

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano III – Número 6 – jul./dez. de 2011



Belo Horizonte
2011

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 Moraes

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

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

AUGUSTO VINICIUS FONSECA E SILVA

Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro da Associação Brasileira de Magistrados Espíritas (ABRAME). Professor de Direito Constitucional Processual em cursos de pós-graduação em Minas Gerais 1

FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais 21

FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Visiting Scholar da Universidade de Berkeley (EUA) (bolsista Fulbright/Capes). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, lecionando nos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado. Juiz do TJMG 45

GUSTAVO HENRIQUE MOREIRA DO VALLE

Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos..... 65

LEOPOLDO MAMELUQUE

Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, MG. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG 79

V

NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Juiz de Direito Familiarista. Mestre em Direito Processual Civil. Professor de Direito de Família, Processo Civil e Pró-Reitor de Pesquisa da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Conselheiro Consultivo do IBDFAM-MG 107

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA

Juiz de Direito Titular da 2ª Auditoria Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista- UNESP. Especialista em Administração Pública Municipal e Direito Administrativo pela UNIP. Professor de Direito na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e Membro Titular da Academia Mineira de Direito Militar 131

RENATO CÉSAR JARDIM

Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais e Diretor do Foro da Capital. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Dom Cabral. Membro da Academia Araxense de Letras e da Academia de Letras do Brasil – Seção de Minas Gerais. Diretor da Revista de Arte e Cultura dos Magistrados Mineiros – Magiscultura..... 153

THIAGO BREGA DE ASSIS

165.º Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais 165

VITOR LUÍS DE ALMEIDA

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor universitário e dos cursos de formação da PMMG. Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT. Graduado e Especialista em Direito Público Municipal pela UNIMONTES/MG 185

ESPAÇO ABERTO

GABRIEL FREITAS MACIEL GARCIA DE CARVALHO

Bacharel em Direito (UFMG). Especialização em Direito Processual Civil (PUCMG). Assessor Judiciário (TJMG) 203

LEONARDO DE FARIA BERALDO

Advogado em Belo Horizonte. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialista em Processo Civil. Professor em cursos de graduação e pós-graduação de Direito Civil e Processual Civil. Diretor-Secretário e Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Diretor-Segundo Secretário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Presidente da Comissão Especial da OAB/MG encarregada do estudo do projeto de lei do novo CPC 227

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... xi

POR QUE A PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA RECORRÍVEL NÃO TEM NATUREZA
CAUTELAR – ENFOQUE GARANTISTA INTEGRAL

Augusto Vinicius Fonseca e Silva 1

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CUMPRIMENTO
DE SENTENÇA

Fausto Bawden de Castro Silva 21

ENTRE A CONTINUIDADE E A RUPTURA: REVOLUÇÃO
E FORMALISMO NO DIREITO MODERNO

Fernando José Armando Ribeiro 45

COMPREENSÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

Gustavo Henrique Moreira do Valle..... 65

ASPECTOS GERAIS DO ESTADO DE NECESSIDADE NO
DIREITO PENAL

Leopoldo Mameluque..... 79

MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: SUPERANDO
OBSTÁCULOS

Newton Teixeira Carvalho 107

IX

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>Paulo Tadeu Rodrigues Rosa</i>	131
O DIREITO COMO FATOR DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE <i>Renato César Jardim</i>	153
A DECISÃO JUDICIAL NO CONHECIMENTO CIENTÍFICO <i>Thiago Brega de Assis</i>	165
ASPECTOS POLÊMICOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE <i>Vitor Luís de Almeida</i>	185
ESPAÇO ABERTO	
A APLICABILIDADE DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AOS ADVOGADOS ATUANTES NO PROCESSO <i>Gabriel Freitas Maciel Garcia de Carvalho</i>	203
ENSAIO SOBRE ALGUNS PONTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO <i>Leonardo de Faria Beraldo</i>	227

APRESENTAÇÃO

A Revista Amagis Jurídica está completando três anos com esta 6ª edição. Nesse período, a publicação ganhou visibilidade e se consolidou como um veículo de expressão da cultura jurídica mineira. Essa conquista só foi possível pela dedicação das diretorias que nos antecederam – e que entenderam a importância do debate científico para o desenvolvimento da magistratura – e pela contribuição valiosa dos magistrados que sempre enviam trabalhos de excelente qualidade. Reafirmamos que as páginas da Amagis Jurídica estão abertas à colaboração dos magistrados e outros operadores do Direito. Tenham todos uma ótima leitura.



