obrigatória, processual ou pré-processual e em todos os casos, as partes envolvidas no conflito são autônomas para realização da composição que produz efeitos no mundo jurídico.

Tendo em vista a intervenção do órgão estatal, a conciliação pode ser facultativa ou obrigatória. Na facultativa, a iniciativa é das partes, que o juiz recebe para homologar. Na obrigatória, o juiz tem a obrigação de propor, havendo nulidade do processo se a providência não foi implementada.

Considerando o momento da ocorrência, destacam-se a conciliação preventiva, que é verificada antes da lide, com renúncia à demanda e a conciliação celebrada depois de instaurada a lide, pois é este o efeito da sentença que a homologa.

No que concerne à natureza, pode ser judiciária ou jurisdicionalista, quando é verificada no curso do exercício da jurisdição, ou administrativa, quando atuada pelo juiz, é por ele efetivada no exercício de função administrativa, disciplinadora de interesses privados, a fim de manter sua aptidão de produzir efeitos jurídicos e afirmar segurança.¹⁴

¹⁴ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 116.

Ressalte-se que a conciliação possibilita às partes a harmonização dos interesses em conflito pela participação de um terceiro neutro, possibilitando o fim da divergência de forma amigável. A solução é encontrada amigavelmente pelos contendores com a ajuda do conciliador.

Na conciliação, o que se busca, sobretudo, é que as partes cheguem à solução dos conflitos existentes, possibilitando-lhes a construção conjunta da solução. Os litigantes expõem suas pretensões e, por meio de concessões mútuas, acordam sobre os interesses em questão.

Geralmente, no litígio, a comunicação entre as partes foi rompida ou encontra-se parcialmente prejudicada. A conciliação, considerada processo comunicacional, resgata a possibilidade de diálogo entre os envolvidos no conflito pela conscientização de benefícios mútuos, do poder de decisão de seus problemas, de uma solução amigável sem o risco da demanda em virtude da decisão judicial que será proferida.

A conciliação cumpre ainda uma função social, porque possibilita ao jurisdicionado o resgate da cidadania e da dignidade da pessoa humana quando o capacita para resolver o próprio conflito. A decisão, construída livremente pelas partes, com respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, faz com que as partes em conflito se coloquem em situação de igualdade e construam a decisão que melhor atenda a seus interesses.

Se os jurisdicionados conseguem construir a decisão colocando fim ao conflito, inúmeras vantagens são encontradas para cada um dos envolvidos, para o Judiciário e para a sociedade.

Ao conciliar, os envolvidos conseguem resolver o conflito de imediato, estabelecem as cláusulas do acordo, evitam o prolongamento da demanda, a interposição de recurso, garantem o seu cumprimento, porque foi voluntariamente acordado sem qualquer imposição e sumarizam o procedimento sem ofensa aos princípios constitucionais acima descritos. Ademais, o acordo enseja a redução das custas e despesas processuais e outros gastos existentes com o prosseguimento do feito.

Missaglia (2000) resume bem as vantagens da conciliação:

A conciliação proporcionará uma solução breve da causa, cuja consequência mais evidente será a satisfação das partes. O breve encerramento do processo implicará reduzir a sobrecarga de processos perante o primeiro grau de jurisdição e proporcionará um decréscimo no número de recursos. Haverá um maior tempo disponível ao Magistrado para dedicar-se ao intelectual e humanista, bem como aos casos onde o grau de litigiosidade seja mais elevado e complexo. Esses processos terão assim, um tempo inferior de duração na medida em que aos magistrados e aos servidores restará maior tempo, na produção do êxito das condições. Por outro lado, uma sentença judicial, pelo caráter heterônomo, tende a ser descumprida mais facilmente do que um acordo onde as partes são sujeitos essenciais na construção da decisão.¹⁵

O Código de Processo Civil em vigor e o Projeto de Lei n. 8.046 de 2010 demonstram o incentivo dos meios de resolução amigável de conflito. Essa é a justiça cidadã, dotada de celeridade e eficiência, que proporciona às partes a oportunidade, em igualdade de condições, de construir o provimento de que são destinatários.

A demora na prestação jurisdicional prejudica os envolvidos no conflito e acirra os ânimos, causando reflexos na vida social.

Barbosa (1974), preocupado com o atraso nos julgamento, manifestou:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e lealdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresp dobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.¹⁶

O Judiciário deverá permanecer atento ao efetivo cumprimento de sua função jurisdicional, proporcionando à sociedade uma justiça célere e eficaz. Entretanto, para concretizá-la depende de

¹⁵ MISSAGGIA, Claudemir. Audiência Preliminar Indicativos de um Itinerário para uma Jurisdição Cível Justa e Efetiva. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 78, p. 107-108, jun. 2000.

¹⁶ BARBOSA, Rui. *Oração dos Moços*. Rio de Janeiro: Simões, 1974, p. 70-71.

uma abertura e dedicação aos meios alternativos de resolução de conflito, em especial, a conciliação.

Só poderemos falar que no Estado Democrático de Direito há solução de conflitos se for garantido ao jurisdicionado o direito de participar do processo de construção da decisão, tendo em vista que como destinatário final terá que suportar todos os seus efeitos.

É importante ressaltar que a cultura da conciliação precisa ser disseminada entre os operadores do Direito e em toda a sociedade de modo geral. A conciliação, além de prevenir e solucionar conflitos, restaura a comunicação entre os envolvidos no litígio e proporciona o crescimento e aprimoramento do homem na sociedade, concretizando o seu ideal de viver em harmonia.

7 CONCLUSÃO

A existência do conflito, inicialmente considerada inadequada, demonstra a possibilidade de um crescimento do ser humano que é capaz de compreendê-lo e resolvê-lo de forma construtiva.

A conciliação, como uma das alternativas na resolução do conflito, em termos de processo, apresenta-se como o meio eficaz e eficiente. Desde os primórdios, a conciliação é aplicada por várias culturas e civilizações.

No Brasil, desde a Constituição do Império (1824), o Código de Processo Civil de 1973 e o Projeto de Lei n. 8.046 de 2010, a conciliação está presente e demonstra ser o ideal para resolução de conflitos.

O Código de Processo Civil de 1973 privilegiou a conciliação, admitindo que o juiz tente a qualquer momento conciliar os envolvidos no conflito. Posteriormente, pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010, a pretensão é o seu fortalecimento com a fixação de momentos prévios para sua realização e penalidade para o jurisdicionado que, injustificadamente, não comparecer à audiência de conciliação designada.

Percebe-se que não existe nenhuma desvantagem na realização da conciliação, pelo contrário, sua aplicação enseja o cumprimento de uma justiça célere e eficaz e garante a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e igualdade entre os envolvidos.

Conclui-se que só poderá falar em democracia se for garantido ao destinatário final o direito de participar e construir a decisão que terá de suportar. Não existem desvantagens na conciliação, ficando evidenciado que ganha o jurisdicionado, o Judiciário e a sociedade quando possibilita a sua realização na solução do conflito que, além de resolver o conflito já existente, conscientiza e capacita o jurisdicionado, que poderá evitar o litígio em situações conflituosas futuras.

Percebe-se que a conciliação encontra adeptos e seguidores. A prática da conciliação é uma questão cultural que pouco a pouco vai-se formando no país, possibilitando a lapidação do conflito e transformando-o em consenso, sem excluir o direito do cidadão de acesso à jurisdição.

ABSTRACT

This article aims to analyze the reconciliation in the Brazilian Civil Procedure Code. From the existence of the conflict will be studied the origin of conciliation as an alternative means of conflict resolution. It is intended to analyze its introduction in the first Brazilian Constitution in 1824, the Code of Civil Procedure of 1939, of 1973, Bill no. ° 8046, of 2010 of 2010,. During the study, will be rated the concept of reconciliation, its importance and the procedural times it is possible to perform in the Code of Civil Procedure in force. Will be contrasted its inclusion Bill no.° 8046, of 2010, doing a quick comparison with the status of civil procedure in force. Finally, the intention is to evaluate the application of justice in a timely and effective way, especially with the achievement of conciliation, observing the constitutional principles in a Democratic State.

Keywords: Conflict. Conciliation. Source. Code of Civil Procedure. Senate Bill n. 8046 of 2010 and benefits.

REFERÊNCIAS

ANDRGHI, Fátima Nancy. *O instituto da Conciliação e as Inovações introduzidas no Código de Processo Civil*. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas. jun. 1996.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Simões, 1974.

BRASIL. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/legislacao/ anotada/2505268/art-277> Acesso em: 13 out. 2012.

BRASIL. Disponível em: <www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0125a0133> Acesso em: 13 out. 2012.

BRASIL. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/detalhes/Texto> Acesso em: 15 out. 2012.

BRASIL. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/get-Texto>. Acesso em: 10 out. 2012.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIANULO, Wilson. *Conciliação*. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, set. 2003.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. rev. e atual. conforme a EC n.45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

MISSAGGIA, Claudemir. Audiência Preliminar Indicativos de um Itinerário para uma Jurisdição Cível Justa e Efetiva. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 78, p.107-108, jun. 2000.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A conciliação no processo de dissídio coletivo. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Curso de direito coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 375-376.

SURGIK, Aloísio. A Origem da Conciliação. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1984. (Tese de Doutorado).

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TORRES, Jasson Ayres. *O Acesso à Justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

4

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CUIDADOS PALIATIVOS E ORTOTANÁSIA: A VISÃO DE UM JUIZ¹

o
tempo
vive
toda
vida
morre

Damião Alexandre Tavares Oliveira²

RESUMO

Este trabalho explora o fenômeno da morte em pacientes terminais, considerando a perspectiva da dignidade da pessoa humana, dos cuidados paliativos e da ortotanásia, sob a ótica de um juiz de direito. Apresenta posições que vêm sendo ofertadas pela ciência e doutrinadores, dados acerca do envelhecimento da população e suas implicações. Pretende examinar o papel da sociedade e do Judiciário. Com efeito, conduz a uma ampla reflexão. A metodologia desenvolvida engloba a coleta de dados estáticos publicados em órgãos públicos. Ademais, pesquisa em obras, revistas especializadas e *sites*. As situações abordadas são relevantes e graves do

¹ Trabalho de conclusão apresentado no Curso de Especialização em Direito Constitucional (Universidade Anhanguera-UNIDERP, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes), sob orientação de (Marcela Maria Gomes Giorgi), pendente apenas de defesa oral a ser agendada.

² Juiz de Direito na 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova/MG. Aluno do mestrado de Direito Constitucional, ministrado pela Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal, em convênio com a ESMAPE – Brasil, ano 2011/2012.

ponto de vista humano e social, principalmente diante da inexistência de consenso, da parca normatização e jurisprudência existente no Brasil.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos, ortotanásia.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a aplicação dos institutos da ortotanásia e dos cuidados paliativos em pacientes terminais irreversíveis no Brasil. Aborda situações importantes sobre o fim da vida humana e o modo como devem ser tratadas.

Em seu decurso aponta posições da doutrina constitucionalista sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e da vida (morte) digna; estabelece conceitos e distinções entre a ortotanásia e os cuidados paliativos diante de alguns institutos afins, tais como a distanásia e a mistanásia; discorre sobre o envelhecimento da população e suas implicações com a temática; demonstra o tratamento (e lacunas) que vem sendo dado ao tema pela legislação, doutrina e jurisprudência, e traz à reflexão algumas ideias esboçadas pela filosofia e outras ciências a respeito da vida e da morte.

Nessa esteira, a pesquisa expõe o olhar de um juiz acerca do assunto, que deve ser multidisciplinar, de acordo com o levantamento feito e oferta algumas proposições práticas a serem adotadas como norte inicial para magistrados, juristas e a sociedade. Ao fim, seguem considerações finais, objetivando ampla reflexão.

2 ALGUMAS POSIÇÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À VIDA (MORTE) DIGNA

Considerando a morte em pacientes terminais irreversíveis efetivou-se um breve levantamento na doutrina constitucional brasileira acerca da temática, sob o vértice do princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito à vida, ambos com previsão constitucional respectivamente nos arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CR/88.

Nesse passo, o papel desempenhado pelo princípio objetiva a proteção do ser humano diante do Estado e dos outros indivíduos. A propósito, este é o pensamento de Vieira (2009, p. 49), ao

ensinar que o princípio constitui o valor máximo do Direito, que unifica todos os demais, “especialmente os direitos fundamentais, ou, no âmbito específico do Direito Civil, os direitos da personalidade, servindo como elemento norteador da criação e da aplicação do direito”.

Contudo, Vieira (2009, p. 56-62) alerta sobre o desvirtuamento do princípio ao concluir que é imprescindível ter em mente que este “jamais admite transigência acerca de um juízo que está em sua base, qual seja, que toda e qualquer pessoa humana é digna” e pensar diferente é contribuir para “a mercantilização, coisificação e desvalorização do homem” (2009, p. 62).

Nessa linha, Lenza sustenta que dentro da ideia de vida digna “a eutanásia ganha destaque, pois o direito à vida quer significar, também, o direito de viver com dignidade”. E prossegue nestes termos:

A eutanásia passiva vem adquirindo vários defensores (o desligamento das máquinas de doentes em estágio terminal, sem diagnóstico de recuperação), assim como o suicídio assistido. Alguns falam que a eutanásia ativa (o Estado – médico – provocando a morte seria homicídio). O tema está lançado e precisa ser melhor desenvolvido pela sociedade, inclusive em audiências públicas. A ideia de bom-senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada (Destacamos) (LENZA, 2010, p. 751).

Sobre a dignidade da pessoa humana, Mendes; Coelho; Branco (2010, p. 214-219) analisam o princípio, sem desconsiderar as posições divergentes, sob o prisma da concepção metafísica do ser humano, considerando-o como “valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional em que se fundamenta a República Federativa do Brasil”. Prosseguem, apontando as dificuldades de sua concretização “seja por questões de ordem cultural (...) seja pela carência de recursos” e, no Brasil, relatam igualmente o esforço para a sua concretização “tanto no plano legislativo quanto no jurisprudencial e doutrinário”. Contudo, no campo jurisprudencial, apesar de exporem, a título exemplificativo, inúmeras decisões concretizadoras da dignidade, nenhuma se refere à ortotanásia (2010, p. 219).

Na mesma obra, ao tratar do direito à vida, esses autores se reportam mais diretamente à eutanásia, manifestando opinião contrária. Contudo, sinalizam no sentido de concordância com a ortotanásia (apesar de não utilizarem essa nomenclatura) quando aduzem que “ante a irreversibilidade de um estado terminal não configurará eutanásia a suspensão de tratamentos extraordinários aplicados ao paciente” (2010, p. 447).

Segundo Vargas (2010, p. 160), “definir dignidade da pessoa humana é missão quase impossível. Nem a religião, nem a filosofia e nem a ciência conseguiram uma definição precisa”, continua o doutrinador. Contudo, afirma que a dignidade resulta de duas ideias essenciais, quais sejam: “a ideia de que a pessoa se distingue das coisas e deve ser considerada um fim em si e não um meio para a consecução de determinado resultado. De outro, só a pessoa tem livre arbítrio, autonomia e capacidade de dirigir-se”. (2010, p. 161).

Todavia, quando Vargas (2010, p. 293-294) cuida do direito à vida o faz sem referência expressa às expressões ortotanásia e cuidados paliativos.

Moraes (2011, p. 61-62) considera a dignidade da pessoa humana como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”. Porém, ao lecionar sobre o direito à vida, se posiciona contrariamente acerca da eutanásia e do suicídio, considerando ambos como crimes. Aduz que o Estado “não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo”. Indo adiante, manifesta-se contrariamente à ortotanásia, a despeito de certa confusão terminológica com a eutanásia, nos seguintes termos:

O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte, para atenuar sofrimentos (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à morte digna)” (MORAES, 2011, p. 62).

Assim, o que se constata é a existência de confusão no emprego da terminologia (mesmo entre juristas) das palavras eutanásia (mais difundida e com inúmeras classificações), distanásia, mistanásia e ortotanásia. Enfim, o próprio termo é polissêmico e, na linguagem coloquial, então, contribui mais ainda para a percepção de seu real significado, não raro permeado de *tabus* por conduzirem todos, em várias situações, ao entendimento de que se trata de “eutanásia ou eugenia”.

Além disso, está clara a inexistência de consenso e sequer há referências significativas ao termo ortotanásia. Algumas das obras, de passagem, no máximo fazem referência ao direito a uma morte digna. Sobre cuidados paliativos nenhuma observação e poucas referências no meio jurídico são encontradas. A questão por enquanto está mais difundida no meio médico.

Com efeito, importante esclarecer algumas terminologias utilizadas com maior frequência, sem pretensão de esgotá-las para evitar equívocos interpretativos em situações concretas de casos de pacientes terminais irreversíveis.

3 EUTANÁSIA, DISTANÁSIA, MISTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E CUIDADOS PALIATIVOS

De acordo com Pessini (2004, p. 201), o debate sobre a defesa da dignidade da vida humana, em sua fase terminal é acentuado devido à “confusão terminológica que, às vezes, não deixa claro aquilo que se condena e aquilo que se aprova”. Propõe, então, o aprofundamento e a distinção de alguns conceitos fundamentais no Capítulo VIII de sua obra *Eutanásia Por que Abreviar a Vida?* (2004, p. 198-225).

Nessa esteira, sugere Pessini (2004, p. 205) que a utilização do termo eutanásia (boa morte) “seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor” em contrapartida a outros procedimentos que devem ser identificados com expressões de “assassinato por misericórdia, mistanásia, distanásia ou ortotanásia, conforme seus resultados, a intencionalidade, sua natureza e as circunstâncias” (2004, p. 205).

Propõe, ademais, a fim de evitar ambiguidades, que surgem em relação à natureza da eutanásia que se reserve a palavra “exclusivamente para denotar atos médicos que, motivados por compaixão, provocam *precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor*” (PESSINI, 2004, p. 206).

Noutro viés:

(...) eutanásia significa ‘morte serena, sem sofrimento’, mas hoje o termo é usado para referir-se à morte daqueles que estão com doenças incuráveis e sofrem de angústia e dores insuportáveis; é uma ação praticada em seu benefício e tem por finalidade poupar-lhes a continuidade da dor e do sofrimento (SINGER, 2009, p. 185-186).

Mistanásia ou eutanásia social, para Pessini, seria a “morte miserável fora e antes do seu tempo”, que englobaria três situações:

Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana (PESSINI, 2004, p. 210).

Etimologicamente, de acordo com Cabette, mistanásia tem o significado de “morrer como um rato”. E explica que o instituto:

(...) traduz o abandono social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, de saúde e segurança a que se encontram submetidas grandes parcelas das populações do mundo, simplesmente morrendo pelo descaso e desrespeito dos mais comezinhos Direitos Humanos (CABETTE, 2009, p. 31).

Outro instituto correlato, a distanásia é a obstinação terapêutica e distingue-se da eutanásia considerando que:

Enquanto a eutanásia se preocupa prioritariamente com a qualidade da vida humana em sua fase final, eliminando o sofrimento, a distanásia se dedica a prolongar o máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como o grande e último inimigo. (...)

A distanásia erra do outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural da sua vida. (...)

O importante é prolongar ao máximo a duração da vida humana; a qualidade dessa vida, um conceito de difícil medição para a ciência e a tecnologia, cai para o segundo plano. (PESSINI, 2004, p. 218, 220-221).

Para Vieira (2009, p. 233), a distanásia também atenta contra a dignidade, devendo ser evitada, a não ser que o paciente manifeste sua vontade livremente “pedindo que sejam aplicados todos os meios terapêuticos disponíveis para prolongar sua vida o máximo possível, ainda que se trate de existência antinatural, totalmente mantida de forma mecânica”.

Ou seja, distanásia, segundo Cabette (2009, p. 26), é conceituada como sendo:

(...) o ato de protrair o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se, aqui da atitude médica que, visando o salvar a vida do moribundo, submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. A distanásia está, portanto, ligada às chamadas ‘obstinação terapêutica’ e ‘futilidade médica’.

Em suma, conforme extraído do artigo *Quando a Morte é um Ato de Cuidado*, Diniz (2007, p. 295), na obra *Nos Limites da Vida*, coordenada por Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan, a distanásia ou obstinação terapêutica provoca “uma morte lenta e com intenso sofrimento”, pois o “avanço tecnológico tornou possível manter uma pessoa muito doente ou em estágio terminal indefinidamente viva, porém ligada a aparelhos de sustentação artificial de vida, como a ventilação mecânica”. Entretanto, conclui que estas medidas terapêuticas “impõem sofrimento e dor à pessoa doente, cujas ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido”.

Além dessas terminologias e como foco principal deste trabalho, Pessini (2004, p. 225) desenvolve o conceito de ortotanásia como

sendo “a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem cair nas ciladas da eutanásia nem da distanásia” e prossegue dizendo que “no fundo, a ortotanásia é para o doente morrer saudavelmente, cercado de amor e carinho, amando e sendo amado enquanto se prepara para o mergulho final no amor que não tem medida e que não tem fim” (2004, p. 226).

Com efeito, etimologicamente, ortotanásia:

(...) advém do grego *orthós* (normal, correta) e *thánatos* (morte), designando, portanto, a ‘morte natural ou correta’. Assim sendo, ‘a ortotanásia consiste na morte a seu tempo’, sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). É a ‘morte correta’, mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento inútil, extraordinário e desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta a que não se busca (pois o que se pretende aqui é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece)’ (CABETTE, 2009, p. 24-25).

Nessa senda, pode-se estabelecer de forma clara as distinções básicas entre eutanásia, distanásia e ortotanásia, nos seguintes termos:

A eutanásia, conduta que, ativa ou passivamente, de forma intencional, abrevia a vida de um paciente, com o objetivo de pôr fim ao seu sofrimento, deve ser bem diferenciada da distanásia, prática que, negando a finitude do ser humano, prolonga a existência através da utilização de meios desproporcionados e extraordinários, quando, naturalmente, a vida já chegou ao seu fim, apenas restando os sinais vitais mantidos por aparelhos, e da ortotanásia, postura que se opõe às duas anteriores, visando a garantir a dignidade do processo de morrer, sem abreviações intencionais nem prolongamentos desnecessários da vida, propiciando ao paciente alívio da dor, conforto, atenção e amor, para que possa recuperar o sentido da vida e da morte (VIEIRA, 2009, p. 295).

A criação da denominação ortotanásia, atribuída ao professor Jacques Roskam, da Universidade de Liege, na Bélgica foi efetivada, segundo Santoro (2010, p. 132), no Primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, em 1950, com a finalidade de opor-se tanto à eutanásia quanto à distanásia, ou seja, “sem desistir antes do tempo mas também

sem submeter a pessoa a um encarniçamento terapêutico” (2010, p. 132). Santoro (2010, p. 132) afirma, ainda, que é nesse contexto de respeito à dignidade da pessoa humana que se “impõe ao médico o dever de ministrar os cuidados paliativos, propiciando ao paciente que venha a falecer de forma tranqüila, com o máximo de bem-estar global sem, no entanto, interferir no processo mortal”.

Com efeito, Santoro (2010, p. 132) cita, inclusive, o art. 41 do Capítulo V, do Código de Ética Médica, que em seu entendimento respeita a dignidade da pessoa humana. O doutrinador entende indispensável estabelecer os requisitos para a realização da ortotanásia, quais sejam “o início do processo mortal e a ausência de qualquer possibilidade de salvar o paciente”, porque se houver a mínima chance de salvá-lo, embora remota, “o médico deve continuar no tratamento que, em hipótese alguma, poderá ser considerado inútil” (2010, p. 133).

Santoro (2010, p. 134) sustenta também que o médico deve estabelecer com precisão o momento exato em que a cura não é mais possível e, a partir daí, preservar apenas a função cuidadora, interrompendo qualquer atividade heróica. Aduz que até mesmo a Igreja Católica defende “a supressão de cuidados de reanimação em pacientes que estejam em morte iminente e inevitável” (2010, p. 135), o que teria ficado consignado na Declaração sobre a Eutanásia da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, aprovada pelo Papa João Paulo II, em 05.05.1980, em que se entende “ser lícito contentar-se com os meios normais de que a ciência médica dispõe naquele momento e renunciar a tratamentos que levariam a um prolongamento doloroso da vida” (2010, p. 135).

Continua Santoro (2010, p. 136-137), que tanto a Declaração da Associação Médica Mundial sobre a eutanásia, realizada em Madrid, Espanha, em 1987, quanto o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução 1.805, de 21.11.2006, posicionam-se favoravelmente à ortotanásia.

Nessa linha, Santoro (2010, p. 162) estabelece com precisão alguns requisitos indispensáveis para que haja uma situação ortotanásica:

- a) vida do paciente deve estar em perigo, sendo a morte iminente e inevitável (...); b) existência do consentimento, do paciente ou

de seus familiares, na supressão ou interrupção do tratamento e na sua conversão em cuidados paliativos, propiciando um completo estado de bem-estar, e, finalmente; c) atuação do médico e demais profissionais da saúde sempre visando o bem do paciente, razão pela qual não poderá deixar de ampará-lo, prestando-lhe os cuidados paliativos.

Portanto, é no desdobramento da ortotanásia que surge o conceito de cuidados paliativos acolhido pela Organização Mundial de Saúde e entendido como sendo:

(...) a abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras de vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento, com meios de identificação precoce, avaliação correta, tratamento da dor, e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual.

Tal conceito foi desenvolvido em Londres, em 1967, por meio da criação do *hospice* ou hospital-lar para Pessini, citado por Vieira (2009, p. 273-274) e no contexto da ortotanásia seria a mudança do paradigma relativo à saúde do curar para cuidar, em casos extremos. Ainda segundo Vieira (2009, p. 274), no Brasil, “a preocupação com o desenvolvimento e aplicação dos cuidados paliativos e com a formação de pessoal especializado para utilizá-lo é crescente, tendo-se fundado, em 1997, a Associação Brasileira de Cuidados Paliativos”.

Importante frisar que em Portugal existe organização similar, qual seja, APCP (Associação Portuguesa de Cuidados Paliativos), fundada na Unidade do IPO do Porto em 1995.³

Acerca desse instituto, a *Revista Psique Ciência e Vida*, ano V, nº 59, novembro/2010, contém um dossiê a respeito do trabalho do psicólogo nos hospitais, em quatro artigos que tratam desde o cuidado com o paciente ao respeito pelos profissionais da Saúde (2010, p. 1-16). Entre eles consta um texto específico sobre *Cuidados Paliativos*, objetivando mostrar como essa filosofia vem ocupando espaço nos últimos

³ Cfr. a história, estatutos, direção, filiação, núcleos regionais, parceiros e equipes de cuidados paliativos existentes naquele país, cursos e diversas outras informações por meio do *site* oficial da instituição. Disponível em: <<http://www.apcp.com.pt/>> Acesso em: 25 jun. 2012.

anos e relatando “a história e importância da intervenção do grupo de paliativos, com sua característica tão multiprofissional” (2010, p. 3). Importante frisar que todos os artigos foram escritos por profissionais que atendem no Hospital Sírio Libanês, um hospital filantrópico em São Paulo/SP.

Desses artigos, destaca-se o intitulado *Equipe Multidisciplinar em Cuidados Paliativos* (2010, p. 8-11), escrito a seis mãos por duas psicólogas e uma enfermeira, integrantes do Grupo Multiprofissional de Controle de Sintomas e Cuidados Paliativos do Hospital Sírio Libanês. Retrata especialmente aqueles pacientes com câncer terminal submetidos a abordagens agressivas de tratamento curativo “mesmo quando este se torna ineficaz”, a definição dos cuidados paliativos pela Organização Mundial de Saúde em 2002, a prática profissional que segundo a ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) deve reunir as habilidades de uma equipe multiprofissional por um médico, um enfermeiro, um psicólogo e uma assistente social, capacitados. Entretanto, urge descrever os princípios dos cuidados paliativos enumerados no artigo:

1. Respeitar a dignidade e autonomia dos pacientes; 2. Honrar o direito do paciente de escolher entre os tratamentos, incluindo aqueles que podem ou não prolongar a vida; 3. Comunicar-se de maneira clara e cuidadosa com os pacientes, suas famílias e seus cuidadores; 4. Identificar os principais objetivos dos cuidados de saúde a partir do ponto de vista do paciente; 5. Prover o controle impecável da dor e de outros sintomas de sofrimento físico; 6. Reconhecer, avaliar, discutir e oferecer acesso a serviços para o atendimento psicológico, social e questões espirituais; 7. Proporcionar o acesso ao apoio terapêutico, abrangendo o espectro de vida através de tratamentos de final de vida que proporcionem melhora na qualidade de vida percebida pelo paciente, por sua família e seus cuidadores; 8. Organizar os cuidados de modo a promover a sua continuidade ao paciente e sua família, sejam eles realizados no hospital, no consultório, em casa ou em outra instituição de saúde; 9. Manter uma atitude de suporte educacional a todos os envolvidos nos cuidados diretos com o paciente (2010, p. 10).

Por fim, a revista mencionada frisa que “o critério para que o paciente receba cuidados paliativos é ter uma doença que ameace a sua

vida, independente da fase do tratamento ou da doença que ele esteja” (2010, p. 10-11).

4 ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO

É notório e os meios de comunicação diariamente noticiam que as populações mundial e brasileira estão envelhecendo mais e com melhor qualidade de vida diante de diversos fatores, tais como a evolução da ciência médica. Basta contemplar em nossas cidades as pessoas para que se dê conta do aumento de idosos. Esse é um fator empírico, decorrente da experiência e que vem sendo demonstrado, também, por meio de pesquisas científicas, incluindo o Brasil.

Os números demonstram que, segundo projeção do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a população brasileira envelhece em ritmo acelerado e que:

Em 2008, enquanto as crianças de 0 a 14 anos correspondem a 26,47% da população total, contingente com 65 anos ou mais representa 6,53%. Em 2050, a situação muda e o primeiro grupo representará 13,15% ao passo que a população idosa ultrapassará os 22,71% da população total (...).

O índice de envelhecimento aponta para mudanças na estrutura etária da população brasileira. Em 2008, para cada grupo de 100 crianças de 0 a 14 anos existem 24,7 idosos de 65 anos ou mais. Em 2050, o quadro muda e para cada 100 crianças de 0 a 14 anos existirão 172,7 idosos.

Sobre a importância do envelhecimento, confira o trecho extraído do artigo *Quando a Morte é um Ato de Cuidado*, da obra coordenada por Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan:

O crescente envelhecimento populacional associado ao rápido avanço das tecnologias biomédicas favorece a ampliação do horizonte de debates sobre o direito de morrer, a eutanásia e a obstinação terapêutica. Certamente, este será um fenômeno que exigirá rápida revisão dos currículos das carreiras de saúde e a bioética pode ser um instrumento analítico importante para esta redefinição dos papéis na relação entre os profissionais de saúde e os pacientes. O tema do direito de deliberar sobre a própria

morte extrapolou as fronteiras acadêmicas do Direito, da Medicina e da Bioética e ganhou o espaço da ficção, do cinema e do debate cotidiano. Ao contrário de outros temas bioéticos, a ressignificação da eutanásia como uma expressão da cultura dos direitos humanos, ou seja, como um tema relativo a princípios éticos como a autonomia ou a dignidade, é um movimento crescente no Brasil (DINIZ, 2007, p. 297).

Contudo, conforme adverte Vieira (2009, p. 93-95), essa situação traz ínsito um problema, tornando-se uma “questão da maior importância, que tem íntima relação com a eutanásia” (e logicamente com seus institutos correlatos), mesmo porque o envelhecimento da população é:

(...) situação recente e inédita, na história da humanidade, pois, até há bem pouco tempo, as pessoas geralmente morriam cedo, em decorrência, principalmente da falta de tratamento para a maior parte das doenças. O aumento do número de idosos cria questionamentos sérios e terríveis, com imensas implicações éticas, como, por exemplo, os que dizem respeito aos custos dos tratamentos de saúde e do sistema previdenciário. (VIEIRA, 2009, p. 93-94).

E conclui Vieira (2009, p. 94) que ao atingir um de seus objetivos, que era retardar a morte o máximo possível, “a sociedade acabou se defrontando com uma frustração, o grande aumento do número de velhos, ‘vistos como portadores de doenças e de morte’”, o que vai de encontro à adoração da juventude e ao medo natural de morrer.

Essa situação fática e fundamental favorece o aprofundamento do ambiente de debate acerca das questões do fim da vida. Assim, sem dúvida, não tardará o dia de ser discutida e enfrentada pela sociedade.

5 TRATAMENTO DA ORTOTANÁSIA PELA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

A legislação brasileira não possui, ainda, uma Lei Federal disciplinando especificamente a ortotanásia e os cuidados paliativos.

Porém, Santoro (p. 141-162), no Capítulo 5, da sua obra, apesar da lacuna, questiona sobre a necessidade ou não de edição de lei para

disciplinar o assunto que já estaria acobertado em nosso ordenamento pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana, que prevalece sobre o direito à vida em dadas condições.

Apesar disso, a busca aponta, pelo menos, dois projetos de lei em tramitação no Congresso sobre o assunto, quais sejam: Projeto de Lei 3.002/08 da Câmara dos Deputados, apensado ao PL 6.715/2009 – que altera o CP para excluir de ilicitude a ortotanásia – e o Projeto de Lei 116/00, apresentado no Senado Federal – remetido à Câmara em 22/12/2009, de igual teor.

Portanto, apenas a Resolução CFM 1.805/06, de 28/11/2006, em seus arts. 1º e 2º, cuidou da ortotanásia e dos cuidados paliativos no Brasil em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sua eficácia foi suspensa em ACP proposta pelo MPF em 23/10/2007, de acordo com Santoro (2010, p. 163-166).

Sobre os cuidados paliativos, todavia, o novo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009), que entrou em vigor em 14/04/2010, em seu art. 41, parágrafo único, diz que “nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Por tudo isso, conclui-se que:

(...) a tendência é reconhecer, expressamente, a licitude da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a sua realização sem deixar os médicos à mercê de um entendimento equivocado dos aplicadores do direito. Confere-se, então a almejada segurança jurídica, diferentemente da eutanásia, que vem merecendo dos projetos recentes tratamento incriminador (...) (SANTORO, 2010, p-170).

O mesmo se pode dizer dos cuidados paliativos, principalmente em virtude da disposição aludida no novo Código de Ética Médica.

No que se refere à jurisprudência, até o fechamento da pesquisa não foram encontrados casos diretamente relacionados à temática da ortotanásia e dos cuidados paliativos.

6 ALGUMAS IDEIAS FILOSÓFICAS E MULTIDISCIPLINARES A RESPEITO DA VIDA E DA MORTE

Chauí (2010, p. 235), numa visão de liberdade de escolha, afirma que “Vida e morte são acontecimentos simbólicos, são significações, possuem sentido e fazem sentido”. E continua: “Viver e morrer são a descoberta da finitude humana, de nossa temporalidade e de nossa identidade: uma vida é minha e minha, a morte. Esta, e somente ela, completa o que somos, dizendo o que fomos” (2010, p. 235).

Sêneca (2007, p. 106), entre outras lições, ao tratar da atitude do sábio diante da morte em suas cartas, afirma que não devemos conservar a vida a todo custo, “pois o importante não é viver, mas viver bem”. Assim, “o sábio vive tanto quanto deve e não tanto quanto pode” (2007, p. 106), “sempre pensa na qualidade de sua existência e não na sua duração” (2007, p. 106).

Shopenhauer (2006, p. 23) nos lembra que “a morte é propriamente o gênio inspirador, ou a musa da filosofia, e por isso Sócrates a definiu como ‘preparação para a morte’”. Mais adiante, na mesma obra, continua ensinando que “o apego ilimitado à vida, que se mostra aqui, não pode provir do conhecimento e da reflexão”, concluindo em sua visão considerada “pessimista” que o apego em questão seria insensato, devendo prevalecer o não-ser “se se consultasse a reflexão e a experiência” (2006, p. 25).

Dworkin (2009, p. 251-307), em profunda análise do morrer e viver, no capítulo 7, de sua obra *Domínio da vida*, traz à tona inúmeras questões correlatas ao tema em apreço (aborto, eutanásia e liberdades individuais).

Contudo, em que pese o recorte empreendido neste trabalho, não se pode deixar de mencionar, ao menos algumas reflexões, que, apesar de retratarem uma realidade dos Estados Unidos, como juristas não podemos deixar ao menos de conhecer, quais sejam: “Todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que lhes seja permitido morrer. Às vezes pedem que outras as matem” (2009, p. 251); “Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os ‘testamentos de vida’ (documentos

nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas), ou as ‘procurações para a tomada de decisões em questões médicas’ (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em, nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las) (2009, p. 252)”; “A comunidade deve decidir até que ponto vai permitir que seus membros optem pela morte” (2009, p. 253) ao se referir a um projeto de lei que os californianos rejeitaram em 1992; “Os juristas e juízes também têm decisões a tomar. Os norte-americanos têm o direito constitucional de morrer?” (2009, p. 255); “Cada uma dessas decisões pessoais, políticas e jurídicas tem centenas de facetas, algumas médicas, outras sociológicas” (2009, p. 255).

Na matéria *A morte como instante de vida (Filosofia Ciência e Vida*, ano III, n. 32, p. 21), Scarlett Marton, professora de Filosofia na USP/SP, aborda a fuga do homem ocidental da morte, afirmando que no direito moderno a vida passou a ser considerada como bem mais valioso, inalienável e intransferível, devendo ser tutelado pelo Estado até contra a vontade do indivíduo, por ser indisponível. Verbera sobre a conversão do “direito de viver em dever”.

No mínimo, essas e outras inúmeras indagações devem permear a mente do jurista.

7 A VISÃO DE UM JUIZ ACERCA DA TEMÁTICA

A qualquer instante o juiz pode se deparar com um caso concreto, litigioso, de extrema complexidade, envolvendo a morte de pacientes terminais irreversíveis. A decisão, certamente, terá de ser célere e eficaz tendo em vista que se relaciona à saúde, vida e morte, dor, agonia e angústia, não apenas do paciente, mas de seus familiares.

Nesse passo, deve-se considerar esse caso concreto como de “emergência” e não apenas “urgente”. Afinal de contas, pode envolver menores, recém-nascidos, idosos e pessoas vivenciando extrema dor. Prioridade absoluta, assim, é questão de ordem, apesar do “turbilhão” de processos que provavelmente já aguardam por solução em seu gabinete, o que é rotina em praticamente todo o Judiciário no Brasil.

Todavia, apenas o foco emergencial do juiz não será suficiente, pois o ideal é que a solução venha de forma célere e eficaz, mas principalmente que seja justa para os envolvidos. Isto exige preparação intelectual multidisciplinar e prática. Não basta o cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo. A solução merece rapidez sim, mas exige razoabilidade e justiça, pena de ofensa irreparável à dignidade da pessoa humana e a manutenção desnecessária e cruel de uma vida indigna.

Será que, nestes moldes, estamos preparados hoje para este tipo de resposta judicial? A experiência como regra demonstra que a resposta é negativa, porque, a princípio, ao juiz falta disponibilidade temporal para o prévio estudo de casos difíceis.

Não se pode perder de vista que a função de magistrado é preocupante no Brasil contemporâneo, pois, além do costumeiro elevado acervo processual, inúmeras vezes cumula funções administrativas do Foro, funções eleitorais, Presidência e atuações em Turmas Recursais nos casos da Lei 9.099/95. Nos Tribunais Estaduais, Federais, Superiores e na própria Corte Suprema, a situação estrutural não é diferenciada. A esses fatos, nos últimos anos, a cobrança social dos jurisdicionados, da mídia pela celeridade e o aumento da demanda em todos os níveis dificultam sobremaneira uma prestação jurisdicional de qualidade.

Por isso (e mesmo assim), a formação do magistrado deve ser continuada e multidisciplinar para o desenlace desses *hard cases*, sendo que o trabalho desenvolvido ao longo dessa pesquisa está longe de eximi-lo de conhecimentos sólidos no campo da medicina, saúde, filosofia, sociologia, bioética, entre outras que, como se sabe, a maioria não teve oportunidade de obter nos bancos universitários. Então, muitas vezes solitário, é hora de se informar “rapidamente” quando o caso já desponta em suas mãos. E disso, não se esqueça, podem advir consequências problemáticas, quiçá, irreparáveis.

À míngua de legislação e jurisprudência consolidadas e devido à importância do tema, o correto será que, fosse incluído nos currículos universitários de todo país ensinamentos e subsídios éticos, jurídicos, médicos e multidisciplinares para uma preparação eficiente da nova geração de magistrados. Para a atual, esta preparação

deverá vir a galope por meio de ensinamentos de iniciativa das próprias escolas judiciais. Afinal de contas, o tempo urge, a população envelhece, as doenças terminais se multiplicam e o magistrado não pode ficar passivo.

Além de informação constante por todos os meios disponíveis (eletrônicos⁴ ou convencionais), incluindo filmes (tais como *Menina de Ouro*, *O Escafandro e a Borboleta*, de Jean-Dominique Bauby, que após um AVC e um coma profundo restou acometido por aquilo que a medicina chama de *locked-in syndrome*, oportunidade em que apenas com o movimento de seu olho esquerdo e por meio do método de piscar uma vez para dizer “sim”, duas para dizer “não”, acabou por escrever um livro de igual título etc. O juiz deve se humanizar e se integrar mais ao meio social, comparecendo sempre que possível a hospitais para verificação de situações envolvendo pacientes terminais e seus familiares (ainda que não tenha sob seu crivo nenhum caso concreto). Se tiver, essa atitude será imprescindível para o eficaz deslinde do processo.

O comparecimento a asilos e outras entidades assistenciais em suas respectivas cidades é igualmente importante. Ao cumprir essas tarefas, certamente, quando necessário, soluções mais justas virão.

Consideradas as peculiaridades do caso concreto, os limites da atuação médica e levando-se em conta o teor da pesquisa, na linha das doutrinas mencionadas, a acertada decisão para o caso dos pacientes terminais irreversíveis (existindo lide) é a que acolher a ortotanásia aliada aos cuidados paliativos. Nesses institutos prepondera o equilíbrio da balança entre a vida e a morte, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, ao contrário da distanásia (obstinação terapêutica)

⁴ Cfr. o *site* da ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos), onde se poderão obter informações bastante úteis sobre a instituição, valores, conceitos e, principalmente, um serviço de busca denominado “Diretório de Cuidados Paliativos”, ou seja, um banco de dados inédito e exclusivo sobre os serviços de Cuidados Paliativos no Brasil. Seu objetivo é suprir uma lacuna sobre o mercado da palição no nosso país, oferecendo informações completas e atualizadas sobre instituições que atuam na área. É uma ferramenta útil para profissionais de saúde, pesquisadores, pacientes e familiares. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/home.php>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

que provoca falsas expectativas nos pacientes e familiares, e prolongamentos de sobrevida, sempre dolorosos e desnecessários.

Por outro lado, a exemplo do que presenciamos na experiência com a questão da internação de dependentes químicos de drogas, planos de saúde ineficientes (com violações constantes ao consumidor), a falta de estrutura do próprio Estado (e principalmente dos Municípios), a ausência de clínicas na maioria das comarcas e locais específicos para a implementação dos cuidados paliativos, certamente serão obstáculos a serem enfrentados pelo juiz. Outros tantos igualmente serão encontrados em possível falta de qualificação dos profissionais da saúde naqueles rincões mais afastados dos grandes centros urbanos, dadas as proporções continentais de nosso país. Porém, nada é insuperável quando se dispõe de conhecimento e boa vontade para decidir. Em uma palavra conhecimento é poder.

Importante ressaltar que é de se considerar que pairam fundadas dúvidas sobre a efetiva resolução desses problemas humanos e logísticos apenas por meio da legislação. É certo que de alguma maneira poderá contribuir para o aprofundamento do debate e segurança jurídica dos profissionais da saúde na adoção de seus procedimentos, ao lado dos familiares, sem temer que de um ato de amor e cuidado possam se tornar “assassinos”. Nesse ponto, é crucial a visão madura do juiz.

Esse, em suas reflexões e atos, não pode se descuidar de questões outras atinentes a interesses escusos como o comércio de órgãos. Por isso, a urgência do conhecimento específico aliado ao contato direto (sem violar sua imparcialidade) com as partes, nessas hipóteses, é necessária para a concretização do ideal de justiça.

Ou seja, o magistrado deve ser um pensador constante, preparado e imparcial, porém justo, equilibrado e célere, sob pena de provocar danos irreparáveis na área da saúde. Antes de tudo, porém, é conveniente que esteja preparado e consciente para refletir sobre a sua própria morte/fim. Do contrário, não tem como compreender e solucionar casos análogos e alheios a si. Importante, então, que elimine seus próprios *tabus* nos limites da moral e da ética. Para tanto, imprescindível o contato com a realidade.

A partir de então, dotado de novos paradigmas, poderá servir de espelho para seus servidores e mostrar-lhes a importância desses

casos, até e mesmo que o Judiciário venha a prepará-los para estas situações, formando-se todos (a equipe) permanentemente e de forma continuada.

Com efeito, o desenvolvimento desses paradigmas/atitudes, em toda a equipe encarregada de solucionar a questão, convencerá igualmente as partes e advogados sobre o acerto da decisão, evitando recursos (algumas vezes desnecessários) que poderiam vir a ocasionar atrasos em processos que de fato navegam contra o tempo.

Apenas juízes e equipes preparadas, por si só, não resolvem em definitivo a problemática. É preciso que os políticos e toda sociedade esteja informada e reflita sobre o tema para evitar o risco de uma dupla condenação ao paciente e seus familiares, quais sejam, dor desnecessária e penas (criminais) ou julgamentos morais/éticos precipitados.

Por meio de tudo que foi considerado não se torna viável que o juiz decida sob o prisma da visão exclusivamente religiosa, mesmo porque vivemos em um Estado laico (art. 19, I, CR/88) e as questões religiosas jamais devem se sobrepor ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, ainda que possam influenciar, muitas vezes de forma equivocada a opinião pública.

Indo adiante, enquanto a legislação não é promulgada (e mesmo *se e quando* o seja), o correto é insuflar e alargar o debate para a própria sociedade por meio de audiências públicas, seminários, palestras, com conteúdo focado no tema, incluindo a visão do direito comparado dos países que já avançaram mais na discussão, logicamente adequando à realidade *tupiniquim*.

E quando vier a legislação (após intenso debate em toda comunidade) o ideal é que não seja taxativa (pois, provavelmente, estaria sujeita a falhas) com o fim de não engessar a visão jurídica e das ciências afins. Muito mais produtiva será se se limitar a traçar normas e premissas genéricas, mas de forma clara e precisa (regulando os principais aspectos procedimentais e éticos). Não pode se descurar a legislação também do devido acompanhamento do paciente terminal do apoio de equipe multidisciplinar (médicos, enfermeiros, psicólogos, etc.), pois o tema transborda a seara jurídica e sem o seu apoio a solução judicial estaria muito mais propensa a violar os princípios constitucionais.

Ora, as doenças terminais são inúmeras, o envelhecimento da população está demonstrado. Então, a possibilidade de multiplicação de casos judicializados envolvendo pacientes terminais no futuro é questão de tempo.

Portanto, a reflexão sobre essas ideias propostas (e outras tantas) é de suma importância para minimizar erros que, nessas hipóteses, são irreversíveis.

Nos debates, reflexões e novos estudos (especialmente em momento anterior à criação de eventual legislação) deve-se, além de quebrar *tabus*, inovar. Ponderar sobre a necessidade, utilidade e conveniência de criação de novos instrumentos para auxiliar os pacientes, familiares e juízes em suas futuras decisões. Como sugestão, poderíamos refletir sobre os testamentos de vida e procurações mencionados por Dworkin, ampliando o debate com sinceridade e em alto nível.

Por fim, deve ficar bem claro que as considerações deste tópico, sem pretensão de esgotar o assunto e enquadrar o magistrado naquela concepção do “juiz hércules” proposta por Dworkin, visam, apenas, servir de ponto de partida para o aprofundamento no tema, principalmente no meio jurídico onde é mais incipiente.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da exposição traçada e das premissas que findaram o último tópico, o juiz deve considerar a complexidade das situações que envolvem a temática, em cada caso concreto, dentro de um pensamento complexo.

O tema é difícil, multidisciplinar e com terminologias confusas, mesmo para os juristas.

A morte sempre foi considerada um tabu. Na modernidade e, no Brasil, não é diferente. Há pouco debate, com exceção do que é feito de forma restritiva e superficial nos meios acadêmicos. Às vezes é abordada apenas por meio de institutos beneficentes, associações ou na internet de maneira muito louvável, porém, incipiente e, como cedo, nem sempre integralmente confiável.

Por sua vez, é inegável o envelhecimento da população e a proliferação de doenças terminais, como o mal de Alzheimer, o mal de

Parckinson e o câncer, entre outras, o que está umbilicalmente ligado à temática.

Dentro desse quadro, observa-se que nem a normatização, nem a jurisprudência brasileira contribuem para o fornecimento de subsídios, posto que muito poucas. Apenas a doutrina e algumas ciências, especialmente nas áreas da saúde e filosofia, ofertam algum direcionamento ao jurista sobre ponderações éticas, filosóficas, médicas, políticas e sociais.

Destarte, a ortotanásia e os cuidados paliativos constituem o caminho mais equilibrado para o enfrentamento dos problemas ligados ao fim da vida. Estão na linha da preponderância do princípio da dignidade da vida humana, constituindo o ponto de equilíbrio fundamental para a quebra de tabus, desde que devidamente discutido amplamente por todos nós.

E o médico, ao praticá-la, de acordo com as balizas propostas pela doutrina, não comete ilícito civil ou criminal.

Todavia, essa discussão é apenas o início, quiçá, permitindo a construção de sólidas balizas éticas e jurídicas para uma ampla reflexão e novos estudos sobre a situação dos pacientes terminais, o que, sem dúvida, propiciará uma correta aplicação do direito e do princípio da dignidade da pessoa humana aos casos concretos pelos juízes imbuídos, entre outras atitudes, da ótica descrita no tópico anterior.

9 REFERÊNCIAS

ALASMAR, Cristiane Werner; ARQUETTE, Daniela; LIONE, Fernanda Rizzo di. Cuidados com o Cuidador. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 12-16, nov. 2010.

ARQUETTE, Daniela. Equipe Multidisciplinar em Cuidados Paliativos. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 8-11, nov. 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e Ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 19 dez. 2011.

CHAUI, Marilena. *Filosofia*. Série Novo Ensino Médio. 2. ed. São Paulo: Ática, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da População Brasileira. IBGE: população brasileira envelhece em ritmo acelerado. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impres...pdf>. Acesso em: 15 jul. 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIONE, Fernanda Rizzo di. A Psicologia dentro do Hospital Geral. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 2-3, nov. 2010.

MARTON, Scarlett. A morte como instante de vida. *Filosofia, Ciência e Vida*, ano III, n. 32. p. 18-25.

MEDEIROS, Denise Rolin Leal de. Intervenção Multidisciplinar ao Paciente Pediátrico e sua Família. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 4-7, nov. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Martins Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. atualizada até a EC n. 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: Por que abreviar a vida?* São Paulo: São Camilo, 2004.

PORTAL ATIVIDADE LEGISLATIVA. SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>. Acesso em: 19 dez. 2011.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; (Coord.) *Nos Limites da Vida: Aborto, clonagem humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Da morte*. São Paulo, 2006.

SÊNECA. *As Relações Humanas: a amizade, os livros, a filosofia, o sábio e a atitude perante a morte*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. 2. ed. São Paulo: Landy, 2007.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Coleção Biblioteca Universal).

VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

5

DA DESTINAÇÃO DA PARCELA PEDAGÓGICA DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Fabrcio Simão da Cunha Araújo¹

RESUMO

O presente artigo pretende investigar qual a correta destinação da parcela pedagógica da compensação por danos morais. A aplicação de caráter propedêutico à parte da indenização tem sido aceita de forma majoritária pela literatura jurídica e jurisprudência. Contudo, a destinação à vítima da parcela arbitrada a título de desestímulo do ofensor causa indevido enriquecimento da mesma, devendo receber exclusivamente a parcela compensatória do valor arbitrado. Assim, havendo ofensa à isonomia, a destinação do montante deveria ser outra. Considerando que ao dissuadir o ofensor o Estado cumpre seu dever de zelar pela ordem objetiva de valores, instituída pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição, e considerando também o caráter social que o princípio constitucional da solidariedade confere a todos os institutos do direito pátrio, seria viável aplicação analógica do parágrafo único do artigo 883 do Código Civil de 2002. Do ponto de vista processual, mesmo que inexista pedido específico para tal destinação e que a entidade beneficente não participe do processo como parte, o juiz poderia decidir neste sentido sem macular a sentença de invalidade, seja por ultrapassar os limites subjetivos da lide, seja por violar o princípio da adstrição.

¹ Mestrando em Direito Processual pela PUC/MG. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC/MG e IEC-PUC/MG. Juiz de Direito em MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais.

Palavras-chave: dano moral; teoria do desistímulo; *theory of deterrence*; *punitive damages*; *split recovery*; função social da responsabilidade civil; artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002.

1. INTRODUÇÃO

1.1 *Restitutio in integrum e punitive damages*

A responsabilidade civil, tradicionalmente, tem como finalidade precípua repor a vítima ao estado anterior ao dano sofrido, tornando-a indene, “sem dano”. Por isso, a quantificação do valor a ser pago a título de indenização segue, especialmente nas famílias de Direito da *civil law*, o princípio da *restitutio in integrum*, pelo qual se deve exclusivamente restabelecer o *status quo ante*, não concedendo nem mais nem menos do que o valor do prejuízo sofrido.

Trata-se de corolário do vetusto princípio da vedação do enriquecimento sem causa, que encontra nos ideais de justiça comutativa e de igualdade seus fundamentos. Segundo São Tomás de Aquino, devia ser banida qualquer transferência injustificada de riqueza de um sujeito ao outro. Por isso é que se consolidou a ideia de limitar a obrigação de indenizar ao mero ressarcimento do dano efetivamente infligido (GALLO, 1996, p. 414).

Exatamente por este fundamento é que inicialmente no Brasil entendia-se impossível, além de imoral, conceder uma soma em dinheiro à pessoa que teve sua esfera extrapatrimonial atingida, visto que inexistiria prejuízo (no sentido material da palavra) a ser recomposto.

Posteriormente, superou-se esta concepção, especialmente pelo reconhecimento e posterior consagração constitucional e infraconstitucional do caráter fundamental e indisponível dos direitos da personalidade, como atributos essenciais do ser humano, cuja ofensa seria passível de reparação.

Contudo, a quantificação do dano seguindo exclusivamente o valor do bem jurídico perdido pela vítima tornou, em muitas situações e relações jurídicas cotidianas, quase que alternativa a opção entre a via consensual e a via delitual para o causador do dano, consistente em expropriação forçada do direito em sentido amplo.

Diante deste paradoxo e objetivando preservar e resgatar a estrutural importância do consentimento e da autonomia privada para o sistema jurídico, o *civil law* foi buscar no *common law* fundamentos jurídicos para, no âmbito da responsabilidade civil, legitimar condenações que além de compensar o lesado, objetivavam punir o ofensor pela conduta ilícita.

1.2 Entendimentos acadêmico e jurisprudencial majoritários.

Assim é que, no Brasil, passou a ser majoritário o entendimento que a verificação do *quantum* a ser pago para aquele que sofreu danos morais passa pela aferição de dois aspectos ou dimensões, denominadas compensatória e pedagógica (ou punitiva).

Na primeira, pondera-se a extensão do dano, de acordo com o valor do bem jurídico lesado na escala axiológica cunhada na Constituição da República e também as condições pessoais da vítima antes e depois da lesão.

É o que no ordenamento norte-americano se chama de *compensatory damages*, que consistem no montante da “reparação” compatível, proporcional ou equivalente ao dano sofrido, arbitrado com a finalidade de neutralizar o prejuízo, restituindo, ao menos de forma aproximada ou idealizada, o lesado ao *status quo ante*.

Na segunda, calcado na teoria do valor do desestímulo, considera-se a necessidade de que o *quantum* sirva de meio pedagógico ao condenado para não reiterar a conduta ilícita, ponderando o grau de sua culpa e suas condições econômicas, sem consistir em vantagem desmedida para o ofendido.

A teoria do valor do desestímulo (*theory of deterrence*) advém, segundo Sérgio José Porto, dos direitos da família do *common law*, como fundamento ético-jurídico para a ideia de indenização punitiva, chamada naqueles ordenamentos de *exemplary damages*, *vindictive damages*, *punitive damages* ou *smart money*. Consiste na soma em dinheiro conferida ao autor da ação indenizatória em valor significativamente superior ao necessário à exclusiva compensação do dano, com a finalidade propedêutica e de prevenção (PORTO, 1994. p. 126).

Nesses ordenamentos jurídicos é, portanto, pacífica a noção de que, havendo reprovabilidade suficiente da conduta do causador do dano, é necessário o arbitramento da indenização em quantia superior ao mero ressarcimento do dano efetivamente infligido, com o intuito de punir e prevenir.

No Brasil, conforme mencionado, também a literatura e jurisprudência majoritárias defendem que na quantificação do valor da reparação devam-se levar em consideração ambos os aspectos.

No âmbito acadêmico, podemos citar os magistérios de Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 55 e 60), Carlos Alberto Bittar (1994, p. 115 e 239), Pablo Stolze Gagliano/Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 319), Carlos Alberto Menezes Direito/Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 348-351), Yussef Said Cahali (1998, p. 175-179), Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 189-190) e Maria Helena Diniz (2004, p. 105-106).

No âmbito jurisprudencial é difícil encontrar órgão jurisdicional que não perfilhe o entendimento. O egrégio Supremo Tribunal Federal tem precedente que sufraga este posicionamento (AI 455846/RJ). No egrégio Superior Tribunal de Justiça, todas as turmas competentes para análise da matéria também o fazem (1ª Turma – REsp 945369 / RJ; 2ª Turma – AgRg no Ag 1259457 / RJ; 3ª Turma – REsp 1171826/RS e 4ª Turma no REsp 1133386 / RS).

Nos demais tribunais pátrios a situação se repete. Por todos, citamos o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível n. 596210849; Ap. Cível n. 70003050531). No âmbito do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, verificamos que todos os órgãos competentes para apreciação da matéria, ou seja, todas as câmaras cíveis, assentam interpretação nesse sentido.²

² 1ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0161692-54.2004.8.13.0026; 2ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 1439180-03.2008.8.13.0525; 3ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0331921-09.2001.8.13.0105; 4ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 2966059-17.2006.8.13.0145; 5ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 1016318-41.2006.8.13.0245; 6ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 8649674-71.2005.8.13.0024; 7ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 2872241-15.2006.8.13.0079; 8ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 2023515-73.2005.8.13.0145; 9ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0013517-60.2010.8.13.0042; 10ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0482170-84.2009.8.13.0074; 11ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 2881918-83.2009.8.13.0105; 12ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 1934959-70.2006.8.13.0433; 13ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0812082-13.2008.8.13.0713; 14ª Câmara Cível:

O Conselho de Justiça Federal, no Enunciado 379, também já reconheceu ser possível atribuir função pedagógica e social à responsabilidade civil:

379 – Art. 944 – O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

Conforme se verifica, no sistema normativo pátrio não há dúvidas, senão em vozes isoladas, *data venia*, de que a compensação por danos morais envolve necessariamente uma análise de reprovabilidade da conduta do causador do dano para, caso existente, majorar-se o *quantum* a ser pago, a título de *exemplary damages*.

Entretanto, apesar da aceitação praticamente pacífica desta orientação (ou talvez devido à aceitação pacífica desta orientação), pouco se debate quanto à destinação mais correta, no paradigma do Estado Democrático de Direito, do valor que tenha sido arbitrado em caráter punitivo.

Isto posto, pedimos licença para ultrapassar as discussões relativas à aplicabilidade ou não da dimensão pedagógica da reparação no direito brasileiro, para nos debruçarmos sobre aquela questão.

2. FUNDAMENTOS PARA SE FIXAR O DESTINATÁRIO DA PARCELA PEDAGÓGICA

Enveredando por esta senda, se analisarmos com rigor técnico-científico a questão, é de se questionar se sequer é possível desestimular o causador do dano majorando o valor que pagará sem que isto implique enriquecimento indevido à vítima.

Com efeito, na primeira dimensão da reparação (compensatória) se busca calibrar o valor do bem jurídico afetado (honra, integridade física, estabilidade psíquica, nome e etc), considerando a importância do mesmo e as consequências do dano na vida pessoal da vítima.

Ap. Cível n. 0009547-25.2010.8.13.0439; 15ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0309343-08.2009.8.13.0708; 16ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0135664-89.2006.8.13.0184; 17ª Câmara Cível: Ap. Cível n. 0030858-16.2002.8.13.0710; 18ª Câmara Cível: 5232302-89.2009.8.13.0024.

Considerados estes aspectos, chega-se a um valor pecuniário razoável para fazer frente a eles e que, por consequência lógica, deve ser destinado à vítima, minimizando as ofensas sofridas no seu acervo jurídico imaterial.

Por outro lado, na segunda dimensão da reparação, a aferição da culpa e das condições econômicas do causador do dano não tem finalidade outra senão desestimulá-lo, punindo-o e incentivando-o a adotar medidas acautelatórias e coerentes com os deveres objetivos de cuidado aptos a evitar que o dano venha a se repetir.

Se a finalidade nesta segunda etapa não é compensar a vítima, que já deveria ter sido suficientemente compensada pela aferição procedida na primeira etapa (*compensatory damages*), não há como se sustentar que ambas as quantias devem ser destinadas a vítima sem que, *data venia*, se entre em contradição.

Isto afirmamos, basicamente, com três diferentes argumentos.

2.1 Da preferência por interpretação que exclua benefício incompatível com o princípio da igualdade

O Estado de Direito só pode se dizer democrático quando se fundamenta em dois principais pilares, a soberania popular e o respeito dos direitos fundamentais. Mas não basta que em sua Constituição conste normas nesse sentido, é necessário que a atuação das funções estatais cumpra diuturna e invariavelmente os mandados de otimização daí advindos, especialmente franqueando ao povo a participação no exercício das atividades públicas e garantindo a efetividade dos direitos fundamentais.

A Constituição democrática brasileira, não por outro motivo, foi a primeira lei fundamental na história deste país a trazer entre os seus capítulos inaugurais, os direitos fundamentais. Também não foi acidentalmente que entre os direitos fundamentais que consagrou, listou em primeiro lugar a igualdade entre todas as pessoas, em direitos e obrigações.³

³ Deveras, tanto no *caput* do artigo 5º quanto em seus incisos é a igualdade que ocupa lugar inaugural e, conseqüentemente, de destaque.

O direito e princípio fundamental da igualdade pode ser expresso simplificada e pela fórmula aristotélica de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente e para que o tratamento diferenciado entre os desiguais seja legítimo, é preciso que exista correlação lógica entre o critério diferenciador e o tratamento distinto que se prescreve.

Segundo ensina Gilmar Mendes, “o princípio da isonomia pode ser visto tanto na exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), quanto como proibição de tratamento discriminatório (*Unbleichbehandlungsverbot*) (1999, p. 51).

Esse direito, colocado em destaque dentro de um seleto rol de direitos fundamentais da pessoa humana, quando regula as relações do cidadão com o Estado o faz por dois corolários: o princípio da repartição isonômica dos encargos sociais e o princípio da repartição isonômica das vantagens sociais.

Na esteira deste último princípio, a distribuição de vantagens sociais, naturalmente, deve ser isonômica entre os cidadãos e só pode ser desigual feita entre desiguais e com o intuito de restabelecer a igualdade material, ou seja, compensar a desigualdade originária. Equivale dizer que o tratamento diferenciado deve ter correlação lógica com o critério diferenciador, ou, em outras palavras, *o tratamento desigual deve ser instrumento de equalização entre desiguais*.

Segundo leciona Seabra Fagundes, o princípio da igualdade perante a lei, como direito fundamental, impõe ao agente público criador do direito, seja por meio de preceitos em série, abstratos e genéricos, seja por meio de preceitos para o caso concreto, a obrigação de “reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhóá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades. (RT 235/3).

No mesmo passo, se o Estado-Juiz entende necessário punir determinado sujeito para que a coletividade em geral se beneficie da futura adequação daquele à lei, presta serviço *latu sensu* à coletividade e os “benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda a comunidade (...) e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 72 -73).

O mesmo raciocínio se aplica para a parcela pedagógica dos danos morais, uma vez que é estipulado com a finalidade, que transborda o fato objeto de indenização, de estimular que o ofensor cumpra, a partir de então, os deveres que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico-constitucional perante todos os cidadãos e não só perante o autor da ação.

Note-se que, se a parcela pedagógica cumprir sua finalidade, a parte autora e os demais cidadãos se beneficiarão de forma substancialmente igual. Caso se destine o montante para a vítima, esta se beneficiará em dois momentos, com a quantia e com a maior segurança social futura. Os demais membros da comunidade, só se beneficiarão no segundo momento.

No caso de a pessoa ter seu acervo imaterial ofendido, parece que esse fato, só por si, é insuficiente para determinar o direito subjetivo de receber a quantia arbitrada com finalidade punitiva. Se a finalidade desta quantia é educar o violador e prevenir novos danos, não tem qualquer relação de coerência-lógica com o dano sofrido nem, por consequência, com a pessoa vitimada, mas, sim, com eventuais danos a serem evitados.

Com efeito, a vantagem (*punitive damages*) destinada à pessoa vitimada não tem qualquer finalidade de restabelecer a igualdade material entre quem sofreu o dano e quem não o sofreu, visto que isso já teria sido feito pelos *compensatory damages*. O tratamento diferenciado, portanto, não é *instrumento de equalização entre desiguais*, vez que não há correlação lógica entre o tratamento diferenciado e o critério diferenciador.

Nesse sentido, não é jurídica ou eticamente concebível que um cidadão sozinho se beneficie financeiramente da repreensão a outro cidadão por implicar violação ao vetor democrático e fundamental da igualdade. Especialmente considerando que a repreensão é voltada a beneficiar toda a coletividade.

Na América do Norte, alguns asseveram inexistir ofensa à isonomia visto que o critério diferenciador apto a conferir tratamento desigual entre os membros da sociedade seria uma espécie de recompensa ao autor da ação de indenização pelo serviço público de trazer o causador do dano à justiça (“*as a reward for his public service in bringing the wrongdoer to justice*”) (Verbete “Damages”. *Corpus Juris Secundum*, p. 706).

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 27) rechaçam de forma veemente esta ideia, afirmando que:

No Direito brasileiro, onde a ação é uma garantia fundamental (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV) seria inconcebível monetarizar tão fundamental direito da cidadania ‘pagando’ o seu exercício, como se se tratasse de operação comercial.

De fato, parece-nos incompatível com o sistema jurídico pátrio a monetarização (re)compensatória pelo exercício de um direito/garantia fundamental. Além disso, aceitar esta concepção significaria estender a todos os casos de procedência do pedido formulado em juízo a necessidade de se (re)compensar a parte autora. Caso contrário, mais uma vez se ofenderia a isonomia.

A regra geral é que, inexistindo critério diferenciador legítimo, o benefício financeiro seja distribuído de forma isonômica para todos os cidadãos. Defender o contrário seria análogo a entender correto destinar à vítima de acidente de trânsito, além da recomposição efetiva do patrimônio perdido (danos a seu veículo), os valores relativos a multas de infrações que o causador do acidente cometeu e levaram ao abaloamento.

O real beneficiado pela sanção pecuniária imposta ao condutor-infrator ou ao causador de danos morais é a sociedade, no seio da qual haverá, provavelmente, menos violações da lei e dos deveres objetivos de conduta.

Nessa vereda, não há fundamento ético-jurídico que legitime a destinação do valor pecuniário arbitrado a título de função pedagógica exclusivamente ao autor da ação, em detrimento de outros cidadãos. Todo e qualquer valor arbitrado a esse título deve ser destinado a entidades que exerçam função pública, para que o benefício financeiro possa ser usufruído igualmente por todos os membros da comunidade onde o ofensor está inserido.

Nos Estados Unidos da América, existe percepção semelhante, evidenciada pelo instituto do *split recovery*, pelo qual parte do montante indenizatório a título de *punitive damages* reverte em favor do Estado. Nesse país, nove Estados possuem estatutos determinando o *split recovery*, destinando variados percentuais do montante arbitrado ao erário (Alaska, Geórgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missúri, Óregon, Ohio, Utah) (RIETEMA. 2007, p. 1.159).

No Brasil, embora inexista dispositivo legal expresso neste sentido, ao que nos parece, há amparo e, deveras, comando jurídico-constitucional para adoção de solução análoga. Nos casos em que se identifica violação ao princípio da igualdade, compete ao órgão jurisdicional estatal, inexoravelmente comprometido com a construção permanente do Estado Democrático, exercer a jurisdição constitucional das liberdades,⁴ em prol da proteção efetiva desse direito fundamental.

Assim, na esteira do que leciona Gilmar Mendes, diante de violação à isonomia, necessário adotar técnica de decisão jurisdicional apta a tutelar tal direito fundamental, optando por método hermenêutico-constitucional que promova a supremacia material da Constituição pela “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade” (1999, p. 51).

Assentado esse argumento, passamos ao segundo.

2.2 O dano moral interrompe o equilíbrio existente no sistema objetivo de valores cunhado pela Constituição da República

Os direitos fundamentais, além da dimensão subjetiva clássica de proteção de situações individuais, também instituem uma ordem objetiva de valores fundamentais, “bases fundamentais da ordem jurídica” (SARMENTO, 2003, p. 254) ou *as bases da ordem jurídica da coletividade* (HESSE, 1998, p. 239) que torna de interesse geral da sociedade o seu respeito e a sua satisfação.

⁴ Para que se esclareça o que aqui se denomina jurisdição constitucional das liberdades, vale lançar mão dos ensinamentos de Baracho, para quem o Direito Processual Constitucional consiste em colocação científica que examina o processo em suas relações com a Constituição, abrangendo de um lado a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária (órgãos, competência, garantias) e do processo (ação e defesa, e postulados decorrentes) e de outro lado a jurisdição constitucional (controle jurisdicional de constitucionalidade e jurisdição constitucional das liberdades) (BARACHO, 1984, p. 111). No que tange à jurisdição constitucional, enquanto o controle de constitucionalidade é o juízo de aferição da adequação ou compatibilidade das normas infraconstitucionais à Lei Fundamental, a jurisdição constitucional das liberdades é “*a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos da pessoa humana*” (BARACHO, 1984, p. 111).

Nesse sentido, são lapidares os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 34):

(...) ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. (grifamos).

Outros juristas pátrios sufragam a existência desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais (por todos, SARMENTO, 2003, p. 254; BARROS, 1996, p. 128 e BONAVIDES, 2006, p. 481).

Vale a pena transcrever a lição de Jorge Reis Novais (2003, p. 66):

Mantendo ou reatando uma ligação à teoria dos valores de Weimar, desenvolve-se nos Estados sociais e democráticos de Direitos do pós-guerra, mesmo que difusamente, a noção de que, para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito (...) é possível retirar das normas de direitos fundamentais, mesmo daquelas que preveem primariamente posições jurídicas subjectivas, conteúdos jurídicos des-subjectivizados, que se subtraem ao quadro da estrita relação Estado/indivíduo para reclamarem uma validade universal e que são próprios da qualidade dos direitos fundamentais enquanto elementos objectivos fundamentais da ordem de Estado de direito democrático. (grifamos).

Portanto, quando se configuram condutas lesivas, negativamente exemplares ou que ofendam de forma repulsiva algum direito fundamental, há ofensa não só ao acervo jurídico pessoal da vítima, quanto

ao acervo jurídico-social que erige a proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais à condição de valores fundamentais para o convívio social saudável (artigos 1º, III, e 5º, XXXII da Constituição da República).

Considerando que o dano moral será sempre uma violação a um direito da personalidade ou emanado da dignidade da pessoa humana (a depender da corrente doutrinária adotada), haveria sempre um interesse geral em preservar e proteger tais direitos, ainda quando ofendidos no âmbito individual.

Por essa concepção, a compensação de caráter exemplar seria sempre mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes visto que consubstanciados nessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

E esta noção não é recente.

Segundo ensinam Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler a respeito da responsabilidade civil, lançando mão dos ensinamentos de André Tunc, “historicamente a indenização (no sentido de restauração do estado anterior ao dano) não foi a primeira função deste instituto. Nas sociedades primitivas, o dano aparecia principalmente como um rompimento da ordem social e mesmo da ordem cósmica, que carecia, então, ser recomposta, comumente por um ato sacrificial” (2005, p. 21).

Em um movimento pendular, o direito volta, *mutatis mutandis*, a ter compreensão semelhante. Novamente nas palavras de Jorge Reis Novais: “(...) o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser assinalado, conjuntamente com a recepção do princípio da proporcionalidade, como a inovação mais produtiva na dogmática dos direitos fundamentais do pós-guerra” (2003, p. 66).

Desta acepção objetiva dos direitos fundamentais decorrem, basicamente, dois efeitos jurídicos mais relevantes: (1) os direitos fundamentais ganham eficácia irradiante, condicionando a interpretação de todas as normas infraconstitucionais que compõem o sistema jurídico, filtradas em seu sentido para assegurar coerência com tais direitos, daí a técnica hermenêutica de *interpretação conforme a Constituição* e (2) função protetiva dos direitos fundamentais: em cada positivação constitucional de direito fundamental há uma norma impositiva/vin-

culante ao Estado do dever de proteger e promover os direitos fundamentais – “dever de proteção implícito dos direitos fundamentais vinculante aos entes estatais” (RAUL MORO, 2005).

Por isso é que, segundo José Carlos Vieira de Andrade, ao ultrapassarem a concepção individual e subjetiva encerrada em cada cidadão, isoladamente, considerados os direitos fundamentais valem juridicamente também como valores ou fins que a sociedade, através do Estado, se propõe a perseguir. (1988, p. 145).

Esta lição fica ainda mais retumbante considerando o contexto social brasileiro no início deste século XXI, quando se vive uma epidêmica crise de valores morais e éticos, tanto no âmbito público, com incontáveis casos de corrupção, desvio de finalidade e abuso de poder, como no âmbito privado, onde o respeito espontâneo à lei e ao acervo jurídico dos concidadãos são qualidades cada vez menos perceptíveis e/ou festejadas.

Havendo baixa adesão da sociedade ao sistema de valores positivado na Constituição da República pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o compromisso do Estado em reafirmar tais premissas para a vida saudável em sociedade é ainda maior, seja no exercício da função legislativa, da administrativa ou da jurisdicional.

Enoque Ribeiro dos Santos coaduna deste ponto de vista, sufragando que:

A indenização de caráter exemplar ou punitivo tem como escopo prover à sociedade uma resposta jurídica ao comportamento deletério do ofensor e serve como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes, já que se ativa no rol dos direitos humanos fundamentais, entre eles, os direitos da personalidade albergados não apenas no Código Civil (...) mas especialmente na Carga Magna de 1998 (...). (grifamos) (2004, p. 12).

Por isso mesmo que, segundo nos parece, a majoritária doutrina e jurisprudência, compartilhando desta premissa de forma inconsciente ou ao menos tácita, foi-se formando naturalmente no sentido de ser necessário, além de reparar a vítima, reprimir os atos causadores de dano moral.

Esta concepção, inclusive, já está submetida ao processo constitucional legislativo. O Projeto de Lei n. 276, em trâmite na Câmara dos

Deputados, prevê a inclusão de § 2º ao artigo 944 do Código Civil de 2002, consagrando expressamente a função punitiva na reparação por danos morais.

Estão guiados por um consenso compartilhado pela maioria dos juristas no sentido de que, além de reparar a parte autora, minimizando os efeitos deletérios do dano, seria necessário educar o causador do dano, restabelecendo a ordem de valores cunhada na lei fundamental, para que nas suas próximas condutas observasse tal tábua axiológica.

Perfilham silenciosamente da noção de que é interesse geral preservar e proteger não só o direito da vítima do caso concreto, mas aquele direito considerado abstratamente ou objetivamente, no escopo de resguardar a sua posição na escala de valores da Constituição da República.

Conforme se depreende, portanto, ao se conferir função e caráter públicos à reparação, por meio da aplicação de sanção, esta parcela fica automática e inevitavelmente afastada da esfera jurídica do particular lesado imaterialmente e se amplia os efeitos da relação jurídica de direito privado originária, passando então a se submeter a um regime jurídico híbrido.

2.3 Da função social da responsabilidade civil

Além do argumento da isonomia, ou da repartição isonômica dos benefícios entre os cidadãos e da constatação de que a sociedade tem interesse (e o Estado o dever) de preservação da ordem fundamental de valores cunhada na Constituição, há outro fundamento que sustenta a não destinação da parcela punitiva ao autor da demanda.

A solidariedade, na condição de princípio constitucional e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I da Constituição da República), irradia-se sobre a integralidade do sistema jurídico, atribuindo função social a todos os institutos do direito.

Tanto é assim que o novel Código Civil consagrou expressamente esta tendência, seja quando concede função social aos contratos (artigo 421), à propriedade (artigo 1.228, § 1º e 2.035), à posse (artigo

1.210, § 2º c/c 1.228, § 4º c/c artigo 1.242, parágrafo único) ou à responsabilidade civil (artigo 883, parágrafo único).

Tal é a intensidade da diretriz teórica da socialidade no Código Civil que o artigo 2.035, parágrafo único, dispõe que nenhum negócio ou ato jurídico, mesmo quando constituído antes da vigência do diploma, prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, como os estabelecidos para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

A responsabilidade civil (e o direito como um todo) “não estaria imune a fenômenos sociais próprios das sociedades hiper-industrializadas nem às escolhas jurídico-axiológicas dessas mesmas sociedades, tal qual, exemplificativamente, a proteção ao consumidor como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável” (grifamos) (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 18).

Desde os anos iniciais da década de 1990, a jurisprudência e a doutrina, ao defenderem e aplicarem dimensão inibitória à compensação por danos morais, embora não tenham se dado conta disso, conferiam-lhe função social. Consagravam o princípio constitucional da solidariedade em seus pareceres e julgados, ao defender que esta parcela tem caráter propedêutico, tendo como finalidade, a pedagógica punição do infrator.

Ora, nada mais socializante e voltado ao desenvolvimento coletivo do que punir o infrator com finalidade pedagógica, para que não reitere a conduta contra outros integrantes da comunidade.

Em outras palavras, utiliza-se um instituto classicamente de Direito Privado, qual seja, a responsabilidade civil para, ampliando a repercussão da reparação da esfera do indivíduo para a esfera social, beneficiar a coletividade com a repressão ao infrator.

Alguns juristas reconhecem essa função social inerente à responsabilidade civil, que para nós, *data maxima venia*, parece evidente.

É o caso do civilista português Antônio Pinto Monteiro (1999, p. 660-663), para quem:

(...) se é certo que a responsabilidade civil prossegue, ainda que só mediata ou acessoriamente uma função social de dissuasão, a simples reparação do dano causado não constitui, porém, frequentemente, uma resposta eficaz, de ordem preventiva, justamente por não ser esta a sua determinante. (grifamos).

Também se destaca o trabalho de Enrico Moscati (MOSCATI. *In*: PINTO MONTEIRO, 1999, p. 660-663), segundo o qual:

(...) a utilidade ou necessidade da pena privada está em se apresentar, por vezes, como o único instrumento verdadeiramente eficaz quando o potencial autor do dano não encontra na obrigação de indenizar uma razão bastante para se abster do seu comportamento, uma vez que a medida previsível da indenização, estando balizada pelo limite do dano, é inferior ao proveito (que ele retira) da sua própria iniciativa ilícita.

A evidência de tal caráter social para a responsabilização por dano moral só não transbordou as margens da plena aceitação jurídica, ao que nos parece, por falta de disposição legal que especificamente determine que tal parcela do valor da reparação, por se destinar a beneficiar a sociedade, deve ser revertida para instituição com finalidades sociais.

Todavia, em hipótese análoga prevista no Código Civil de 2002, isto fica bastante claro. Vejamos o disposto no artigo 883, parágrafo único:

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

A repetição do pagamento indevido é espécie de responsabilidade civil, como está consignado no artigo 876 do diploma civil. Assim, regra geral, “aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”. Entretanto, no caso específico do artigo 883, quando o legislador verificou que inexistia fundamento ético-jurídico-constitucional para entregar a quantia àquele que sofreu o dano, assentou que o valor reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência.

Neste dispositivo, a *ratio legis* de ampliação dos efeitos da relação jurídica de direito privado para beneficiar uma instituição com finalidade social se dá com caráter pedagógico ou punitivo de um dos integrantes desta relação, para que não reitere a prática reprovável (“ilícita, imoral ou proibida por lei”).

A parcela punitiva dos danos morais submete-se à mesma lógica. Sua finalidade pedagógica e, conseqüentemente, público-

social, é quase pacífica em doutrina e jurisprudência. Ademais, conforme se buscou demonstrar, tampouco existe fundamento ético-jurídico-constitucional para se destinar à vítima o montante, visto que implica, em regra, cancelar benefício incompatível com o princípio da isonomia.

Assim, havendo dispositivo legal que compartilha da mesma lógica de educar o jurisdicionado por meio da responsabilidade civil, destinando o valor da indenização para entidade beneficente, em clara irradiação da função social aos institutos jurídicos, ao nosso ver, deve ser aplicado por analogia, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

3. DESTINAÇÃO PARA INSTITUIÇÃO BENEFICENTE OU FUNDO DE PROTEÇÃO A DIREITOS DIFUSOS? INTERPRETAÇÃO POR FILTRAGEM CONSTITUCIONAL

Concluído que o montante arbitrado a título de dissuasão do causador de danos morais não deve ser destinado à própria vítima, mister verificar quem seria o destinatário: entidade beneficente local, nos termos do artigo 883, parágrafo único do CC/02 ou fundo de direitos difusos mencionado no artigo 13 da Lei n. 7.347 de 1985, que em regra tem âmbito estadual, como ocorre em Minas Gerais, com o Fundo Estadual de Proteção e Defesa ao Consumidor – FEPDC, criado pela Lei Complementar Estadual n. 66/2003 alterado pela LC n. 119/2011 e regulamentado pela Resolução PGJ n. 43 de 04/05/2011.

Inicialmente, é necessário destacar que a destinação do valor a qualquer um dos dois evitará ofensa à isonomia, enriquecimento indevido do autor da ação e permitirá que o Estado cumpra de forma mais eficaz o seu dever de zelar pelo respeito ao sistema objetivo de valores instituído pela positivação constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, em percuciente artigo sobre o tema, defendem a segunda opção (2005, p. 25). Não obstante, modestamente, entendemos de forma diversa.

É que a destinação para um ou para outro dependerá sempre de aplicação por analogia de um dispositivo legal, seja o artigo 883,

parágrafo único do Código Civil de 2002 em um caso ou do artigo 13 da Lei n. 7.347 de 1985 em outro caso.

Conforme já tivemos a oportunidade de assentar anteriormente, as semelhanças entre as hipóteses de *punitive damages* e a disposta no artigo 883 e parágrafo único do Código Civil são acentuadas. Por outro lado, a aplicação analógica do dispositivo da Lei de Ação Civil Pública apresenta menos pontos de semelhança.

A ofensa a direitos de personalidade, quando a conduta do ofensor é de acentuada reprovabilidade, acaba por afetar não só ao acervo jurídico pessoal da vítima quanto ao acervo jurídico social que erigiu a proteção a determinados direitos fundamentais, especialmente à dignidade humana, ao patamar de valores essenciais para o convívio social saudável.

A sociedade, diante do desrespeito e desconsideração excessivos a este sistema de valores e aos bens mais inerentes à subjetividade de cada pessoa, acaba se angustiando e, ao lado deste, é também afetada. Nesses casos, há uma espécie de lesão generalizada, de caráter difuso. Assim, neste ponto, poder-se-ia falar em semelhanças a justificar a aplicação analógica do artigo 13 da Lei n. 7.347 de 1985.

Entretanto, o dispositivo está inserido no “microsistema de tutela jurisdicional coletiva”, que se diferencia do sistema de tutela jurisdicional individual pelos princípios e regras que os regulamentam. O processo coletivo, pela diferente extensão dos direitos que visa tutelar, contém peculiaridades aptas a permitir o cumprimento desta finalidade, com atenção à contribuição das partes e da universalidade dos afetados pela tutela jurisdicional.

É claro que, sendo o montante destinado para benefício da coletividade, pelo Fundo de Direitos Difusos e tendo sido oportunizado à parte que arcará com a indenização a oportunidade de resistir à condenação (ampla defesa e contraditório), não haveria que se falar em nulidade da sentença, por falta de prejuízo a quem quer que seja (artigo 250 do Código de Processo Civil).

Ainda assim, parece-nos que a hipótese do artigo 883 do Código Civil de 2002 tem mais pontos de semelhança com a dos *exemplary damages*, merecendo preferência.

Além disso, a destinação a “estabelecimento local” permite beneficiar de forma mais direta a comunidade em que o ofensor está inserido, tornando a dissuasão mais eficaz e expressiva e a pretensão estatal de respeito e (re)afirmação dos direitos fundamentais mais evidente, o que certamente contribuiria de melhor forma para a prevenção geral.

A reversão do montante a fundos públicos implicará, na maioria das vezes, uma desvinculação ou um distanciamento entre a comunidade em que se deu a ofensa significativamente reprovável e a comunidade beneficiada pela transformação dos consectários financeiros do desestímulo em utilidades públicas.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*. Não se deve presumir que o legislador utilizou de forma despropositada o adjetivo que qualifica o estabelecimento de beneficência no parágrafo único do artigo 883 do CC/02. Pelo contrário, entendeu que o destino “local” à verba cumpriria de forma mais adequada a teleologia da norma.

Somando a esses argumentos, temos que a escolha entre duas soluções deve ser feita sempre pela hermenêutica constitucional, especificamente pela filtragem constitucional, analisando qual das duas conferirá maior eficácia à Lei Fundamental e considerando principalmente que o amparo constitucional da função social da responsabilidade civil é o princípio da solidariedade (artigo 3º, I).

Assim, é preferível a destinação do montante ao terceiro setor do que ao primeiro setor (Estado). É que o fomento ao terceiro setor, onde a sociedade civil assume funções públicas e, em regra, as presta de forma não lucrativa, por meio de espaços pluralizados e acessíveis de convivência, participação e comunicação política, permite a criação de um sentimento mais forte de solidariedade, ética e respeito mútuo aos membros da comunidade.

Segundo Ana Carolina Henrique Siqueira Lara (2006, p. 112), o Terceiro Setor:

(...) cumpre um papel estratégico na renovação da relação do Estado com a Sociedade Civil. Por ser uma arena institucional das organizações da sociedade, sem fins lucrativos, voltada para finalidades públicas e sociais, ele possibilita a promoção de espaços

de convivência capazes de potencializar a cultura da solidariedade e cooperação entre governo, mercado e sociedade local. Para que isso ocorra, contudo, é preciso que se sustente um espaço de diálogo, em que se estimule a constituição de parcerias entre todos os setores da sociedade, através do protagonismo do cidadão ativo. (...) Nesse contexto, a emergência de **um espaço plural onde os direitos de participação e comunicação política são enfatizados** faz crescer a pressão pela ação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Tal processo está intimamente ligado à formação de associações e à reprodução da solidariedade social, que são atores principais no cenário do Terceiro Setor. (destacamos).

A aptidão de as entidades do terceiro setor potencializarem a solidariedade das comunidades nas quais atuam também foi assentada por Josenir Teixeira, que a partir da contextualização histórica, estruturação jurídica e conceituação científica do setor, afirma sua “inexorável imbricação com o princípio constitucional da solidariedade” (2011).

Ainda haveria um último argumento, agora pragmático, para destinação à entidade beneficente. É que por vezes o dano moral não corresponderá a nenhum dos fundos previamente existentes, como os de consumidores e meio ambiente, entre outros. Nesses casos, quando a reprovabilidade do causador do dano for intensa, não haveria fundo específico para destinação do *quantum* relativo à dissuasão do ofensor.

4 QUESTÕES PROCESSUAIS

Assentadas as razões de direito material para a destinação da parcela punitiva dos danos morais para entidade beneficente, resta analisar se haveria entraves processuais para fazê-lo, especialmente se tal destinação dependeria de pedido expresso do lesado.

Nesta fase, o primeiro ponto que deve ser abordado é se seria legítimo beneficiar terceiros pela tutela jurisdicional prolatada em processo do qual não participaram. O segundo ponto é verificar se, inexistindo pedido específico do autor neste sentido, o arbitramento considerando a necessidade de desestímulo e a destinação para terceiro deste montante ofende o princípio da adstrição ao pedido, viciando a sentença como *ultra* ou *extra petita*.

4.1 Violação dos limites subjetivos da lide

Quanto ao primeiro ponto, em regra a sentença fará coisa julgada entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros (artigo 472 do Código de Processo Civil). São estes os ordinários limites subjetivos da lide. Segundo Eduardo Talamini (2004).

Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve a oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Estaria sendo vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio: ele estaria sendo proibido de pleitear tutela jurisdicional relativamente àquele objeto, sem que antes tivesse ido a juízo. Portanto, isso implicaria igualmente privação de bens sem o devido processo legal. Haveria uma frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar.

Conforme se depreende, a limitação subjetiva da lide assenta pilar na garantia fundamental do devido processo legal, pela qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV da Constituição da República – destacou-se). O processo funciona, portanto, como método de legitimação ético-jurídica das decisões estatais que impliquem restrição de direitos, imposição de sanções ou agravamento de situação jurídica.

Com efeito, o reconhecimento em sede constitucional de que o poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único) não basta para que se possa falar em Estado Democrático. É necessário que o povo seja enxergado “como instância global de legitimidade democrática” (DEL NEGRI, 2003, p. 31), ou seja conjunto de agentes a serem ouvidos de forma ampla, em todos os discursos de produção, aplicação, modificação e extinção dos direitos, de forma que deixem “(...) de ser meramente destinatários do Direito, mas tornem-se seus co-autores” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 220).