Juiz Bruno Terra Dias
Presidente da Amagis

1

POR QUE A PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL NÃO TEM NATUREZA CAUTELAR – ENFOQUE GARANTISTA INTEGRAL

Augusto Vinicius Fonseca e Silva¹

RESUMO

O presente artigo advoga a tese de que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível não possui natureza cautelar. À vista das características do instituto “cautelar” dentro do sistema jurídico, procura-se demonstrar sua real natureza jurídica. Também, anela-se dar outro enfoque ao princípio da presunção de não culpabilidade, mais condizente com a atuação jurisdicional exauriente. Critica-se, ao final, o modo como se tem visto e aplicado o garantismo no Brasil (“garantismo tupiniquim”), posto que tem sido fator de impunidade e violência. Enfim, dá-se o enfoque garantista integral àquela modalidade de prisão, sem que afronte a Constituição brasileira.

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro da Associação Brasileira de Magistrados Espíritas (ABRAME). Professor de Direito Constitucional Processual em cursos de pós-graduação em Minas Gerais.

A reforma processual penal de 2008 acrescentou o parágrafo único ao art. 387 do Código de Processo Penal brasileiro e, a partir de então, o Magistrado, quando proclama uma sentença condenatória, deve decidir sobre a prisão preventiva (decretação ou manutenção) ou sobre a aplicação de outra medida cautelar pessoal penal.

O tema da prisão cautelar, bem enfatizou Odone Sanguiné,

é uma das instituições mais polêmicas do sistema penal e constitui, na maioria dos países, um dos problemas mais difíceis e críticos do processo penal, no qual colidem com extraordinária intensidade o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo penal e os direitos fundamentais do acusado, em particular o direito à sua liberdade pessoal.²

Entrementes, no presente trabalho, procuraremos demonstrar que, se o réu manteve-se preso durante toda a instrução processual por força de prisão preventiva e restou condenado em sentença penal recorrível, deve assim permanecer quando da sentença condenatória, nos exatos termos da Súmula Criminal de n. 7 do TJMG e do que enuncia a Súmula de n. 9 do STJ, ainda não cancelada. Isso porque temos não possuir a prisão decorrente da sentença penal condenatória natureza cautelar, *data venia* de entendimento diverso, o qual sabemos majoritário.

De fato, preconizam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita (...)”. Isso quer dizer, segundo concluem, que o instituto jurídico da cautelar (seja ação, processo ou medida) tem a nota marcante da “instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar”.³

² SANGUINÉ, Odone. Os efeitos colaterais da prisão cautelar. In: MIRZA, Diogo Malan e Flávio (Coord.). *70 Anos do Código de Processo Penal brasileiro – Balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 309.

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 316-317.

Se é rudimentar a noção de que

a função jurisdicional e o processo são instrumentos para a concretização do ordenamento jurídico, ambos devem ser eficazes, ou seja, aptos a produzir os efeitos para os quais foram concebidos e que deles se espera. Em certas ocasiões, essa eficácia depende de providências urgentes, cuja omissão poderia levar à inutilidade prática da decisão judicial posterior. Nesses casos, o instrumento por excelência da jurisdição é o processo cautelar. Como diz Afrânio da Silva Jardim, por meio desse processo, o Estado exerce ‘tutela jurisdicional mediata ou preventiva, ou seja, visa a tutelar os meios e os fins das outras espécies de processo.’⁴

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina, corroborando, que

a decisão, no processo de conhecimento, é, muitas vezes, demorada, e tal tardança pode acarretar prejuízo à parte. Assim, para assegurar os efeitos de uma eventual procedência do pedido formulado na ação, o interessado pode solicitar a realização de providências urgentes e provisórias. São as medidas cautelares.⁵

Da mesma maneira, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, segundo quem

a tutela cautelar tem por finalidade assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional futuro. Ante o perigo de demora, até que seja concedida a tutela jurisdicional apta a satisfazer definitivamente a pretensão do autor, é necessário assegurar que tal provimento, a ser proferido em tempo futuro, não se torne inócuo devido à morosidade do processo. Trata-se, pois, de uma tutela assecuratória ou conservativa.⁶

⁴ SARAIVA, Wellington Cabral. Medidas cautelares e confisco no processo por crime de lavagem de bens. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior C. de (Coord). *Tributo a Afrânio da Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 652.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29, v. 3.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: propostas de mudança legislativa. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 800.