O que se vem de anotar, contudo, não implica inferir de forma peremptória que toda e qualquer decisão tomada sem a participação do interessado seja absolutamente nula. É relevante o fato de que a

garantia constitucional do *due process of law* restou positivada na Constituição brasileira como requisito de legitimação de atos estatais que venham a **prejudicar** o acervo jurídico de alguém.

Daí se extrai duas conclusões: (I) por força do princípio democrático é necessário que toda decisão estatal, jurisdicional ou não, faculte àqueles por ela diretamente atingidos, positiva ou negativamente, o direito de participar de sua construção. Contudo, (II) em casos excepcionais, em que seja altamente plausível presumir o caráter benéfico da decisão e com o intuito de priorizar outros princípios fundamentais constitucionais, é possível que a decisão estatal seja tomada sem participação da pessoa por ela atingida (desde que se a cientifique da mesma e se a faculte os meios para impugná-la).

Equivale dizer que, nos casos em que a sentença beneficia terceiro que não participou do processo não há que se falar, só por isso, em invalidade da mesma. Seria contraditório utilizar a garantia fundamental do cidadão para prejudicá-lo, taxando de absolutamente ilegítimo, à sua revelia, o provimento que lhe beneficie, pelo fato de não ter tido oportunidade de participar de sua construção.

Nos casos em que a decisão estatal aparentemente beneficia o terceiro, para que se decrete a pecha da nulidade, é imprescindível que este seja ouvido para dizer se abre mão ou não da garantia do devido processo legal em prol da preservação da decisão já proferida. Senão, aí sim se estaria violando o *due process of law*, já que se o prejudicaria sem oportunidade de defesa.

A partir dessas premissas que se encaminha a proposição de que o artigo 472 do Código de Processo Civil não veda ou torna inválida a sentença que produza efeitos em relação a terceiros. Os limites subjetivos da sentença, estampados neste artigo, dizem respeito à autoridade da coisa julgada e não aos efeitos da mesma.

É que, considerando a interdependência que normalmente caracteriza os negócios e demais relações jurídicas modernas, a sentença gera em regra efeitos indiretos a terceiros, como a que declara nulo o contrato de locação de fundo de comércio, afetando todos os trabalhadores ali empregados.

Além disso, a sentença pode gerar efeitos diretos para beneficiar terceiros. Prova disso é que o Código de Processo Civil confere legitimida-

de para interpor recurso não a todos os terceiros afetados pela sentença, mas exclusivamente ao terceiro prejudicado (artigo 499). Este dispositivo implica o reconhecimento, a um só tempo, (A) de que a sentença que beneficia terceiros não é viciada; (B) de que o terceiro beneficiado sequer tem interesse de agir no processo e/ou recorrer e (C) de que o artigo 472, ao estabelecer os limites subjetivos da lide, se refere à autoridade da coisa julgada e não aos efeitos da mesma.

Nesta vereda, vale reiterar, a sentença pode gerar efeitos a terceiros, contudo, esses efeitos em regra só são imutáveis entre as partes em que foi dada. Caso tais efeitos sejam prejudiciais, como se trata de efeitos e não autoridade da coisa julgada, o terceiro poderá buscar pelo devido processo (recurso ou ação) a anulação da sentença e, conseqüentemente, daqueles efeitos que lhe embarçam. Caso entenda que os efeitos lhe são benéficos, serão preservados, visto que enquanto assim entender, a coisa julgada além de efeitos também gerará autoridade quanto a este terceiro, faltando-lhe, deveras, interesse de agir para desconstituir a sentença.

Assim, a autoridade da coisa julgada em relação a terceiros se resolve como uma questão de interesse de agir em relação à decisão prolatada. Se o terceiro não é juridicamente interessado, não tendo nenhuma relação jurídica concernente àquela deduzida em juízo, não tem interesse de agir para pleitear a alteração da decisão.

Se o terceiro é juridicamente interessado, pode ter sido prejudicado ou beneficiado. Caso entenda que foi beneficiado, também carece de interesse de agir para impugnar o ato jurisdicional que lhe afetou. Caso entenda que foi prejudicado, só nesse caso a sentença pode vir a ser anulada ou declarada nula e desde que assim o requeira o terceiro, que terá legitimidade e interesse de afastar o respectivo prejuízo jurídico.

Seja como for, no que tange aos efeitos da coisa julgada, a sentença que gera efeitos aparentemente benéficos para terceiros será sempre válida, pelo menos enquanto não for impugnada pelo terceiro que tenha sido afetado por ela. É que compete a este sujeito (e não a qualquer outro sujeito processual ou órgão jurisdicional) avaliar se tais efeitos lhe prejudicam ou beneficiam.⁵

⁵ É claro que é sempre recomendável que o terceiro possivelmente afetado pela decisão jurisdicional seja intimado a participar do processo, ainda que *ex officio*

Com similares ponderações Victor Aguiar Jardim de Amorim conclui “(...) que, enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro, a imutabilidade da decisão vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício” (2011)

No mesmo diapasão, Cruz e Tucci assevera que se o terceiro é beneficiado pela sentença, se submete tanto aos efeitos quanto à autoridade da coisa julgada quando existir nexos de subordinação da posição dele à relação jurídica decidida ou em razão da natureza incindível do direito material discutido (2007, p. 191).

Esta realidade fica evidente no caso de litisconsórcio ativo unitário. Por exemplo, na ação de desconstituição de ato societário promovida por um só sócio, a sentença de procedência produz efeitos contra todos os sócios, haja vista a natureza incindível do ato impugnado. Aqueles que se sentirem prejudicados, poderão anular tal sentença, por violação à garantia constitucional do contraditório mas, considerando a hipótese em que tal desconstituição beneficie todos os terceiros (sócios), “julgado procedente o pedido, o objetivo foi atingido, e qualquer outro legitimado será considerado carecedor da ação por falta de interesse de agir numa futura ação que porventura tivesse o mesmo escopo” (CRUZ E TUCCI, 2007, p. 250).

O sistema jurídico demonstra em diversos outros momentos a desnecessidade de que um determinado sujeito participe do processo para ser por ele beneficiado. Tal exigência só é absoluta, repita-se, quando o caso é de restrição de direitos ou agravamento de situação jurídica (artigo 5º, LIV da CR/88).

pelo órgão jurisdicional, para que se evite a prolação de provimento que o prejudique sem que tenha sido ouvido. Contudo, isso não significa dizer que, não tendo sido ouvido previamente, o provimento seja nulo de pleno direito quando inexistir impugnação pelo supostamente afetado-prejudicado. Proferida a decisão que aparentemente afeta terceiro, a nulidade para ser reconhecida depende em regra de suscitação pelo terceiro, visto que é a ele quem compete aferir se o provimento beneficia ou prejudica. Nesse sentido, no que tange à destinação da parcela pedagógica dos danos morais à entidade beneficente é interessante que se a oportunize manifestar-se a respeito no bojo do processo ou que se utilize lista com o cadastro de todas aquelas entidades que tenham manifestado prévia anuência ao recebimento de valores desta natureza, o que não significa dizer que, não tendo sido feito, o provimento é inválido de pleno direito.

O artigo 274 do Código Civil de 2002 estende aos credores solidários o julgamento que lhes for favorável, mas não o que lhes prejudicar. Nos casos de ação coletiva em que se discute interesses individuais homogêneos, da mesma forma, a sentença poderá ter efeitos em relação a terceiros, desde que procedente, ou seja, para beneficiá-los (artigo 103, III do Código de Defesa do Consumidor).

Além dos exemplos citados, há outros no ordenamento pátrio que poderiam ser mencionados,⁶ contudo seria incompatível com os objetivos do presente artigo. De toda forma, não é demasiado lembrar que a lógica que impera no sistema processual quanto às nulidades é aquela estampada no axioma do *pas de nullité sans grief* (artigos 244 c/c 250, parágrafo único do Código de Processo Civil). Assim, não havendo prejuízo, não há que se falar em nulidade.

Pelo que viemos de expor, considerando a finalidade constitucional estampada na garantia fundamental do devido processo legal, as previsões legais mencionadas e realizando interpretação lógico-sistemática é possível encaminhar a conclusão de que não é absolutamente nula a sentença que extrapola os ordinários limites subjetivos da lide para beneficiar terceiro que não fez parte do processo, nem pode ser considerada viciada sem que sobre isso este seja ouvido.

Portanto, a aplicação do parágrafo único do artigo 883 do Código Civil de 2002, seja de forma direta ou por analogia, para destinar

⁶ Conforme se vem de afirmar, a regra dos limites subjetivos do processo diz respeito eminentemente à autoridade da coisa julgada e, mesmo nesses casos, não é absoluta. Sua interpretação deve ser feita de forma temperada, sempre guiada pela matriz constitucional que lhe fundamenta. Por isso mesmo, vale mencionar outras exceções consagradas em sede legal. Nos casos de substituição processual, em que se configura a legitimação extraordinária, aquele que não participou do processo poderá ser atingido pela (autoridade da) tutela jurisdicional. O artigo 42, § 3º do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que o adquirente de coisa que é objeto de litígio poderá ser atingido pela (autoridade da) decisão mesmo sem ter feito parte do processo. Nos casos de litisconsórcio unitário facultativo previstos no ordenamento, da mesma forma, a coisa julgada poderá atingir aquele que não figurou na relação jurídica processual que contribuiu para a construção do provimento, conforme já exposto. Ainda, vale destacar que o caso de improcedência liminar e de indeferimento da inicial pela pronúncia de prescrição ou decadência (artigos 285-A e 295, IV do Código de Processo Civil) nos quais o sujeito é beneficiado sem ter participado da construção do provimento.

quantia à entidade beneficente que não participou do processo, não extrapola de forma viciada os limites subjetivos da lide, não havendo que se falar em nulidade da decisão por este motivo.⁷

Ademais, em análise com apurado rigor técnico, quando se destina à vítima dos danos morais todo o valor arbitrado (a título de compensação e de desestímulo) já se está julgando além dos ordinários limites subjetivos do processo. É que, se o valor é arbitrado com finalidade pedagógica ou punitiva, de uma forma ou de outra, em menor ou maior intensidade, seja pela concessão de um bem jurídico material (dinheiro) ou imaterial (obediência às leis), já se está beneficiando a coletividade que regularmente contrata ou se relaciona juridicamente com o causador do dano.

4.2 Violação do princípio da adstrição ao pedido

Isto posto, passamos a analisar se a aplicação de *exemplary damages* e a destinação da parcela pedagógica da reparação por danos morais para entidade beneficente, quando inexistir pedido específico do autor neste sentido, ofende o princípio da adstrição ao pedido, viciando a sentença como *ultra* ou *extra petita*.

O princípio da adstrição ao pedido, também denominado de princípio da congruência ou da correlação tem a finalidade de resguardar a segurança jurídica pela garantia do contraditório e está consagrado no Código de Processo Civil nos artigos 128 e 460, pelos quais:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

⁷ Não obstante, conforme já asseverado na nota de rodapé 5, é sempre interessante que se oportunize à entidade beneficente manifestar-se a respeito no bojo do processo ou que se utilize lista com o cadastro de todas aquelas entidades que tenham manifestado prévia anuência ao recebimento de valores desta natureza.

Conforme se verifica da leitura dos artigos, o juiz está adstrito aos limites da demanda proposta pelo autor, não podendo conhecer de questões a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Logo, em sentido contrário, por interpretação lógico-sistemática, se deduz que lhe é permitido conhecer de questões não suscitadas pelas partes quando a lei não exigir a iniciativa da parte a respeito.

Entre as questões que dispensam a iniciativa da parte para serem conhecidas pelo magistrado, estão as matérias de ordem pública. Segundo ensina Nelson Nery Júnior (2003, p. 779):

Matérias de ordem pública. A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC 128 e 460) é decorrência do princípio do dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC 1º ao 51); cláusulas gerais (CC 2035, par. Único) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF 5º XXIII e 170, III e CC 1228, par. 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166 VII e 167) (...) (grifamos).

Anteriormente, demonstramos que ao desestimular o infrator o Estado-juiz cumpre dever público, com repercussão coletiva e finalidade social. Há nítido interesse público na moralização e desenvolvimento ético das relações jurídicas cotidianas em geral, de modo que guardem invariável atenção ao sistema de valores fundamentais previstos na Constituição da República, em especial à dignidade da pessoa humana.

A matéria, dessarte, é de ordem pública, dispensa iniciativa da parte e pode/deve⁸ ser conhecida de ofício pelo juízo independente de pedido. Mesmo que o autor da ação não peça expressamente que o arbitramento

⁸ O exercício de todo e qualquer poder no paradigma do Estado Constitucional e Democrático de Direito se aproxima mais de um dever, especialmente quando se trata de conhecer e aplicar normas de ordem pública, que densificam a força normativa dos direitos fundamentais.

da reparação considere também a função de desestímulo, basta que o desvalor da conduta do causador do dano tenha sido narrado na inicial e confirmado pelo acervo probatório produzido em contraditório.

Quanto à possibilidade de destinação dos *punitive damages* a terceiro, independentemente de pedido, trata-se de previsão expressa do dispositivo aplicável. O artigo 883, parágrafo único do CC/02, estabelecendo *a priori* o destinatário do montante, não exigiu iniciativa da parte, pelo contrário, já prescreve de forma transparente que o caso é de destinação da quantia para instituição local de beneficência.

Além disso, aqui também se trata de norma de ordem pública, já que veicula a função social da responsabilidade civil, densifica o princípio constitucional da solidariedade, evita ofensa ao direito fundamental da igualdade e viabiliza maior efetividade ao exercício do dever estatal de preservação objetiva dos valores fundamentais da sociedade.

Entendimento em sentido contrário configuraria, *data venia*, contradição teórica e lógico-estrutural incompatível com a coerência sistemática do ordenamento jurídico pátrio, visto que implicaria a conclusão de que a vedação ao enriquecimento ilícito, nesse caso, só seria aplicável por expressa solicitação da própria pessoa que se enriquece sem causa justa. Em outras palavras, a eficácia social (efetividade) da norma que veda o enriquecimento sem causa e do direito fundamental da igualdade ficaria condicionada à suscitação da parte autora quanto ao próprio enriquecimento indevido.

Isso, em última análise, como é de se imaginar, levaria à ineficácia quase total da norma e à conseqüente tolerância jurisdicional da inobservância da isonomia pela chancela ao enriquecimento sem causa. Exatamente para situações como essa, de *ordem pública*, que a literatura processualista e a jurisprudência têm admitido arrefecimento do princípio da congruência. E isto com amparo normativo, frise-se.

É que, conforme já exposto, o artigo 128 do Código de Processo Civil contém exceção implícita à regra (da adstrição) que prescreve: permite à Jurisdição conhecer de questões não suscitadas pelas partes quando a lei não exigir a iniciativa da parte a respeito. A expressão “lei” não pode ser interpretada como texto legal, mas, sim, como sistema jurídico-constitucional, composto por princípios

e regras. Assim, certamente, por uma questão de coerência lógica e sistemática do ordenamento jurídico, nos casos em que o reconhecimento de ofensa à isonomia depende da suscitação daquele a quem a desigualdade favorece, configura-se hipótese a cujo respeito a lei não exige a iniciativa da parte.

A abalizada lição de Hamid Charaf Bdine Jr., no âmbito de obra coordenada pelo eminente Ministro Cezar Peluso, Presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao comentar este dispositivo legal em cotejo, confirma o exposto posicionamento, no sentido de que “a natureza pública do texto legal autoriza que o juiz o aplique de ofício, sem que qualquer das partes o sugira ou mencione” (2009).

Neste sentido também é o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Salomão Viana (2009, p. 7):

(...) o julgador deve, sim, aplicar, de ofício, preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor para assegurar a função social da propriedade e dos contratos, ou em observância a outro princípio de matriz constitucional, desde que o faça no estritos limites do julgamento da lide posta sob sua apreciação.

Portanto, formulado o pedido de reparação por danos morais ficam fixados aí os limites objetivos da lide. Dentro desses limites, a conduta do réu será necessariamente analisada e investigada, visto que é um dos pressupostos para a responsabilização civil. Caso se verifique a significativa reprovabilidade de tal conduta causadora de danos a direitos fundamentais, a reparação engloba não só a parcela compensatória, mas também a pedagógica, de ofício, independentemente de pedido específico neste sentido, haja vista que se trata de matéria de ordem pública.

Tanto é assim que é raro depararmos com posicionamento, no âmbito acadêmico ou jurisprudencial, no sentido de que a consideração da função de desestímulo ao arbitrar danos morais sem que tal pedido tenha sido expressamente formulado pelo autor significaria sentença *ultra petita*.

Então, se isto é aceito quase pacificamente, não nos parece que a destinação do montante para terceiro implique, só por si, julgamento fora ou além do pedido.

Além de o dispositivo legal dispensar a iniciativa da parte, conforme reconhece abalizada doutrina e se tratar de matéria de ordem pública, o deslinde da questão passa também pela (re)afirmação da finalidade do princípio da correlação, qual seja, resguardar a segurança jurídica pelo contraditório.

Assim, se no caso de responsabilização por danos morais o réu resiste à condenação ao pagamento de quantia por meio de argumentos e provas que desqualifiquem a conduta, o nexo causal ou o dano, é de todo irrelevante para ele, ao menos em termos técnico-processuais de interesse de resistir, se a quantia arbitrada será destinada ao autor ou a terceiro.

Em síntese, a definição da destinação da parcela pedagógica dos danos morais tampouco depende de pedido específico do autor, já que: (A) o dispositivo legal aplicável o dispensa, (B) que não há ofensa ao contraditório substancial, (C) que a matéria é de ordem pública e (D) que, por fim, insere-se na procedência do pedido de reparação por danos morais, por força da interpretação constitucional sistemática exposta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reparação por danos morais, dentro do universo de todos os institutos e instituições do direito, tem-se notabilizado pela constante evolução que apresenta. De fato, em um primeiro momento não se reconhecia sequer a legitimidade moral, muito menos a possibilidade jurídica, de se restituir com dinheiro um dano imaterial sofrido.

Posteriormente, permitida a reparação em dinheiro, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm reconhecido a necessidade de se fixar montante além da mera compensação, visando punir o ofensor e prevenir novos danos.

Este montante (*exemplary damages*), contudo, caso destinado à vítima do dano (além dos *compensatory damages*) sempre lhe enriquece indevidamente, em detrimento dos demais cidadãos, ofendendo o princípio da isonomia que é viga mestra do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o Estado tem interesse e o dever de reafirmar a importância do respeito aos direitos fundamentais previstos na

Constituição e de observar em todas as suas decisões, o sistema de valores que dali emana.

Sempre que houver ofensa a um dos direitos da personalidade, haverá ofensa direta ou indireta a direito fundamental. No caso concreto, se for significativamente reprovável a conduta do ofensor, à compensação pelo dano moral deve ser acrescido montante voltado para estabilização do sistema objetivo de valores estampado na Constituição.

Como este montante beneficia como um todo à comunidade em que o ofensor está inserido, estampa nítido caráter social, assim como ocorre com o disposto no artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002, que também assenta função punitiva e pedagógica.

O princípio constitucional fundamental da solidariedade (artigo 3º, I, da Constituição da República) não só autoriza mas impõe a releitura de todos os institutos jurídicos, conferindo-lhes dimensão social.

Na hipótese do dispositivo do Código Civil o legislador considerou legítima a destinação da quantia de condenação do réu para entidade beneficente, diante da confluência do caráter socializante advindo da Lei Fundamental e da falta de fundamento ético-jurídico-constitucional para se entregar ao autor da ação o montante da indenização.

Havendo caráter social na aplicação de *punitive damages* e faltando fundamento ético jurídico-constitucional para destinar tal montante à vítima do dano moral, sob pena de ofensa à isonomia e enriquecimento indevido, tem-se que ambas as hipóteses encerram a mesma *ratio legis*.

Inexistindo dispositivo legal determinando a destinação da parcela punitiva dos danos morais à vítima do dano, entendemos que o artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002 é aplicável por analogia, sendo possível a destinação para entidade beneficente local, a critério do juiz.

A destinação da quantia para Fundo de Defesa de Direitos Difusos, tal qual previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347 de 1985, também tem o condão de evitar ofensa à isonomia e enriquecimento indevido, assim como tornar mais eficaz o cumprimento do dever estatal de

zelar e reafirmar o sistema objetivo de valores instituído pelos direitos fundamentais constitucionais.

Entretanto, verifica-se que a regra do Código Civil de 2002 tem maior semelhança com a hipótese dos *exemplary damages*, visto que a destinação para aquele fundo pressupõe processo coletivo, com parâmetros diferentes do processo jurisdicional individual.

Ademais, a entrega do montante à entidade local permite beneficiar de forma mais direta a comunidade em que o ofensor está inserido, garantindo que é ali que a quantia será investida e o melhor cumprimento da função de desestímulo e prevenção. Além disso, é esta a solução mais consentânea com princípio constitucional da solidariedade, visto que fomenta o exercício privado de funções sociais, típico do terceiro setor.

Tudo isso considerado, constatou-se inexistirem óbices de ordem processual para a destinação. O sistema processual pátrio, em especial, o artigo 472 do Código de Processo Civil não veda que os efeitos da tutela jurisdicional sejam estendidos a terceiros. O que veda é que a autoridade da coisa julgada seja imposta a terceiro alheio ao processo, prejudicando-o. Caso o beneficie, faltar-lhe-á interesse de agir para reclamar a anulação do provimento.

Por fim, considerando que a conduta causadora de dano injusto é premissa inafastável da responsabilidade civil e que, assim, certamente o autor a narrou em sua inicial, o juiz, mesmo sem pedido específico nesse sentido, poderá aplicar a função pedagógica e destinar o valor para entidade beneficente (ou mesmo para fundo de direitos difusos) sem violar o princípio da adstrição ao pedido.

Isto porque para a aplicação do artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002, dispensa-se iniciativa da parte, exatamente como permitido pelo artigo 128 do Código de Processo Civil. Ademais, considerando que o limite objetivo da demanda é o pedido de danos morais, o juiz não extrapola tal limite se no julgamento de tal pedido, aplica preceitos de ordem pública, de matriz constitucional, como a função social da responsabilidade civil. Tampouco se tem sentença de natureza diversa (condenatória), em quantidade superior (montante nos danos morais é meramente estimatório) ou objeto diverso (pagamento em dinheiro) do que foi demandado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Dos limites subjetivos da eficácia da coisa julgada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2841, 12 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18883>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf; PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. Barueri. SP: Manole, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2. ed., São Paulo: RT, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed., São Paulo: RT, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 7.

GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quase contratti rimedi restitutori* – Trattado di Diritto Civile (Org.) Turim: SACCO, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. *Revista Centro de Estudos Jurídicos do CJF*, v. 9, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

PORTO, Sérgio José. *Da responsabilidade civil por difamação no Direito Inglês*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

RAUL MORO, Rolando. *A Tutela Judicial dos Direitos Fundamentais pelo Ministério Público*; Páginas de Direito, 2005. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/223-artigos-dez-2005/5182-a-tutela-judicial-dos-direitos-fundamentais-pelo-ministerio-publico>>. Acesso em: 29. mar. 2012

RIETEMA, Paul B. *Reconceptualizing split-recovery statutes: Philip Morris USA v. Williams, 127 S. Ct. 1057 (2007)*. Disponível em: <<http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Rietema%20Online%20-%20Philip%20Morris.pdf>>. Acesso em: 28. mar. 2012.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Contribuições à fixação da indenização do dano moral trabalhista – A Tese da aplicação dos exemplar ou punitive damages. *Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, legislação, sentenças, tabelas*. n. 246, junho de 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. O princípio da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *RT* 235/3.

SIQUEIRA LARA, Ana Carolina Henrique. *A organização do Terceiro Setor e a renovação da relação do Estado com a sociedade civil*. 2006. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva. 2003, v. II.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário? Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ*. 2009. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com/i/f/%7B31727892-058A-49EA-8975-046955E3FF50%7D_artigo_sumulas.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2012.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

TEIXEIRA, Josenir. *O terceiro setor em perspectiva: da estruturação a função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002, v. 4.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988.

6

PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO: RECENTES ALTERAÇÕES. A NOVA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES FEDERAIS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 70

Jorge Franklin Alves Felipe¹

RESUMO

O ano de 2012 foi marcado por duas relevantes mudanças no cenário da previdência do servidor público. Primeira, a criação, por meio de lei federal, da FUNPRESP, entidade que será encarregada de gerir a previdência complementar do servidor federal. A FUNPRESP foi criada em razão da EC n. 20, com as alterações da EC n. 41, que introduziu a previsão da previdência complementar no serviço público, para cobertura de benefício previdenciário no que exceder ao teto do INSS. Assim, os novos servidores federais que vierem a ser admitidos após o efetivo funcionamento da FUNPRESP somente receberão dos cofres públicos até o limite dos benefícios do INSS, hoje em torno de R\$4.000,00, ficando a complementação a cargo da previdência complementar. Não são abrangidos pela FUNPRESP os Estados e Municípios, embora possam seguir o modelo federal. Outra mudança relevante foi a alteração na aposentadoria

¹ Magistrado aposentado no Estado de Minas Gerais. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado. Vice-Presidente do Conselho Deliberativo da JUSPREV. Consultor previdenciário.

por invalidez, a fim de que seja calculada com base na última remuneração do cargo (INTEGRALIDADE) para os servidores que ingressaram no serviço público antes do advento da EC n. 41 que, como se sabe, introduziu o cálculo das aposentadorias pela média.

1. REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

O Direito brasileiro conhece dois regimes previdenciários distintos, conhecidos, respectivamente, por Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). O primeiro, dos trabalhadores da iniciativa privada e algumas modalidades de servidores públicos, entre os quais os ocupantes de empregos públicos, cargos temporários e cargos em comissão (que não sejam efetivos da administração), além dos ocupantes de mandato eletivo. O RPPS é típico do servidor público estrito senso, ou seja, investido em cargo público, após concurso regular, a eles equiparando-se os membros de poder e os titulares de cargos do Ministério Público. O RGPS reporta-se aos arts. 201 e segs. da Constituição Federal, enquanto o RPPS se acha previsto no art. 40 da mesma Carta Magna. A regulamentação do primeiro se faz, basicamente, com as Leis n. 8.212 e 8.213, de 1991, com alterações subsequentes, tendo caráter nacional, enquanto as normas gerais do último se acham nas Leis n. 9.717 e 10.887, sendo complementadas pela legislação local.

Os dois regimes apresentam muitos pontos diferenciais, embora, basicamente, consagrem o amparo às mesmas situações. Noutras palavras, os benefícios previdenciários básicos da aposentadoria e pensão existem nos dois regimes, embora o tratamento legal dispensado não seja exatamente o mesmo. Assim, por exemplo, a forma de cálculo das aposentadorias por invalidez e idade no RGPS segue uma sistemática de cálculo diferente da adotada pelo RPPS e, diga-se, mais vantajosa. No regime geral de previdência a aposentadoria por idade, por exemplo, parte do percentual de 70%. No regime próprio de previdência aplica-se, em regra, a proporcionalidade considerada em face ao tempo exigido para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Nos últimos anos, especialmente após o advento das Emendas Constitucionais n. 20 e 41, o RPPS sofreu grandes mudanças. O sistema previdenciário do servidor público, que antes concedia aposentadorias

como forma de prêmio, passou a ser oneroso. Idade mínima para aposentadoria passou a ser exigida dos servidores públicos e, por último, também a forma de cálculo dos benefícios dos servidores públicos foi alterada, com o fim da integralidade e da paridade, substituídas pelo cálculo dos benefícios pela média das remunerações e atualização anual por índices de correção monetária.

As perdas para os servidores públicos, no entanto, não ficaram aí.

2. A PREVISÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Com o advento da EC n. 20/98 foi criada a possibilidade da limitação dos benefícios do RPPS ao teto máximo do INSS, caso em que passaria a diferença entre o teto do INSS e a efetiva remuneração do servidor a ser suportada pelo regime de previdência complementar. Essa regra vale para os novos servidores, ou seja, aqueles que ingressarem na administração pública federal após a efetiva instalação do plano de previdência complementar, podendo os antigos servidores a ele aderir por opção.

A EC n. 40/2003 deixou claro o fato de que basta uma lei instituindo o regime de previdência complementar no órgão federado e sua efetiva implantação para que ocorra a limitação do valor das aposentadorias para os novos servidores, ou seja, os que ingressaram no serviço público a partir da efetiva instituição da entidade de previdência complementar. Desnecessária a edição de novas normas gerais de previdência complementar.

3. A INSTITUIÇÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA UNIÃO

Cabe a cada ente federativo, no exercício de sua competência constitucional, instituir, em nível local, o regime de previdência complementar, o que fez a União, pela Lei Complementar n. 12.618, de 30 de abril de 2012.

Com a vigência da Lei Complementar virá a efetiva instituição das fundações que irão gerir a previdência complementar nos três níveis de poder da União, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário e,

assim, somente a partir da criação da fundação, com sua efetiva implantação, é que os servidores públicos passarão a ser subordinados ao novo regime misto ou híbrido.

Não custa dizer que a Lei Complementar da União não obriga aos Estados e Municípios, que detêm competência constitucional para a instituição de seu regime próprio de previdência complementar.

Com o novo regime os servidores sofrerão descontos obrigatórios em seus contracheques até o teto do INSS. No que recebem acima desse valor contribuirão, se quiserem, para a previdência complementar, recebendo, no futuro, os seus benefícios, segundo o capital acumulado em sua conta individual, tal como ocorre em qualquer entidade de previdência complementar. Nada impede que não queiram se filiar às entidades de previdência criadas pela nova lei, mas, nesse caso, não terão os benefícios da contribuição patronal, recebendo tão só do órgão público o teto do INSS. Nada impede que contribuam para uma previdência complementar distinta da FUNPRESP, mas, nesse caso, não terão o aporte da cota patronal.

O teto do INSS acima referido não estará sujeito à incidência do fator previdenciário.

3.1 Caráter facultativo

A previdência complementar é na sua essência facultativa e, desta forma, não se tem como obrigar o servidor a aderir a ela, como, aliás, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial n. 920702-PR, em caso análogo, cujos fundamentos são invocados.

Como decorrência de seu caráter facultativo não se pode impedir que o servidor, que tenha aderido ao regime, dele se afaste, quando deixar o cargo público, caso em que levará, a título de resgate, as contribuições que verteu, mas não as do patrocinador. O resgate, outrossim, somente pode ser total, como, aliás, se infere do comando legal que rege a matéria (Lei Complementar n. 109).

3.2 Planos de benefícios

As aposentadorias concedidas aos servidores serão reguladas no Plano de Benefícios da entidade de Previdência Complementar, que

será aprovado pela PREVIC. O regime é de contribuição definida. O servidor sabe o que vai pagar, mas não o que vai receber. Como se sabe não existe garantia de valor mínimo desse benefício. O valor do benefício decorrerá do capital que o servidor acumular ao longo de sua carreira e filiação ao regime. Não se aplica à espécie nenhum limite de valor, podendo o benefício, naturalmente, ultrapassar tanto o teto salarial, quanto a remuneração do cargo da atividade, posto que pago por entidade privada de previdência complementar. Para efeito de recolhimento, no entanto, não serão vertidas contribuições que considerem a remuneração além do teto constitucional, evitando-se, com isso, pesado ônus para a União.

3.3 Cobertura dos benefícios de risco

Como, na previdência complementar, as contribuições são projetadas para formar um capital, capaz de constituir um benefício, o legislador cuidou de contribuições complementares para custeio dos benefícios de risco, entre os quais a aposentadoria por invalidez e pensão por morte, uma vez que, para esses, não existe como formar-se provisão de recursos e não se tem senão como adotar um regime de repartição. Atualmente, funciona desta forma a JUSPREV, entidade privada que já opera no Brasil e que concede a aposentadoria voluntária e, por meio da parceria com seguradora, também os benefícios de risco. No modelo tradicional da previdência dos servidores públicos funciona o regime de repartição e, pois, não se distinguem as contribuições para a aposentadoria voluntária das destinadas ao custeio dos benefícios de risco. Na previdência complementar esses benefícios de risco terão custeio em separado. Quer parecer que, com esse custeio, seria caso de se transferir os valores para a conta individual do segurado e, daí, gerar-se o benefício. Dispõe o art. 17 da Lei Complementar Federal:

Art. 17. *Omissis.*

§ 1º O plano de custeio referido no *caput* deverá prever parcela da contribuição do participante e do patrocinador com o objetivo de compor o Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários (FCBE), do qual serão vertidos montantes, a título de contribui-

ções extraordinárias, à conta mantida em favor do participante, nas hipóteses e na forma prevista nesta Lei.

§ 2º As contribuições extraordinárias a que se refere o § 1º serão vertidas nas seguintes hipóteses:

I – morte do participante;

II – invalidez do participante;

III – aposentadoria nas hipóteses dos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal;

IV – aposentadoria das mulheres, na hipótese da alínea “a” do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal; e

V – sobrevivência do assistido.

§ 3º O montante do aporte extraordinário de que tratam os incisos III e IV do § 2º será equivalente à diferença entre a reserva acumulada pelo participante e o produto desta mesma reserva multiplicado pela razão entre 35 (trinta e cinco) e o número de anos de contribuição exigido para a concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social de que trata o art. 40 da Constituição Federal.

A matéria será regulada no Plano de Benefícios. A lei condiciona que os benefícios de risco, por exemplo, pensão e aposentadoria por invalidez, somente serão concedidos ao servidor que efetivamente a eles tenha direito na administração pública. O plano de benefícios evidentemente regulará o valor e o que mais couber.

A Resolução CGPC n. 10, de 30 de março de 2004, dispõe, no *caput* do art. 1º, que as entidades fechadas de previdência complementar poderão contratar com a sociedade seguradora autorizada a funcionar no País, seguro específico para cobertura de riscos atuariais decorrentes da concessão de benefício devido em razão de invalidez ou morte dos participantes ou assistidos dos planos de benefícios que operam, de modo a assegurar sua solvência e equilíbrio. Nesse caso, a entidade de previdência complementar não poderá prever o pagamento da indenização do seguro diretamente ao participante (art. 3º) e, desta forma, deverá ser vertido para a entidade, que se encarregará de pagar o benefício.

3.4 Natureza contratual

Os benefícios previdenciários do RPPS são regulados pela Constituição e por leis. Já os benefícios da previdência comple-

mentar são regulados por contratos. Na previdência pública a fonte normativa da relação previdenciária é a lei; na previdência complementar o contrato e as normas editadas pelos órgãos deliberativos do sistema.

No tocante aos benefícios de risco, como pensão e aposentadoria por invalidez, não vemos como aplicar, senão supletivamente, as regras do direito previdenciário, devendo prevalecer a natureza contratual da vinculação às referidas entidades e, pois, definição de dependentes, conceituação e critérios para aferição de invalidez, fórmula de cálculos, são questões a serem definidas no plano de benefícios, sem prejuízo das normas editadas pela PREVIC, no âmbito de sua competência.

3.5 A FUNPRESP

A Lei complementar, alterando o que se previa no projeto original, prevê a existência de uma entidade de previdência por poder, ou seja, serão três fundações, destinadas a gerir a previdência dos servidores do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A nova entidade deverá ser registrada na PREVIC, onde aprovará o Plano de Benefícios, estará sujeita à fiscalização do Conselho Monetário Nacional, quanto à aplicação de recursos e terá os órgãos básicos de uma entidade dessa natureza, quais sejam, o deliberativo, o executivo e o fiscal.

Funcionará como entidade privada, mas com adoção de institutos de direito público, entre os quais a necessidade de concurso para contratação de pessoal e de licitação para contratação de obras e serviços. Com a adoção desses institutos, o legislador considerou a natureza pública da entidade de previdência complementar que, no entanto, continua sendo pessoa jurídica de direito privado, a nosso ver. Vejamos o comando legal:

Art. 8º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal consistirá na:

I – submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

II – realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo, em se tratando de contrato temporário, conforme a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

III – publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP Brasil), de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos dos planos de benefícios e ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

As Resoluções do antigo Conselho de Gestão da Previdência Complementar integram o corpo de normas do atual Conselho Nacional de Previdência Complementar.

3.6 Custeio

O percentual de contribuição para o regime complementar de previdência será definido pelo servidor na forma do Plano de Benefícios, não podendo o percentual de custeio do ente federativo ser superior ao do servidor, como, aliás, é a regra da previdência fechada das entidades vinculadas ao Estado, por força da Lei Complementar n. 108. Quanto maior a contribuição do servidor maior será o aporte da União e, em consequência, o capital constituído e a futura aposentadoria. O máximo da contribuição definida na lei é de 8,5%. A base de cálculo é, naturalmente, a diferença entre o teto máximo do INSS e a remuneração.

3.7 Benefício especial

Ante a possibilidade de ocorrer a filiação de antigos servidores ao novo regime existirá um tempo de contribuição não utilizado para benefício e, assim, a nova lei regula os efeitos desse tempo, prevenindo, a favor do servidor, a concessão de um benefício especial que,

naturalmente, será somado ao valor que efetivamente fizer jus o servidor no plano de previdência complementar. Nesse caso, o total da aposentadoria do servidor consistirá no somatório de três parcelas: o benefício do RPPS até o teto do INSS; o benefício especial para complementar o tempo do servidor anterior à transferência para a previdência complementar e o benefício da previdência complementar. A lei traça a complexa fórmula desse benefício especial, inspirada na regra de cálculo de aposentadorias já adotada no regime geral e no serviço público a partir da Lei n. 10.887, que se baseia na média das 80% maiores remunerações do servidor. É evidente que essa média levará em consideração a diferença entre o teto do INSS e a média efetiva do servidor, partindo-se, daí, para o critério da proporcionalidade em razão do tempo efetivamente utilizado. Segue o texto do comando legal sobre a média:

Art. 3º, § 2º - O benefício especial será equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o *caput* deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.

3.8 Da impenhorabilidade

Já sustentávamos a impenhorabilidade dos depósitos vertidos a favor de entidade de previdência complementar fechada, conforme trabalho que divulgamos por meio da JUSPREV e ABRAPP. O ideal seria que a nova lei contemplasse, de modo expresso, essa impenhorabilidade. Mesmo sem a previsão legal, contudo, parece inevitável a tese da impenhorabilidade. Não tem sentido que o servidor reverta contribuições visando à sua futura aposentadoria e tenha o risco de verem penhorados

os recursos respectivos. Embora o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1121719, tenha admitido a penhora de recursos aplicados em PGBL, é preciso considerar, no caso específico da previdência complementar do servidor público, a natureza salarial dos recursos vertidos à conta geradora do benefício de aposentadoria que substituirá aquela antes concedida pelos cofres públicos. A decisão proferida pelo Egrégio STJ, por suas características, retrata situação bem distinta daquela do servidor que retira parte de seus recursos salariais para mensalmente formar um capital destinado ao custeio de sua aposentadoria.

3.9 Benefícios fiscais

Do ponto de vista fiscal parece seguro o entendimento de que as contribuições serão dedutíveis para fins de imposto de renda na forma da legislação tributária. O tratamento das aplicações em previdência é distinto das contribuições previdenciárias, mas ambos constituem deduções dos rendimentos brutos.

3.10 Adesão excepcional

Disposição estranha consta do art.13 da lei, ao prever que o servidor público que perceba menos que o teto do INSS possa se filiar à previdência complementar.

Art. 13. *Omissis.*

Parágrafo único. O servidor com remuneração inferior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social poderá aderir aos planos de benefícios administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar de que trata esta Lei, sem contrapartida do patrocinador, cuja base de cálculo será definida nos regulamentos.

Como deve ser interpretado esse dispositivo? Um *plus* ou seja, faculdade para o servidor? Ou opção entre a previdência pública e a complementar?

Não nos parece que se trate de simples substituição de amparo previdenciário. Lei complementar não pode alterar uma previsão que é consti-

tucional. O servidor que perceba menos que o teto do INSS tem o direito de se aposentar pelo RPPS. Outra interpretação seria o da filiação como um *Plus*. Nova incoerência, pois se a FUNPRESP foi criada para regulamentar a regra do art. 40, § 14, da CF, não teria sentido se transformasse numa entidade de previdência complementar com outro objetivo.

3.11 Requisitos adicionais

Ao regime de previdência complementar do servidor público federal aplicam-se as regras disciplinadoras das Leis Complementares n. 108 e 109 e, desta forma, existe a previsão no art. 3º da primeira mencionada de que os benefícios voluntários somente serão concedidos se houver concessão do benefício pelo RPPS e exige-se, ainda, uma carência de 60 (sessenta) meses, donde se conclui que os atuais servidores que estejam próximos à aposentadoria, caso ingressem no novo regime, terão que aguardar o referido prazo.

Art. 3º, da Lei Complementar n. 108.

Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

I – carência mínima de sessenta contribuições mensais a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada; e

II – concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Os reajustes dos benefícios em manutenção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos dos planos de benefícios, vedado o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.

Embora o inciso II do art. 3º se refira aos planos de benefício definido, parece que é da essência da previdência do servidor público a obtenção do benefício do RPPS para a concessão daquele previsto

na previdência complementar, havendo, nesse sentido, dispositivo expresso na lei que cria a FUNPRESP.

Aplicando-se, ainda, referidas leis complementares há que ser permitido o resgate da totalidade das contribuições vertidas, bem como a portabilidade delas, desde que o servidor deixe o seu cargo na administração. Não tem sentido a adoção do instituto da portabilidade com a manutenção do vínculo funcional com a administração pública.

Lei Complementar n. 109:

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I – benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade;

II – portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano;

III – resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

IV – faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

§ 1º Não será admitida a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador.

§ 2º O órgão regulador e fiscalizador estabelecerá período de carência para o instituto de que trata o inciso II deste artigo.

§ 3º Na regulamentação do instituto previsto no inciso II do *caput* deste artigo, o órgão regulador e fiscalizador observará, entre outros requisitos específicos, os seguintes:

I – se o plano de benefícios foi instituído antes ou depois da publicação desta Lei Complementar;

II – a modalidade do plano de benefícios.

§ 4º O instituto de que trata o inciso II deste artigo, quando efetua-
do para entidade aberta, somente será admitido quando a integrali-
dade dos recursos financeiros correspondentes ao direito acumula-
do do participante for utilizada para a contratação de renda mensal
vitalícia ou por prazo determinado, cujo prazo mínimo não poderá
ser inferior ao período em que a respectiva reserva foi constituída,
limitado ao mínimo de quinze anos, observadas as normas estabe-
lecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

A Resolução n. 06, de 30 de outubro de 2003, do Conselho de
Gestão da Previdência Complementar, regula o benefício proporcio-
nal diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio, nas entidades fe-
chadas de previdência e, em seu art. 22, estabelece restrições para o
resgate, nas entidades patrocinadas, ao estabelecer:

No caso de plano de benefício instituído por patrocinador, o re-
gulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessa-
ção do vínculo empregatício.

Para as entidades instituídas deve haver um prazo de carência
de seis meses a partir da inscrição no plano de benefícios, nos ter-
mos do art. 23.

Não se defere resgate se o participante estiver em gozo de bene-
fício (art. 24).

O art. 26, aplicável às entidades patrocinadas ou instituídas, es-
clarece que o resgate deve ser total e não compreende as despesas de
custeio administrativo e as parcelas destinadas aos benefícios de risco.

O art. 14 trata da portabilidade, exigindo, para tal fim, que o par-
ticipante não esteja em gozo de benefício e que ocorra a cessação do
vínculo empregatício do participante com o empregador, nos planos
instituídos por patrocinador (v. art. 14, § 1º, da Lei).

3.12 Magistratura e Ministério Público

A nova lei, como, aliás, a instituição da previdência complemen-
tar alcança os ocupantes de cargos da Magistratura e do Ministério
Público. Existem fortes teses no sentido de que os magistrados e mem-
bros do Ministério Público não estariam abrangidos pelas reformas

constitucionais decorrentes das Emendas Constitucionais n. 20 e 41, mas isso foge ao objetivo do presente trabalho.

3.13 Súmulas do Superior Tribunal de Justiça

Sobre previdência complementar, atualmente, vigem as seguintes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento (Súmula n. 427 STJ).

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes (Súmula 321).

A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos (Súmula 291).

Nos planos de previdência privada não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador (Súmula 290).

A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda (Súmula 289)

Como já nos manifestamos, noutras ocasiões, em que pese o entendimento dominante no sentido de que a correção monetária das reservas de poupança seja plena, isso é, consubstanciada em índice que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda, entendemos que a devolução dos valores, por meio de resgate, deve se dar segundo os valores provenientes dos rendimentos das aplicações, pelo critério de cotas de fundos, especialmente nas entidades fechadas, nas quais, outrossim, não vislumbramos razões para aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, porque o associado ou empregado da entidade não é consumidor.

Não se pode cogitar de devolução de taxa de administração, cota do patrocinador e contribuições de risco.

3.14 Benefício definido X contribuição definida

Sabe-se que as entidades fechadas instituídas adotam o regime de contribuição definida, nas quais o segurado sabe quanto irá pagar, mas não tem a garantia de quanto irá receber. Diferentemente,

nos tradicionais planos de benefício definido, existe a garantia do valor contratado, mas, em compensação, existem instrumentos previstos em lei para a cobertura de déficits do sistema, o que pode acarretar encargo adicional para os participantes. A FUNPRESP vem, assim, de forma atípica, posto tratar-se de um plano patrocinado, mas com o sistema de contribuição definida. Não existe garantia do valor do benefício e nem distribuição de sobras, mas, por outro lado, o participante não corre o risco de ter que suportar prejuízos dos demais integrantes.

A Resolução CGPC n. 16, de 22 de novembro de 2005, normatiza os planos de benefícios de caráter previdenciário nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável e, em seu art. 3º, dispõe:

Entende-se por planos de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aqueles cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

Da obra *Previdência Complementar Fechada no Brasil*, Colégio Permanente dos Presidentes de Tribunais de Justiça, 2010, extraímos os seguintes textos:

A principal característica de um plano de Benefício Definido é a garantia oferecida ao participante de receber um valor previamente estabelecido no regulamento do plano.

Na contribuição definida ‘O valor do benefício que o participante irá receber na época de sua aposentadoria dependerá diretamente dos montantes aportados à conta individual, do período nos quais os aportes são efetuados e da rentabilidade obtida nas aplicações financeiras do saldo existente’.

No regime misto de contribuição variável o benefício via de regra é calculado com base no capital constituído (contribuição definida), mas o valor se torna garantido a partir da aposentadoria (benefício definido). (COELHO FILHO, p. 35)

Da obra *Introdução à Previdência Complementar*, 2005, ABRAPP/ICSS/SINDAPP, Newton Conde extraímos:

A leitura da Lei 6.435 deixa perceber que ela foi concebida tendo como pano de fundo aqueles planos de benefícios hoje denominados de Planos de Benefício Definido(BD). Somente na década de 80 começaram a surgir outros tipos de planos de benefícios, denominados de Planos de Contribuição Definida(CD).

Vê-se, assim, que a FUNPRESP vem com previdência patrocinada, mas na modalidade de contribuição definida. Um novo modelo, sem dúvida.

Como é escassa a jurisprudência sobre Previdência Complementar transcrevemos, a seguir, voto do Ministro João Otávio Noronha, no julgamento do recurso especial n. 1.111.077-DF que, ao traçar o perfil do regime de benefício definido, permite segura compreensão da matéria:

VOTO O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Relativamente à suposta ofensa aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, parece-me que a recorrente interpretou equivocadamente a decisão objurgada. De fato, foi reconhecido àqueles associados já aposentados em data anterior à Emenda Constitucional n. 20/98 o direito de serem ressarcidos das quantias pagas a mais a partir de dezembro de 2000, ou seja, daquilo que ultrapassou os 10% do valor de sua complementação de aposentadoria. Nada há a prover. Analiso agora a pretensa violação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como do art. 6º, *caput*, da Lei Complementar n. 208/2001 e dos arts. 20 e 21 da Lei Complementar n. 109/2001. Não concordo com a assertiva do acórdão objurgado de que a majoração no percentual das contribuições dos participantes e assistidos implicaria ofensa ao direito adquirido e redução dos benefícios, mormente porque, no caso concreto, a hipótese é de plano de benefício definido. Com efeito, ensina IVY CASSA (*in* “Contrato de Previdência Privada”, MP Editora, 2009, p. 155): “Os planos de benefício definido foram os primeiros a surgir no mercado. Caracterizam-se por serem aqueles em que o valor do benefício é determinado na data da contratação. A partir dessa premissa, o valor da contribuição é calculado atuarialmente (através de procedimentos matemáticos que utilizam variáveis probabilísticas combinadas com variáveis financeiras), observadas as bases técnicas definidas pelo órgão regulador. Nas palavras de Adacir Reis: *‘é aquele no qual o participante sabe de antemão o quanto receberá de benefício,*

*embora não saiba exatamente o quanto vai pagar, já que esse valor poderá variar de acordo com o plano anual de custeio, podendo diminuir ou aumentar a contribuição a partir da constatação de superavit (art. 20) ou déficit (art. 21). Em outras palavras, no plano de benefício definido a contribuição é indefinida, mas o valor do benefício é previamente definido na data de vinculação do participante ao plano, calculado com base em regras estipuladas em regulamento e geralmente vinculadas ao salário da ativa ou à média extraída de um período de contribuição que antecede a aposentadoria. No plano BD os cálculos são feitos levando em conta o total da massa de participantes. Existe aqui o chamado **mutualismo**.”* Por sua vez, LUÍS CARLOS CAZETTA (in “Previdência Privada – o regime jurídico das entidades fechadas”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006, p. 50/51) assevera: “No âmbito do segmento fechado, os planos previdenciários estruturam-se, basicamente, sob os modelos de benefícios definidos ou de contribuições definidas. Nos planos de benefícios definidos, estabelecem-se nos regulamentos os benefícios e o regime de custeio para a sua atribuição aos participantes, quando implementadas as condições e satisfeitos os critérios e carências correspondentes. Em vista da determinação prévia, nesse tipo de plano, dos benefícios contratados com os participantes, o respectivo regime de custeio deve ser ajustado ao longo do período de capitalização das reservas, mediante a fixação de níveis de contribuições permanentemente aptos a conferir equilíbrio econômico e financeiro entre as reservas (e fundos e provisões) e os compromissos, presentes e futuros, apurados atuarialmente.” E, à fl. 106 da mesma obra citada, conclui o autor: “Por tudo isso, fica evidente que, em caso de necessidade técnica devidamente comprovada, a adaptação financeira do plano (por meio da alteração dos percentuais correspondentes às contribuições atribuíveis ao patrocinador e ao participante ou da modificação na estrutura dos benefícios) configura elemento essencial (nuclear) da relação jurídica, não caracterizando, por qualquer forma, ofensa à intangibilidade do ato jurídico perfeito (**ou ao direito adquirido, acréscimo eu**) celebrado com a entidade fechada de previdência” (grifei). Não há, pois, falar em direito adquirido a determinado regime de contribuições, uma vez que essas, particularmente nos planos de benefício definido, podem ser alteradas para manter o equilíbrio atuarial do plano sempre que ocorrerem situações que o recomendem ou, como no caso, que o exijam. Embora não me alie à tese defendida pelo ilustre representante do Ministério Público, de que cabe invocar, no caso, a teoria da imprevisão para embasar

as alterações efetuadas no estatuto da Centrus, o fato é que houve, sim, a incidência de ato excepcional sobre a relação contratual inicialmente celebrada entre os assistidos e o fundo de pensão a justificar a redefinição dos percentuais devidos por cada parte a título de contribuição. Ressalto ainda que o aumento das contribuições, na forma do disposto no art. 6º da Lei Complementar n. 108/2001, que veio regulamentar o § 3º do art. 202 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, aplica-se tanto aos participantes da ativa quanto aos aposentados. De fato, em parecer constante da obra “Fundos de Pensão: temas jurídicos” (Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212/214), FLÁVIO MARTINS RODRIGUES anotou: “Dúvida que também foi colacionada diz respeito às contribuições dos assistidos (participantes aposentados e pensionistas). É indagado se as mesmas poderiam, ou não, ser computadas conjuntamente com as contribuições dos participantes ativos, para fins de observância da regra da paridade contributiva com os aportes do ‘patrocinador público’. Veja-se que o Constituinte Derivado utilizou, no § 3º do art. 202, a expressão ‘segurado’ para identificar os destinatários da previdência complementar. De fato, a expressão é pouco técnica. Planos de previdência possuem participantes e assistidos, dividindo-se estes em participantes em gozo de benefícios e beneficiários, expressões trazidas com precisão pelo legislador infraconstitucional. É o que dispõe o art. 8º da Lei Complementar nº 109/01, lei orgânica da previdência complementar, que convém transcrever: Art. 8º – Para o efeito desta Lei Complementar, considera-se: I – participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; II – assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.’ Teve-se a oportunidade de expor que o esforço contributivo dos participantes, sob o ponto de vista de custeio atuarial, pode concentrar-se durante a fase ativa da vida do trabalhador ou ser financiado no tempo, de forma a que o participante assistido (aposentado) e seu beneficiário (pensionista) arquem com parte do custo que lhe poderia ser imputado. O que importa é o valor presente dessas contribuições para fins de aferição do custeio do plano. A ratio do art. 202, § 3º da Constituição Federal é, portanto, a moderação dos aportes realizados pelos ‘patrocinadores públicos’. No mesmo sentido, seguiu a Lei Complementar nº 108/01, diploma normativo especialmente voltado para as entidades fechadas de previdência patrocinadas por entes públicos, ao tratar do custeio dos planos de benefícios, estabeleceu-se no art. 6º e no seu § 1º, *verbis*: ‘Art. 6º – O custeio dos planos de benefícios será de responsabilidade do patrocina-

dor e dos participantes, inclusive assistidos. § 1º. A contribuição normal do patrocinador para o plano de benefícios, em hipótese alguma excederá à do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.’ Veja-se que o *caput* do transcrito art. 6º traz a regra da contributividade compulsória. Em outras palavras, as entidades de previdência complementar que contam com ‘patrocinadores públicos’ deverão possuir, obrigatoriamente, o esforço contributivo dos destinatários dos benefícios. Disse mais o dispositivo, que os aportes deverão ser ‘do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos’. Estes, como se viu na regra expressa do art. 8º da Lei Complementar nº 109/01, contemplam dois agrupamentos: o participante em gozo de benefício de prestação continuada e o beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada. Prosseguindo-se, o referido art. 6º da Lei Complementar nº 108, em seu § 1º, traduz com mais precisão a regra constitucional limitadora das contribuições patronais, dispondo que a contribuição do ente estatal, ‘em hipótese alguma, excederá à do participante’. A resposta deverá compor-se com a regra contida no *caput* do dispositivo, ou seja, ‘participante, inclusive assistido’. A regra compõe-se com absoluta racionalidade. Desta feita, o esforço contributivo do ‘empregador público’ não poderá exceder o esforço contributivo do destinatário do benefício, seja verificado na fase laboral ativa, seja financiado posteriormente. Em outras palavras, resta claro que o art. 6º da Lei Complementar nº 108/01 admite, para fins de observância da regra constitucional da paridade contributiva, que se utilize as contribuições dos participantes adicionadas aos aportes realizados pelos assistidos participantes e assistidos beneficiários.’ O acórdão recorrido, portanto, violou tanto o art. 6º da LICC, uma vez que reconheceu a existência de direito adquirido em situação na qual efetivamente não havia, como o art. 6º da Lei Complementar n. 108/2001, ao proibir a majoração das contribuições dos aposentados do Banco Central do Brasil vinculados à Centrus, contrariando a determinação legal que atribui a responsabilidade pelo custeio do plano de benefício ao patrocinador e a todos os participantes, inclusive aos assistidos (aposentados e pensionistas). Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito, na forma do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Ficam invertidos os ônus de sucumbência. Fixo os honorários advocatícios em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC. É como voto.

3.15 Conclusão

Com a transcrição de parte do acórdão citado encerramos os breves comentários sobre o tema, certamente polêmico, que enfrentará ainda muitas discussões. O modesto trabalho, pois, deve representar apenas o pontapé inicial para as discussões.

De qualquer modo, algumas questões já estão sendo levantadas e sobre elas muitos debates.

Valeria a pena o antigo servidor se vincular à FUNPRESP? E aqueles que ingressaram no serviço público a partir da EC n. 41 e que, pois, se aposentam pela média das remunerações? Haveria maior estabilidade na relação jurídica decorrente da previdência complementar do que a advinda da relação estatutária do Estado com o servidor em face de possíveis futuras alterações nas regras da aposentadoria?

Só com o tempo e muita reflexão pode-se enfrentar esses questionamentos.

A criação da FUNPRESP restringe a iniciativa privada no âmbito da previdência complementar? É outro questionamento que se faz. Aqui, pensamos que não. Se o regime de contribuição definida é incapaz de dar ao servidor a garantia do valor dos proventos por ocasião da aposentadoria, a previdência privada complementar continua sendo a alternativa válida para a garantia de um futuro de tranquilidade. E, para os que não optam pela previdência complementar oficial e terão seus benefícios calculados pela média das 80% maiores remunerações também o caminho do futuro é a previdência complementar, especialmente aquelas organizadas pelos órgãos de classe, com destaque para a JUSPREV e OAB/PREV.

3.16 A aposentadoria por invalidez e a Emenda Constitucional n. 70

A Emenda Constitucional n. 70, de 29 de março de 2012, altera a Emenda Constitucional n. 41, de 2003, para acrescentar o art. 6º, letra A, com a seguinte redação:

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se

aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

Quais teriam sido, pois, as alterações decorrentes da Emenda?

Como se sabe, as aposentadorias no serviço público, no geral, baseava-se na última remuneração e as revisões de proventos se faziam com base na remuneração dos servidores em atividade, daí advindo os conceitos de INTEGRALIDADE E PARIDADE.

Enquanto isso, no regime geral de previdência, as aposentadorias sempre foram baseadas na média das remunerações. Com o advento da Emenda Constitucional n. 20 e a Lei n. 9.876 essa média passou a ser a das 80% maiores remunerações a partir de julho de 1994.

A Emenda Constitucional n. 41 modificou substancialmente a fórmula de cálculo das aposentadorias no serviço público, pondo fim às regras de INTEGRALIDADE E PARIDADE, que ficaram ressalvadas nas situações de direito adquirido, assim como para a aposentadoria por tempo de contribuição, desde que observados os requisitos nela estabelecidos. Para as aposentadorias por idade e invalidez não estabeleceu a Emenda Constitucional n. 41 regras de transição e, pois, nelas foi adotada, de imediato, a fórmula de cálculo pela média das 80% maiores remunerações, matéria regulamentada pela Lei n. 10.887/2.004.

Assim, a partir da Lei n. 10.887 (é sustentável que essa regra valha desde a Medida Provisória precedente à referida lei) as aposentadorias por invalidez no serviço público passaram a ser calculadas pela média das 80% maiores remunerações a partir de julho de 1994 ou, se o ingresso do servidor foi posterior a essa data, a partir da data do ingresso. Mesmo as aposentadorias integrais seriam calculadas segundo essa regra, adotando-se, naturalmente, o percentual de 100% da média das

remunerações. Por força de preceito constitucional impunha-se como se impõe, naturalmente, o respeito ao direito adquirido e, assim, as situações de invalidez consolidadas antes da referida regulamentação gozariam, ainda, dos privilégios da ordem jurídica anterior.

Só que, no tocante à aposentadoria integral, a jurisprudência começou a se consolidar no sentido de que não estaria submetida ao critério da média e, sim, continuaria com as benesses da integralidade. Nesse sentido várias decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A Emenda Constitucional n. 70 vem, agora, pôr fim a essa discussão. Não apenas as aposentadorias por invalidez integrais, como também as proporcionais, serão calculadas com base na última remuneração do servidor em atividade, afastando-se, pois, o critério da média das 80% maiores remunerações, desde que o servidor tenha ingressado na administração pública anteriormente à Emenda Constitucional n. 41. Vitória para os servidores, embora possa haver situações em que a média se afigura mais favorável.

Para os novos servidores, aqueles que ingressaram no serviço público a partir da Emenda Constitucional n. 41, fica mantido o critério do cálculo pela média, quer nas aposentadorias integrais, quer nas proporcionais. Com o novo texto fica difícil, a partir de agora, sustentar o entendimento de que a aposentadoria por invalidez integral, decorrente de moléstia grave ou acidente de trabalho, possa ser respaldada pela regra da integralidade. Nesse particular, o novo texto acabaria por contemplar uma perda para o servidor, ao obrigar a jurisprudência a deixar de trilhar a atual orientação.

Não custa registrar que as aposentadorias continuam sendo integrais ou proporcionais.

Finalmente, volta a debate a angustiosa questão da última remuneração. O que é remuneração do cargo? Forte orientação doutrinária se assenta na ideia de que, para efeito de remuneração do cargo, devem ser consideradas as suas parcelas permanentes e não as transitórias.

Para os servidores que se aposentem por invalidez, com respaldo na EC n. 70, além da integralidade, persiste o benefício da paridade, de forma que serão reajustadas na mesma época e segundo os mesmos percentuais dos servidores em atividade, não se lhes aplicando a obrigatoriedade do reajuste anual segundo índices de correção. Essa paridade

existe também para os pensionistas de aposentados com fundamento na referida Emenda, previsão também ocorrente para as pensões decorrentes de aposentadorias concedidas com base na EC n. 47.

O art. 2º da EC 70 dispõe:

Art. 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, procederão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, à revisão das aposentadorias, e das pensões delas decorrentes, concedidas a partir de 1º de janeiro de 2004, com base na redação dada ao § 1º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, com efeitos financeiros a partir da data de promulgação desta Emenda Constitucional.

Com norma constitucional não se discute. Além da União, os Estados e Municípios deverão rever os benefícios de aposentadorias e pensões com base na nova regra e com efeitos financeiros retroativos. O novo texto despreza a autonomia dos Estados e Municípios e, sem indicar fonte de custeio, impõe-lhes o dever de rever os benefícios e assumir o encargo financeiro das diferenças.

Não regula a Emenda situações que perfeitamente ocorrerão. Embora seja improvável que benefícios concedidos pela média venham a ser superiores à remuneração do servidor em atividade (porque teriam que ter o excesso decotado à última remuneração para cumprir o dispositivo constitucional), podem ocorrer que benefícios tenham sido reajustados anualmente e estejam superiores aos da atividade. Evidentemente que esses servidores, que possuem direito adquirido com base no texto da CF 88 não podem ser prejudicados.

Poderiam servidores optar por manter-se no critério segundo o qual seu benefício foi concedido? Note-se que, se existe direito adquirido oponível às próprias emendas constitucionais, não se poderia obrigar o servidor a submeter-se ao novo regime. Teria sido melhor, no nosso modesto entendimento, que a reforma constitucional houvesse instituído uma faculdade para o servidor e não uma regra impositiva. Com as dificuldades de reajustes anuais muitos servidores podem preferir aquela aposentadoria concedida pela média e que garante reajustes anuais do que a adoção da regra da paridade. Isso a prevalecer o entendimento (que adotamos, mas

é questionável) de que não existe vedação constitucional a que o benefício concedido pela média, nos reajustes posteriores, tenha que ser limitado à efetiva remuneração do cargo do servidor.

São essas algumas considerações preliminares sobre a Emenda Constitucional n. 70 com o objetivo de abrir o debate e, com ele, clarear situações.

7

A TEORIA DA METAMORFOSE DO CICLO DA PROVA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA NAS PROCEDIMENTALIDADES DO CPC DE 1973 E DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Maria dos Reis¹

Francis Vanine de Andrade Reis²

RESUMO

O presente artigo envolve uma reflexão sobre o instituto jurídico da prova na construção de decisão judicial, numa releitura dos artigos 130 e 131 do atual CPC, entre outros, iluminada pela teoria do ciclo da metamorfose da prova. Destaca-se a relevância do respeito à construção

¹ Juiz de Direito e Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais e Direito Processual Civil pela FADM. Presidente da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Divinópolis. Diretor da 7ª Seccional da Amagis (Associação dos Magistrados Mineiros). Juiz Eleitoral. Juiz Coordenador dos Juizados de Conciliação do programa Novos Rumos, do TJMG, na Comarca de Divinópolis/MG.

² Advogado e Professor de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito das Relações de Consumo e Prática Jurídica na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Coordenador da Monitoria do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Direito Empresarial e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

compartilhada da cognição na estrutura procedimental, refletindo sobre um conteúdo constitucionalizado do princípio dispositivo, da iniciativa probatória do julgador e dos sistemas de apreciação das provas. Res-saltam-se, ainda, as técnicas de valoração e valorização da prova por ocasião da redação da sentença, no sentido de que o comando da prova não deve ficar na exclusiva sensibilidade do julgador, como fruto do acolhimento da teoria discursiva do direito.

Palavras-chaves: Instituto da prova; ciclo metamorfósico; argumentação discursiva; democracia.

INTRODUÇÃO

Com o advento da vintenária Constituição Cidadã de 1988 o “processo” passa a ser um meio democrático de solução de conflitos e que, portanto, perpassa pela racionalidade discursiva. Por isso, exsurge a necessidade de se repensá-lo, bem como a procedimentabilidade no CPC de 1973, cunhada sobre bases autoritárias, cogitando-se sobre a possibilidade de desenvolvimento de uma cognição pautada na mais ampla participação colaborativa das partes. Esta, inclusive, parece ser a linha adotada no Projeto de Lei n. 166/2010 (Novo Código de Processo Civil) em substituição a uma tradicional solitária atividade do juiz, o que gera importantes reflexos no instituto jurídico da prova.

O presente trabalho visa, portanto, questionar se os sistemas tradicionais de valoração da prova são adequados ao ideal democrático brasileiro e explorar implicações práticas na adoção da teoria do ciclo da metamorfose da prova cunhada por Rosemiro Pereira Leal com a finalidade de iluminar uma melhor técnica de redação da sentença.

Para tanto, num primeiro momento, serão revisitados os vários sistemas históricos de valoração das provas com o objetivo de analisar se o paulatino abandono dos meios cruéis, das atrocidades, importou num ganho de legitimidade na resolução dos conflitos sociais.

Posteriormente, será observado o aproveitamento da contemporânea Teoria Neoinstitucionalista do Processo em face da técnica de cognição e de suas implicações no instituto da prova, pela explicitação da teoria do ciclo metamorfósico diante dos princípios que o regem.

Por fim, surgirá um novo conceito de sentença adequado às premissas anteriormente assentadas, o qual, a título de hipótese, cogita-se como o mais adequado à ordem constitucional vigente.

1. PRINCIPAIS SISTEMAS HISTÓRICOS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Antes de começar uma reflexão sobre o Instituto Jurídico da Prova, a qual foi elevada à categoria de direito fundamental pela CF/1988 (artigo 5º, LV e LVI) e seu modo de produção durante o procedimento, surgiram vários sistemas de valoração da prova ao longo dos tempos, os quais precisam ser registrados, mesmo que em linhas gerais.

A percepção que se tem é de que o homem caminhou para se livrar das atrocidades, do poder mítico ou místico e, assim, “o vencedor de um duelo, por exemplo, era o escolhido por Deus em razão de sua bravura sustentada por uma força superior” (LEAL, 2000, p. 174).

Além disso, continua o jurista mineiro a dizer que “as pessoas nobres tinham suas palavras tarifadas em graus de importância para demonstrar a verdade, em confronto com os figurantes de classes sociais inferiores que quase nada valiam – processo inquisitório como único comando de revelação de justiça”.

Surgiram os juízos de equidade e conveniência até que, com o advento da CF/1988, reforçado o princípio da reserva legal, o sistema de valoração das provas abandonou aquela ideia de proteção divina, do arbítrio, da equidade e da conveniência para dar lugar a um sistema em que se tem por base a norma (fundamentação adequada). Vê-se, portanto, que ocorreu uma evolução no modelo probatório com base numa estrutura com características democráticas de procedimentabilidade, bem de acordo com a realidade jurídico-política vigente.

A CF/1988, realmente, representou um recomeço na história do Direito brasileiro e o sistema jurídico como um todo passou a ter um novo olhar sobre o que existia, provocando indagações e críticas em razão do que vigorava.

Passou por um momento de euforia diante da conquista dos direitos fundamentais e sociais no sentido de reduzir as desigualdades e o CPC começou a receber tantas leis modificadoras de seus princípios, de maneira que a interpretação do novo não foi voltada para o velho.

Ocorreu, então, uma espécie de filtragem constitucional capaz de mostrar um modelo democrático no direito processual dialógico em que as partes, maiores interessados no resultado da demanda, possam perceber que suas provas, suas razões e argumentos foram respeitados no provimento final proferido pelo juiz (sentença).

Os sistemas que a história relata, registrados a seguir, bem demonstram este novo modelo.

Sistema originário das ordálias (juízos de Deus)

No sistema originário das ordálias, juízos de Deus, acreditava-se que a parte que estivesse protegida pela divindade estaria com a razão e venceria a demanda. Historicamente, alguns dos exemplos estão na prática da água fervente atirada no corpo das partes e aquela parte que não se queimasse estaria protegida pela divindade e venceria a demanda, assim como o vencedor de um duelo, pela sua bravura.

Então, o sistema indicava que a certeza dos fatos da causa dependeria da lei natural ou divina e, assim sendo, a absolvição ou inocência de alguém estaria vinculada às suas virtudes, ao seu poder místico, à sua santidade.

Sistema legal da prova tarifada

No sistema legal da prova tarifada, a lei passa a atribuir valores fixos às espécies de provas (uma espécie de tabela de valores das provas) e tem-se como resquício desse sistema, os textos dos artigos 366 e 401 do atual CPC, ainda em vigor, que, inclusive, foram recepcionados pelo artigo 227 do CC/2002.³ O parágrafo único do referido

³ Artigo 366. Quando a Lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. Artigo 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

dispositivo do CC veio para reforçar a ideia de tarifação da prova exclusivamente testemunhal, quando disse que ela poderá ser admitida como subsidiária ou complementar de prova por escrito.

Ora, os dispositivos em referência têm recebido interpretações mais brandas, a considerar, até mesmo, o texto do artigo 402, II, do CPC: “No caso em que, em razão de vínculo de amizade ou parentesco, não seria usual exigir-se prova por escrito, há impossibilidade moral” (STJ, 3ª Turma, REsp 651.315/MT, rel. Min. Castro Filho, j. em 09.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 324).

A propósito e apenas para ilustrar a questão do abrandamento do sistema em referência, o TJMG assim decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – CORRETAGEM – CONTRATO NÃO ASSINADO E PRODUZIDO UNILATERALMENTE – INÍCIO DE PROVA ESCRITA – INEXISTÊNCIA – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – ADMISSIBILIDADE – ART. 401, CPC – INTERPRETAÇÃO DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. O contrato produzido de forma unilateral pelo autor e não assinado pelos contratantes não constitui início de prova escrita que permita a utilização da prova testemunhal como complementar, na forma do art. 402, I, do Código de Processo Civil. II. Segundo interpretação do STJ, o art. 401, CPC, aplica-se somente à prova de existência de contrato e não aos efeitos e fatos jurídicos dele decorrentes. III. Admissível a prova exclusivamente testemunhal para provar a prestação de serviços de corretagem e intentar a sua cobrança, sob pena de propiciar o enriquecimento ilícito daquele que se beneficia do serviço sem a respectiva contraprestação (Apelação cível n. 1.0251.06.017698-8/001 – Comarca de Extrema – TJMG – Rel. Des. Marcelo Rodrigues – Julg. 23.01.2008, p. 31.01.2008).

Importante, também, o registro histórico de que há 200 a.C., permanecendo por 200 d.C., o Código de Manu, que nasceu de uma lenda em que Brahma cria a primeira mulher a quem deu o nome de Sarasva-

Artigo 22 do CC. Salvo casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

ti, a qual foi desposada após o nascimento de Manu, considerado o pai da humanidade, que acabou criando o Código de Leis Regulatoras da Convivência Social, em seu artigo 59, a prova exclusivamente testemunhal era admitida.⁴

Portanto, imagine-se, por exemplo, um fazendeiro que vendeu uma carreta de bois para outro fazendeiro, seu amigo, sem qualquer documento, como é comum acontecer ainda hoje no meio rural e que, não recebendo o valor ajustado verbalmente, só tem como prova da negociação, a testemunhal, e o valor do negócio ultrapassa o limite de dez vezes o salário mínimo vigente ao tempo da negociação.

Aceitar a letra fria dos dispositivos em referência, o fazendeiro não poderia comprovar que vendeu seus bois e que não recebeu, numa demonstração inequívoca de enriquecimento sem causa.

Portanto, a regra legal em registro deve receber um olhar mais brando, a fim de que não ocorra eventual enriquecimento ilícito, respeitando-se a relação jurídica que surge de uma contratação verbal lícita.

Sistema da convicção íntima do juiz

O sistema em destaque indica que o juiz passa a julgar de acordo com o seu livre convencimento formado por quaisquer elementos, não estando vinculado às provas dos autos. A exemplo disso ocorre no julgamento pelo tribunal do júri, em que os jurados decidem independentemente das provas dos autos, condenando ou absolvendo o acusado.

Entretanto, no Processo Civil ele está em desuso porque a decisão do juiz deve ser fundamentada nas provas e nas questões produzidas e argumentadas pelas partes durante o procedimento (artigo 93, IX, da CF/1988), imperando a parêmia latina *ex autis, ex mundi*, ou seja, o que não está nos autos não pode ser considerado como juridicamente existente.

⁴ Artigo 59. É preciso ter visto ou ouvido segundo a circunstância, para que um testemunho seja bom; a testemunha que diz a verdade, nesse caso, não perde nem sua virtude, nem sua riqueza.

Carnelutti, citado por Rosemiro Pereira Leal, disse com muita propriedade ao seu tempo: “a finalidade da prova é a fixação dos fatos do processo. Provar não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas determinar e fixar formalmente os fatos” (LEAL, p. 173).

De tudo isso fica em evidência que a decisão judicial proferida pelo julgador deve atentar ao que consta dos autos, dando ensejo a outro sistema de valoração das provas, a persuasão racional.

Sistema da persuasão racional

O livre convencimento do juiz, então, passa a ser vinculado às provas dos autos, porque a motivação (fundamentação) de sua decisão será em razão do que foi construído durante o procedimento, de maneira compartilhada, pelas partes.

Daí é que prevalece o brocardo latino, que equivale à parêmia já registrada: *quo non este in acti non este in mundo*, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo e a conclusão é de que as provas “não são somente para o juiz, mas para o juízo (órgão jurisdicional estatal), aplicando-se o princípio da comunhão das provas (a ideia de processo como espaço discursivo).

Alexandre Freitas Câmara, ao fazer referência sobre os destinatários da prova e sistema de valoração, disse:

A prova possui dois tipos de destinatários: um destinatário direto, o Estado-juiz e destinatários indiretos, as partes. A prova, uma vez levada aos autos, pertence a todos, isto é, pertence ao processo, não sendo de nenhuma das partes (princípio da comunhão da prova). Como se costuma dizer no jargão forense, a prova (já produzida) é do juízo, e não das partes (CÂMARA, p. 348).

Então, no atual sistema em que impera o Estado Democrático de Direito, em que se deve respeitar o que as partes construíram durante o procedimento de maneira coparticipativa, o juiz deve fundamentar sua decisão de acordo com o que contém nos autos, afastando a excessiva liberdade conferida ao julgador no sistema anterior.

Na obra “Processo de Conhecimento e Cognição” (MADEIRA, p. 163) está o seguinte registro:

Ressalte-se que é inviável a avaliação equitativa dos fatos, pois o processo de conhecimento contemporâneo baseia-se no princípio da legalidade, não ansiando pela equanimidade do decisor. O atual sistema jurídico de apreciação de provas funcionará ainda que o julgador não possua virtudes pessoais, bastando que ele observe a atual principiologia constitucional em vigor.

Portanto, o sistema da persuasão racional baseia-se no que as partes construíram durante o procedimento, a fim de que a decisão judicial seja o resultado lógico e vinculativo da referida construção.

A ideia de “processo justo” está vinculada ao respeito que o decisor deverá ter na observância dos direitos fundamentais construtores do devido processo legal, o que, de certo modo está em desconhecimento com os textos dos artigos 130 e 131 do CPC, quanto aos poderes instrutórios do juiz (participação das partes).⁵

É preciso, portanto, que o juiz de hoje, na era pós-positivismo, diante do processo contemporâneo, mais do que nunca esteja comprometido com o valorar e valorizar o que contém nos autos, ou seja, o valorar significando dizer que existe nos autos (apreensão intelectual do elemento de prova) e o valorizar, no sentido de dar valor ao que disse que existe nos autos em razão das argumentações jurídicas apresentadas pelas partes durante o procedimento (LEAL, p. 175).

Em razão disso, ao juiz caberá conferir existência à prova e buscar o nexo entre a sua existência com os fatos alegados pela parte. “É um ato de entendimento e importância do conteúdo do elemento da prova, não bastando apenas a percepção dele no espaço de discussão procedimental, mas na sua relevância em razão da convicção da certeza de sua existência” (LEAL, p. 175).

⁵ Artigo 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Artigo 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ao juiz contemporâneo caberá, ao decidir “ponderar os interesses das partes expressos em argumentos, devendo ser levada em conta a construção discursiva (racional) voltada para o agir humano (prático), para se obter o resultado correto” (ou pelo menos mais aceitável), (cf. CALDAS FERNANDES, p. 156).

É assim que o legislador constituinte quis com o texto do artigo 93, IX, da CF/1988, s.m.j., porque a construção das soluções de cada caso deve ser compartilhada com todos os interessados no resultado de suas argumentações durante o “iter” procedimental, senão resultaria na negativa da própria democracia que, segundo o Prof. Francis Vanine de Andrade Reis, em sua obra de final de curso de mestrado intitulada “Interesse Processual e Intersubjetividade Racional” (REIS, p. 18):

... foi o modo de vida escolhido pelo povo brasileiro para a construção de suas relações intersubjetivas. Há de se pensar na idéia de democracia como forma de regulação da convivência entre sujeitos, a qual não visa à superação das vontades divergentes pela utilização de forma física. O poder, visto como faculdade de fazer com que uma ou mais pessoas realizem determinadas ações ou tarefas, submetendo-se à vontade de outrem (CHALITA, 2005, p. 21), na democracia, está muito mais voltado para a dialogicidade do que para utilização de meios violentos que levem, portanto, ao silenciamento.

A compreensão dessas ideias resulta na conclusão de que o juiz, na verdade, não diz e nem dita o direito isoladamente (solitariamente), mas acaba “construindo-o com a participação das partes, num verdadeiro agir de maneira compartilhada” (MADEIRA, p. 163).

Também, é importante anotar, a fim de que a prova possa ser percebida na estrutura procedimental, que a melhor teoria que sustenta e esclarece o “processo” é a neoinstitucionalista criada pelo jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, quando ensina que a CF/1988 elevou o processo à categoria de instituição, explicando que *instituição* significa “um conjunto de princípios fundamentais constitucionalizados e que devem existir na construção da estrutura do procedimento. Uma instituição regencial do procedimento, portanto, seja ele contencioso ou não, seja comum ou especial” (LEAL, 2000, p. 96, 228).

2. DA APLICAÇÃO DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO E DA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE MANEIRA COMPARTILHADA

A teoria neoinstitucionalista, a seguir registrada, tem o processo como gênero (teoria-organização lógica do conhecimento) e o procedimento como espécie (a técnica como produção do conhecimento), bem ao contrário da teoria estruturalista criada por Elio Fazzalari, mas trabalhada dentro da mesma estrutura espaço-temporal que respeita a simétrica paridade entre as partes da relação procedimental da teoria estruturalista do processo:

Processo é um conjunto de institutos de direitos fundamentais constitucionalizados (ampla defesa, isonomia, contraditório, direito a advogado, gratuidade da atividade jurisdicional, atenção ao princípio da legalidade) regente da construção da estrutura, numa relação espaço-temporal normativa do procedimento (LEAL, p. 228).

O procedimento nessa linguagem passa a estar num espaço legalmente instituído para argumentação jurídica coparticipativa em que as partes são tratadas com simétrica paridade em tempo de discursividade e assim a prova deixa de ser um simples elemento, mas passa a ser a própria visibilidade da argumentação jurídica da parte, como verdadeiro instituto jurídico formado por princípios próprios.

3. DO INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA E DE SEU CICLO DE TRANSMUTAÇÃO

A prova, sendo elevada à categoria de instituto jurídico e, instituto jurídico significando “um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação” (LEAL, p. 176), o elemento dela é apenas uma das etapas pelas quais esse instituto jurídico caminha em verdadeira transmutação para demonstrar visivelmente os fatos da causa.

A CF/1988, ao enumerar os direitos e garantias fundamentais, diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (artigo 5º, LVI).

O CPC, em seu artigo 332, também preceitua que “todos os meios de provas legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (grifamos).

E, por fim, o CC/2002, em seu artigo 212, também faz referência à prova quando preceitua que “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante testemunhas, perícias, depoimentos pessoais etc.”.

Diante disso, não há dúvida de que a prova foi, realmente, elevada à categoria de instituto jurídico perfeitamente normatizado e, sendo assim, torna-se indispensável neste pequeno ensaio enumerar quais seriam esses princípios unificados que existem para explicá-la e sustentá-la.

Rosemiro Pereira Leal foi quem, em sua obra “Teoria Geral do Processo”, de maneira inédita, enumerou os princípios que se unificam em prol da explicação do instituto da prova, passando por uma verdadeira metamorfose em seu ciclo, apontando a transmutação do *elemento de prova em instrumento de prova pelos meios legais de provas* (LEAL, p. 261/263).

Com o registro dos mesmos, a seguir, a tentativa de explicá-los:

Princípio da indiciariedade (percepção): aponta o elemento de prova no espaço e assim a inteligência humana passa a trabalhar a existência de um fato ocorrido em algum lugar (ideia de espaço, de percepção). O juiz, por exemplo, ao ler a petição inicial ou a contestação faz um exercício de deslocamento mental para o local onde um fato tenha ocorrido e como ocorreu da maneira expressada nas referidas pretensões das partes.

Princípio da ideiação ou verbalidade: a ideia de que o meio legal capaz de coletar o elemento de prova, se perícia, se testemunha, se documentos etc., traduz-se num trabalho de consciência de como o elemento de prova, aquele existente naquele espaço, possa vir transportado para os autos do processo (processo como procedimento). Daí a ideia do tempo que será despendido e da forma utilizada no referido transporte, ou seja, a utilização desse meio para verbalizar o elemento de prova e definir a caminhada de sua produção nos autos (consciência do trabalho instrutório).

Princípio da instrumentalidade ou forma: é a realização do instrumento da prova pela forma estabelecida em lei. Instrumentalidade ou documentação como, por exemplo, a juntada aos autos do laudo pericial, que é o resultado do transporte do elemento de prova, pelos meios de prova legalmente permitidos, para os autos. O laudo é a materialização, a demonstração, a representatividade formal do elemento de prova registrado nos autos, a fim de que seja visualizada a argumentação jurídica da parte (fator de visibilidade da argumentação).

Assim, o ciclo da prova se transmuda, realmente, no decorrer desse procedimento, de maneira a ficarem demonstrados e representados nos autos os fatos da causa.

Por isso é que o exercício de transporte do elemento de prova pelos meios legais permitidos, em instrumento de prova registrado nos autos do procedimento, constitui uma verdadeira metamorfose do ciclo da prova, ou seja, a transmutação de seus elementos levados aos autos pelos meios legais permitidos e ali materializados. É um exercício indispensável à demonstração da argumentação jurídica sustentada pela parte em busca de sua pretensão, a fim de que o juiz possa, também, diante do mesmo exercício, buscar sua convicção quanto à certeza dos fatos, resolvendo ou não o mérito da causa (técnica de cognição).

Sendo assim, o elemento de prova envolve um espaço de existência – coisa a ser periciada, por exemplo; os meios de prova são as atividades permitidas pela lei para a realização do transporte do elemento de prova para os autos; o instrumento de prova passa a ser a representatividade do elemento de prova transportado pelos meios de provas permitidos, devidamente registrados nos autos.

Provar, portanto, é representar e demonstrar os elementos de prova pelos meios de prova permitidos em lei. O elemento de prova passa a ser uma realidade extraprocessual e a prova passa a ser uma realidade endoprocessual com a finalidade de formação de cognição em razão das argumentações jurídicas das partes.

4. CRÍTICAS AO SISTEMA ATUAL

Se o juiz precisa prestar contas em sua decisão sobre aquilo que as partes, democraticamente, construíram durante o procedimento,

os artigos 130 e 131 do atual CPC, por exemplo, de construção feita em regime autocrata, são dispositivos que não observam os critérios técnico-jurídicos da produção da prova, desse ciclo de transmutação como fator de argumentação jurídica das partes.

O ato que cabe ao juiz, até mesmo *de ofício*, a determinar as provas necessárias à instrução, com base no artigo 130, *v.g.*, passa a ser qualificado como ato inquisitório que esbarra no princípio do devido processo legal e naquilo que a CF/1988 prezou logo em seu primeiro dispositivo, “O Estado Democrático de Direito” e, democracia é decisão que deve ser de construção participativa.

Parece, então, um paradoxo compreender que haja o livre convencimento do juiz na apreciação das provas, conforme se vê pela redação do artigo 131 do CPC e, até mesmo, o indeferimento daquelas que ele achar desnecessárias porque já tem o seu convencimento formado, sem considerar as argumentações das partes, daqueles que, realmente, são os legítimos leitores e intérpretes da prova na pretensão de buscar uma decisão favorável com base nelas.

O processo não seria mais um espaço discursivo democrático. Todavia, isto não significa dizer que o juiz seja apenas um mero espectador das partes durante o *iter* procedimental, porque ele é o diretor/presidente do procedimento (investido de competência legal para presidi-lo), é o responsável pelo impulso oficial dos atos procedimentais na formação da estrutura espaço-temporal em simétrica paridade, respeitando o modelo legal (FAZZALARI, p. 119).

Surge o compromisso de respeitar os jurisdicionados e seus direitos e assim, no campo dos direitos disponíveis, em que prevalece a liberdade das pessoas para movimentar ou não a jurisdição, o juiz não estará mais autorizado a substituir a parte para provocar a incidência da atividade jurisdicional, prevalecendo as velhas máximas: *nemo index sine actore* (nenhuma atividade jurisdicional sem a provocação do interessado); *ne procedat iudex ex-officio* (o juiz não pode instaurar procedimento por iniciativa funcional própria para examinar e julgar alegações de direitos).

Apesar de textualizado no CPC atual, nos artigos em releitura aqui neste pequeno ensaio, diante do texto constitucional não será razoável substituir a parte na produção das provas, mesmo que os autos evidenciem

precariedade técnica de uma delas, porquanto o suprimento de eventual incúria da parte só poderá ocorrer se a lei expressamente autorizar (matéria de ordem pública – *ex officio* – princípio da reserva legal – direitos indisponíveis), sob pena de cair na arbitrariedade, o que fere o princípio do Estado Democrático de Direito em que a liberdade do jurisdicionado assume a condição de valor fundamental.

O requisito da inércia, portanto, é direito-garantia constitucionalizado no texto do artigo 5º, XXXV, da CR/1988, e no nosso Sistema Processual não há nenhum princípio que o restrinja ou o limite, a considerar, ainda, que o direito de ação é direito material incondicional. Este olhar de interpretação vem firmar a ideia de respeito ao princípio da imparcialidade.

Pela mesma forma, o artigo 33 da Lei n. 9.099/1995, regra que, apesar de ter sido criada em pleno momento democrático, distancia-se da ideia constitucional de uma construção compartilhada das soluções, quando preceitua que: “Art. 33. Todas as provas são produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias” (g.n.).

Para que isso possa ser aplicado, será necessário que as partes participem da discussão da excessividade, da impertinência ou da protelatoriedade entendida pelo juiz. Aí sim, haverá legitimidade na decisão judicial que não estará ofendendo ao devido processo constitucional e sua decisão será justa e, por certo, verdadeiramente legítima e respeitada.

A exemplo disso, verifica-se a regra do artigo 331 do CPC, no procedimento comum ordinário em que os pontos controvertidos devem ser fixados com a participação ativa das partes por meios de seus advogados.

A propósito, o Professor Francis Vanine de Andrade Reis, escreveu um artigo intitulado “Técnicas Diferenciadas de Sumarização da Cognição Exauriente” em que fez o seguinte registro: “Cognição, portanto, consiste na atividade de esclarecimento de todos os sujeitos do processo (sejam os parciais – partes – seja o imparcial – magistrado) das circunstâncias que envolvem a lide deduzida nos autos (mérito), através de atividade de apresentação de provas e alegações, inclusive, quanto à interpretação da lei, baseadas na racionalidade”. (TAVARES, p. 120/121).

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 10, por exemplo, traz uma redação, que bem demonstra a inequívocidade da necessidade de participação das partes nas determinações, *ex officio*, feitas pelo juiz, antes que elas sejam efetivadas: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual ***não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar***, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício (grifei). Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

No mesmo sentido, a regra prevista no parágrafo único do artigo 110 do Projeto em referência: Art. 110. O juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Parágrafo único. As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício.

Não cabe mais, portanto, o juiz “Hércules” descrito por Ronald Dworkin (PENNA, 2010, p. 130-131), em que, de maneira perigosa, “surge o juiz como ser dotado de talentos extraordinários e de clarividência interpretativa das situações fáticas, como único ser a encontrar uma decisão considerada para ele (juiz), como justa, pouco importando a construção feita pelo jurisdicionado durante o procedimento”.

5. NOVA CONCEITUAÇÃO DE SENTENÇA DIANTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito impõe uma formação do procedimento de maneira compartilhada entre as partes e o juiz, a fim de que a sentença possa retratar o resultado fiel da discussão construída durante o *iter* procedimental (trajetória do procedimento legal). É que o Estado Democrático de Direito é regido pelos princípios da legalidade e pela supremacia da Constituição Federal (momento pós-positivista).

O conteúdo da sentença, portanto, diante desse raciocínio, passa a ser um ato de construção compartilhada entre as partes e o juiz, mas redigida pelo decididor, de maneira, realmente, solitária. Ela, a sentença, passa a ser “o resultado do que as próprias partes construíram de

maneira co-participativa durante a trajetória do procedimento imposto pelo modelo legal” (MADEIRA, p. 162).

Em verdade, o juiz, ao final, redige o ato sentencial consubstanciado no seu ofício de julgar, resolvendo ou não o mérito da causa, de maneira isolada e própria, com linguagem, também, própria, mas o seu conteúdo não é um ato de sua criação isolada, ou exclusiva, porque depende, e assim tem que registrar no relatório da sentença, das argumentações ou sustentações das partes que procuraram melhor esclarecer suas pretensões em busca de provimento favorável ao que sustentaram no momento de encerramento da fase preponderantemente cognitiva do procedimento.

Entender de forma diferente, *s.m.j.*, seria ferir a ideia de democracia que deve ser a base de sustentação, hoje, da legitimidade da decisão judicial e, portanto, de sua verdadeira efetividade (efetividade como legitimidade e não como celeridade). Decisão justa só pode ser a decisão legítima, aquela que respeita a todos os direitos fundamentais do cidadão (ideia de processo justo – decisão ética).

No encerramento, portanto, da fase cognitiva, o ato que porá fim a ela (sentença) será um exercício da técnica de valorar e valorizar todas as questões e argumentações jurídicas das partes, diante das provas produzidas nos autos, de maneira a ficar evidenciado o ciclo metamorfósico da teoria da prova.

Deverá estar registrado nos autos a transmutação do elemento de prova em instrumento de prova pelos meios legais de prova, a fim de que a sentença não seja um ato de conteúdo exclusivo e subjetivo do decisor, mas um ato em que as partes possam visualizar que os seus direitos fundamentais foram observados e respeitados pelo juiz (exigência democrática do Direito e da sociedade como um todo).

6. CONCLUSÕES

Em face desses breves ensaios que envolvem o estudo do instituto jurídico da prova na construção da decisão judicial, algumas conclusões práticas ficam registradas para reflexão diante do Estado Democrático de Direito, do devido processo legal e da exigência democrática da sociedade como um todo, em momento contemporâneo de pós-positivismo, a saber.

Os artigos 130 e 131 do atual CPC não estão de acordo o devido processo legal porque não passam pelo crivo da estrutura procedimental da prova, quando autoriza ao juiz, diante de direitos disponíveis, determinar, de ofício, provas não requeridas pelas partes (liberdade das pessoas de movimentar ou não a jurisdição), ou mesmo apreciar fatos e circunstâncias dos autos ainda que não alegados pelas partes sem ouvi-las (procedimento de construção compartilhada), em busca de uma chamada verdade real, entendida como uma pesquisa obsessiva da certeza, o que esbarra nos limites dos meios de obtenção das provas legalmente permitidas.

Aliás, o artigo 128 do atual CPC, em sentido contrário ao texto do artigo 131, preceitua que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (princípio dispositivo). E no artigo 460, em respeito ao princípio da reserva legal, o juiz não estará autorizado a ampliar o objeto do pedido formulado pela parte (sentença *ultra petita*), decidir de modo diverso da pretensão das partes (*extra petita*) ou aquém da pretensão das partes (*citra petita*).

O devido processo legal exige, portanto, a iniciativa da parte, em especial, no que se referem às provas de suas pretensões.

O livre convencimento do juiz na apreciação da prova deve observar as argumentações das partes sobre ela; ele não deve ser subjetivo. As partes devem ter a oportunidade de conferir se os princípios em que se baseiam o instituto jurídico da prova estão sendo observados, a fim de que possam argumentar a respeito e, assim, de maneira legítima e fundamentada, o juiz decidir sobre esta ou aquela prova em razão das argumentações jurídicas apresentadas pelas partes nos autos.

A sentença, então, salvo melhor juízo, passa a ser o resultado daquilo que as partes construíram durante o *iter* procedimental de maneira participativa, não sendo mais possível compreender que a decisão do juiz, em nome do livre convencimento, possa estar divorciada do discurso criado durante o procedimento, com a finalidade de esclarecer as pretensões das partes. Tanto isto é certo, que o segundo elemento da sentença, previsto no artigo 458 do atual CPC, deve conter a análise das questões de fato e de direito. A regra

não está a dizer de algumas questões, mas das questões, portanto, definidas como todas elas.

É bem de ver que o julgamento feito pelo tribunal do júri em que os jurados não estão vinculados às provas dos autos e nem às argumentações das partes (livre convencimento desmotivado?) é uma exceção.

Não se admite obtenção de elemento ou instrumento de prova produzido por meios ilícitos (artigo 332 do atual CPC – teoria dos frutos da árvore contaminada, hoje abrandado em certas situações que envolvam direitos indisponíveis – uma exceção excepcionalíssima?).

Não se admite estrangular ou suprimir o tempo-espaço ou oportunidade de provar em nome de uma justiça rápida, pena de retorno ao período da autocracia e as decisões judiciais passariam, então, a não ser legítimas (ofensa a direito fundamental do jurisdicionado).

O meio lícito de obtenção da prova nas democracias é desenvolvido em paradigma do devido processo legal, que impõe a participação lógico-procedimental probatória das partes na preparação da sentença do juiz. As partes não podem ser privadas de suas liberdades procedimentais, de tempo e de espaço suficientes para demonstrar e representar, de maneira visível nos autos, suas argumentações jurídicas (o elemento de prova transformado em instrumento de prova pelos meios legais).

O que não se permite são medidas protelatórias, que deverão ser, realmente, coibidas de maneira enérgica pelo julgador no exercício de sua função de presidir a causa de acordo com o procedimento previsto na lei (modelo legal).

Não se pode conceber mais a ideia de que o comando da prova fique na exclusiva sensibilidade do julgador, dotado de talento extraordinário, para dizer o que é e o que não é conveniente, sem antes ouvir as ponderações das partes, os verdadeiros interessados na sua decisão.

As sentenças, nas democracias, não se justificam mais na convicção íntima, cultural, ou no talento do julgador, mas no fundamento da estrutura formalizada e desenvolvida, com a participação dos sujeitos e partes do processo (ideia de juízo).

Percebe-se, então, que o atual CPC não adota o instituto jurídico da prova em sua plenitude, simplesmente porque foi construído na época da ditadura, inclusive, chega a “autorizar o suprimento de prova em nome do livre convencimento do juiz”, o que é, *s.m.j.*, extremamente perigoso, além de ofensivo ao Estado Democrático de Direito.

É preciso observar, ainda, em face das reflexões sobre a metamorfose do ciclo da prova que o artigo 285-A do atual CPC, figura criada em busca de celeridade e economia processual, não dá atenção ao devido processo legal, na medida em que a decisão do juiz não passa pelo crivo da discursividade, ou da argumentação compartilhada das partes, quando nem partes são formadas, numa relação processual indispensável à obediência do devido processo legal, diante do instituto da prova.

O dispositivo é preocupante e tem recebido algumas críticas “porque demonstra uma época em que se pretende tapar os defeitos de uma estrutura agônica na prestação de um Judiciário do bem-estar social e garantidor da segurança coletiva” (LEAL, 2001, p. 348).

E mais ainda. Diante da realidade em constante mutação, apresentando situações novas e singulares a todo instante, nem sempre será possível encontrar uma solução eticamente com base no direito positivo e nas regras formais de justiça.

O ato sentencial, com base no referido dispositivo (artigo 285-A) passa a não ser legítimo, porque não garante nenhuma discussão sobre a pretensão do autor.

É preciso que o poder instrutório presidido pelo juiz durante o procedimento seja observado de maneira a não demonstrar desprezo pelo estudo do instituto jurídico da prova e das argumentações das partes na colaboração das decisões judiciais.

A prova, como instituto jurídico, não pode mais privilegiar o “livre convencimento desmotivado do julgador”, porque se houver decisão fora do princípio do discurso juridicamente institucionalizado e direcionado aos direitos fundamentais, não estará sendo observada a democracia, e a decisão, por conseguinte, não será legítima, nem ética e nem, portanto, justa.

No Estado Democrático de Direito a normatividade há de acolher a teoria discursiva do direito e, assim sendo, as decisões judiciais não podem buscar fundamentos numa lógica avessa ao espaço discursivo, porque o sistema jurídico configurativo do direito democrático requer a recriação e fiscalização permanente do devido processo aberto a todos os integrantes da comunidade jurídica como responsabilidade maior do julgador.

Essas reflexões têm o caráter de contribuir, de alguma forma, ou pelo menos, provocar alguma crítica sobre a teoria da prova como instituto jurídico e suas implicações nas decisões judiciais, num procedimento que deve ser contemporaneamente democrático, por força da própria Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

CALDAS FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro. A Motivação das Decisões Judiciais nos Tempos do Processo Eletrônico. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 156, jul / dez. 2010.

CARNELUTTI. *La Prueba Civil*. Tradução de Niceto – Alcalá Zamora. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantias Constitucionais da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação das Decisões no Projeto do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 40, p. 69.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1977.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Elaine Nassif. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Prova na Teoria do Processo Contemporâneo: Temas Atuais do Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Landy, 2002.

PENNA, Saulo Versiani. Juiz e Ética. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 130-131, jul/dez. 2010.

8

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A ÓTICA UNITÁRIA DA NECESSIDADE DO FIM DA DICOTOMIA: RECLUSÃO E DETENÇÃO

Juarez Morais de Azevedo¹

RESUMO

Pretende-se, neste breve estudo, mostrar que a dicotomia: reclusão e detenção, no Brasil, em termos de penas privativas de liberdade, não mais é necessária e a sua unificação – simplesmente pena de prisão – como já acontece na Europa, ou pelo menos em alguns países, é premente, visando, assim acabar-se com os diversos tipos de estabelecimentos prisionais e possibilitando a construção de complexos penitenciários, transformando-os em verdadeiras escolas e laboratórios de estudos, cumprindo as disposições da sentença.

Palavras-chave: penas privativas de liberdade, prisão, dualismo, dicotomia, reclusão e detenção.

1. INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade na legislação brasileira, inaugurada com o Código Penal de 1830, também conhecido como Código

¹ Juiz da Vara Criminal e da Infância e Juventude de Nova Lima–MG. Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Conselho de Criminologia e Política Criminal do Estado de Minas Gerais.

Criminal do Império, recebeu os nomes de prisão com trabalho² e de prisão simples.³

Na legislação seguinte, o Código Penal de 1890, esse tipo de pena já se apresenta com outras formas: prisão celular,⁴ reclusão,⁵ prisão com trabalho obrigatório⁶ ou prisão disciplinar.⁷

Naquele momento da história, o nosso legislador não estava sob a influência da ideia preconizada por Thonissen e defendida no II Congresso Penitenciário de Estocolmo (1878), acerca de unificação das penas privativas de liberdade – a proposta foi largamente debatida, porém não foi totalmente acolhida –,⁸ mas sob aquela acolhida naquele conclave, que admitia a redução numérica das penas privativas de liberdade, posto que tão somente a prisão celular pode ser entendida como dessa espécie, haja vista que as outras – reclusão, destinada aos crimes políticos; a prisão disciplinar, aos menores vadios e a prisão com trabalho obrigatório, aos maiores vadios, mendigos e capoeiras – tinham a esfera de aplicação muito reduzida.⁹

O Desembargador Vicente Piragibe, autor da Consolidação das Leis Penais, de 1932, no rol das penas privativas de liberdade, apresentou as mesmas modalidades do Código anterior: prisão celular,¹⁰ reclusão,¹¹ prisão com trabalho obrigatório.¹² Porém, acrescentou duas outras: prisão

² Art. 46. A pena de prisão com trabalho obrigará aos réos a ocuparem-se diariamente no trabalho que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões.

³ Art. 47. A pena de prisão simples obrigará aos réos a estarem reclusos nas prisões públicas pelo tempo marcado nas sentenças. Vide, ainda, o art. 48.

⁴ Art. 45. A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial, com isolamento celular e trabalho obrigatório.

⁵ Art. 47. A pena de reclusão será cumprida em fortaleza, praças de guerra, ou estabelecimentos militares.

⁶ Art. 48. A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciárias agrícolas para esse fim destinadas, ou em presídios militares.

⁷ Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriais, onde serão recolhidos os menores até a idade de 21 annos.

⁸ COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comemorado*, v. II, p. 32.

⁹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰ Art. 45. Igual ao art. 45, do Código de 1890.

¹¹ Art. 47. Igual ao art. 47, do Código de 1890.

¹² Art. 48, igual ao art. 48, do Código de 1890.

correcional¹³ e prisão disciplinar,¹⁴ sendo esta última pouco diferenciada da prisão que recebeu o mesmo nome no Código de 1890.

Finalmente, chegamos ao Código Penal de 1940, que entrou em vigor em 1942, e continua vigente até a presente data, com alterações especialmente na Parte Geral, inclusive no que concerne às modalidades de penas privativas de liberdade, muito embora continuem com os mesmos nomes: reclusão e detenção. Este diploma legal¹⁵ estabeleceu essas duas modalidades de penas privativas de liberdade, assim justificadas na Exposição de Motivos, pelo Ministro Francisco Campos:

Ambas as penas privativas de liberdade são temporárias. A de reclusão é a mais rigorosa. Executa-se de acordo com o sistema progressivo, dividida a sua duração em quatro períodos. No inicial, que não pode exceder de três meses, o condenado é submetido a isolamento diurno e noturno, passando, no subsequente, a trabalhar em comum dentro do estabelecimento ou, fora dele, em obras ou serviços públicos. Transcorrido o segundo período, o recluso pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar. Finalmente, o período de livramento condicional.

A reclusão, seja qual for o tempo fixado na sentença, não admite suspensão condicional, salvo em se tratando de menor de vinte e um ou de maior de 70 anos, condenado por tempo superior não superior a dois anos.

A detenção é destinada a crimes de menor gravidade. Não existe nela período inicial de isolamento. Admite a suspensão condicional, se inferior a dois anos.

Assim, na reclusão como na detenção, o trabalho é obrigatório.

Os arts. 29, 30 e 31 do Código de 1940 materializam as determinações insertas na cota extraída da Exposição de Motivos acima transcrita, tornando despicinda, a nosso aviso, a sua repetição em nota de rodapé.

¹³ Art. 46. A pena de prisão correcional será cumprida em colônias fundadas pela União ou pelos Estados para a reabilitação, pelo trabalho e instrução, dos mendigos validos, vagabundos, capoeiras e desordeiros.

¹⁴ Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida nos institutos disciplinares creados pelo Codigo de Menores e destinados aos menores de 14 a 18 annos.

¹⁵ Art. 28. As penas principais são:

I - reclusão;

II - detenção;

O Código Penal de 1940, inicialmente, indicava como penas principais a reclusão, a detenção e a multa,¹⁶ como já anotamos. Porém, com a reforma de 1984, as penas foram divididas em privativas de liberdade e restritivas de direitos, permanecendo no rol, a pena de multa.¹⁷

A dicotomia reclusão e detenção, que não mais se justifica, sendo este o mote de nosso trabalho, foi mantida com a reforma, sob a rubrica de espécies de pena, na modalidade privativas de liberdade, sem qualquer razão, porquanto não apresentam qualquer diferença ontológica.

Na sistemática anterior, preleciona Paulo José da Costa Júnior,¹⁸ poder-se-ia justificar a dicotomia. Não agora, principalmente após a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que praticamente eliminou as diferenças anteriores existentes entre reclusão e detenção.

Sim, a lei acima apontada acabou com o isolamento inicial previsto na pena de reclusão; com a impossibilidade de escolha de trabalho em caso de reclusão; com a não concessão de *sursis* – a não ser para os menores de 21 anos e maiores de 70 anos – no caso de reclusão e, finalmente, a impossibilidade de arbitramento de fiança nos delitos apenados com reclusão, afora as duas hipóteses acima, no caso de idade. A lei em epígrafe, portanto, provocou profundas modificações, em especial no instituto da pena de reclusão, eliminando, praticamente, as diferenças em relação àquela de detenção, restando tão somente duas: o regime de cumprimento de pena, uma vez que a reclusão pode ser cumprida nos três (fechado, semiaberto e aberto), enquanto a detenção só pode sê-lo em dois (semiaberto e aberto) e quanto aos estabelecimentos, pela lei, são diferenciados diante de cada um dos regimes: reclusão/fechado (penitenciária), semiaberto (colônia agrícola, industrial e similar) e aberto (casa do albergado). Observe-se que o número de anos de condenação, indica, ainda, o estabelecimento próprio ao cumprimento da

¹⁶ Art. 28. As penas principais são:

- I - reclusão;
- II - detenção;
- III - multa.

¹⁷ Art. 32. As penas são:

- I - privativas de liberdade;
- II - restritivas de direitos,
- III - de multa.

¹⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. v. I, p. 246.

pena: quando superior a oito anos será o fechado; entre quatro e oito anos, poderá ser o semiaberto; e abaixo de quatro anos, poderá ser o aberto, sem se perder de vista a questão da reincidência, como se pode constatar ao exame do art. 33 do Código Penal brasileiro.

A unificação das penas privativas de liberdade não foi aceita em sua plenitude nos Congressos de Londres (1872), no de Estocolmo (1878) –, observando-se que neste já houve um avanço, como será visto mais adiante – e no de Paris (1895). O mesmo aconteceu no de Praga (1930), onde o relator-geral, professor Solnar, mostrou-se desde logo contrário à unificação.¹⁹ Na Comissão Internacional Penal e Penitenciária de Berna (1951), no entanto, foi votada e aprovada uma resolução que defendia a abolição das várias espécies de prisão e a sua substituição por uma única pena prisional de feição uniforme, completada na fase de execução por instrumentos capazes de individualizarem-na.²⁰

No Brasil, a ideia não foi acolhida, como se pode verificar na Conferência Brasileira Penal e Penitenciária, no Rio de Janeiro (1930), onde foi aprovada a seguinte resolução:

Não é desejável a abolição das diferentes penas privativas de liberdade, de qualquer duração, atualmente em uso, para substituí-las por uma pena única, e sim, para substituí-las por penas diferentes, quer quanto á qualidade (caracterizada pelo regimen adequado á sua peculiar finalidade), quer quanto á duração. As penas privativas da liberdade, estabelecidas na lei, devem oferecer ao juiz da condenação e aos executores a possibilidade de adaptar-se a repressão ás varias categorias de delinquentes. Para inteira efficacia de cada um dos modos de repressão empregados empregados exigem-se necessariamente estabelecimentos diversos, com aparelhamento, direção e pessoal auxiliar adequados, attendendo-se á diversa finalidade de cada um, além de regimens fundamentalmente diferentes (detenção transitoria para mera segurança – criminosos corrompidos, reeducação penal – corrigíveis, segregação eliminatória – incorrigíveis).²¹

No entanto, nos Congressos de Direito Penal e Ciências Afins, realizados nos anos de 1968, 1970 e 1975, a pena unitária teve acolhida,

¹⁹ COSTA E SILVA, Antônio José da. *Op. cit.*, p. 34.

²⁰ DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal*, parte geral. 2. ed., p. 449.

²¹ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Décimo congresso penal e penitenciário internacional*, p. 170.

assim como o fez um anteprojeto de sistema de penas, da Associação do Ministério Público de São Paulo, no ano de 1972.²²

O Código Penal de 1969 – que não entrou em vigor –, em sua Exposição de Motivos manteve a duplicidade (reclusão e detenção) “não obstante as sérias objeções contra”, entendendo que “as múltiplas consequências dessa distinção, inclusive em matéria processual, desaconselhavam a unificação das penas privativas de liberdade.” (número 19).

Não são poucos os doutrinadores que criticam a existência dessa dicotomia, como Paulo José da Costa Júnior²³ para quem no regime atual, impunha-se falar, apenas, genericamente, em pena privativa de liberdade, eliminando-se de vez do texto as espécies reclusão e detenção, reduzidas que foram a meros vocábulos, sem qualquer conteúdo conceitual. Estar-se-ia atendendo inclusive à moderna tendência penalógica de enumerar uma única sanção privativa de liberdade.

No mesmo sentido, o magistério de Júlio Fabrini Mirabete,²⁴ que indica a existência de uma tendência moderna em abolir-se a diversidade de espécies de penas privativas de liberdade, e os novos projetos e legislações têm-se orientado no sentido de unificação do sistema prisional.

Comungando da mesma posição, Luiz Regis Prado²⁵ ensina que não obstante a existência de robusto movimento propugnando a completa eliminação da dualidade de penas privativas de liberdade, o atual Código Penal rejeitou, na reforma de 1984, a tendência de unificação do sistema prisional, mantendo, portanto, a distinção da pena privativa de liberdade em reclusão e detenção, de cunho eminentemente formal.

René Ariel Dotti²⁶ informa que a doutrina em várias oportunidades já se manifestou a favor da unificação, baseando-se nos abusos e desvios cometidos na execução da pena de prisão, posto inexistir diferença entre reclusão e detenção na fase do cumprimento da medida. A esta conclusão também chegaram Jair Leonardo Lopes²⁷ – um

²² Associação Paulista do Ministério Público. *Reforma do sistema de penas*, p. 6, n. 5.

²³ *Op. cit.*, 2. ed., v. I, p. 248.

²⁴ *Op. cit.*, parte geral, 3. ed., v. I, p. 250.

²⁵ *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed., v. I, parte geral, p. 352.

²⁶ *Op. cit.*, p. 355-366.

²⁷ *Curso de direito penal*, parte geral. 3. ed., p. 177.

dos autores da reforma do Código Penal de 1984, quando afirma que ao longo do tempo, na prática, não se tem como diferenciar as duas modalidades –, bem como Zaffaroni e Pierangeli,²⁸ para os quais a uma tendência em unificar a pena privativa de liberdade, tal como se verifica nos códigos mais modernos, uma vez que não tem a pena privativa de liberdade uma finalidade exclusivamente retributiva.

O dualismo, no Brasil, como visto, não mais se justifica, pelo que deve ser eliminado, passando a existir apenas a pena privativa de liberdade, na modalidade prisão, sem nenhuma subdivisão, seguindo-se a experiência europeia.

2. O DUALISMO NA EUROPA

O dualismo foi debatido na Europa por muito tempo, porém voltaremos a destacar apenas dois dos principais momentos dessa discussão, para tomarmos conhecimento das notícias trazidas por um de seus participantes, o delegado de Portugal, Ferreira-Deusdado.

Segundo Ferreira-Deusdado,²⁹ assim foram as manifestações nos dois conclaves, em respostas às perguntas formuladas. No primeiro, em Londres (1872), a indagação e a resposta foram:

As penas, que importem privação da liberdade individual, não deverão differir entre si senão pela duração, ou deverá admitir-se a applicação de differentes géneros d'essas penas?

Em razão de se haver manifestado uma grande divergencia de opiniões sobre o assumpto, o congresso não tomou uma qualquer decisão.

No segundo, em Estocolmo (1878), seguindo a mesma ordem acima:

Convirá conservar as diversas qualificações das penas que importam privação da liberdade individual, ou restará uma vantagem mais accentuada do facto de se adoptar uma pena única de reclusão, graduada apenas pela sua duração, e pelas consequencias accessórias, que d'ella possam advir, depois de cumprida?

²⁸ *Op. cit.*, v. I, parte geral, p. 678.

²⁹ FERREIRA-DEUSDADO. *Congresso penitenciário internacional de S. Petersburgo*. Lisboa: Imprensa Oficial, 1891, p. 94-95.

Resolução do congresso: Não obstante deverem ser reservadas umas certas penas inferiores e especiaes para determinadas infracções de pequena gravidade, ou que denotem no seu auctor symptoms de corrupção, convem – qualquer que seja o regimen penitenciário – adoptar, tanto quanto possível, a assimilação legal das penas que envolvam a perda da liberdade individual, sem outra qualquer differença entre si mais do que a caracterisada pela duração, e pelas consequencias accessorias que d’ellas possam resultar, depois de cumprido pelo condemnado o tempo de punição.

O tema, segundo veremos pelos exemplos a seguir, não mais desperta grandes controvérsias, tendo sido o dualismo afastado, pelo menos na Europa, nos países abrangidos pela pesquisa.

2.1 Portugal

O Código Penal Português – Dec.-Lei. n. 400/82, atualizado pela Lei n. 59, de 4 de setembro de 2007 –, no seu Capítulo II, sob a rubrica PENAS, prevê a pena de prisão, como medida privativa de liberdade³⁰ – ao lado da de multa, isso na Secção I –, destacando-se que a sua execução é regulada em legislação própria, conforme art. 4º, número 2,³¹

³⁰ Art. 41º. Duração da pena de prisão

1 - A pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de 1 mês e a duração máxima de 20 anos.

2 - O limite máximo da pena de prisão é de 25 anos nos casos previstos na lei.

3 - Em caso algum pode ser excedido o limite máximo referido no número anterior.

³¹ O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, aprovado pela Lei n. 115/2009, de 12 de outubro, prevê:

Art. 9º Organização.

1 - Os estabelecimentos prisionais podem ser constituídos por uma ou várias unidades, diferenciadas em função dos seguintes factores:

- a) Situação jurídico-penal, sexo, idade, saúde física e mental e outros factores tendentes à especialização ou individualização do tratamento prisional do recluso;
- b) Exigências de segurança;
- c) Programas disponíveis;
- d) Regimes de execução.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, devem existir estabelecimentos prisionais ou unidades especialmente vocacionados para a execução das penas e medidas privativas de liberdade aplicadas:

- a) A presos preventivos;
- b) A reclusos que cumpram pena de prisão pela primeira vez;

devendo ser ressaltado que a proposta que pretendemos fazer – fim do dualismo – dará ao Brasil condições de adotar medidas como aquelas que podem ser vistas nas transcrições das notas de rodapé.

A pena de prisão pode ser substituída por multa, nos termos do art. 44º, ou conforme disposto nos arts. 45º e 46º, por dias livres ou por regime de semidetenção.

Percebe-se, portanto, que na legislação penal de Portugal não mais existe o dualismo.

Paulo José da Costa Júnior³² também destaca o posicionamento adotado pelo legislador português quando ensina que esta é, por sinal, a orientação seguida pelo Código Penal português, que assinala, em sua Exposição de Motivos, que a abolição da distinção da prisão em várias espécies foi a solução perfilhada pelos “mais representativos cultores da ciência penitenciária que vêm desde há tempos insistindo em que a execução das penas privativas de liberdade tão-só pode diferenciar-se em função da sua maior ou menor duração.”

c) A jovens até aos 21 anos ou, sempre que se revele benéfico para o seu tratamento prisional, até aos 25 anos;

d) A mulheres;

e) A reclusos que careçam de especial protecção.

3 - Podem ainda ser criadas nos estabelecimentos prisionais unidades mistas para execução das penas e medidas privativas de liberdade de reclusos casados entre si ou em união de facto, com vista a minorar os efeitos negativos da reclusão nos laços familiares e afectivos que os unem.

4 - Enquanto não vigorar o diploma previsto no nº 3 do artigo 32º, podem ainda existir estabelecimentos prisionais ou unidades de natureza hospitalar ou destinados à prestação de cuidados especiais de saúde, nomeadamente saúde mental bem como destinados a inimputáveis ou a imputáveis internados, por decisão judicial, em estabelecimento destinado a inimputáveis, quando estes não devam ser internados em unidade de saúde mental não prisional, nos termos do nº 2 do artigo 126º.

5 - Nos estabelecimentos prisionais ou unidades existem ainda sectores próprios destinados especificamente:

a) À colocação do recluso após o ingresso;

b) À colocação do recluso em cela de separação da restante população prisional;

c) À colocação do recluso em quarto de segurança junto ao sector clínico;

d) À execução de medida disciplinar de internamento em cela disciplinar;

e) À colocação do recluso que se encontre em estado de particular vulnerabilidade.

³² *Op. cit.*, 2. ed., v. I, p. 248.

2.2 Itália

Na Itália, da mesma forma que em Portugal, não mais existe o dualismo.

O Código Penal italiano, em vigor desde o dia 10 de outubro de 2002, prevê em seu art. 17³³ duas penas privativas de liberdade: a perpétua, ou *l'ergastolo*, e a de reclusão, ou *reclusione*.

A primeira, diz o art. 22³⁴ do diploma legal em comento, é perpétua, enquanto a segunda, nos termos do art. 23,³⁵ é aquela aplicada de quinze dias a vinte e quatro anos.

O cumprimento de ambas dá-se em estabelecimento penal onde o trabalho é obrigatório e que conta com isolamento noturno, conforme se extrai da leitura dos artigos retromencionados.

2.3 Alemanha

Franz Von Liszt³⁶ já alertava, no século XIX, que em consequência da deficiência das disposições do direito imperial sobre a execução das penas de prisão, a diferença entre reclusão e encarceramento, bem como entre esta e a detenção é de facto nula.

Mais recentemente, Claus Roxin³⁷ prelecionou:

El antiguo StGB, como ya se há expuesto (nm.2), contenía cuatro clases de penas privativas de libertad, escalonadas por su gravedad. El P 1962 había querido mantener el presidio y la

³³ Art. 17 *Le pene principali stabilite per i delitti sono:*

I - la morte(1);

II - l'ergastolo;

III - la reclusione;

IV - la multa.

(1) La pena di morte è stata soppressa e sostituita com l'ergastolo.

³⁴ Art. 22 *La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a cio destinati, com l'obbligo del lavoro e com l'isolamento notturno.*

³⁵ *La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a cio destinati, com l'obbligo del lavoro e com l'isolamento notturno.*

³⁶ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. de José Hygino Duarte Pereira, v. I, t. I, p. 422.

³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general. La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, t. I, p.129.

prisión y añadir el denominado arresto penal como tercera clase de pena privativa de libertad. Frente a esto, el PA había renunciado a las distinciones entre diversas clases de penas privativas de libertad, y tras larga valilaciones finalmente el legislador sse há adherido a esa posición. Desde la 1ª StrRG ya no hay presídio y presión, sino una única pena de prisión (o privativa de libertad) (denominada también 'pena unitária'), que según el § 38 StGB se puede imponer como pena de prisión temporal desde un mês hasta quince años o como pena de prisión perpetua.

O Código Penal da Alemanha – de 15 de maio de 1971, com a reforma de 31 de janeiro de 1998 – no seu capítulo III, título I – Penas – realmente estabelece duas penas privativas de liberdade: uma temporal e outra perpétua,³⁸ e como nas legislações já enfocadas, pelo que se pode perceber, também não adota o dualismo.

2.4 Espanha

Na Espanha, o entendimento não difere dos outros já citados, pois lá não existe a dicotomia.

A legislação penal espanhola – aprovada pela LO 10/1995, de 23 de novembro – prevê dois tipos de penas privativas de liberdade:³⁹ a prisão e o arresto de fim de semana, sendo que a primeira terá a duração mínima de seis meses e máxima de vinte e quatro anos, salvo casos especiais,⁴⁰ e a segunda terá a duração de trinta e seis horas, equivalendo a dias de privação de liberdade, a princípio.⁴¹

³⁸ § 38. *Duración de la pena privativa de libertad*

(1) *La pena privativa de libertad es temporal si la ley no comina com pena privativa de libertad perpétua.*

(2) *El máximo de la pena privativa de la libertad temporal es de quince años y el mínimo de un mes.*

³⁹ *Artículo 35 Son penas privativas de libertad l aprision, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*

⁴⁰ *Artículo 36 La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.*

⁴¹ *Artículo 37 El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos dias de privación de libertad. Tan sólo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se imponga como substitutiva de otra privativa de*

3. CONCLUSÃO

A história da pena inicia-se com o castigo físico aplicado pelo chefe religioso, apresentando, portanto, carácter sacro, sem limites preestabelecidos. Passando pela proporcionalidade, com talião, a composição, e a presença de um órgão ou autoridade estatal em sua aplicação para finalmente, materializar-se na prisão, o que representou grande evolução em termos humanísticos.

A pena, agora de prisão, em seu início, era tão somente retributiva, porém hodiernamente, buscando o seu sentido humanitário, deve ser vista como um meio de reeducação dos condenados⁴², que em sua maioria esmagadora apresenta *deficit* de socialização. Há de destinar-se, portanto, apenas para aqueles que realmente oferecem perigo à sociedade – haja vista a possibilidade de sua substituição por outros modelos de controle com o emprego da tecnologia – os quais devem ser assistidos por uma plêiade de profissionais capazes de modificarem o seu comportamento, devolvendo à sociedade um ser humano melhor, em lugar do que antes apresentava conduta inadequada. Ou seja, inaugura-se um novo ser, capaz de respeitar as normas e valores traçados pela comunidade, o que exige profundas modificações no sistema de execução de penas, para esse desiderato mostrando-se útil a abolição da dicotomia reclusão e detenção que exige os modelos hoje existentes: penitenciária, colônias agrícolas, industriais e similares e casa do albergado, bem como o fim do regime aberto, o que por ora se defende, sendo ambos objeto da reforma do Código Penal vigente – Código Penal de 1940, com as modificações introduzidas em 1984.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Décimo congresso penal e penitenciário internacional*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1933.

COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comemorado*. Brasília: Ed. do Senado do Brasil, 2004, v. II. (Obra em *fac-simile*).

libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 88 de este Código.

⁴² Sem se olvidar da proteção da sociedade, é evidente.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. I.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*, parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA-DEUSDADO. *Congresso penitenciário internacional de S. Petersburgo*, Lisboa: Imprensa Oficial, 1891.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1987, v. I.

PRADO, Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro*, parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. I.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Espanha: Civitas, 2006, t. I.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, v. I.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REVISTA

ASSOCIAÇÃO Paulista do Ministério Público. *Reforma do sistema de penas*, p. 6.

9

A JUSTIÇA DA ÍNDIA

Luiz Guilherme Marques¹

RESUMO

Pelo simples fato de a Índia ser o segundo país mais populoso do planeta já se justificaria valer a pena conhecer como é seu sistema judiciário. Todavia, tratando-se, ademais, de uma ex-colônia britânica, tendo assimilado pelo período de mais de dois séculos a influência da *common law*, além do fato de ser uma civilização que conta vários milênios de existência, tudo isso faz com que mereça nossa observação, para que, verificando, possa ter alguma utilidade para nós, como modelo, que façamos essa conferência, melhorando nosso Judiciário, que ganhou um importante impulso a partir da edição da Constituição Federal de 1988.

1. A JUSTIÇA ESTATAL

O autor que mais subsídios nos deu para este capítulo foi David Annoussamy, ex-presidente da Corte de Madras, na Índia, e atual presidente da State Consumer Dispute Redressal Commission, de Pondichéry, na Índia, por meio da sua monografia *La Justice en Inde*.

1.1 A organização judiciária

A Justiça indiana é eminentemente estadual, tendo cada um dos 26 Estados sua estrutura judiciária própria, mas existe uma Corte federal, que é a Suprema Corte.

¹ Juiz da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora. Coordenador da Escola Nacional da Magistratura. Vice-Diretor do Centro de Estudos da Magistratura da Amagis.

A organização judiciária indiana atual é uma herança britânica, no dizer de Annoussamy.

Verificamos uma certa complexidade no estudo desse autor (1996:6-9) e preferimos dividir as jurisdições indianas de uma forma que acreditamos mais didática:

- I) Tribunais de Direito Comum;
- II) Tribunais Especializados.

(I) TRIBUNAIS DE DIREITO COMUM

Os Tribunais de Direito Comum subdividem-se em dois grupos:

- A) Tribunais Inferiores;
- B) Tribunais Superiores.

Os Tribunais Inferiores (A) se ramificam em:

- a) Tribunais compostos por leigos;
- b) Tribunais compostos por juízes profissionais.

Os Tribunais compostos por leigos existem somente no 1º grau de jurisdição e são opcionais:

1) Tribunais Rurais tradicionais (competentes para todas as matérias, existem somente nas pequenas cidades ou vilas, são compostos por 5 habitantes de maior destaque na comunidade);

2) Tribunais para processos criminais de menor gravidade.

(Considerando que mais de 70% da população do país vive nas pequenas cidades e vilas, pode-se facilmente concluir que é ainda muito grande a procura pelos juízes leigos, quais sejam, os dos Tribunais Rurais tradicionais, apesar de a tendência ser no sentido da valorização da figura dos juízes profissionais.)

Os Tribunais compostos por juízes profissionais são todos os demais:

1) no 1º grau de jurisdição: os Tribunais separados para os processos civis e criminais de menor importância;

2) no 2º grau de jurisdição: Tribunais Civis de Jurisdição Plena (competentes para processos civis e criminais menos os crimes contra a vida e apelações nos processos julgados pelas jurisdições de 1º grau, ou sejam, Tribunais Rurais tradicionais, Tribunais para

processos criminais de menor gravidade e Tribunais separados para os processos civis e criminais de menor importância);

3) no 3º grau de jurisdição: Tribunais de Distrito (competentes para os processos criminais por crimes graves; apelações nos processos dos Tribunais de 2º grau de jurisdição, ou sejam, Tribunais Civis de Jurisdição Plena; apelações civis nos processos de valor inferior a um determinado teto; recurso de provimento de cassação nos processos de competência dos juízos de 1º grau, ou sejam, Tribunais Rurais tradicionais, Tribunais para processos criminais de menor gravidade e Tribunais separados para os processos civis e criminais de menor importância, sejam esses processos não submetidos a apelação sejam após apelação pelos Tribunais Civis de Jurisdição Plena).

Deve-se acrescentar que todos esses Tribunais (1º, 2º e 3º graus) atuam no sistema de juiz singular (juiz único).

Os Tribunais Superiores (B) se ramificam em:

- a) Altas Cortes de Justiça de cada Estado;
- b) Suprema Corte.

As Altas Cortes de Justiça de cada Estado são competentes para as apelações nos processos julgados em primeira instância pelos Tribunais de Distrito; apelações julgadas em primeira instância pelos Tribunais Civis de Jurisdição Plena não sujeitas a apelação perante os Tribunais de Distrito; recurso de provimento de cassação contra decisões de qualquer Tribunal inferior.

As Altas Cortes de Justiça de cada Estado também podem agir *ex officio* quando detectam alguma irregularidade grave a ser corrigida em qualquer área da comunidade, seja em nível estatal, seja em nível dos particulares. Também decidem requerimentos formulados por particulares ou entidades versando sobre atentados às liberdades fundamentais previstas na Constituição.

As Altas Cortes de Justiça são os Tribunais mais graduados de cada Estado.

Acima delas existe a Suprema Corte, que é competente para apelações nos processos julgados pelas Altas Cortes de Justiça de cada Estado.

A Suprema Corte também conhece, em primeira instância, de casos delicados, em que se alega violação aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Acrescente-se que os Tribunais Superiores são sempre colegiados.

Deve-se observar que, nos recursos, antes de seu recebimento tanto pelas Altas Cortes de Justiça de cada Estado como pela Suprema Corte, os recorrentes são ouvidos em audiência pública e se o Tribunal entente descabidos, são rejeitados liminarmente, acontecendo mais casos dessa natureza, sobretudo na Suprema Corte.

(II) TRIBUNAIS ESPECIALIZADOS

Annoussamy fala da extrema especialização de alguns Tribunais e enumera alguns deles, especializados em:

- Reforma Agrária;
- Locação de Imóveis;
- Proteção do Domínio Público;
- Desapropriação;
- Seguro;
- Cooperativas;
- Cadastro;
- Florestas;
- Irrigação;
- Minas;
- Plantações;
- Patentes;
- Imprensa;
- Refugiados;
- Família;
- Contencioso de Funcionários;
- Consumidores;
- cada categoria de Impostos e Taxas;
- Trabalho; etc.

O renomado jurista indiano afirma que somente na área trabalhista há vários Tribunais especializados, quer levando em conta a natureza do contencioso, quer a categoria do trabalhador.

Essa variedade enorme de Tribunais se deve ao fato de no período da colonização inglesa, que só terminou em 1947 com a independência

do país, os ingleses tinham criado poucos Tribunais de Direito Comum, posto que existiam Tribunais especializados, cujo número só foi aumentando e, mesmo quando criados Tribunais de Direito Comum para todo o país, ficava mais fácil para os jurisdicionados procurar os Tribunais especializados.

Annoussamy menciona as vantagens dos Tribunais especializados:

– ter uma decisão definitiva de maneira pronta (determinados processos podem passar por cinco graus de jurisdição nos Tribunais de Direito Comum);

– ter juízes com a visão desejada ou conhecimentos especializados para esses processos;

– uma certa desconfiança quanto às Altas Cortes dos Estados, as quais divergem dos poderes políticos.

A seguir ele enumera as desvantagens desses Tribunais:

– somente existem nos grandes centros urbanos, pois é relativamente pequeno o número de processos de cada um;

– os jurisdicionados têm dificuldade em saber qual o Tribunal especializado competente para conhecer do seu problema específico.

Em 1976, o governo distinguiu determinados Tribunais especializados: Contencioso de Funcionários; cada categoria de Impostos e Taxas; Comércio Exterior; Moedas Estrangeiras e Alfândega; Trabalho; Desapropriação; Limite da Propriedade Urbana; Eleições e Abastecimento dos Alimentos Essenciais. Criou para eles, na Constituição, uma hierarquia diferenciada, não mais os subordinando às Altas Cortes dos Estados, mas sim às Cortes Superiores de hierarquia equivalente, naturalmente que tendo como instância mais graduada a Suprema Corte. No entanto, na realidade, somente foram implantados Tribunais Superiores em duas ou três dessas especializações, o restante continuando a subordinar-se às Altas Cortes dos Estados.

David (1996:465-467) fala na organização judiciária indiana, na Suprema Corte e na obrigatoriedade do precedente:

A Índia, consideradas sua extensão e sua população, não pode ter uma justiça centralizada como a da Inglaterra. A organização judiciária que ela adotou é, contudo, muito diferente da dos

Estados Unidos da América. Na Índia não existem jurisdições federais à exceção de um Supremo Tribunal Federal, com sede em Nova Delhi, composto pelo Chief Justice of India e treze juizes. Os juizes do Supremo Tribunal são designados pelo Presidente da República, após ter recebido diversos pareceres consultivos, sem que seja necessária a aprovação do Senado.

O Supremo Tribunal tem por função essencial zelar pelo cumprimento da Constituição. Pronuncia-se sobre a validade das leis da União ou dos Estados quando a constitucionalidade destas leis é contestada. Pode ser chamado a pronunciar-se, por outro lado, nos casos em que é alegada a violação de um “direito fundamental” garantido pela Constituição. Além disso, o Supremo Tribunal tem igualmente uma competência extensa: pode, por exemplo, ser chamado a pronunciar-se pela via de um recurso contra qualquer decisão proferida por um High Court em matéria civil, se o interesse em jogo ultrapassa as 20.000 rúpias, e pode, por outro lado, admitir um ‘apelo especial’ contra qualquer decisão proferida por qualquer tribunal da Índia, exceção feita aos tribunais militares.

O Supremo Tribunal estabelece, ele próprio, o seu regulamento do processo, que deve, contudo, ser aprovado pelo Presidente da República; a Constituição obriga-o a prever que pelo menos cinco juizes devam participar no julgamento dos processos nos dois primeiros casos supracitados; igualmente cinco juizes se devem pronunciar quando é pedido ao tribunal um parecer meramente consultivo por parte do Presidente da República, conforme autoriza a Constituição.

O Supremo Tribunal da Índia, como o dos Estados Unidos, pode operar mudanças de jurisprudência. Isto verifica-se raramente, dada a grande facilidade com que o parlamento pode modificar a Constituição. Um caso notável veio pôr em relevo esta possibilidade. O Supremo Tribunal, revendo sua jurisprudência, decidiu, em 1967, num acórdão muito contestado, que somente uma Assembleia Constituinte poderia, eventualmente, restringir os direitos fundamentais garantidos pela Constituição; o parlamento não tinha, segundo ele, este poder.

No que respeita a outras jurisdições, que não o Supremo Tribunal, a própria Constituição (art. 141) define que estas jurisdições devem seguir os precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal. E quanto às decisões proferidas por jurisdições

diferentes do Supremo Tribunal? A questão coloca-se, neste aspecto, tal como nos Estados Unidos da América. Pode perguntar-se perfeitamente se, para simplificar a administração da justiça e para assegurar a uniformidade do Direito nos diversos Estados, não conviria antes abandonar, ou pelo menos tornar mais flexível, a regra do precedente, tal como ela pôde funcionar na época do domínio britânico. Uma comissão constituída em 1955 considerou a prática anterior tão ligada à psicologia dos juristas que não era possível colocá-la em causa, mesmo que isso parecesse desejável. O importante papel atribuído à lei e os progressos da idéia da codificação poderão levar, na Índia como nos outros países de common law, a significativas mudanças nesta matéria.

1.2 Os juízes

Annoussamy (1996:9-11) informa quanto ao aspecto histórico do estatuto da magistratura:

O estatuto atual dos juízes resulta da administração colonial com algumas modificações trazidas pela Constituição. [...] Apesar das garantias inegáveis, há muitos riscos para a independência dos juízes. Mas os casos em que os juízes sacrificaram sua independência são raros. No conjunto eles procuram preservar a tradição de independência legada pelos ingleses.

Abordemos os diversos itens.

– concurso para juízes de 1º grau: prova oral para candidatos provenientes da advocacia;

– nomeação: feitas pelo governo, geralmente com indicações do Tribunal Superior (Alta Corte ou Suprema Corte, de acordo com o caso);

– promoções para o cargo de juiz de Tribunal de Distrito: um terço de advogados e dois terços de juízes de Tribunais menos graduados (os primeiros normalmente têm mais chance na carreira que os segundos);

– promoções para as Altas Cortes: mediante indicação do primeiro presidente das respectivas Cortes, sendo um terço de juízes de Tribunais de Distritos e dois terços de advogados, sobretudo aqueles que prestam serviço à administração pública;

– promoções para a Suprema Corte: geralmente escolhidos entre os primeiros presidentes ou juízes mais antigos das Altas Cortes;

– há uma distinção acentuada entre juízes de Tribunais Inferiores e de Tribunais Superiores, inclusive pela valorização da posse dos segundos por meio de uma solenidade pomposa e recebimento de complemento de vencimentos *in natura*, o que não acontece com os primeiros;

– remuneração: os vencimentos encontram-se defasados por causa da inflação;

– rotatividade: os juízes de Tribunais Inferiores não podem ser nomeados para Tribunais de seu local de origem e não podem permanecer mais de três anos em um mesmo Tribunal; quanto às Altas Cortes um terço de seus juízes têm de ser provenientes de outros Estados;

– disciplina: as punições disciplinares dos juízes de Tribunais Inferiores são feitas pelo governo sob proposição da respectiva Alta Corte; quanto aos juízes de Tribunais Superiores, somente podem ser demitidos por ato do presidente após processo de iniciativa de pelo menos dois terços de cada uma das duas câmaras do Parlamento central, sob argumento de incapacidade ou mau procedimento. Um ponto importante para ser mencionado é que os juízes das Altas Cortes podem censurar os juízes de Tribunais Inferiores nos próprios autos dos processos que lhes chegam pela via recursal.

Os juízes são provenientes das classes média e alta, conforme diz Annoussamy (1996:22). Parece não haver oportunidade real para os “intocáveis” (párias).

O Departamento de Justiça do Ministério do Direito e da Justiça, no endereço de Internet (<http://lawmin.nic.in/Just.htm>) fornece dados atualizados:

Quanto à Suprema Corte (federal):

O número de juízes da Suprema Corte (incluindo o Presidente desse Tribunal) é de 26, sendo que 25 ocupam seus cargos desde 17.12.1996, havendo 1 vaga a ser preenchida.

Quanto às Altas Cortes (estaduais):

O Governo da Índia adotou a política de designar Presidentes das Altas Cortes dos Estados que não sejam profissionais desses Estados. De 1.12.1995 a 17.12.1996, foram feitas transferências e designações de 11 Presidentes de Altas Cortes Justiça para Altas Cortes de outros Estados. Desde 17.12.1996, só a Alta Corte de Sikkim tem um Presidente nativo.

Desde 17.11.1996, o número de juízes e juízes adicionais das várias Altas Cortes era de 568. Em acréscimo, foi estabelecida a criação de cargos de 9 juízes permanentes e 38 juízes adicionais em diferentes Altas Cortes.

De 1.12.1995 a 17.12.1996, 93 recentes designações de juízes permanentes e adicionais juízes foram feitas e, em acréscimo, 17 juízes adicionais foram designados como juízes permanentes.

1.3 O juiz e a lei

Anoussamy (1996:13-16) descreve a evolução da mentalidade dos juízes indianos perante as leis.

Fala numa primeira fase, anterior à chegada dos britânicos à Índia.

Prevalecia, então, o sistema multimilenar de os juízes decidirem levando em conta primeiramente os costumes e, na sua ausência, é que eram aplicadas as leis. E, mesmo assim, as leis podiam ser desconsideradas se levavam à injustiça. Assim, nessa época reconhecia-se uma latitude muito grande para o arbítrio judicial.

Explica Anoussamy (1996) essa mentalidade:

Os Códigos antigos da Índia não são Códigos de leis positivas, são 'Códigos modelos'. Deve-se procurar a aproximação máxima possível, mas não se tem a obrigação de ser absolutamente conforme a eles. (p. 13)

Numa segunda fase, quando os britânicos passaram a influenciar a Índia, eles não editaram leis para esse país justamente por causa de sua adesão à *common law*.

E como os juízes indianos não conheciam o Direito inglês, o plano de Warren Hastings estabeleceu, em 1772, que os juízes indianos deveriam julgar de acordo com a justiça, a equidade e a consciência,

o que, na verdade, fez continuar a situação que já existia, em nada alterando a forma de julgar.

Quando Jeremy Bentham iniciou na Inglaterra um movimento em favor da codificação do Direito inglês, não obteve sucesso, procurando então transplantar seus planos para a Índia, daí sendo editado um Código em 1859.

Já em 1882, a maior parte das leis inglesas prevalentes na Índia foi codificada.

Após esse Código, os juízes indianos ficaram obrigados a decidir com base na lei, sem poder sequer interpretá-la e passou a não reconhecer nenhuma outra forma de julgar.

No entanto, mesmo assim, os juízes indianos insistiam em aplicar a jurisprudência sempre que visualizavam alguma lacuna na lei até porque não queriam renunciar ao seu privilégio de criar regras de Direito a que tinham se habituado.

Dessa forma, criou-se um sério impasse: enquanto o chamado Conselho Privado da Índia afirmava que os juízes não poderiam decidir contra os princípios jurídicos formulados por ele, as Altas Cortes ameaçavam de punições esses mesmos juízes se decidissem contrariamente à jurisprudência.

Uma solução temporária surgiu por meio da legislação indiana de 1935, que estabeleceu que os parâmetros do Conselho Privado e da Corte Federal deveriam ser seguidos obrigatoriamente por todos os Tribunais do país. E a Constituição (1950) endossou esse entendimento em relação à nova Suprema Corte.

Quanto às Altas Cortes, sua jurisprudência passou a obrigar os juízes dos respectivos Estados, mas não de outros.

A força das leis, com isso, foi minimizada pela jurisprudência, no entanto, para novo prestígio das leis, são elas sucessivamente reeditadas e acompanhadas da jurisprudência, e, assim, os juízes se baseiam em dispositivos legais sem maiores problemas.

Dois situações peculiares passaram a ocorrer: as sentenças dadas com base exclusivamente na jurisprudência são mantidas em grau de recurso somente se não há texto de lei expresso sobre a matéria, e a lei é aplicada isolada da tendência jurisprudencial se o caso ocorrente

é uma situação completamente nova, não adequável a nenhuma jurisprudência. E nesses casos os juízes de primeira instância ficam na difícil situação de decidir.

De alguma forma minimizou-se também a força do *stare decisis*, utilizando-se a técnica da distinção para deixar-se de aplicar a jurisprudência nos casos que apresentam aspectos diferenciados em relação ao molde jurisprudencial.

E foi a própria jurisprudência que mostrou o caminho a ser seguido para bem julgar os processos:

O exemplo e as diretivas que as Cortes Superiores dão é de fazer prevalecer a Justiça e de não se deixar enterrar pelas regras técnicas e um juridismo escrupuloso. (ANNOUSSAMY, 1996, p.15)

Conclui Annoussamy (1996) que os juízes indianos atuais estão voltando a ter a liberdade de decisão que tiveram até uma parte do século XVIII, mas, diferentemente dos juízes ingleses, devem expor nas sentenças sua fundamentação:

Assim pouco a pouco os juízes indianos recuperam um pouco sua tradição após um intervalo de rigorismo da administração judiciária à moda inglesa. A grande diferença é que eles devem explicitar sua fundamentação de forma convincente. [...] A lei está a serviço da Justiça em que o juiz é o oficiante ativo. Tal é a filosofia que parece emergir. (p. 16)

1.4 O papel político dos juízes

Annoussamy (1996:16-22) menciona algumas situações que fazem o Judiciário indiano desempenhar um papel político relevante:

- sua atuação em processos que têm envolvimento político importante, como no caso de eleições etc.;
- sua atuação no controle de constitucionalidade, que pode ocorrer no curso dos processos;
- a Suprema Corte estabeleceu “cláusulas pétreas” para a Constituição, que não podem ser objeto de revisão constitucional;

– a Suprema Corte acaba invadindo a área do Poder Legislativo quando este se omite na elaboração de leis que politicamente não lhe interessam;

– a Justiça é procurada pelos cidadãos que veem seus direitos relegados ao descaso pela classe política;

– em muitas situações, os juízes acabam estabelecendo regulamentações para casos em que o legislador não o faz, como ocorreu com relação à adoção internacional de crianças indianas, quando o próprio governo comunica aos serviços competentes essas decisões do Judiciário.

Annoussamy (2001), depois de afirmar que a atividade legislativa é desbordante após a independência (p. 21), fala da disputa entre o Judiciário e o Legislativo:

Quando a Suprema Corte anula uma disposição legislativa, o Parlamento a ressuscita sob outra forma; algumas vezes a situação se repete e degenera em verdadeiro duelo. Assim, a lei se torna agressiva em determinados casos, deturpa a realidade e se macula. (p. 10-11)

Essa disputa realmente é grave, segundo Annoussamy (2001:22):

... as leis somente sobrevivem se estão conformes à Constituição: se elas não recebem a afirmação de validade pela suprema Corte, no bojo de um recurso processual de provimento, a insegurança paira sobre elas.

1.5 As distorções

Annoussamy (1996:25-29) fala dos problemas da máquina judiciária, antes dizendo dos primeiros felizes tempos após a independência:

Os britânicos tinham deixado à sua partida um sistema bem organizado de tal forma que todos estavam satisfeitos. Após a independência as cortes superiores receberam a admiração e a gratidão da população por sua pronta intervenção na salvaguarda dos direitos fundamentais. De uns quinze anos para cá surgiu uma sombra nesse cenário. (p. 25)

Enumera os problemas, que seriam os seguintes:

– a causa principal foi o crescimento populacional, que mais que dobrou nos últimos quarenta anos;

– o desenvolvimento da atividade econômica aumentou o número de litígios, gerando o aumento do número de processos;

– a legislação indiana não está preparada para evitar os litígios nem lhes dar solução rápida, sendo de notar-se que as provas escritas não são utilizadas nos processos, sendo regra a oralidade;

– o rito dos processos disciplinares é complicado e acabam sendo esses processos questionados perante a Justiça;

– as leis socioeconômicas são em número avultado, não são editadas com o consenso de todos os interessados e acabam gerando resistência daquelas a quem desagradam;

– a prática administrativa nem sempre coincide com as leis;

– por falta de recursos financeiros as leis mais bem intencionadas deixam de ser colocadas em prática;

– os recursos financeiros para custeio de pessoal e meios materiais não são ideais;

– o aumento do número de Tribunais especializados gera o aumento de serviço para os Tribunais Superiores, sendo que a Suprema Corte contava, em 1996, mais ou menos 39.000 em andamento, dos quais cerca de 20.000 em andamento há mais de cinco anos, e essa é a situação das Altas Cortes;

– a indulgência dos juízes e a pressão dos advogados contribuem para que ações sejam apresentadas diretamente aos Tribunais Superiores, forçando-se alegações de violações a direitos fundamentais, sendo essa prática utilizada principalmente pelos que residem nas capitais, fazendo com que casos complexos sejam julgados dentro de um rito simplificado;

– em virtude das dificuldades existentes há processos em andamento há mais de vinte anos nos casos em que começaram em Tribunais de primeira instância e o vencido resolve recorrer sempre;

– as decisões provisórias nos processos acabam perdurando muitas vezes por anos seguidos, prejudicando as partes;

– políticos têm procurado usurpar as funções judiciárias, pelo que Annoussamy chama de “depravação da democracia”, quando a classe política procura exercer verdadeira ditadura em todos os domínios;

– há uma tendência de certos juízes a hipotecar sua imparcialidade em favor dos poderosos do dia ou por amor ao dinheiro, observando-se como fatores facilitadores o sistema de juiz único como regra quase geral, há possibilidade de fraude na distribuição de processos, as leis são um tanto fluidas e o controle dos Tribunais Superiores sobre os juízes de Tribunais Inferiores é cada vez menor. As acusações ao Judiciário são de corrupção e morosidade;

– os advogados têm contribuído para agravar a situação da Justiça em geral, pois os princípios de deontologia nem sempre são seguidos, gerando desconfiança nos eventuais clientes; as relações entre advogados e juízes nem sempre são cordiais, muitas representações sendo formuladas contra juízes, que acabam removidos compulsoriamente ou demitidos;

– a polícia também tem colaborado para os desacertos quando da elaboração de inquéritos policiais embaixadores de processos criminais. Já se registrou, inclusive, a ocorrência de ofensa pública de policial a juiz, o que, felizmente, ocorreu poucas vezes;

– os próprios Tribunais Superiores atrapalham a estabilidade da estrutura quando, em vez de manterem a uniformidade da jurisprudência (*stare decisis*), resolvem decidir de forma diversa, gerando a insegurança jurídica, o aumento do número de processos e outros efeitos danosos;

– as sentenças são por demais extensas, algumas vezes com centenas de páginas;

– as publicações de jurisprudência estão nas mãos de advogados, que procuram mencionar apenas as que lhes interessam, principalmente nos casos criminais, as que favorecem os acusados;

– há uma certa precariedade nos estudos mais aprofundados, gerando afoiteza e risco de decisões injustas;

– apesar de o idioma dos processos nos Tribunais Superiores ser o inglês, muitos advogados não o conhecem suficientemente e muito

menos as partes e pessoas em geral num país onde há uma diversidade enorme de línguas e dialetos.

Anoussamy (1996:26) diz que, devido ao assoberbamento dos Tribunais, o governo pensou em duas soluções alternativas: uma incentivando a conciliação e outra a arbitragem, esta última baseada no modelo de 1985 da ONU, o que, aliás, são opções muito úteis, praticadas por muitos outros países, com excelentes resultados.

1.6 Perspectivas para o futuro

Anoussamy (1996:29-34) sugere algumas medidas para melhorar a Justiça indiana, quais sejam:

- aumento dos vencimentos dos juízes, inclusive para evitar a corrupção;

- implantação do sistema de colegialidade nos Tribunais, pelo menos na hora da prolação das sentenças (em lugar do sistema de juiz único);

- redefinição das competências, principalmente para desobstruir os Tribunais Superiores, que se encontram assoberbados por processos em que se alega agressão aos direitos fundamentais;

- limitar os fundamentos para reforma dos julgamentos a um ou dois;

- designação de juízes de excelente nível profissional para os Tribunais de Primeira Instância mais importantes, que apresentam causas mais complexas;

- limitação do número de advogados, exigindo maior qualificação moral e técnica;

- reagrupamento de forma mais racional os Tribunais Especializados, visando melhor atendimento aos jurisdicionados e diminuição das despesas;

- revisão das regras processuais, principalmente no que pertine às provas;

- redução da extensão das sentenças e acórdãos.

O estudioso doutrinador enumera cinco tendências que parecem inclinar o governo indiano quanto à Justiça, sob inspiração dos estudiosos das leis sociais:

– inserção nos textos de lei de regras de interpretação das leis (devido à relativa indefinição que existe quanto à prevalência das leis ou da jurisprudência);

– informatização (para facilitação, inclusive, do conhecimento da jurisprudência);

– utilização de meios alternativos como a conciliação e a arbitragem (já tendo sido criados Cortes Populares – compostas de juízes e advogados aposentados – junto aos Tribunais de todas as instâncias, em que, quando há acordo entre as partes, redige-se compromisso, que é título executivo);

– incentivo à Justiça paralela no interior de cada comunidade religiosa (faltando apenas a participação dos hinduístas, uma vez que muçulmanos e cristãos são mais simpáticos a essa sugestão);

– formação dos juízes (que não passam por nenhum curso após aprovação no concurso de ingresso na profissão, havendo somente cursos de reciclagem), devendo-se observar quatro itens:

– conhecimento jurídico;

– qualidade intelectual;

– caráter;

– moralidade.

Quanto ao números de processos em andamento, causas do acúmulo de processos na primeira instância e soluções adotadas, foram divulgados pela Internet (<http://mha.nic.in/justi.htm>) os seguintes dados:

– na Suprema Corte: redução do número de processos: de 104.936 (1991) para 19.806 (1998)

– nas Altas Cortes: aumento do número de processos: de 2,65 milhões (1993) para 2,98 milhões (1995) e 3,18 milhões (1997). Observa-se mais de 50% desse total centralizado em apenas quatro Altas Cortes: Allahabad (0,86 milhões), Madras/Chennai (0,32 milhões), Calcutá (0,28 milhões) e Kerala (0,25 milhões)

– nos Tribunais inferiores: números oscilantes: de 21,8 milhões (1995) diminuindo para 19,9 milhões (1996) e aumentando para 20 milhões (1997).

Pesquisadas as razões dessa situação, concluiu-se que múltiplas são elas: a) falta de responsabilidade e transparência na administração, b) aumento no acesso à informação e no ajuizamento de processos, c) aumento da população, d) radicais mudanças na causação dos litígios, e) variedade de tipos de litígios, f) ineficiência de juízes e funcionários da Justiça, g) adiamentos e demoras etc.

Foram adotadas as seguintes soluções: a) classificação e agrupamento de processos, b) identificação e listagem de processos julgados definitivamente pela Suprema Corte e pelas Altas Cortes, c) uso de moderna tecnologia de informação no arquivamento e gerenciamento dos processos, d) aumento no número de cargos de juízes e funcionários da Justiça, e) simplificação dos procedimentos civil e criminal, f) supressão de leis arcaicas, g) adoção de formas alternativas de solução de litígios, h) transparência e responsabilidade na administração pelos meios eletrônicos etc.

2. OS ADVOGADOS

A classe dos advogados é muito prestigiada, sendo que nela são recrutados os juízes e notários, não havendo Ministério Público.

3. O MINISTÉRIO DO DIREITO E DA JUSTIÇA

No seu *site* <<http://lawmin.nic.in>> o Ministério do Direito e da Justiça presta informações importantes (em inglês).

REFERÊNCIAS

ANNOUSSAMY, David. *La Justice en Inde, les Cahiers de l'IHEJ*. Paris-França: Institut des Hautes Études sur la Justice, 1996.

ANNOUSSAMY, David. *Le droit Indien en marche*. Paris-França: Société de Législation Comparée, 2001.

BATH, Sérgio. *Notas in Arthashastra, de Kautilya*. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BHAGWATI, P. N. Democratização de Soluções e Acesso à Justiça. *Revista da AMB*, Brasília-DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, 2002.

BONNAN, Jean-Claude. *Jugements du Tribunal de la “Chaudrie” de Pondichéry – 1766-1817*. Pondichéry-Índia: Institut Français de Pondichéry, 1999.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo-SP: Martins Fontes, 1996.

SÉROUSSI, Roland. *Introduction au Droit Comparé*. Paris-França: Dunod, 2000.

10

LEI DE MERCADO E ANGÚSTIA DO JUIZ

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

RESUMO

Este artigo aborda a angústia dos juízes diante da lei de mercado. Pesa na alma dos magistrados a sacralização, em suas origens milenares, do exercício da jurisdição. Os sensíveis à percepção da dura realidade mundana abrigam na alma o burburinho conflituoso da subjetividade, em face dos fatos externos submetidos a julgamento. Torna-se difícil sustentar suas crenças. Todavia, não podem abdicar de sua responsabilidade social.

I. INTRODUÇÃO

Este artigo, inspirado em conferência ministrada pela professora Jeanine Nicolazzi Philippi, durante o II Curso “Jurisdição e Psicanálise para Magistrados”, aborda a angústia do juiz diante da lei de mercado.

Segundo a palestrante, o liberalismo econômico, o desenvolvimento da ciência e o extremismo democrático nos afastam do lado humano. O mundo contemporâneo é um “estado da natureza”, no qual prevalecem o comércio do gozo, a insensatez e a “banalidade do mal”, referida por Hannah Arendt. Nesse contexto, são alvos de achincalhe

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor da Escola Judicial *Desembargador Edésio Fernandes*, do TJMG, e de cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito.

pensadores e juristas dotados de visão social. Todavia, os magistrados não podem abdicar de sua responsabilidade social.

Após esta resenha introdutória, o segundo capítulo relacionará poder e jurisdição, destacando esta última como parte integrante do poder político estatal.

O terceiro capítulo abordará a origem etimológica dos termos “magistratura” e “jurisdição”, com sentido de grandeza no exercício da arte de ensinar, ao “dizer o direito”.

O quarto capítulo delineará a origem histórica da jurisdição, mesclada, em suas raízes milenares, com a atividade religiosa.

O quinto capítulo recorrerá às lições eruditas do magistrado francês Antoine Garapon, para discorrer sobre o ritual da jurisdição.

O sexto capítulo abordará o *princípio do juiz natural*, o dever de *imparcialidade* imposto aos magistrados e a *teoria pura do Direito*, de Hans Kelsen, contraditada pela visão ética de Georges Ripert.

O sétimo capítulo descreverá a angústia dos juízes diante da lei de mercado do mundo contemporâneo, verdadeiro “estado da natureza”, em que predomina a busca insensata do gozo, a qualquer preço.

Finalmente, em conclusão, será demonstrado que pesa na alma dos magistrados a sacralização, em suas origens milenares, do exercício da jurisdição.

Os magistrados, sensíveis à percepção da dura realidade mundana, abrigam na alma o burburinho conflituoso da subjetividade, em face dos fatos externos submetidos a julgamento. O turbilhão, provocado pelo discurso da “lei de mercado”, revolve a esfera íntima dos juízes. Torna-se difícil sustentar suas crenças.

A caminhada dos julgadores é árdua, mas não podem esmorecer. Como cita Dostoiévski, no clássico *Os Irmãos Karamázovi*, manterão sua crença até o fim, mesmo que todos os homens se hajam desviado, e louvarão a Deus, por terem sido os únicos a manter a fé.

2. PODER E JURISDIÇÃO

Para a compreensão do instituto *jurisdição*, é fundamental a noção do que seja *Estado*. Um agrupamento social episódico, sem duração e permanência, não pode ser qualificado como Estado (SIL-

VEIRA NETO, 1969:35). “Numa definição que se tornou clássica, o Estado é a Nação politicamente organizada, onde se estabeleceu, portanto, a diferença entre governantes e governados, ou seja, a constituição da autoridade” (PAUPÉRIO, 1979:35). É “uma sociedade à base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia sobre todas as demais instituições” (AZAMBUJA, 1973:4).

Com efeito, a convivência humana é social. A vida humana é, essencialmente, uma experiência compartilhada. A vida impõe, portanto, a formação de grupos sociais. Registrou Carlos Ari Sundfeld (1997:21-22):

A convivência, seja dos indivíduos no interior desses grupos, seja de cada grupo com os demais, depende de um fator essencial: da existência de regras estabelecendo como devem ser as relações entre todos. Em uma palavra: a convivência depende da organização.

Os integrantes de cada grupo social — uma família, uma empresa, um clube, uma cidade, um país, o mundo — vivem sob regras comuns. O grupo social pode ser definido, portanto, como a reunião de indivíduos sob determinadas regras.

Para existirem tais regras, alguma força há de produzi-las; para permanecerem, alguma força deve aplicá-las, com a aceitação dos membros do grupo. A essa força, que faz as regras e exige o seu respeito, chama-se poder.

Poder político “é a possibilidade efetiva que tem o Estado de obrigar os indivíduos a fazer ou não fazer alguma coisa, e seu objetivo deve ser o bem público”. Para Duguit, “o que sempre é preciso explicar é como, em um grupo humano determinado, há certos indivíduos que podem legitimamente impor sua vontade aos outros indivíduos, por legitimamente em movimento um poder irresistível de coação” (AZAMBUJA, 1982:47).

Afonso Arinos de Melo Franco definiu poder como “a faculdade de tomar decisões em nome da coletividade” (BONAVIDES, 1983:107). “O poder existe em qualquer organização social: é um fenômeno que acompanha a humanidade em todos os tempos, é inerente mesmo à própria estrutura social. Nesse sentido, tem

razão Maurice Duverger, quando afirma: ‘Na base de todo regime político, encontra-se o fenômeno essencial da autoridade, do poder, da distinção entre governantes e governados’ (SILVEIRA NETO, 1969:53). “O poder é um conceito normativo: define a situação daquele que tem o direito de exigir que os outros se verguem às suas diretivas numa relação social, porque o sistema de normas e de valores da coletividade na qual se desenvolveu esta relação estabelece este direito e o atribui àquele que dele se aproveita. Em geral, este direito de comandar está munido dos meios necessários para se exercer eficazmente: quer dizer que o poder se acompanha da força” (DUVERGER, 1983:152).

Ao desenvolver o tema, Sundfeld (1997:42-45 e 71) destacou a *teoria da separação de poderes*:

Para ser real o respeito da Constituição e dos direitos individuais por parte do Estado, é necessário dividir o exercício do poder político entre órgãos distintos, que se controlam mutuamente. A cada um desses órgãos damos o nome de Poder: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. A separação dos Poderes estatais é elemento lógico essencial do Estado de Direito.

Cada Poder (isto é, cada órgão) exerce uma espécie de função. (...)

Percebe-se a importância da separação dos Poderes no controle do exercício do poder político. Cada Poder corresponde a um limite ao exercício das atividades do outro. Assim, o poder freia o poder, evitando a tirania.

A formulação da teoria da divisão dos Poderes e funções do Estado é de Montesquieu, em sua obra clássica ‘Do Espírito das Leis’ (...): ‘Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos’. (...)

O Estado exerce as funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

Legislar significa inovar originariamente na ordem jurídica (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello), isto é, criar para as pessoas, em aplicação da Constituição, direitos e deveres anteriormente inexistentes. Só a lei (o ato produzido no exercício de função legislativa) inova originalmente na ordem jurídica. Lembre do

que ficou dito ao explicarmos a superioridade da lei: só ela define e limita o exercício dos direitos individuais.

Administrar significa aplicar a lei de ofício (Seabra Fagundes), isto é, aplicar a lei independentemente de provocação de qualquer pessoa. O ato administrativo (o ato produzido no exercício da função administrativa) não inova originariamente na ordem na ordem jurídica; apenas aplica concretamente a lei que, esta sim, produz as inovações jurídicas originárias. Por isso havíamos afirmado que o ato administrativo é norma situada, na pirâmide jurídica, abaixo da lei. A Administração Pública (que exerce a função administrativa) não depende de qualquer pedido ou requerimento para aplicar a lei: procede de ofício, por sua própria iniciativa.

Julgar significa aplicar a lei ao caso concreto conflituoso, sob provocação do interessado e com efeitos definitivos. A sentença (o ato produzido no exercício da função jurisdicional) também não inova na ordem jurídica, limitando-se a aplicar a lei anteriormente existente. Nisso se assemelha ao ato administrativo. Porém, o juiz (que exerce a função jurisdicional) não age de ofício. Só aplica a lei, para resolver um conflito, quando provocado por alguém nele interessado (o autor da ação). Por fim, a sentença transita em julgado, isto é, torna-se definitiva e imutável, depois de apreciados todos os recursos oferecidos pelos envolvidos no processo” (grifos no original).

Não destoou Marçal Justen Filho (2005:24-25):

O sistema de separação de Poderes cumpre melhor sua função na medida em que não haja um Poder absolutamente preponderante sobre os demais. A essência do princípio está na separação harmônica e na conjugação de Poderes.

Por outro lado, a independência absoluta de cada Poder geraria efeitos negativos, pois isso dificultaria seu controle.

Ademais, não há meio prático de impor que cada Poder (conjunto de órgãos) exercite um único tipo de função.

Por isso, cada um dos Poderes exercita preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função.

No caso brasileiro, todos os Poderes desempenham funções de natureza administrativa, ainda que seja para fins de organizar sua estrutura interna. Assim, tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Legislativo exercitam funções administrativas.

O Poder Judiciário também dispõe de poderes de natureza legislativa. A ele são reservadas certas competências no tocante à iniciativa de leis relevantes para fins judiciais. E, no âmbito interno, pode editar regulamentos para disciplinar seus serviços administrativos.

O Poder Legislativo é investido de poderes jurisdicionais em sentido próprio, no tocante a processos envolvendo os ocupantes de certas funções (por exemplo, Constituição, art. 52, I, que atribui ao Senado Federal competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente quanto a crimes de responsabilidade.

Já o Poder Executivo desempenha funções relacionadas com a legislação. Dispõe de iniciativa para desencadear o processo legislativo e de poderes de veto. Mas é titular da competência para editar atos de cunho normativo (regulamentos) e, no âmbito federal, também de competência para produzir medida provisória. Ademais disso, é investido de competência para compor litígios, inclusive envolvendo particulares.

Portanto, cada Poder não é titular exclusivo do exercício de uma função, mas é investido de uma função principal e, acessoriamente, do desempenho de outras.

A jurisdição, enfim, está próxima da administração, no que tange à individualização da lei; administração e jurisdição estão juntas na execução da lei, enquanto a legislação inova no mundo jurídico (FAGUNDES, 1984:3-13).

Note-se que a *tripartição dos poderes* poderia ter sido melhor designada *tripartição de funções*, pois o poder pertence ao povo. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são meras funções desempenhadas pelo Estado, que exerce o poder em nome do povo (BASTOS, 1995:149).

Deveras, o poder estatal é essencialmente unitário, o que não obsta a que, especialmente nas fases avançadas de sua evolução, tal poder se cinda e articule em vários órgãos que cumprem ações distintas, mas coordenadas, ao fim comum de todo o sistema (DEL VECCHIO, 1957:55).

Há tempos a regra da separação de poderes de Montesquieu perdeu sua razão de ser como meio de lutar contra o absolutismo.

Expirou como dogma da ciência, não havendo mais lugar, em nossa época, para a prática de um princípio rigoroso de separação (BONAVIDES, 1983:162). É também a ilação de Odete Medauar (1999:28):

Hoje, embora na maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação dos poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados. Alguns dados demonstram isso. Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas na âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, caso das medidas provisórias. Além do mais, verifica-se neste fim de século (XX) realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu; muitas instituições são dificilmente enquadráveis em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

3. MAGISTRATURA E JURISDIÇÃO: ETIMOLOGIA

O conceito de *jurisdição*, imprescindível ao desenvolvimento do nosso tema, é ditado por Cintra, Grinover e Dinamarco (1990:115):

Jurisdição (...) é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através de uma execução forçada).

Jurisdição vem “*do latim – juris-dictio – de jus – direito – dictio do verbo dicere – dizer; daí a expressão de sentido equivalente dizer o direito*” (PIMENTA, v. II, 1963:368) (grifos no original).

Os juízes integram a carreira da magistratura. Os termos *magistério* e *magistratura* também possuem origem no latim, *magisterium*, de *magister*, mestre (CUNHA, 1982:489). Também conforme De Plácido e Silva (1984:125-126), *magistério* origina-se do latim *magisterium*, de *magister* (que ensina). *Magistrado* deriva do latim *magistratus*, de *magister*, da raiz *mag*, formadora de *magnum* (grande).

Vale dizer: “Todo juiz, queira ou não, é docente. Em suas decisões está a ensinar as partes e a sociedade, a todos transmitindo a sua visão de justiça e a mais adequada concisão do justo, no caso concreto que lhe coube apreciar” (NALINI, 1997).

A carga etimológica da expressão *magistrado* pesa na alma dos juízes, vistos socialmente como seres diferenciados dos demais. Nos primórdios da história, aliás, eram seres quase divinos, como se verá a seguir.

4. ORIGEM HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO

Na aurora das civilizações, a função de “*dizer o direito*” era atribuída ao rei, chefe despótico que exercia cumulativamente os poderes de editar, executar e declarar o direito. Era a confusão dos três poderes, os quais só muito mais tarde se cindiriam em órgãos próprios (CASTRO NUNES, 1943:47).

A função de julgar é tão antiga quanto a própria sociedade. Em todo aglomerado humano, por mais primitivo que seja, o choque de paixões e interesses provoca desavenças, cuja solução é submetida a um juiz. Relatava Mário Guimarães (1958:19-20):

Na família – forma rudimentar da coletividade, juiz é o pai. No clã, é o chefe, em cujas mãos se concentram habitualmente, todos os poderes: é o rei, o general, o sacerdote, o legislador, o juiz.

Quando se torna a grei mais numerosa, crescem e se complicam as relações humanas. O rei, absorvido por outras atividades, máxime as de guerra, não terá tempo de prover a todos os dissídios do seu povo. Cometerá as funções a um preposto. Destaca-se, nesse momento, a entidade do juiz. Mero auxiliar do monarca, em cujo nome e por delegação de quem distribui Justiça, assim continuará, sob dependência dele, séculos em fora. Um dia, bem mais tarde, adquirirá prestígio e autoridade para

julgar os próprios reis. Tornar-se-á, então, poder autônomo cuja força irá defluir, não mais da vontade dos governantes, senão da soberania da nação.

Às vezes se manifestam, porém, desde muito cedo, tendências democráticas. São os membros da tribo que julgam e que deliberam, em assembleia, sobre as questões mais graves. Era essa a prática entre os germanos, ao que nos informam as narrações de TÁCITO, e entre os gregos dos tempos homéricos, ao que se diz na ‘Odisséia’.

Como quer que seja, quando os povos começam a penetrar na História, possuem já delineada a estrutura de juízes e tribunais, posto ainda se confundam atribuições judicantes, administrativas e religiosas.

Em Roma, sobressaía o papel dos magistrados. O Direito Romano não foi obra de um legislador de gênio, que houvesse abrangido, com um golpe de vista largo e penetrante, o conjunto das relações humanas suscetíveis de cair sob o império do Direito. Não criou o legislador regras duradouras e inflexíveis para disciplinar tais relações. Em parte alguma, como em Roma, o Direito sancionado pela prática judicial ultrapassou mais largamente o direito expressamente escrito nos textos legislativos (CRUET, [19...], p. 30).

5. O RITUAL DA JURISDIÇÃO

No conto *Da Majestade das Leis*, Anatole France (1978:11) descreveu a agonia do acusado perante o tribunal:

Toda a majestade da justiça está contida em cada sentença proferida pelo magistrado em nome do povo soberano. Jérôme Crainquebille, vendedor ambulante, ficou sabendo o quanto a lei é augusta quando foi conduzido à corte correcional por desacato a um agente de polícia. No salão soturno e portentoso, tomando assento no banco dos réus, viu ele os juízes, os escrivães, os advogados em suas togas, o meirinho com sua corrente, os gendarmes, e, por trás de uma balaustrada, as cabeças descobertas de espectadores silenciosos. E viu-se a si mesmo empoleirado numa cadeira elevada, como se ao comparecer perante a autoridade o próprio acusado fizesse jus a uma funesta honraria. Ao fundo da sala, entre os dois assessores, sentava-se o Senhor Presidente Bourriche, ostentando

no peito as palmas de oficial da Academia. Um busto da República e um Cristo crucificado encimavam o pretório, de sorte que todas as leis divinas e humanas estavam suspensas sobre a cabeça de Crainquebille. Aquilo lhe infundia um justificado assombro.

O magistrado francês Antoine Garapon publicou o substancioso livro *Bem Julgar – Ensaio Sobre o Ritual Judiciário* (1999), em que registra a impressão que os rituais judiciários suscitam no cidadão. Impressiona-o mais o espetáculo do que a discussão jurídica de fundo. Com efeito, antes de existirem leis, juízes e palácios de justiça, já existia um ritual. A obra descreve, por exemplo, como o espaço da sala de audiências é arranjado para culpabilizar e inibir o acusado, para o submeter à ordem judicial:

O simbolismo judiciário foi buscar muitos dos seus elementos à mitologia, à Bíblia, à história, entre outros domínios. (...)

Eram dispostos símbolos religiosos – crucifixos ou relicários – defronte dos olhos do juiz, de forma a lembrar-lhe a ética da sua função. Seguidamente, a imagem de Cristo emergiu por detrás do seu assento, criando um eixo de simetria com a pessoa do juiz que orientou progressivamente o espaço judiciário. Mas a ideia mantinha-se: recordar a todos – a começar pelo juiz – que os fundamentos da justiça são exteriores ao mundo terrestre e que Deus, ao reservar para Si o julgamento final das coisas e das pessoas, garante o seu bom funcionamento. O mundo do debate judiciário, como assinala Robert Jacob, permanecia profundamente humano e terrestre. ‘O teatro da audiência é construído em função de uma representação da delegação divina que se manifesta pela sobreposição do corpo do juiz e da imagem de Cristo. A distribuição do espaço, dos papéis e das funções e os gestos do debate judiciário ganham sentido quando relacionados com esse eixo primordial’ (R. Jacob, ‘Images de la justice’) (GARAPON, 1999:27 e 30).

Concluiu Jean Carbonnier (GARAPON, 1999:15):

Entre nós jacobinos, a noção permanece centralizada: é à justiça do Estado que solicitamos que se liberte dos ritos, de modo a tornar-se mais íntima e menos intimidante. Uma justiça acessível e familiar, é esse o desejo eterno.

No mesmo diapasão, Cappelletti e Garth (1988:22-24) identificaram barreiras a ser superadas para os indivíduos, sobretudo os hipossuficientes, terem efetivo acesso à justiça: 1) necessidade de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, 2) aquisição de conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda e 3) disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. E acrescentaram:

Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. (Um) estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que ‘até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado’. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.

Também defenderam a simplificação do Direito (1988:156):

Nosso Direito é freqüentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.

Em suma, a sacralização da atividade do jurisdicional reflete na figura do juiz, assim visto por Calamandrei (*Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados*, p. 30):

O juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata. Só se esse homem souber pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei certificar-me de que o direito não é uma sobra vã.

Mais que um galardão, o sacramento da jurisdição é um fardo que cada juiz carrega dentro da alma.

6. JUIZ NATURAL, IMPARCIALIDADE E PURISMO

Dispôs o artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial, que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusado em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Corroborava o artigo 14, inciso I, da Parte III do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (ONU):

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou para a determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil.

Igualmente o artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Brasileira de 1988: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Encarecem Cintra, Grinover e Dinamarco (1990:53):

As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o Juiz constitucionalmente competente. Desse modo a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos, vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida a discricionariedade de quem quer que seja. A Constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do Juiz competente no artigo 5º, inc. LIII.

À margem do *princípio do juiz natural*, ganha relevo a denominada *teoria pura do Direito*, de Hans Kelsen:

Chama-se *pura* porque seu escopo é o conhecimento do direito, desvinculado de todos os ‘elementos estranhos’. A ciência jurídica, sob a luz da Teoria Pura do Direito, nada tem a ver com a Psicologia, a Biologia ou a Sociologia, com a Ética, a Teologia ou a Política” (MATA-MACHADO, 1976:133) (grifo no original).

Critica-se o legalismo formal pelo afastamento do Direito da justiça (GARCIA DE LIMA, *Jurisprudência Mineira*, 151/27-46). Especialmente na América Latina, apontou Dalmo Dallari (1996:82-83) forte influência da teoria de Hans Kelsen, deturpada panfletariamente por muitos que se dizem kelsenianos, sem nunca terem lido um só de seus livros; ou por juristas que encontraram, em parte da obra do eminente teórico, um bom escudo para a sustentação de posições formalistas antidemocráticas e contrárias à ética e à justiça:

Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo, a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muito deles sejam juizes.

Segundo Urbano Ruiz, o juiz *kelseniano* crê no cumprimento do seu dever: bem ou mal, justo ou injusto, não é problema seu, porque não elaborou a lei (LEÃO, 1996:120).

Vigoroso contraponto à teoria pura de Kelsen encontramos em Georges Ripert, com a clássica obra *A Regra Moral nas Obrigações Civis* (2002):

...O mundo moderno, na sua organização jurídica, chegou a criar um direito que se basta a si próprio, ou continua dominado pela grande lei moral que depois de séculos de cristianismo governa a alma dos povos europeus? Eis o objetivo destas pesquisas. O seu único caráter original é que, feitas por um jurista, elas tendem a reencontrar o valor da lei moral nas regras mais técnicas do direito” (p. 20).

...Que o direito positivo é mais ou menos fundado sobre a ideia de justiça, toda gente sabe, e não serviria de nada demonstrar que a maior parte das instituições assentam sobre a necessidade de dar satisfação a esta ideia. Quando pretendo procurar a influência da lei moral na elaboração prática das regras de direito pelo legislador e pelo juiz, não entendo por lei moral qualquer vago ideal de justiça, mas essa lei bem precisa que rege as sociedades ocidentais modernas e que é respeitada porque é imposta pela fé, a razão, a consciência, ou simplesmente seguida pelo hábito ou pelo respeito humano” (pp. 22-23).

...A habilidade do governo consiste, também, em utilizar em seu proveito esta força moral do mesmo modo que utiliza as forças intelectuais e econômicas. Se uma lei corresponde ao ideal moral, a sua observação será facilmente assegurada; o respeito da lei apoiar-se-á sobre a execução voluntária e alegre do dever; a sanção será eficaz porque punirá os membros da sociedade reconhecidos como rebeldes ao dever. Se, pelo contrário, a lei vai contra o ideal moral da sociedade, será imperfeitamente obedecida, até ao dia em que, apesar da sua aplicação difícil, consiga deformar o ideal moral e apareça ela própria, como a tradução dum outro ideal.

Não é unicamente na elaboração da regra do direito que a moral intervém, mas, também na aplicação e interpretação da regra. O juiz é o legislador dos casos particulares. Tem, também, ele próprio, um papel de governante em relação aos queixosos que se lhe apresentam. O poder político sujeita o seu julgamento à lei porque a medida geral tem, sobre a ordem particular, a vantagem de permitir a ação regular e de evitar a arbitrária. Mas quando a lei é muda, obscura ou insuficiente, o juiz é soberano para dizer onde está o direito. Quanto mais se defende o poder do juiz e a autoridade da jurisprudência mais se levanta o poder intelectual contra o poder político. O juiz, escutando as diversas vozes que lhe vão ditar a sentença, é sensível, antes de tudo, à consideração da lei moral. Ele tem a convicção de que deve fazer reinar a justiça; é menos impressionado pela utilidade comum que pela equidade. Muitas vezes mesmo, quando o legislador tiver esquecido que a aplicação da regra jurídica pode, em alguns casos, chegar à violação da moral, o juiz imporá o respeito desta lei contra a regra do direito (p. 41-42).

7. LEI DE MERCADO E ANGÚSTIA DO JUIZ

Sacralizado em suas raízes milenares, o exercício da jurisdição pesa na alma dos magistrados. Alguns se investem de pretensos poderes divinos e se conduzem com a arrogância da suposta infalibilidade. Outros, sensíveis à percepção da dura realidade mundana, abrigam na alma o burburinho conflituoso da subjetividade em face dos fatos externos submetidos a julgamento. Incluo-me na segunda categoria.

Por isso, com grande proveito, participei, em novembro de 2011, em Natal (RN), do II Curso *Jurisdição e Psicanálise para Magistrados*, organizado pela Escola Nacional da Magistratura e Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

A professora Jeanine Nicolazzi Philippi proferiu interessante palestra intitulada *Sobre a responsabilidade e coisas afins*. Segundo ela, falta engajamento no compromisso de nos tornarmos humanos. As normas existem, mas continuamos nos atacando uns aos outros. O “domínio animal” nunca deixou de ser espécie de modelo para os humanos. Buscamos o “gozo perfeito”. O liberalismo econômico, o desenvolvimento da ciência e o extremismo democrático nos afastam do lado humano. A lei de mercado torna-se postulado absoluto.

Conforme Sigmund Freud, no texto *Futuro de uma ilusão*, se nos fosse permitido apropriar de objetos alheios, satisfazer impulsos sexuais e extravasar a agressividade, não teríamos mais desejos a realizar. A lei é um operador simbólico, existente desde as antigas civilizações.

Para Jacques Lacan, toda formação social tem por missão barrar o gozo absoluto. A perda é ligada à condição humana. O sujeito pervertido resiste à impossibilidade de gozo total.

O mundo contemporâneo é um *estado da natureza*. Prevalecem o comércio do gozo, a insensatez e a *banalidade do mal*, referida por Hannah Arendt.

A educação desempenha importante papel, quando ensina as pessoas a ter limites. Todavia, é difícil educar indivíduos em meio a essa

cultura de gozo absoluto. A lei de mercado vigora como *novo direito natural*. O consumismo é satisfação do gozo.

Os meios de comunicação estimulam o gozo sem limites. Estabeleceu-se o *senso comum midiático*. Ninguém pensa e todos repetem mecanicamente o discurso da mídia. Não há compromisso com o saber. No entanto, o excesso de gozo leva à exaustão. É necessário haver limites.

A professora Jeanine mencionou execuções públicas festejadas pelas pessoas, como as mortes de Saddam Hussein, Osama bin Laden e Muammar Kadafi, em nome da “democracia”...

Em perfeita sintonia com a reflexão da conferencista, o teólogo Leonardo Boff (2011) discorreu:

Hoje vigora vastamente uma erosão de valores éticos que normalmente eram transmitidos pela família, escola e sociedade. Essa erosão fez com que as estrelas-guia do céu da ética ficassem encobertas por nuvens de interesses danosos para a sociedade e para o futuro da vida e o equilíbrio da Terra.

Não obstante essa obscuridade, importa reconhecer a emergência de novos valores ligados à solidariedade internacional, ao cuidado para com a natureza, à transparência nas relações sociais e à rejeição de formas de violência política e da transgressão dos direitos humanos. Mas nem por isso diminuiu a crise de valores, especialmente no campo da economia e das finanças, que são as instâncias que definem os rumos do mundo e dos assalariados.

As crises recentes denunciaram especuladores instalados nas bolsas e nos bancos, cujo volume de rapinagem de dinheiros alheios quase levou à derrocada o sistema financeiro mundial. Em vez de estarem na cadeia, tais velhacos voltaram à especulação e à apropriação dos bens comuns da humanidade. Essa atmosfera de anomia e de vale-tudo, que se espraiou também na política, faz com que o sentido ético fique embotado e as pessoas se sintam impotentes, condenadas à amargura ácida e à resignação humilhante.

Movido por tão profundas meditações, refleti que a rebelião no mundo árabe expandiu-se com o emprego da mais importante ferramenta do século XXI, a *internet*. Os mais entusiasmados deram-lhe

o poético apodo de “Primavera Árabe”. Todavia, a rebelião da Líbia terminou com a provável tortura, empalação e assassinato do ditador Muammar Kadafi (revista *Veja*, 28.10.2011). A quimera do terceiro milênio foi maculada pelo regresso à barbárie primitiva...

Recordei a saga de *Antígone*, de Sófocles, na célebre tragédia grega. Creonte, tirano de Tebas, determinou que o corpo de Polinice, morto em disputa pelo trono, ficasse exposto às aves carnívoras. Antígone, irmã de Polinice, desafiou o rei:

– Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que por isso me venham a punir os deuses! Que vou morrer, eu bem sei; é inevitável; e se morrer antes de meu tempo, isso será para mim uma vantagem, devo dizê-lo! Quem vive, como eu, no meio de tão ltuosas desgraças, que perde com a morte: Assim, a sorte que me reservas é um mal que não se deve levar em conta; muito mais grave teria sido admitir que o filho de minha mãe jazesse sem sepultura; tudo o mais me é indiferente! Se te parece que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de loucura!.

Antígone é precursora do *jusnaturalismo* (MATA-MACHADO, 1976:59), assim definido por Joaquim Pimenta (v. I, 1963:374):

Sistema de filosofia jurídica com fundamento na ideia de que o direito (*jus*), antes de se concretizar em um corpo de normas (direito positivo) pressupõe um conteúdo ético de princípios, de conceitos, preexistentes aos costumes e à lei, os quais se tornam em dados racionais, apriorísticos, por não dependerem ou decorrerem da experiência e da vontade do homem, mas da própria *ordem natural* das coisas, que tanto rege o mundo físico e os seus fenômenos, com a sociedade e as instituições (grifos no original).

CARL FRIEDRICH (1997:56-57) assinalava:

La filosofía estoico-ciceroniana del derecho tiene sus raíces en una ética racional a la que se adjudica una validez universal, como ley de la naturaleza humana. Esta ley, como todas las leyes de la naturaleza, es la razón inherente a la naturaleza toda; tal vez pudiéramos decir, más exactamente, que es su significado. Por tanto, podemos y debemos derivar leyes de esta ley (a lege ducendum est juris exordium), porque esta ley, la ley natural, es la fuerza de la naturaleza (naturae vis) y, por tal motivo, es la norma que define lo que es bueno y lo que es

malo. El cumplimiento de esta ley natural es tarea impuesta a los diversos estados (civitates) que expressan la verdadera ley en las normas del jus gentium, común a todas ellas. Cada comunidad, sin embargo, tienen su próprio jus civile, válido sólo para sus ciudadanos, ya que toma en consideración las condiciones especiales, tanto espirituales como materiales, que son peculiares de tal comunidad. Pero ni el jus gentium ni el jus civile deberán estar en conflicto con el jus naturale. Si lo están, tales normas no son verdaderas leyes, sino mandatos arbitrarios” (grifos no original).

Observou a professora Jeanine que a *lei de mercado* vigora hoje como *novo direito natural*. Já tive oportunidade de refletir a esse respeito (GARCIA DE LIMA, *Direito, Economia e Corrupção*, 2009):

No mundo contemporâneo – inclusive em nosso país – surgem cada vez maiores tensões entre o Direito e a Economia. Segundo Giorgio Del Vecchio, as considerações meramente econômicas representam apenas um dos aspectos da realidade, a qual, em concreto, é sempre mais alguma coisa do que econômica (1952:229 e 258):

‘O direito, como princípio universal de operar, domina, com a moral, todas as ações humanas e, portanto, também as que tendem à satisfação das necessidades e à aquisição dos bens materiais. Domina todos os motivos humanos e, portanto, também os de natureza egoística e utilitária. Numa palavra, o direito domina a Economia’.

O renomado constitucionalista alemão Peter Häberle também é crítico da subordinação do Direito ao mercado (in *Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo*, revista *Direito Público*, nº 13, pp. 113-114):

‘A ‘economização’ de quase todos os domínios da vida, propagando-se largamente, (‘mercado mundial’) é igualmente um desafio. Há de servir de ajuda, aqui, a noção de que os mercados têm um significado apenas instrumental. O homem é a medida de todas as coisas, não o mercado, que não possui um fim em si próprio; o capitalismo tem de ser ‘domado’ (Gräfin Dönhoff), por muito criativo que possa ser o mercado, como ‘procedimento de descoberta’ (F. A. von Hayek).

‘A prevenção dos riscos conduz ao perigo de uma teoria da insuficiência do sistema, leva ao renascimento de um pensamento

radicado na idéia do estado de exceção, como foi típico e fatídico no período final de Weimar.

‘A conservação do ‘Estado Social’, positivado em tantas constituições mais recentes, num tempo economicamente difícil, é mais um desafio, que está para ficar (limites da privatização?)’.

Entretanto, o fenômeno da *globalização econômica* faz com que os mercados globalizados obstem a capacidade dos governos nacionais de condicionar politicamente o ciclo econômico. É crescente a integração dos sistemas financeiros e econômicos, em escala global. Aumenta a capacidade dos movimentos mundiais de capital de condicionar as posturas internas. Não são apenas as economias nacionais que se inserem nas fronteiras dos estados, pois os estados também estão inseridos nos mercados. O peso determinante dos processos econômicos – em particular os financeiros – transformou os atores econômicos transnacionais em poderosos competidores dos estados nacionais. São transpostas barreiras comerciais e abertos novos mercados. Aos atores políticos reserva-se somente a “tarefa de recriar, em nível global, as tradicionais garantias de segurança jurídica própria do direito privado nacional” (GREBLO, 2005:30-32).

Nesse contexto, cabe aos magistrados analisar cada caso em suas circunstâncias peculiares. *Não podem desprezar o impacto macroeconômico das suas decisões.* O economista Armando Castelar, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sustentou que abalam o mercado de crédito a ineficiência do Poder Judiciário e as decisões judiciais causadoras de insegurança jurídica (Folha de São Paulo, 19.02.2003). Igualmente, argumenta Fábio Ulhoa Coelho (Revista da Escola Nacional da Magistratura, 2/86):

‘A instabilidade do marco institucional manifesta-se por vários modos. Um deles é a jurisprudência desconforme ao texto legal. Se a lei diz ‘x’, mas sua aplicação pelo Judiciário implica ‘não-x’, os investimentos se retraem. O investidor busca outros lugares para empregar seu dinheiro; lugares em que ele tem certeza das regras do jogo e pode calcular o tamanho do risco (que sempre existe em qualquer empreitada econômica). Numa economia globalizada, ele os encontra com facilidade. Tanto o investidor estrangeiro começa a evitar o país com marco institucional instável, como o nacional passa a considerar outros países como alternativa melhor para seus investimentos’.

A magistratura brasileira tem se confrontado com a tensão entre a justiça e a segurança jurídica ou a estabilidade econômica. O ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, refletiu (Impacto das Decisões Judiciais na Concessão de Transportes, Revista ENM, nº 5, p. 12):

‘Se nós oferecemos uma justiça caridosa, se nós oferecemos uma justiça paternalista, se nós oferecemos uma justiça surpreendente que se contrapõe à segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, evidentemente que isso afasta o capital estrangeiro, como afasta o capital das grandes corporações. É o que sucede com o não-cumprimento de tratados, o não-cumprimento de laudos arbitrais convencionados previamente... Isso, segundo a Corte Especial, aumenta o que se denomina ‘Risco Brasil’.

Em contraponto, vem a lume preleção de Fábio Konder Comparato (*Saudação aos Novos Juízes*, 1997):

No apogeu do Renascimento, quando a perspectiva exaltante de que o homem, enfim, graças à extraordinária acumulação de conhecimentos, tornar-se-ia ‘senhor e possuidor da natureza’, Rabelais advertiu, pela boca de um de seus personagens, que ‘ciência sem consciência é a ruína da alma’. (...)

A ciência jurídica, despida de consciência ética, arruína a sociedade e avilta a pessoa humana. E esse resultado funesto produz-se de modo ainda mais humilhante e ignominioso quando os agentes da desumanização jurídica são justamente aqueles a quem se confiou a missão terrível de julgar os seus concidadãos.

Com efeito, apontou Jorge Miranda (1997:33):

O Direito é uma realidade cultural, indesligável das demais experiências humanas, e existe uma comunicação constante e dialéctica entre normas e factos. Os valores jurídicos incidem sobre os factos e estes, por seu turno, por vias múltiplas, projectam-se nas normas e no entendimento dos valores. Não quer isto dizer que as normas sejam determinadas ou condicionadas mecanicamente pelos factos, mas não pode aperceber-se esta ou aquela norma desinserida da situação para a qual está formulada ou das conseqüências da sua efectivação, nem aperceberem-se os factos sociais à margem da sua modelação pelas normas.

Em seara jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça foi vanguardeiro ao decidir:

A norma de sobre-direito magistralmente recomenda ao Juiz, na linha da lógica razoável, que, ‘na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’. Em outras palavras, é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade (Recurso Especial n. 64.124-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça-MG, Diário do Judiciário-MG, 16.05.1997).

Urge preocupar-se com o Direito Justo. A justiça social não pode ser postergada. Toda lei tem a ampará-la uma norma, um princípio. A lei é mero compromisso histórico com o Direito. Se ele não realiza a justiça, deve ser corrigido. Palavras de RADBRUCH: ‘não se pode definir o Direito, inclusive o Direito positivo, senão dizendo que é uma ordem estabelecida com o sentido de servir à Justiça (Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 75.864-SC, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, idem, Diário do Judiciário-MG, 23.05.1997).

Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeição aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina (Recurso Especial n. 162.998-PR, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diário do Judiciário da União, 01.06.1998).

Se a interpretação por critérios tradicionais conduzir à injustiça, incoerências ou contradições, recomenda-se buscar o sentido equitativo, lógico e acorde com o sentimento geral (Recurso Especial nº 122.499-SP, Min. Milton Luiz Pereira, Diário do Judiciário da União, 15.05.2000).

8. CONCLUSÃO

Neste ensaio, assinalamos que pesa na alma dos magistrados a sacralização, em suas origens milenares, do exercício da jurisdição.

Os magistrados, sensíveis à percepção da dura realidade mundana, abrigam na alma o burburinho conflituoso da subjetividade, em face dos fatos externos submetidos a julgamento. O turbilhão, provocado pelo discurso da “lei de mercado”, revolve a esfera íntima dos juízes. Torna-se difícil sustentar suas crenças.

Já assinalei (GARCIA DE LIMA, *Fé e Liberdade*, 2009) que somos extremamente vulneráveis às tentações mundanas. Os primeiros cristãos, porque pregavam a justiça e a fraternidade, sofreram perseguições e massacres dos poderosos de então.

Tortuoso também é o caminho daqueles que cultivam a fé política. Segundo Bertrand Russel (1955:15), desde Platão os pensadores formulam utopias e preconizam o mundo ideal para mitigar os sofrimentos do homem. O objetivo desses homens notáveis não é o progresso pessoal. Expressam a esperança de pensadores solitários, enquanto a maioria dos seres humanos passa pela vida sem se preocupar com o sofrimento dos semelhantes. Os líderes políticos, que buscam pôr em prática as ideias desses filósofos, são igualmente solitários. Quase sempre as massas de indivíduos os ignoram, pois estão sufocadas pela labuta diária e temem represálias dos detentores do poder.

Da mesma maneira, a utopia da Justiça requer pessoas de fé. No mundo contemporâneo, a fé jurídica exige alta dose de coragem. Vivemos o apogeu do individualismo, apregoado pelos neoliberais. É verdade que o pensador francês Alain Touraine (1998) proclamou já ser hora de eleger como prioridade sair do liberalismo, e não ingressar nele. Deveria ser prioritária a reconstrução do sistema político, com o abandono da perigosa ideia de que os mercados podem regular a si mesmos. O desemprego em massa, a queda do nível de vida para muitos e o aumento das desigualdades, não são apenas variáveis econômicas. São, sobretudo, vidas e sofrimentos, concluiu Touraine.

No entanto, pensadores e juristas dotados de visão social são desqualificados como “neobobos”, ultrapassados e descompromissados com a “governabilidade” do país. A consciência da justiça social é retribuída com achincalhe.

Para Ruy Rosado De Aguiar Júnior (1998), os juízes não desenvolvem atividade discricionária e neutra. Devem atuar inspirados pelas regras e princípios adotados, implícita ou explicitamente, pelo sistema jurídico do Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 espera dos julgadores, aos quais garante independência institucional e funcional, a utilização da liberdade de julgar para a realização dos valores por ela abraçados. Por isso, todo magistrado tem responsabilidade social.

O saudoso filósofo, jurista e político André Franco Montoro (1997), assinalava o intento de se construir um mundo sem ética. Todavia, essa ilusão se transforma em desespero. No campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, têm resultado desalentador e muitas vezes trágico.

José Renato Nalini (1997:23) apregoa a *insurreição ética dos juízes*, com mudança de consciência:

O destino do Juiz no milênio próximo é liberar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social. Um solucionador de conflitos, um harmonizador da sociedade, um pacificador. A trabalhar com categorias abertas, mais próximo à equidade do que à legalidade, mais sensível ao sofrimento das partes, apto a ouvi-las e a encaminhar o drama para uma resposta consensual. Enfim, um agente desperto para o valor **solidariedade**, a utilizar-se do processo como instrumento de realização da dignidade humana e não como um rito perpetuador de injustiças (grifo do autor).

Igualmente, Antoine Garapon (1999:315-316):

O ato de julgar não pode ser reduzido a uma operação estritamente intelectual, já que mais não seja pelo fato de os julgamentos mais delicados envolverem pessoas. Julgar uma pessoa não passa apenas por apreciar um ato, mas também por penetrar num encadeamento de eventos inextricáveis e imputar um deles a uma história em particular. Isso exige que se tome consciência de que aquele que julga partilha a condição daquele que é julgado. Será possível colocar-se fora da vida, abstrair-se de sua própria humanidade? Julgar é um distanciamento permanente, um trabalho iniciado pelo símbolo e concluído pelo discurso.

Uma vez terminados os debates os debates, o juiz não fica completamente livre desse trabalho de distanciamento. O rito não é apenas uma bola de ferro presa à perna do juiz, é também um meio de este último se emancipar de si mesmo. É disso testemunha a ritualização da deliberação, ou até a própria decisão.

A caminhada dos magistrados é árdua, mas não podem esmorecer. Sempre recordarão a máxima de Fiódor Dostoiévski, no clássico *Os Irmãos Karamázovi*:

Crê até o fim, mesmo que todos os homens se hajam desviado e tenhas ficado fiel sozinho; leva então tua oferenda e louva a Deus, por teres sido o único a manter a fé.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Política e Social dos Juízes nas Democracias Modernas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 751.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 4. ed., Porto Alegre: Editora Globo, 1982.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 5. ed., Porto Alegre: Editora Globo, 1973.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

BOFF, Leonardo. A difícil busca da autorrealização num mundo erodido de valores. *O Tempo*, Belo Horizonte, Seção *Opinião*, 4 nov. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados*. Trad. Ary dos Santos, 7. ed., Lisboa: Clássica, sem data.

CAMPOS, Amini Haddad (Coord.). *Constituição, Democracia e Desenvolvimento, com Direitos Humanos e Justiça*. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryanth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO NUNES, José de. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed., São Paulo: RT, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. Os Valores do Direito Comercial e a Autonomia do Judiciário. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília. n. 2, p. 82-89, out. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Saudação aos Novos Juízes (discurso proferido por ocasião do vitaliciamento de juízes estaduais de São Paulo, em 11.11.1996). *Revista Cidadania & Justiça*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, n. 3, p. 291-293, 1997.

CRUET, Jean. *A Vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Aillaud e Bertrand, [19...].

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: RT, 1996.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

_____. *Teoria do Estado*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho, São Paulo: Saraiva, 1957.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

DUVERGER, Maurice. *Sociologia da Política*. Trad. Antônio Gonçalves. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANCE, Anatole. *A Justiça dos Homens*. Trad. João Guilherme Linke. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, trad. Margarita Álvarez Franco, 1997.

FUX, Luiz. Impacto das Decisões Judiciais na Concessão de Transportes. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros. n. 5, p. 8-21, maio 2008.

HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. *Revista Direito Público*. Brasília: Síntese, n. 13, p. 99-120, jul./set. 2006.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar – Ensaio Sobre o Ritual Judiciário*. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros; *Direito, Economia e Corrupção*. In: CAMPOS, Amini Haddad (Coord.). *Constituição, Democracia e Desenvolvimento, com Direitos Humanos e Justiça*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Fé e Liberdade. *Revista da Academia de Letras de São João del-Rei*, ano III, n. 3, p. 229-230, 2009.

_____. O Poder Judiciário no Terceiro Milênio. 1999. Monografia vencedora I Concurso de Monografias do TJMG. *Jurisprudência Mineira*, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 151, pp. 27-46, jan. / mar. 2000.

GREBLO, Edoardo. *Globalización, Democracia, Derechos*. Trad. Heber Cardoso, Buenos Aires: Nueva Visión, 2005.

GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEÃO, Alfredo. *Justiça: Realidade ou Utopia?* São Paulo: LTr, 1996.

MATA-MACHADO, Edgard de Godói da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Vega, 1976.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. I.

MONTORO, André Franco. Retorno à Ética na Virada do Século, *In*: MARCÍLIO, Maria Luiza; RAMOS, Ernesto Lopes (Org.). *Ética na Virada do Século – Busca do Sentido da Vida*. São Paulo: LTr, 1997, p. 13-26.

NALINI, José Renato. A Pós-Modernidade e a Profissão do Juiz. *Revista Justiça e Democracia*, Associação Juízes para a Democracia, São Paulo: n. 3, p. 73-88, 1997.

_____. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: RT, 1997.

PAUPÉRIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado: Direito Político*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Sobre a responsabilidade e coisas afins*, palestra proferida durante o II Curso “Jurisdição e Psicanálise para Magistrado”. Natal-RN, 10 nov. 2011.

PIMENTA, Joaquim. *Enciclopédia de Cultura*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. I e II.

REI Édipo – Antígone – Prometeu Acorrentado (Tragédias Gregas). Trad. J. B. Mello e Souza. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

REVISTA Veja, São Paulo: Ed. Abril, Coluna do Ricardo Setti, 28 out. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti>>.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Trad. Osório de Oliveira, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2002.

RUSSEL, Bertrand. *Caminhos para a liberdade*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1955.

SILVEIRA NETO. *Teoria do Estado*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1969.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TOURAINÉ, Alain. Um Equilíbrio Precário, *Folha de S. Paulo*. Caderno Mais!, p. 3, 21 jun. 1998.

11

DE KANT A JOBS: REFLEXÕES SOBRE A LIBERDADE DE CONTRATAR NA PÓS-MODERNIDADE

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes¹

O Professor: Minha senhora! Afinal de contas temos os nossos princípios. Os princípios da civilização ocidental.

Claire Zahanassian: Então, que querem de mim?

O Professor: Infelizmente, a população de Güllen andou fazendo compras.

Claire Zahanassian: Está endividada?

O Professor: De modo irremediável.

Claire Zahanassian: Apesar dos princípios?

Friedrich Dürrenmatt (A Visita da Velha Senhora)

RESUMO

O ensaio tem por objetivo discutir a liberdade de contratar no mundo pós-moderno, em razão das estratégias mercadológicas contemporâneas, bem como a função do juiz de realizar a análise da relação contratual e decidir de acordo com os deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva, máxime quando também está o julgador inserido em uma sociedade de padrões de consumo massificados.

Palavras-chave: Direito. Contratos. Liberdade. Juiz. Deveres. Ética.

¹ Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte – Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos de hiperconsumo, por vezes aflitivos, a inserção no mercado passou a significar para muitos a concretização do mote da Revolução Francesa: Liberdade de escolher o que consumir, como exercício da autodeterminação individual; Igualdade fundamentada no sentimento de pertença, relativo ao grupo cada vez maior daqueles que podem adquirir os produtos, paulatinamente mais acessíveis, disponibilizados no mercado; Fraternidade, por vezes identificada como a possibilidade do cidadão-consumidor perceber-se como agente ativo no mercado, no mesmo patamar dos empresários-fornecedores.

Todavia, quando aceitamos restringir a dignidade da pessoa àqueles que participam do mercado, espaço etéreo onde se realizam as operações econômicas, corremos o risco de resumir o cidadão ao *homo economicus*, bem como empobrecemos a perspectiva do argumento jurídico diante do falso pressuposto de que os princípios e regras – entre estas a da oferta e procura – a serem observados já foram dispostos pelo mercado.²

Em um mundo econômico onde o principal não é vender produtos, criados aos borbotões, mas, sim, imagens e experiências elaboradas sobre uma plataforma massificada, a relação contratual formal passa a ser apenas um detalhe do protocolo de venda do objeto desejado.

Qual seria então o papel dos juízes inseridos em uma sociedade de consumo de massa quanto à análise da relação contratual?

A massificação de procedimentos e decisões judiciais, com a realização de mutirões de conciliação e a formulação de enunciados pelos tribunais superiores, por vezes representando decisões de caráter não apenas persuasivo, embora sirvam de parâmetro para os operadores econômicos avaliarem os custos de determinada estratégia, seria

² Cf. Bauman (2011a, p.90) “Como convém a uma sociedade de consumidores como a nossa, a cultura hoje é constituída de ofertas, e não de normas. Assim como afirmou Boordieu, a cultura vive de sedução, não de regulação normativa; de relações públicas, não de policiamento; da criação de novas necessidades, desejos, carências e caprichos, não de coerção. Esta e uma sociedade de consumidores, e, tal como o resto do mundo, experimentamos o mundo como consumidores”.

o caminho para o Judiciário cumprir sua verdadeira função de dar aplicação e significado concreto aos valores civilizatórios?³

Em caso positivo, como ficaria a análise pelo juiz dos deveres de conduta, representados pelo artigo 422 do Código Civil,⁴ norma de ordem pública que tem como paralelo o código de obrigações alemão reformado, que exigem a observância do caso individualizado, afastando a industrialização das decisões?

E, mais a fundo, não seria cogente a análise artesanal sobre a existência da própria liberdade contratual, caso se reconheça que as regras já foram dispostas pelo mercado e as estratégias mercadológicas atuam exatamente na formação da vontade do cidadão?

Não seria mais lógico tratar o endividamento como uma anomalia patológica do mercado, que deve ser evitada por uma ação causal, do que um efeito natural – e até esperado por certas entidades financeiras⁵ –, possibilitando a discussão da formação lícita da vontade, em vez de gastar toda a energia criando formas de atenuar as consequências deletérias do consumo desenfreado, não perdendo de vista o espectro ilícito que vai da fraude – inclusive processual – realizada pelo pseudocliente estelionatário até a farra dos contratos derivativos de crédito *subprime*?

Em um mundo no qual o endividamento é estimulado pelo próprio governo, tornando-se a política creditícia questão de Estado e fonte de fissuras no relacionamento internacional, até que ponto é crível que

³ O Poder Judiciário tem a tarefa política maior de buscar a harmonia entre os dispositivos legais e os valores em conflito, de forma justa e equitativa, dando, nas palavras de Owen Fiss (2004, p. 114), aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição, atividade que só se legitima em razão do consentimento democrático e que é baseada na idoneidade do Judiciário para realizar seu mister.

⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁵ Cf. Bauman (2011a, p. 64-65) os consumidores impulsivos e imprevidentes que acabam por se endividar são as fontes constantes de lucros das empresas de crédito, pois se tornam eternas pagadoras de juros, motivo pelo qual as financeiras “*prometam tudo o que for preciso a fim de atrair as pessoas para a ciranda dos empréstimos, na expectativa de que, uma vez lá dentro, os clientes não encontrem solução mais fácil do que continuar a fazer dívidas*”.

o Judiciário não esteja sendo transformado em mero instrumento de legitimação de práticas econômicas?

Até onde os juízes estão a fazer por merecer o poder que lhes foi outorgado pelo consentimento democrático, levando em conta, na linha de Owen Fiss (2004), que o dever do juiz não é servir ao mercado, mas sim determinar se este deve prevalecer?

Em uma sociedade líquida, nos dizeres de Bauman (2011b), com a santificação de práticas mercadológicas, que estariam a hipotecar o futuro das gerações vindouras, qual é o papel do juiz?

Afinal, só existe vida no mercado ou é necessária a urgente proteção dos demais valores civilizatórios?

2. LIBERDADE KANTIANA

Na esteira das observações de Sandel (2011) sobre a obra de Immanuel Kant, a dignidade humana está umbilicalmente vinculada ao fato de sermos seres racionais, com capacidade de agir e escolher livremente. Mas tal liberdade não deve ser confundida com a possibilidade de realizar trocas negociais no mercado, pois esta última situação se traduz apenas na eventual satisfação de desejos que por vezes não escolhemos.

Os pensamentos utilitarista, libertário e pragmático clássico, que continuam a pautar a ação daqueles que acreditam na plena liberdade e justiça nos negócios realizados no mercado, afastados da regulação estatal, tem por base o ideal de maximização da riqueza/felicidade da sociedade. Todavia, a moral para Kant estaria fundamentada no respeito às pessoas, como fins em si mesmas (imperativo categórico) e não como meios para obtenção de outro objetivo (imperativo hipotético).

Para Kant, a razão não seria instrumental (voltada a maximizar a utilidade por meio da satisfação dos desejos), mas sim prática e pura, o que nos obriga a determinar os objetivos a seguir levando em conta a dignidade do outro, decorrente de sua humanidade.

Como a liberdade estaria ligada à capacidade de raciocinar, quando somos conduzidos pela nossa natureza senciente, em busca da satisfação de desejos que nos são impostos por uma determinação exterior (heteronomia), nossa vontade não pode ser considerada livre, já que nós nos tornamos meros instrumentos, e não autores do nosso destino.

Quando nossos desejos são condicionados socialmente pelas ações mercadológicas, não perdendo de vista que nossas escolhas flamarão entre as alternativas previamente apresentadas e colocadas aos nossos olhos, faz-se importante trazer a lume a reflexão de Sandel (2011, p. 149) no sentido de que se você não escolheu livremente os desejos que lhe são apresentados, como podes imaginar-se livre ao tentar realizá-los?

A vontade de um homem livre não poderia ser dependente de seus desejos, pois o outro deve ser visto como um fim, observando a sua humanidade como valor intrínseco, o que nos leva ao princípio ético da outricidade e a responsabilidade moral por nossos atos.

A liberdade de escolha no mercado não seria verdadeira, dentro dessa perspectiva, pois a ação do consumidor seria empírica, instrumental e heterônoma, fruto de uma inclinação ou condicionamento anterior.

A igualdade, por sua vez, seria ilusória, pois o consumidor não atuaria como arquiteto do negócio ou mesmo participaria da formulação do próprio desejo.

Discutível igualmente a existência de fraternidade, já que a sociedade de massas potencialmente desumaniza e dilui a responsabilidade moral, máxime quando o fornecedor de bens e serviços é institucionalizado e despersonalizado.

As decisões judiciais nesse mundo seguem trilha perigosa quando são industrializadas, pois servem de instrumento de coisificação do homem, transformando os contratantes em estatísticas e legitimando regras impostas pelo mercado.

Mais forte se torna a advertência de Fiss quando percebemos que agir com liberdade não se resume na escolha das melhores formas para atingir determinado fim, como lembra Sandel (2011, p. 141-142), mas, sim, escolher o fim em si.

3. DESEJOS E ANSIEDADE NA GERAÇÃO DE JOBS

Abraham Maslow desenvolveu a teoria da necessidade como fator motivador, apresentando uma hierarquia de necessidades, pela qual a satisfação de uma necessidade básica provocaria a busca da satisfação da necessidade do nível imediatamente superior. Por outro lado,

a insatisfação de uma necessidade leva a um estado de ansiedade, facilmente explorado pelos fornecedores de bens e serviços.

A necessidade fisiológica, base da pirâmide de Maslow, como esta ligada à sobrevivência, significa também um mundo de oportunidades para as indústrias farmacêutica e de alimentos, máxime em uma sociedade hedonista que preza a aparência física como sinônimo de saúde e sucesso e busca a longevidade.

O segundo patamar, a necessidade de segurança, significa também estar inserido na sociedade de informação, em que não estar conectado leva à sensação de desamparo, pois a pessoa passa a se considerar um *outsider* em seu próprio mundo.

As necessidades sociais, que envolvem diretamente o sentimento de pertença, podem ser por vezes transmutadas na perigosa sensação de participar de uma tribo urbana, com desejos compartimentados, em razão da falsa fraternidade no mercado.

As necessidades até então mencionadas não se traduzem em fatores desmotivadores, pois a tensão provocada pela sua ausência conduz o consumidor a atuar em busca do alívio de sua ansiedade, situação que pode ser habilmente manipulada nas relações mercadológicas.

A necessidade de estima acaba por ser influenciada pelas expectativas sociais moldadas pelo interesse econômico.⁶

Aliás, os estímulos de consumo internalizados se estratificam como cultura, acabando por criar um modo de vida e a influenciar ações dos cidadãos.⁷ Tal assertiva pode ser exemplificada pela indústria do tabaco.

⁶ Voltando a Bauman (2011a, p. 85), a estima social passa significar ter valor de mercado e o medo de ser alijado do circuito social, a insegurança de não saber se nossas preferências são corretas de acordo com a frenética moda.

⁷ HALL (2011, p. 11) explica que as sociedades modernas são sociedades de mudanças constantes que trazem subseqüentes rupturas com o passado, com a tradição, criando uma crise de identidade. O indivíduo pós-moderno não tem uma identidade fixa ou permanente e esta é transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam. À medida que os sistemas de representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade de desconcertantes e cambiantes identidades possíveis, com cada uma que nós podemos nos identificar – ao menos temporariamente.

Em verdade, gerações foram inundadas com imagens de Humphrey Bogart charmosamente tragando o seu cigarro em filmes clássicos ou músicas do Van Halen servindo de fundo para manobras esportivas radicais em propagandas de cigarro. O efeito foi devastador. A associação do cigarro com o sucesso foi categórica, ainda mais que os efeitos deletérios do tabaco não são imediatos.

O neurocientista Buonomano (2011) lembra que o *marketing* trabalha com a capacidade do cérebro de criar associações em curto tempo, construindo uma experiência artificial que será virtualmente vivenciada pelo consumidor por meio de exposições midiáticas sistemáticas.⁸

A partir dos anos 2000, quando a propaganda de cigarros começou a ser proibida no Brasil e o Ministério da Saúde passou a concretizar medidas regulatórias, proibitivas e de contrapropaganda, como as advertências nos maços e a divulgação incessante dos males do cigarro, houve aparentemente uma significativa diminuição na proporção de brasileiros fumantes.

Ou seja, no ápice de poucas décadas, por meio de instrumentos modernos de comunicação, o *marketing* moldou aspectos culturais da sociedade com o único e exclusivo objetivo de vender certo produto.

Embora tal questão envolva a saúde pública e as relações consumeristas, a atitude do Judiciário foi basicamente reativa e singela, não perdendo de vista que os embates judiciais em outros países também se mostraram muito difíceis.

A superação da necessidade superior de autorrealização demandaria o desenvolvimento das potencialidades por um indivíduo dotado de autonomia, o que implicaria na existência de um sentido a ser perseguido, de desafios para o crescimento e de responsabilidade

⁸ A história de Bertha Hunt, contada por Buonomano (2011), que teria participado de um golpe publicitário no fim dos anos 1920, habilmente tecido pela indústria de tabaco americana, para estimular o fumo entre o público feminino, é emblemática. Aliás, mais interessantes se tornam os fatos quando somos lembrados pelo referido neurocientista que a bem-sucedida estratégia de *marketing* teve como mote a identificação do ato de fumar com a liberdade – que se manifesta até hoje como argumento daqueles fumantes que se sentem indevidamente policiados – e com a igualdade.

pelas decisões, virtudes que não são propriamente prioritárias em uma sociedade consumista.

Na verdade, a situação é ainda mais complicada, além de discutível a existência de uma hierarquia de necessidades. O comportamento, na linha de Maslow, poderia ser impelido pela tensão decorrente da necessidade ou do desejo. Pois bem, o desejo traz uma carga emocional que não vai necessariamente ser aliviada pelo encontro do objeto desejado. Diferente da necessidade que pode teoricamente ser satisfeita, o desejo tem a capacidade de se deslocar para outro objeto, criando uma situação de eterna ansiedade.

Lembra Renata Salecl (2005) que a ansiedade não é estimulada pela falta do objeto do desejo, mas sim pela emergência de um objeto no lugar desta falta. A própria aproximação do sucesso no alcance do objeto de desejo eleva a ansiedade, que se intermedeia entre o próprio desejo e a *jouissance* (prazer acoplado ao sofrimento) lacaniana.

A ansiedade da falta da falta também é indicada por Bauman (2011a, p. 54-55) na sua crítica ao chamado mundo líquido moderno, onde o importante é guardar o estilo, não o objeto, já que este sai de moda com rapidez, sendo rapidamente trocado e, portanto, descartado⁹.

As estratégias mercadológicas foram amoldadas com rapidez ao reconhecimento da ansiedade como motor de consumo, porquanto como é discutível a possibilidade da criação artificial de necessidades, o estímulo do desejo de consumo passa ser perfeitamente plausível.

Passou-se, então, na toada da geração de Steve Jobs, à venda de sonhos, não de produtos; à superação de expectativas de consumo; à transformação do processo de compra de aquisição de bens e serviços

⁹ O tão injustamente desprestigiado Celso Furtado (2002, p. 60) já ensinava: "Na economia capitalista o processo de acumulação marcha sobre dois pés: a inovação, que permite discriminar entre consumidores, e a difusão, que conduz à homogeneização de certas formas de consumo. Ao consumidor cabe um papel essencialmente passivo. Sua racionalidade consiste em responder 'corretamente' a cada estímulo a que é submetido. As inovações apontam para um nível mais alto de gastos, marca distintiva do consumidor privilegiado. Mas o padrão inicialmente restritivo terá de ser superado e difundido, a fim de que o mercado cresça em todas as dimensões".

para experiência. Tal estratégia explora a emoção e a pressão social¹⁰ decorrentes da criação de novos objetos de desejo, por meio de uma publicidade massiva e disseminada pelas redes sociais, amparada por mecanismos mercadológicos como o *marketing* de expectativa, tão bem utilizado por Jobs, pelo apelo icônico, pois a fidelização passa a ser o diferencial na competição pelo espaço no mercado (*market share*), e pela acessibilidade, fruto tanto da logística, desenvolvida com o *e-commerce*, quanto pelo barateamento dos produtos tecnológicos, como os *gadgets* eletrônicos, não se esquecendo do crédito fácil.

Esse admirável mundo novo traz algumas anomalias, que vão desde o consumo patológico, que versa sobre a incapacidade crônica de resistir ao impulso de comprar, fato que pode ser discutido como vício de vontade na formação do contrato, chegando ao ataque à biosfera, consequência da maior capacidade produtiva e de consumo, como bem aponta Hobsbawm (2011),¹¹ que traz a lume questões jurídicas, inclusive constitucionais precaucionais.

¹⁰ Cf. GIDDENS (2002, p. 12), “na alta modernidade, a influência de acontecimentos sobre eventos próximos, e sobre intimidades do eu, se torna cada vez mais comum. Quanto mais a tradição perde o seu domínio, e quanto mais a vida diária e reconstruída em termos do jogo dialético entre o local e o global, tanto mais os indivíduos são forçados a escolher um estilo de vida a partir de uma diversidade de opções (padronizadas).”

¹¹ HOBBSAWN (2011, p. 20) indica a visão cíclica do mercado, que volta e meia retorna à tona, com nova roupagem, ora de liberalismo econômico clássico, ora com a bandeira da desregulamentação, muito citada no *crack* de 1929, na crise da Nasdaq e na farra do *subprime*: “Ele repousa na tentativa, surgida na década de 1970, de traduzir uma degeneração patológica do princípio do *laissez-faire* em realidade econômica pela recusa sistemática dos Estados a qualquer controle ou regulamentação das atividades das empresas com fins lucrativos. Essa tentativa de entregar a sociedade humana ao mercado (supostamente) autocontrolador e maximizador da riqueza e até do bem-estar, integrado (supostamente) por atores dedicados na busca racional de seus interesses, não tinha precedentes em nenhuma fase anterior do desenvolvimento capitalista em nenhuma economia desenvolvida, nem mesmo nos Estados Unidos. Foi uma *reductio ad absurdum* da interpretação que seus ideólogos deram aos textos de Adam Smith, do mesmo modo que a economia totalmente planejada da União Soviética, igualmente extremista, nasceu da leitura que os bolcheviques fizeram das palavras de Marx. Não admira que esse ‘fundamentalismo de mercado mais próximo da teologia que da realidade econômica, também fracassasse’.

Não são apenas dilemas morais¹² que surgem na modernidade tardia (alta modernidade, pós-modernidade, hipermodernidade, modernidade líquida, dependendo da perspectiva), lembrando a visão de Harvey (2011, p. 112) de que a ênfase na efemeridade da *jouissance* na pós-modernidade demonstra uma clara preferência pela estética, em vez da ética, porquanto o processo atual de estímulo ao consumo, com a facilitação do uso dos instrumentos tecnológicos, faz picadinho da democracia nas palavras de Sennett (2011, p. 155), pois quando o cidadão se desinteressa em descobrir como funciona o mundo ao seu redor a vontade crítica desaparece, por consequência o controle torna-se mais concentrado à medida que o volume de dados brutos, normalmente enviados por meio de mensagens curtas – que revelam uma linguagem mais primitiva sem o silêncio, gestos e digressões que qualificam a comunicação interativa –, aumenta¹³.

A questão guarda similitude na vida jurídica, com a utilização de enunciados de súmulas, que são por natureza informações massivas concisas e já depuradas, que diminuem a necessidade da prática interpretativa pelo aplicador, como método taylorista de responder à industrialização de ações que vem propiciando a judicialização de vários aspectos da vida, o que leva à concentração de poder nos tribunais superiores de onde emanam as súmulas e, por consequência, à diminuição da criatividade necessária para a análise individualizada dos fatos da vida que são levados ao Judiciário e à consequente contribuição para o desenvolvimento civilizatório, fragilizando a própria democracia.

4. A ABORDAGEM CONTRATUAL NOS TEMPOS PÓS-JOBS

Na linha clássica weberiana, entre as expectativas juridicamente garantidas estão as liberdades relativas à interferência do Estado e aquelas vinculadas à autonomia para contratar em uma

¹² GIDDENS (2002, p. 206) ressalta que as questões morais sublimadas clamam para voltar a agenda. Discute-se não a sobrevivência, mas, sim, como a própria existência deve ser percebida e vivida.

¹³ Barber (2009), ao defender que o consumismo leva uma separação do capitalismo da democracia, traz a lúmena conhecida frase atribuída a James Madison de que as patologias da liberdade podem ser tão perigosas quanto as patologias da tirania.

comunidade com mercado, que acaba por ser regulado por aqueles grupos de influência que têm interesse em jogo. Mas os contratos hoje muito se distanciam da sua conotação primitiva que implicava na mudança na posse de bens.

Há muito, a relação obrigacional desenvolvida por um processo, com a depuração da teoria do *Schuld* (débito)/*Haftung* (responsabilidade), ultrapassando a visão clássica do contrato bilateral, ganhou impulso com os sucessores de Hermann Staub e, entre nós, de Clóvis do Couto e Silva,¹⁴ sedimentando a noção da relação obrigacional como processo, que inclui deveres laterais de conduta, permeados pelo princípio da boa-fé objetiva, independentes dos deveres prestacionais.

A rigor, a doutrina da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*), envolta pelos casos de descumprimento contratual, ganhou relevância na reforma do Código Civil Alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) – de 2001/2002, na linha das discussões do direito das obrigações no âmbito das diretrizes comunitárias.¹⁵

Com efeito, a ênfase no BGB na violação dos deveres (*Pflichtverletzung*) como sistematizador do descumprimento contratual, espécie do gênero perturbações da prestação, trouxe, ao lado

¹⁴ Na linha de Clóvis do Couto e Silva (2011, p. 42) “A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução previa. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas, sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados ao contato com a regra ética”.

¹⁵ Utilizo como parâmetro para a discussão o BGB, não se olvidando, porém, que o princípio da boa-fé é matéria que permeia os mais diversos ordenamentos jurídicos. Com efeito, BLUM (2011), ao tratar do direito norte-americano, ressalta a obrigação dos contratantes de realizar os melhores e razoáveis esforços para o cumprimento adequado dos propósitos do contrato, levando em conta a razoável expectativa das partes, acrescentando que o princípio da mitigação (dever de prevenção e não agravamento dos danos) é reconhecido pela *common Law* e positivado (UCC art. 2. seções 2.706 e 2.712), determinando que o vendedor ou o comprador ajam com razoabilidade e com boa-fé.

das formas clássicas de descumprimento dos deveres primários de prestação – tais como a impossibilidade de cumprimento da prestação (*Unmöglichkeit*), que tateará as futuras discussões sobre a inadimplência, imprevisibilidade e inviabilidade superveniente da capacidade de pagamento; a mora, qualificada como descumprimento na forma, modo e tempo convencionados da prestação e o cumprimento imperfeito (*Schlechtleistung*) –, a quebra dos deveres de proteção (*Schultzpflichten*) ou, mais propriamente, deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.

Judith Martins-Costa (2003), ao sistematizar a multifacetada relação obrigacional hodierna, aponta os deveres principais ou primários de prestação (v.g: obrigação de entregar uma mercadoria), que são secundados pelos deveres de prestação acidentais, meramente acessórios (v.g: dever de embalar a mercadoria) ou de prestação autônoma (v.g: indenização pela não entrega da mercadoria), ao lado de outros deveres igualmente essenciais, que a autora denomina de instrumentais (também conhecidos como de comportamento, anexos, secundários, acessórios e laterais e, na Alemanha, *Nebenpflichten*), entre os quais estão os deveres de proteção, que preferimos sinalizar como deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.

O contrato passou a ser observado por uma visão macro como uma relação de cooperação, afastando-se da concepção clássica da obrigação como vínculo de sujeição entre credor e devedor, dando-se ênfase, inclusive, às legítimas expectativas dos contratantes e aos deveres éticos que devem ser pelos mesmos observados.

A função social como limitadora do contrato¹⁶ cria igualmente uma interface com o direito ambiental, direito à privacidade, moralidade, solidariedade, livre concorrência e com o direito dos consumidores, todos constitucionalmente previstos.

O contrato como instrumento complexo passa a prezar a transindividualidade, não mais se resumindo aos interesses dos contratantes, mas agora observando a solidariedade social, também traduzida na influência na esfera jurídica de terceiros e na preocupação com os direitos difusos.

¹⁶ Art. 421 do Código Civil Brasileiro (CCB) : “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A mudança da concepção do fenômeno obrigacional, com destaque para a função complementadora da boa-fé objetiva (*Ergänzungsfunktion*), pela qual se inserem na relação obrigacional deveres não previstos pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico, é apontado por Karina Fritz (2010, p. 198-199), como uma das características primordiais do contrato dos novos tempos.

A centralização na cláusula geral de boa-fé objetiva delimita, de acordo com Tepedino (2008, p. 11-12), a função interpretativa dos contratos,¹⁷ função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais e a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, não perdendo de vista que o princípio da boa-fé objetiva implica na adstrição do direito contratual aos princípios constitucionais. Tepedino explica (2008, p. 13):

Pode-se afirmar, diante de tal cenário normativo, que os três princípios cardinais do regime contratual, quais sejam, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora mantidos pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos três novos princípios, quais sejam, a cláusula geral de boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico da relação obrigacional e a função social dos contratos.

No mesmo diapasão, Cláudia Lima Marques (2011, p. 212) ressalta o deslocamento da órbita contratual para os novos deveres especiais de conduta (deveres anexos), que atuam como causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos qualificados pela autonomia da vontade,¹⁸ assim como na concreção e interpretação dos contratos.

Em verdade, quanto à limitação dos direitos subjetivos, além da concepção social do contrato, é certo que o cocontratante pode atuar, inclusive durante as tratativas,¹⁹ na esfera jurídica do outro pretenso

¹⁷ Art. 113 do CCB: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹⁸ Art. 187 do CCB: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁹ DÍEZ-PICASO e GULLÓN (1998. p. 61) já ensinavam que a finalidade da comunicação publicitária é a promoção de uma contratação, o que obriga a levar a cabo uma valoração das comunicações publicitárias que as encaixem

partícipe, influenciando suas escolhas, máxime com a utilização das estratégias mercadológicas coevas, o que já qualificaria a necessidade de eventual intervenção estatal em caso de reconhecimento de hipossuficiência de um dos interessados.

Aliás, Holmes e Sunstein (1999) há muito sustentam que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, pois direitos e liberdades individuais implicam tanto em direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia, inclusive na construção da necessária burocracia judiciária.

A bandeira da autorregulamentação, travestida como liberdade, esconde, via de regra, o interesse de o mercado impor suas regras, afastando a ação protetiva do Estado em relação aos direitos do consumidor, do trabalho e da livre concorrência, por vezes estimulando que o passado seja olvidado, perdendo no tempo as consequências da liberalização econômica sem freios, por meio da criação de expectativas futuras, construindo-se uma utopia do consumo.

A questão guarda maior relevância no direito da infância e juventude, pois, como aponta Bauman (2011a, p. 54-65), o melhor momento de criar um consumidor compulsivo é na transição da infância para a fase adulta, quando os hábitos infantis ainda sobrevivem, inclusive persistindo o costume de ser presenteado, sem incorrer em compromissos. Assim, continua Bauman, os objetos de desejo, que eram vistos pelos adolescentes de décadas atrás como um sonho distante, deixaram de ser supérfluos aos olhos dos adolescentes, na medida em que passaram a ser economicamente acessíveis, assumindo o patamar de expectativas legítimas, bem como se tornou corriqueiro aos jovens o descarte do objeto rapidamente ultrapassado, porquanto o importante passou a ser guardar o estilo, não o objeto.

A criança, inserida dentro de um grupo de consumo, tende irrefletidamente a se comportar como todo mundo, descurando do

nas categorias técnicas jurídicas implicadas no processo de formação dos contratos, ainda que limitado pelas comunicações que suscitem a razoável confiança, de acordo com a boa-fé, em seu caráter informativo contratual.

aprendizado que vem da aceitação de riscos e do cansativo trabalho de pensar por si mesma, como especula Bauman (2011a, p. 66), pervertendo a noção de liberdade que está ela construindo.

Na linha de Salecl (2005, p. 73), podemos observar que a criança é potencialmente inundada pela lógica do desejo, do sentimento de insatisfação, a par de todos os bens materiais presenteados, o que muito atrapalha a formação crítica do indivíduo, bem como cria a necessidade de partilhar experiências, ainda que virtuais, pelas redes sociais como ritual de passagem e de aceitação na comunidade de consumidores, espaço simbólico que passa a disputar espaço com a família, escola, religião e Estado.

Pois bem, a construção contratual em uma sociedade de consumo exige que o caso individualizado seja observado desde a sedimentação da vontade de absorver os objetos de desejo constantemente inventados, passando pela estruturação não só dos deveres prestacionais, mas também dos deveres éticos imanentes à cláusula geral da boa-fé objetiva, chegando às anomalias da avença, por vezes ansiadas pelo prestador, por outras provocadas pelo contratante que visa o enriquecimento ilícito, sendo insuficiente a remissão à eventual comprovação econômico-contábil-atuarial do rompimento da base econômica do contrato, a chamada onerosidade excessiva.

A interpretação do processo contratual deve, obrigatoriamente, privilegiar a análise dos deveres de consideração, porquanto mesmo se alcançados os atos de prestação primária, o acordo pode estar viciado, levando à resolução da avença e a consequente responsabilização²⁰ do faltoso pelos danos eventualmente provocados na sua concepção e execução.

Deveres anexos não estão escritos no contrato, sendo apenas admissível sua definição por meio da construção jurisprudencial decorrente da análise diuturna dos casos concretos que continuam a

²⁰ Que deve ser observada como contratual. Nesse sentido: “A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato – tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes –, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negatização caracteriza ilícito contratual”. (STJ – REsp 1276311 / RS. Ministro Luis Felipe Salomão. *DJe* 17/10/2011)

surgir no mundo das relações pós-modernas.²¹ Não é possível, então, como já observado doutrinariamente,²² clausular os deveres anexos aprioristicamente, inclusive por previsão legislativa, ou pelas disposições contratuais, com base na autonomia privada,²³ pois independem de explicitação escrita. Todavia, entre os muitos deveres de consideração que são identificados jurisprudencialmente a cada dia podemos citar os de lealdade (que ultrapassa o dever da mitigação e alcança o próprio dever de alteridade), aviso (v.g: regra do *caveat venditor* que reflete na obrigação *do* prestador avisar sobre os riscos do tratamento médico), aconselhamento (v.g: dever de o fornecedor dar subsídios para que o contratante possa saber qual é o seguro ou o plano de previdência mais adequado para sua particular condição), clareza (lin-

²¹ Karina Fritz (2010, p. 198-199) bem ressalta que a mudança na concepção contratual com a ênfase na boa-fé objetiva na Alemanha foi iniciada pelas decisões sedimentadas pelo Reichsgericht, quando “passou-se a afirmar que o negócio jurídico compreende não apenas aqueles deveres queridos pelas partes, resultantes do vínculo jurídico em função do acordo em si ou por determinação legal, mas também certos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, cuja presença na relação obrigacional independe totalmente da vontade das partes, ou seja, passou-se a inserir na relação obrigacional deveres estranhos ao vínculo, mas decorrentes de uma fonte ética, o mandamento da boa-fé objetiva”.

²² Cf. Martins-Costa (2003, p. 35-37) os deveres instrumentais não decorrem, necessariamente, do exercício da autonomia privada (podendo, inclusive, limitar o seu exercício), nem de pontual explicitação normativa (já que por vezes corrige a disposição legal), remetendo a Tepedino que ressalta que “o desenvolvimento de sua tipologia, que é aberta, muito deve à atividade judicial”.

Da mesma forma, Karina Fritz (2010, p. 200) “nem os §§ 241, II, e 242 do BGB nem o art. 422 do CC/2002 elencam um rol de deveres decorrentes da boa-fé objetiva. A própria estrutura da norma-cláusula geral não permite e nem pretende tal façanha casuística. Os deveres de consideração somente são identificados no caso concreto, de acordo com as circunstâncias de cada situação, porque o direito não é uma roupa de tamanho único para ser usada por todos, ainda que com imperfeições, mas, uma peça feita sob medida para cada um”.

Claudia Lima Marques (2011, p. 219): “A doutrina alemã visualiza a função da boa-fé nos contratos não apenas como um paradigma de conduta para as partes, mas também uma medida de decisão (*Entscheidungsmaßstab*) um instrumento objetivo de apreensão da realidade pelo juiz.

²³ “O princípio da *pacta sunt servanda* não é absoluto e não tem o condão de escudar a subsistência de estipulações unilaterais abusivas. Qualquer ilegalidade pode e deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário” (STF – AI 700268 / PR – PARANÁ; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 22/06/2011).

guagem acessível, precisa e ostensiva, com o uso do vernáculo, letras adequadas e afastando os termos técnicos pouco acessíveis),²⁴ informação (v.g: vedação às cláusulas obscuras, desprovidas de informação clara e precisa do fato gerador, finalidade e alcance da cobrança de tarifas bancárias), segurança (v.g: responsabilidade do construtor pela solidez e segurança por todo o período de razoável durabilidade do prédio), cuidado (v.g: a garantia da utilização sem maiores percalços do transporte aéreo, tendo o avião como meio técnico, para alcançar a realização do objetivo do contrato de serviço, que se traduz no transporte adequado do passageiro e de sua bagagem), incolumidade (v.g: transporte incólume de passageiros por veículos das concessionárias de transporte coletivo rodoviário até o destino programado), cooperação (v.g: auxílio na preparação de documentos para obtenção de financiamento em contratos de venda e compra de imóveis, envio de boletos para pagamento de prestações, atualização pelo consumidor de seus dados. Inclui o dever de atuação conjunta do direito alemão), sigilo e confidencialidade (v.g: contratos de risco e exclusividade na área de prospecção e pesquisa mineral), de não agravar a situação do parceiro contratual (também o dever de consideração e de suportar pequenos ajustes necessários para a consecução da avença), de evitar ou diminuir riscos (trazendo a mente o princípio norte-americano da mitigação – *duty to mitigate damages* –, consubstanciado no dever de prevenção e não agravamento dos danos) e de guarda (manutenção de documentos necessários para a prova do trato).

De qualquer modo, sobreleva o dever hermenêutico do juiz na identificação e aplicação dos deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva, fato que é destacado inclusive por aqueles doutrinadores, como Tepedino (2008), que demonstram receio do risco de insegurança

²⁴ A questão da privacidade *on-line* vem sendo discutida em todo o mundo, levando em conta a percepção da infinidade de informações pessoais coletadas, armazenadas e processadas por meio de redes sociais e aplicativos específicos e comercializadas no mercado, que têm o poder de identificar desde a preferência comercial do usuário, bem como os destinatários de suas mensagens pessoais, até a própria localização mesmo daquele que porta um dispositivo móvel. Tal coleta de informações, por vezes, é “autorizada” pelo usuário pelo assentimento irrefletido de condições contratuais, via de regra abusivas, que são apresentadas como condição morosa para o acesso rápido aos produtos oferecidos.

jurídica e de eventual abuso no exercício da discricionariedade inerente à interpretação caso a caso dos deveres anexos pelos juízes, máxime por aqueles poucos que se investirem no espírito de Torquemada como censores morais.

Como muito bem expõe Karina Fritz (2010), a cláusula geral de boa-fé objetiva exige uma aplicação tópica, pois constantemente dependente das circunstâncias mutáveis e particulares de cada caso, não sendo permitido ao julgador trabalhar com o processo simplificado de subsunção, o que coloca em xeque a própria legitimidade do Judiciário de clausular a interpretação por meio de enunciados, conduta conflitante com a natureza pública da norma.

Em um mundo em que milhares de processos aportam nos fóruns pelo país afora, por vezes mais enriquecendo os seus postulantes e representantes do que corrigindo distorções, catástrofe provocada também pela por vezes letárgica e insuficiente ação dos órgãos estatais de controle e regulação e pelo reiterado e imprudente descumprimento de fornecedores de bens e serviços da boa-fé objetiva, a burocracia judicial cresce e aumenta sua importância na vida do cidadão de uma forma sem precedentes, elevando e concentrando o poder nos tribunais superiores e, como ricochete, nas grandes empresas de advocacia que auxiliam na sedimentação jurisprudencial, passando o ato judicial – base do sistema judiciário antes centrado no ofício do magistrado de primeiro grau – de protagonista para automatizado, levando o intérprete a um constante perseguir metas de produção e aplicação de enunciados, passando, então, a sociedade democrática a correr o risco de perder nesse caminho algo muito importante: a própria legitimidade de seu Judiciário.

5. TALVEZ...

O Estado tem a obrigação de propiciar um ambiente seguro para a realização da atividade econômica, mas, como corolário, tem o dever de fiscalizar e regular as práticas mercadológicas.

O contrato é o instrumento, antes jurídico do que econômico, que o Estado lançará mão para disciplinar a atividade do mercado, sendo a discussão trazida para a arena da argumentação jurídica, onde os preceitos econômicos serão analisados.

De qualquer modo, o consumismo provocou alterações sociais profundas, tornando-se parte da vida ou fonte de anseios de parcela considerável da população, estimulando a inovação tecnológica e a melhoria da qualidade de vida de centenas de milhões de pessoas.

Não obstante, o sucesso da sociedade capitalista de consumo tem um preço, levando em conta que as mutações cíclicas da constante corrida para acumulação de bens e poder tem consequências na política, no meio ambiente e na própria sociedade como um todo.²⁵

Talvez a liberdade no mercado seja para poucos, pois não é sempre que são cultivados consumidores com autonomia, virtude necessária para a existência de responsabilidade moral e, por consequência, alimentada a própria democracia, não perdendo de vista que volta e meia a propaganda trabalha para canalizar desejos e fidelizar clientes, circunscrevendo as alternativas para condicionar as escolhas.

Paradoxalmente, temos hoje um leque de opções muito maior do que no passado, que efetivamente facilitam a vida moderna. Todavia, é discutível pensar que as escolhas fáceis, massivas e condicionadas auxiliam na formação do espírito crítico do cidadão. Como ensina Sennett (2011, p. 126), a simples ideia da democracia exige mediação e discussão face a face; requer antes deliberação do que embalagem bonita.

Talvez a igualdade no mercado também seja ilusória, com o condão de afastar dos olhos a segmentação social entre os que podem muito consumir e aqueles que apenas desejam lá chegar, bem como afastar do centro as hordas não mais tão periféricas de desempregados e desalojados, sejam do seu teto ou do próprio meio ambiente, vítimas do processo de consumo desenfreado.

Talvez a fraternidade no mercado muito se afaste do conceito de solidariedade social, porquanto se estaria a prezar mais o individualismo

²⁵ Como consequência da crise econômica posterior à quebra da Bolsa de 1929, o Partido Nazista, que na eleição geral de 1924 tinham perdido cadeiras no Parlamento, passando de 12 para 107 cadeiras no Reichstag nas eleições de 1930 e, aproveitando-se dos seis milhões de desempregados, chegando a 230 cadeiras em 1932, selando, de vez, o destino não só da Alemanha, mas também da maior parte do mundo.

A mesma Europa, com a crise de 2008, viu colocada em xeque a própria estabilidade da Comunidade Europeia.

do que a outricidade; a esmola, como apaziguadora de uma culpa cada vez menor, do que a defesa dos direitos sociais; o combate ao clamado como inimigo, que impulsionado pelos desejos teima em violar o patrimônio daqueles que já se aproximam do inatingível patamar de consumo, do que a formação de jovens livres, pois autônomos por serem moralmente responsáveis.

A rigor, a ansiedade pode ser camuflada quando alcançamos o objeto do desejo, todavia este prazer efêmero será transmutado em uma maior ansiedade na busca do próximo objeto que nos será apresentado e para qual será deslocado o desejo, sentimento agravado pelo torpor causado pelo desejo de reviver o próprio prazer. Esta busca desenfreada do prazer acaba por tornar a pessoa um ser reativo, sem capacidade de vontade, afastando-o do exercício do dever kantiano que qualifica o indivíduo autônomo, aproximando-o do ser autômato, quando não violento em decorrência das frustrações de consumo que lhe serão apresentadas.

As possibilidades se concretizadas serão transmutadas em distorções de consequências jurídicas, não perdendo de vista que o Direito tem como base atávica as regras de convivência social e como fim a manutenção do próprio equilíbrio civilizatório.

O argumento jurídico, portanto, deverá prevalecer sobre o argumento econômico quando analisadas as questões jurídicas que permeiam as relações negociais realizadas no mercado. Por consequência, como não se deve dissociar o conteúdo ético do argumento jurídico, o contrato, como instrumento construído pelo homem para assegurar a pacificidade das trocas econômicas de bens, produtos e “experiências”, deve ser interpretado artesanalmente pela ótica dos deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.

A forma com que o Judiciário atuará decorre da legitimidade socialmente alcançada pelo consentimento democrático, como ensina Owen Fiss (2004, p. 114), podendo o juiz cumprir o seu mister de aplicar e dar significado concreto aos valores públicos civilizatórios incorporados à Constituição ou sucumbir à solidão totalitária da sociedade de consumo de massas,²⁶ limitando-se a garantir industrialmente a aplicação das

²⁶ Cf. Hannah Arendt (1997, p. 530), “o que prepara os homens para o domínio totalitário no mundo não-totalitário é o fato de que a solidão, que já foi uma experiência

regras formuladas pelos grupos de influência que tem interesse em jogo no mercado.

Todavia, a sociedade, ao decidir o caminho do seu Judiciário, não deve abrir mão do que chamamos de humanidade, pois, se somos cidadãos racionais e autônomos, a escolha é somente nossa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do Mundo Líquido Moderno. Rio de Janeiro: Zahar, 2011a.

_____. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011b.

BARBER, Benjamin. *Consumido*. Como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BUONOMAMO, Dean. *O cérebro imperfeito: como as limitações do cérebro condicionam nossas vidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BLUM, Brian A. *Contracts*. New York: Aspen, 2011.

DÍEZ-PICASO, Luiz; GULLÓN, Antônio. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1998, v. 1/12.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé Objetiva na Fase Pré-contratual*. Curitiba: Juruá, 2010.

FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2011.

fronteiriça, sofrida em certas condições sociais marginais como a velhice, passou a ser, em nosso século, a experiência diária de massas cada vez maiores”.

HOBSBAWN, Eric. *Como mudar o mundo: Marx e o marxismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, t. I.

MASLOW, Abraham H. *Maslow no gerenciamento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

SANDEL, Michel J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SALECL, Renata. *Sobre a Ansiedade*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. X.

WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. São Paulo: Icone, 2011.

ESPAÇO ABERTO

12

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONFLITO QUE ATINGE FILHOS

Raquel Frederico Alves¹

RESUMO

Consiste a Alienação Parental na interferência sistemática de um dos pais sobre a imagem que os filhos têm do outro, buscando difamá-lo e/ou distanciá-lo do convívio familiar. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiros tudo que lhe é informado. Em consequência dos crescentes casos decorrentes da síndrome, vários juristas, psicólogos e assistentes sociais estão se adaptando e procurando formas de evitar que a criança sofra o menos possível. Para tanto, foi aprovada a nova Lei n. 12.318/2010, que regula o tema, havendo também vários posicionamentos jurisprudenciais e de autores que estudaram o assunto, os quais não poderiam deixar de ser analisados no trabalho.

Embora a disposição legal sobre o tema seja recente, a prática mostra que sua ocorrência já era notada há muito. No entanto, carecia-se de legislação pertinente.

Em 1985, a Síndrome da Alienação Parental foi definida pela primeira vez, nos Estados Unidos, por Richard Gardner, professor da Clínica de

¹ Advogada.

Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia. Um pouco depois, foi difundida na Europa a partir das contribuições de F. Podevyn, despertando muito interesse nas áreas da Psicologia e do Direito.

Em 15 de julho de 2008, foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 4.053, que trata da tipificação da alienação parental como ameaça à integridade emocional de crianças e adolescentes em conflito de família, de autoria de Elízio Luiz Perez e apresentada ao Congresso Nacional pelo Deputado Federal Régis de Oliveira (PSC/SP).

A atual lei que regula acerca do tema é a Lei n. 12.318/2010, que introduziu no ordenamento jurídico consequências processuais e, sobretudo materiais, notadamente no tocante à guarda de crianças e adolescentes. A referida lei prevê medidas que vão desde o acompanhamento psicológico a até aplicação de multa, ou mesmo a perda da guarda da criança a pais que estiverem alienado os filhos.

À semelhança de outros países, no Brasil, vem crescendo o número de artigos, livros, matérias de revistas e reportagem que dão destaque ao tema SAP, que já esteve presente em diversos eventos na área de Direito de Família e, recentemente, em eventos na área de Psicologia. Vale ressaltar que as Associações de Pais e Mães Separados – APASE – têm ajudado a promover e difundir o tema.

A problemática causada pela síndrome aqui abordada é tão preocupante que já foi instituída a data 25 de abril como Dia da Alienação Parental.

A SAP está presente em ações judiciais em que um dos pais se utiliza de argumentos para suspender e até impedir as visitas, destituir o poder familiar, alegar inadimplência de pensão alimentícia, chegando, até mesmo, a acusações de abuso sexual ou agressão física, porém, nem sempre de cunho autêntico, caracterizando-se, tão somente, como um mero recurso para destruição do vínculo parental.

Logo, o que se pode perceber é que o filho, já abalado pela separação dos pais, vê-se mais prejudicado diante do sentimento de vazio e de abandono causado pelo afastamento do não guardião. O maior sofrimento não advém da separação em si, mas do conflito, e do fato de se ver abruptamente privado do convívio com um dos genitores, apenas porque o casamento deles fracassou.

Como se vê, a questão não é simples, merecendo ser enfrentada com coragem e muita cautela pelos operadores do Direito e profissionais da saúde, pois o que está em jogo nesses casos é a higidez psicológica de centenas de crianças e adolescentes, vitimados pela Síndrome da Alienação Parental.

Entretanto, lutar contra a síndrome é um dever de todos nós. Não cabe apenas ao poder público, mas a toda a sociedade velar pela observância de direitos fundamentais que a Constituição Federal assegura às crianças e adolescentes, tais como o direito ao respeito, à convivência familiar, à dignidade.

CONCEITO

Este assunto começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo denunciada de forma recorrente. Sua origem está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar.

A Síndrome da Alienação Parental deriva de um sentimento neurótico de dificuldade de individuação, de ver o filho como um indivíduo diferente de si, ocorrendo uma simbiose sufocante entre o genitor e o filho. O pai ou mãe acometido por tal síndrome não consegue viver sem a criança, nem admite a possibilidade de que a mesma deseje manter contato com outras pessoas. Para isso, utiliza-se de manipulações emocionais, sintomas físicos, isolamento da criança, com o intuito de incutir-lhe insegurança, ansiedade, angústia e culpa.

A situação fica ainda mais grave quando a influência chega a induzir a criança a reproduzir relatos de eventos de supostas agressões físicas/sexuais atribuídas ao outro genitor, com o objetivo único de afastá-la do contato com o mesmo. Tais argumentos, na maioria das vezes, não possuem veracidade alguma, mas tornam-se fortes para requerer das autoridades judiciais a interrupção das visitas e/ou a destituição do poder familiar.

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

A Lei n. 12.318/2010, em seu artigo 2º, define a Alienação Parental como:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Pode-se concluir, diante disso, que é necessária a reunião de esforços da família, dos profissionais e instituições para impedir a implantação da Síndrome da Alienação Parental, buscando, para tanto, orientação e informação dos profissionais especializados.

O AGENTE ALIENADOR

A alienação parental pode operar-se ou pela mãe ou pelo pai, podendo até se estender a outros curadores.

Muitas vezes é a mãe quem dedica mais tempo às crianças, ficando no papel de guardiã das mesmas. Assim, se ela se decidir por empreender manobras de descrédito deliberado contra o pai, o mesmo ficará numa situação desfavorável, uma vez que, não raras vezes, fica excluído da relação familiar.

Dessa forma, a referida síndrome manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, entretanto, pais também podem alienar seus filhos, tão rigorosamente quanto à mãe, notadamente quando eles têm meios financeiros favoráveis.

Contudo, a alienação parental pode também ser instaurada pelo genitor não guardião, que manipula afetivamente a criança nos momentos das visitas, para influenciá-las a pedir para irem morar com ele, dando, portanto, o subsídio para que o alienador requeira a reversão judicial da guarda.

Por fim, pode a Síndrome da Alienação Parental ser instaurada por terceiro interessado na destruição familiar, como a avó, uma tia próxima, um amigo da família.

Destaca-se que o alienador não respeita as regras e costuma não obedecer às sentenças judiciais. Acredita que tudo lhe é devido, sendo

incapaz de ver as situações de outro ângulo que não o seu. Deixar os filhos em contato com o outro genitor ou mesmo com qualquer outra pessoa é para ele como arrancar parte do seu corpo.

Comportamento do alienador

Pode ser observado um padrão típico de comportamento por parte do genitor que sabota a relação entre os filhos e o outro genitor, bem como comportamentos típicos e repetitivos das crianças e adolescentes envolvidos pela alienação parental.

Normalmente, o genitor alienador lança suas próprias frustrações no que se refere ao insucesso conjugal no relacionamento entre o genitor alienado e o filho comum. O objetivo do alienador é distanciar o filho do outro genitor. Isso se dá de diversas formas, consciente ou inconsciente.

O alienador acredita, mesmo que inconscientemente, poder formar entre ele e o filho uma díade completa, na qual existe um comum psíquico, em que o objeto-par funciona como se de um único ego se tratasse, onde nada falta, privando a criança do contato com o outro, até mesmo de manifestar sentimentos.

São exemplos que identificam o comportamento típico do genitor que aliena:

- Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos.
- Organizar várias atividades com os filhos durante o período que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas.
- Apresentar o novo cônjuge aos filhos como sua nova mãe ou seu novo pai e por vezes insistir que a criança utilize esse tratamento pessoal.
- Interceptar as cartas e os pacotes mandados aos filhos.
- Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos.
- Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades em que os filhos estão envolvidos (esportes, atividades escolares, grupos teatrais, escotismo, etc.).
- Falar de maneira descortês ao novo cônjuge do outro genitor.
- Impedir o outro genitor de exercer seu direito de visitas.

- “Esquecer” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos).
- Envolver pessoas próximas (sua mãe, seu novo cônjuge, etc.) na lavagem cerebral de seus filhos.
- Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos.

Comportamento da criança

A professora Denise Maria Perissini da Silva, em sua obra *Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?*,² nos ensina que (2010, p. 70):

Gardner (1998) declara que a SAP é mais que uma lavagem cerebral ou uma programação, porque a criança tem de, efetivamente, participar na depreciação do pai que é alienado. Isso é feito seguindo-se os cinco passos:

1) A criança denigre o pai alienado com linguajar impróprio e severo comportamento opositor, muitas vezes utilizando-se de argumentos do (a) genitor (a) alienador (a) e não dela própria; para isso, dá motivos fracos, absurdos ou frívolos para sua raiva. Por exemplo, diz que o pai não é ‘confiável’.

2) Declara que ela mesma teve a idéia de denegrir o pai alienado. O fenômeno de ‘pensador independente’ acontece quando a criança garante que ninguém disse aquilo a ela, nega que alguém a tenha induzido a falar daquele modo, afirma que seus sentimentos e verbalizações são autênticos. Quando a própria criança contribui com seu relato, a SAP fecha seu circuito.

3) O filho apóia e sente a necessidade de proteger o pai alienador. Com isso, estabelece um pacto de lealdade com o genitor alienador em função da dependência emocional e material, demonstrando medo em desagradar ou opor-se a ele. O filho tem medo de ser abandonado e rejeitado pelo alienador, e por isso se compece de seu ‘sofrimento’ (ou acredita em sua dramatização), alia-se a ele e rejeita o outro genitor, a quem considera a ‘causa’ de todo esse ‘sofrimento’!

² SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?*. São Paulo: Autores Associados, 2010, p. 70.

4) Menciona locais onde nunca esteve, que não esteve na data em que é relatado um acontecimento de suposta agressão física/sexual ou descreve situações vividamente que nunca poderia ter experimentado – implantação de ‘falsas memórias’. Inclusive, nem se dá conta das contradições e lacunas dos relatos de acusação de molestação sexual, construídos ao longo das diversas ocasiões em que a criança depõe para profissionais, por vezes despreparados e desconhecedores da ocorrência de memórias falsas.

5) A animosidade é espalhada para também incluir amigos e/ou outros membros da família do pai alienado (volta-se contra avós paternos, primos, tios companheira). A ‘vovó querida’ torna-se ‘aquela velha chata’, a ‘namorada do papai’ torna-se ‘intrusa’, ‘agora o papai não tem mais tempo ou dinheiro para você porque agora ele tem uma nova namorada, e tem de sustentar os filhos dela (ou deles)’.

Vale ressaltar, ainda, que o comportamento da criança pode mudar também em relação aos demais familiares ou pessoas que tenham contato com o pai/mãe alienado, podendo esquivar-se de visitá-los, evitar entrar em contato com eles nas datas comemorativas, podendo chegar ao desrespeito e desacato.

De acordo com a teoria cognitiva, as crianças dependem dos adultos significativos, em virtude de sua limitada experiência e habilidade perceptiva. Portanto, a visão que elas têm do mundo e das pessoas é moldada por conglomerado de percepções imediatas, combinadas com percepções que os adultos que delas cuidam compartilham com elas.

A teoria psicanalítica explica que a distorção de percepção da criança está ligada à sua dependência emocional em relação aos seus pais.

Diante de tal dependência a criança teme não sobreviver se for separada do genitor alienador, acreditando que nenhuma outra pessoa será vista pela criança como capaz de provê-la daquilo que necessita e ainda que esteja extenuada pelas pressões sofridas pelo genitor alienador manter-se-á fiel a ele.

COMO SE INSTAURA

A ruptura da vida conjugal, muitas vezes, gera na mãe/pai sentimento de rejeição, de abandono, de traição, surgindo uma tendência de vingança. Quando não consegue suportar essa separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Como vingança, afasta o filho do outro genitor.

Para tanto, cria uma série de situações com o objetivo de dificultar ao máximo, ou até mesmo, impedir as visitas. Leva o filho a rejeitar o genitor, a odiá-lo.

Fragilizado pela separação, muitas vezes, o pai/mãe alienador, transforma a criança em uma ferramenta utilizada em um cenário de conflito conjugal. É utilizada para compensar ou evitar uma situação com o qual não consegue lidar, fugir de uma depressão, ou exprimir uma raiva sobre a separação. Nesses casos, pode haver uma inversão dos papéis, onde os filhos é que passam a cuidar dos pais.

O discurso do ente alienador, via de regra, é no sentido de querer o “bem-estar” do menor e a manutenção do vínculo com o outro genitor. No entanto, suas atitudes e o que é falado demonstram uma realidade diferente, uma vez que, na prática, todos os obstáculos possíveis são impostos para impossibilitar e dificultar o convívio entre genitor e filho.

O que se pode perceber é que o genitor alienado, que a criança aprende a odiar por influência do genitor alienador, passa a ser um estranho para ela, configurando-se como modelo, o responsável possuidor de uma patologia psicológica que se transfere ao filho.

Sendo assim, quando o filho começa a recusar-se a ver um de seus pais, premente está a necessidade de intervenção com o objetivo de pôr fim à alienação parental. Sabe-se que quanto mais o tempo se escoar, mais o conflito se cristaliza e a situação se agrava.

É muito comum nos casos em que ocorre a Síndrome da Alienação Parental, crianças incapazes de autonomia no fazer, no pensar, reportando-se em todos os momentos ao genitor alienador sem os quais as crianças parecem não sobreviver.

Diante disso, constata-se com frequência que o genitor que induz a alienação parental é superprotetor, e leva à exclusão do outro,

podendo atingir medidas que antecedem a separação ou, até mesmo, retroagir até o período da própria gravidez.

A superproteção pode ser observada como um padrão que, em geral, é anterior à separação. O genitor alienador mostra-se muito temeroso, inclusive pela segurança da prole, a todo o momento podendo restringir a socialização dos filhos.

Níveis de instauração

A Síndrome da Alienação Parental se estabelece em três níveis, quais sejam, o leve, o médio e o grave.

Na de grau leve, a criança começa a ser receptora de mensagens e manobras do alienador para prejudicar a imagem do outro genitor, que ela ainda continua gostando, quer ter contato e vai com ele nas visitas.

Já na de grau médio, a criança ama o alienado, mas sente que precisa evitá-lo para não desagradar o alienador. Nessa fase começam a surgir os conflitos.

Por fim, no nível grave, a criança exclui e rejeita completamente o outro genitor, passando a odiá-lo, pois já está no vínculo de dependência exclusiva, que impede a autonomia e a independência, conhecida como *simbiose* do alienador. É nesse momento que se implantam as chamadas falsas memórias.

Portanto, falsas memórias podem ser entendidas como sendo a forma mais devastadora e a mais ilícita de todas, uma vez que o agente alienador induz os filhos a formularem acusações de abuso sexual desprovidas de qualquer veracidade.

Sendo assim, a manipulação emocional que o outro genitor alienador tenta impor mediante procedimentos de sedução, ameaças de abandono, chantagens emocionais, entre outros, tornam-se um importante recurso para que a criança, movida pelo pacto de lealdade, comece a estruturar uma vivência de fatos de abuso sexual/físico que, apesar de não terem ocorrido, devido à repetição do relato, passa a estruturar memórias, chegando a afirmar que se lembra dos fatos que não ocorreram ou de pessoas que desconhece.

Em muitos casos acontece de os próprios profissionais não estarem treinados a utilizar técnicas de entrevista, e prontamente acreditam na história da mãe e da criança. Formulam perguntas sugestivas, fechadas e indutoras de respostas, chegando até mesmo a insistir em perguntas repetidas e linguagem imprópria, visando à elucidação dos fatos a qualquer custo.

Logo, a sucessão de relatos de acusação de abuso sexual a diferentes pessoas e por várias vezes, leva a criança a estruturar ideias dos fatos alegados, formando as chamadas falsas memórias, construídas, portanto, com base na compulsividade por mentir ou na necessidade de manter a mentira.

A mesma Denise Maria Perissini da Silva nos apresenta alguns critérios³ capazes de demonstrar a diferença entre a verdadeira recordação de abuso e a falsa memória de abuso sexual, vejamos (2010, p. 96):

- Na acusação real, a vítima quer esquecer o ocorrido e as falhas de memória referem-se ao choque emocional e trauma; na acusação falsa, a ‘vítima’ acredita que, quanto mais denunciar, mais estará contribuindo para a ‘punição’ do suposto ‘agressor’, pois tem interesses e vantagens em afastá-lo do convívio e destruir os vínculos, e as falhas de memória estão ligadas às mentiras, fantasias, contradições e ênfases exageradas e desnecessárias em aspectos do relato, para obter o endosso de profissionais para ‘legitimar’ o afastamento;
- A criança verdadeiramente abusada sabe o que ocorreu, não precisa de nenhum estímulo para ‘lembrar’ o que ‘ocorreu’, e se houver outras crianças envolvidas (ex.: irmãos), os relatos apresentam credibilidade, coletiva ou individualmente; ao contrário, a criança falsamente abusada apresenta relatos inconsistentes e, no caso de serem várias crianças envolvidas, frequentemente os relatos são contraditórios entre si (MOTTA, 2007);
- Quando há abuso real, os pais das crianças vítimas não desejam acreditar que seus filhos foram feridos, preferem estar enganados em suas suspeitas e percepções, mesmo quando pos-

³ SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?.* São Paulo: Autores Associados, 2010, p. 96.

suem dados concretos, e ficam aliviados quando há comprovação de que seus filhos não foram atingidos; no abuso falso, em que há acometimento da SAP, tanto os pais quanto as próprias crianças ficam obcecados pela busca de oportunidade de falar do abuso com terceiros (ex.: profissionais, polícia etc.), têm ‘certeza’ do ‘ocorrido’, e os pais ficam decepcionados quando constatam que as crianças não foram atingidas, indo inclusive buscar tantos outros profissionais quanto necessários para que ‘atestem’ suas alegações.

PAPEL DO JUDICIÁRIO EM SUA APURAÇÃO

Sua função original é estabelecer regras de convivência e de procedimentos, e proteger os cidadãos, mas, em casos especiais, torna-se um instrumento de manutenção de vínculos neuróticos que permeiam o inconsciente comum do casal.

Muitas vezes, questões que pareciam resolvidas, ressurgem por meio de novas demandas judiciais, utilizando-se da expressão “interesse da criança” para justificar todo tipo de arbitrariedade, em detrimento de direitos do alienado.

Diante disso, em 26 de agosto de 2010 foi sancionada a Lei n. 12.318, que dispõe sobre a alienação parental, alterando o artigo 236 da Lei n. 8.069/90, que além de trazer, de forma exemplificativa, um rol de atos que induzem à alienação parental, define que a mesma fere direito fundamental da criança ou do adolescente, constituindo abuso moral contra os mesmos.

A nova lei prevê punições para casos em que for constatada a alienação, podendo ser advertências, multa, reversão da guarda, e até mesmo a perda do poder familiar. Ela vem para proteger, em primeiro lugar, os filhos, que sofrem com os conflitos entre os pais. A SAP constitui acima de tudo uma forma grave de maus-tratos e abuso contra a criança, que deve ser combatida por todos os operadores do Direito.

Muito embora tal lei esteja bem estruturada em sua teoria, a mesma não veio, efetivamente, resolver o problema da Síndrome da Alienação Parental, uma vez que sua constatação ainda é de difícil averiguação pelos profissionais. Faz-se necessário um maior investimento por parte

do Poder Público na capacitação desses profissionais bem como no aumento de seu número nos Foros Judiciais, para que, assim, assistentes sociais e psicólogos forenses trabalhem em conjunto para uma melhor elucidação dos fatos.

Cumpre, ainda, mencionar que muitos profissionais têm entendido a mediação como forma de pôr fim à alienação parental instalada. Entretanto, tal solução só é possível nos níveis mais leves de instauração, uma vez que no grau mais alto o agente alienador, dificilmente, aceitará se submeter aos encontros provenientes da mediação, tendo em vista que não possui interesse algum em solucionar tal problema, muitas vezes até negando a existência do mesmo.

Diante disso, tudo se conclui que flagrada a presença da Síndrome da Alienação Parental, são indispensáveis medidas que responsabilizem o genitor que age dessa forma, usando o filho com o único fim de vingar-se. É necessário que ele sinta o risco de perda da guarda, pois se não houver punição, certamente as estatísticas continuarão aumentando.

DA GUARDA COMPARTILHADA

Importante se faz aqui falar sobre a Guarda Compartilhada ou Conjunta, em que ambos os pais têm o pátrio poder, no caso do novo Código Civil o poder familiar, sem importar o tempo em que os filhos passem com cada um deles.

Esse modelo de guarda garante a continuidade da relação da criança com os dois genitores que, simultaneamente, devem manter a responsabilidade pelos cuidados relativos à criação e à educação de seus filhos, evitando-se, como consequência do divórcio, a exclusão de um dos pais do processo educativo de sua prole e a consequente sobrecarga do outro.

Na lição de Ana Carolina Silveira Akel,⁴ a guarda compartilhada “Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores

⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 133.

do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.” (2008, p. 133).

Para a referida autora, deve sempre prevalecer o interesse do menor diante de controvérsias e conflitos, já que, por muitas vezes, é esquecido por diversos, que alimentam dentro de si o sentimento de ódio e vingança quanto ao divórcio.⁵

Salienta ainda, que a tarefa de atribuição da guarda é algo delicado e complicado, principalmente porque, na maioria das vezes, os casais utilizam-se dos filhos como objeto de seus conflitos e frustrações.⁶

Assim, percebe-se que a guarda conjunta é uma solução cabível, desde que aplicada antes de ser estabelecido o conflito entre os envolvidos, pois depois de instaurado o litígio, pode trazer uma série de dificuldades para o filho, inclusive a configuração da alienação parental.

Da perspectiva sociológica

A complexidade das questões levadas ao Judiciário pelas famílias em litígio exige dos profissionais envolvidos uma compreensão mais profunda das relações familiares.

Para o assistente social, a descrição da Síndrome da Alienação Parental ultrapassa as fronteiras da Medicina e das ciências do comportamento, precisando de conceitos claros para servir de base às suas ações.

Dessa forma, não há dúvida de que a preocupação primordial do assistente social é desvendar os mecanismos da alienação parental como um processo, pois não se instala repentinamente.

É importante que o profissional tenha habilidade para lidar com os temores do alienador, mesmo que pareçam sem fundamentos. É necessário ouvi-lo, uma vez que somente dessa forma poderá se desvendar as incoerências existentes. Sensibilidade e experiência são essenciais, pois permitem ao profissional contribuir de maneira mais eficaz para a solução do conflito.

⁵ *Ibidem.* p. 1.

⁶ *Ibidem.* p. 1.

É preciso muita cautela diante da situação de uma mãe ou pai que leva a criança a um profissional, afirmando que a mesma teria se queixado de não receber tratamento adequado durante a visita. Os pais visitantes devem estar preparados para a rejeição, pois em condição de desamparo a criança mantém vínculo de lealdade com o guardião.

O que o visitante pode fazer é ganhar a confiança da criança, proporcionando-lhe bons momentos e oportunidades para aprendizagens e novas experiências.

Diante da disputa pela guarda e visitação dos filhos, conclui-se pela complexidade do trabalho desempenhado pelos profissionais envolvidos na assistência e na prestação da justiça às famílias, compreendendo o esforço cotidiano em analisar as indagações que emergem da prática, tendo em vista que em tais casos não será possível apurar a verdade absoluta.

CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que a separação, muitas vezes, gera efeitos negativos, principalmente para os filhos, que precisam se acostumar com uma nova rotina que reduz o tempo que passam com um dos pais. Diversas famílias conseguem superar esse momento e criar novos arranjos que combinam pais, filhos, madrastas e padrastos, novos irmãos e agregados, em núcleos unidos pela convivência e pelo amor.

É incontroverso que os filhos precisam de ambos os pais para a estruturação saudável de sua personalidade. Negar à criança a presença de um dos genitores nessa fase implica condená-la a uma amputação psíquica de consequências imponderáveis.

Já menciona Içami Tiba, em sua obra *Família de Alta Performance*⁷: “Com o nascimento de um bebê, nasce um pai e uma mãe”.

Dessa forma, não pode o agente guardião pretender arrancar desta vida o outro, ou seja, destruir o laço amoroso que vem desde

⁷ TIBA, Içami. *Família de Alta Performance*: conceitos contemporâneos na educação. 12. ed., São Paulo: Integrare, 2009, p. 83.

este nascimento com atitudes simplesmente de descrédito contra o outro genitor.

Além disso, se a síndrome não for adequadamente identificada e tratada, pode ainda perdurar por várias gerações, em uma repetição incessante e nefasta de modelos de educação e de construção de afetos assimilados durante o processo de manipulação.

Dada a gravidade dessa situação, é preciso que todos os profissionais que lidam com as famílias em ruptura, advogados, juízes, promotores de justiça, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, estejam atentos para a existência da Síndrome da Alienação Parental, a fim de que, aos primeiros sintomas, possam intervir de modo a fazer cessar esse processo de desafeição.

Muito embora alguns entendam ser a guarda compartilhada a solução viável para o tema discorrido, penso ser este caminho difícil de ser aplicado, vez que neste tipo de decisão existe o pressuposto de não haver conflito entre os familiares, o que não é o caso, pois a guarda compartilhada não tem como ser imposta onde existe o litígio.

Entretanto, conforme já foi abordado neste trabalho, percebe-se que a guarda conjunta pode ser a solução viável, desde que aplicada antes de ser estabelecido o conflito entre as partes envolvidas, pois depois de instaurado o litígio, pode trazer uma série de dificuldades para o filho, podendo até chegar na alienação parental.

A lei prevê punições para casos em que é constatada a alienação, que a meu ver são brandas, às vezes de complicada e morosa aplicação, como fixação de visitas (monitoradas ou em locais públicos, se as particularidades do caso exigirem), advertências dirigidas ao alienador, encaminhamento dos pais a tratamento psicológico ou psiquiátrico, arbitramento de multa (caso descumprida a visitação judicialmente regulamentada), inversão da guarda, suspensão ou destituição da autoridade parental.

Aqui concluo que deveria haver uma específica tipificação criminal, com penalidades mais severas das existentes, a exemplo da famosa Lei Maria da Penha para os casos de violência doméstica, ou ainda, a prisão civil do alimentante devedor, prisões estas temidíssimas pelos infratores.

BIBLIOGRAFIA

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008.

BARRETO, Rachel. Alienação Parental: fundamental é evitar que se instale. TJMG Informativo. Belo Horizonte: Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ano 15, n. 142, 2009.

CASO Joanna Marcenal. Disponível em: <<http://casojoannamarcenal.blogspot.com/>>

CASO Sean Goldman: Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Sean_Goldman>

DIAS, Maria Berenice (Org.). *Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça Insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Direito e Justiça: A Desmoralização do Ex-cônjuge Perante os Filhos. *Direito e Justiça*. Estado de Minas, 2009.

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>

LEI n. 12.318 de 26 de agosto de 2010.

MARIZ, Renata. As Mentiras que os Pais Contam. *Estado de Minas*, Direito e Justiça. 23 mar. 2009.

PROFESSOR Marins, programa de TV: Motivação & Sucesso com Prof. Marins – Rede Vida de Televisão.

SANTOS, Márcio Paulo. Abuso Emocional do Menor. *Estado de Minas*, Direito e Justiça. 13 dez. 2010.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?*. São Paulo: Autores Associados, 2010.

SOUSA, Analicia Martins de. *Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízes de família*. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. Os Filhos da Família em Litígio Judicial: uma abordagem crítica. *Jus Navigandi*. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12721/os-filhos-da-familia-em-litigio-judicial>>

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. Alienação Parental: cabe à sociedade velar pelos direitos fundamentais. Defensoria Pública de Minas Gerais. Disponível em: <<http://casa.defensoria.mg.gov.br>>

TIBA, Içami. *Família de Alta Performance: conceitos contemporâneos na educação*. 12. ed. São Paulo: Integrare, 2009.