E, como não poderia ser diferente,

o Direito Processual Penal, tal como os demais ramos do direito, admite também uma cautelaridade específica com o fim de garantir a efetividade do processo, aduzindo serem várias as medidas cautelares em matéria penal.⁷

Entre as características da tutela cautelar, está a *sumariedade*,⁸ assim explicada por Fernando da Fonseca Gajardoni,

se a análise é apenas superficial, rápida, com menor grau de certeza, diz-se que a cognição é sumária, já que baseada em juízo de verossimilhança e probabilidade. Por sua vez, se a dedicação do juiz sobre as matérias argüíveis é maior, com um maior grau de certeza, diz-se que a cognição é exauriente.

(...) As medidas cautelares (...) são emitidas como base em cognição sumária, isto é, como base em prova não exauriente. Em outros termos, pode-se dizer que o magistrado, ao apreciar um pleito cautelar, se contenta com a aparência do direito invocado (*fumus boni iuris*), não fazendo grandes investigações para saber se é lícita a concessão ou não da cautela. Havendo aparência de direito, verossimilhança ou probabilidade da cautela reclamada, o juiz a concede, pois a urgência que acode ao caso é incompatível com o tempo necessário para aprofundamento na análise das provas e alegações das partes.⁹

Logo, a *prisão cautelar* pode ser definida como

uma medida coativa cautelar pessoal, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória penal, que implica uma provisória limitação da liberdade em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se imputa haver cometido

⁷ BARROS, Antonio Milton de. *As medidas cautelares e os projetos de reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: www.ibccrim.com.br. Acesso em: 4 jun. 2001.

⁸ Nesse sentido, por todos: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, p. 800.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil – Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2006, p. 23, v. 12.

um delito de especial gravidade, com a finalidade cautelar de garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução para evitar um risco; (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.¹⁰

Decorre do exposto que a natureza jurídica da *prisão preventiva* é inquestionavelmente *cautelar*, bastando ver que, com a Lei n. 12.403/2011, foi alocada, topológica e expressamente, no Título IX do CPP, denominado “*Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*”.

Visa ela a garantir a ordem pública ou qualquer das outras situações cravadas no art. 312 do CPP e é concedida pelo juiz, quando faz análise rasa da situação e detecta que a liberdade do indiciado/réu, no curso do inquérito policial ou de um processo criminal que pode se alongar e pode acabar por comprometer aquelas situações que se pretende tutelar.

Todavia, o mesmo não se pode dizer da prisão decorrente de uma sentença condenatória recorrível, posto que, quando condena, o juiz realiza cognição plena, exauriente, profunda, geralmente respaldado no princípio da imediatidade (CPP, art. 399, §2.º). Convencido do que pleiteou o Ministério Público, agasalha a pretensão acusatória e condena o réu. Nada, nada mesmo, há de cautelar na prisão que daí advém, se filtrarmos-la pelos fundamentos mencionados. Daí Afrânio da Silva Jardim asseverar, percuciente e atiladamente, que

tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação. Fácil perceber que esta prisão não visa a prevenir danos prováveis (*periculum in mora*), pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer consideração outra que não os pressupostos objetivos alinhados na regra do art. 594 do Código de Processo Penal (hoje revogado), que devem estar presentes apenas no momento da medida coercitiva. Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata de outorga da própria presta-

¹⁰ SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.*, p. 309.

ção jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita à condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o. Finalmente, também não vemos a marca da provisoriedade (*rebus sic standibus*), já que a sentença de mérito não se alicerça em fatos ou situações eventuais ou passageiras, pois é definitiva, no sentido processual. A sentença penal condenatória não é prolatada para ter eficácia subordinada ao resultado de outro processo satisfativo.¹¹

Logo, porque sindicadas as provas em detalhes, a consequência disso é que, não sendo cautelar, a prisão oriunda de sentença penal condenatória *não viola o princípio da presunção de inocência* e nada mais é que aplicação concreta do preceito secundário do tipo penal, quando aí previsto algum tipo de pena privativa de liberdade.

Gize-se que é preciso acabar com o mantra de que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível configuraria antecipação de cumprimento de pena.

Tem sido corrente verberar-se que o *princípio da presunção de inocência* significaria que,

mesmo depois de condenado em primeira instância, ainda que confirmada essa condenação por um tribunal interior (local), mesmo assim, caso esteja pendente algum recurso, ordinário ou extraordinário, não se pode afastar (muito menos menosprezar) a presunção de inocência do acusado.¹²

Essa vertente doutrinária vê referida norma de maneira absolutamente *pro reo*, como um escudo de que o mesmo se pudesse revestir contra toda decisão judicial que lhe confere culpabilidade, enquanto não transitada em julgado. Haveria, por assim dizer, uma potestatividade do réu em relação a tudo e a todos, enquanto não alcançado o

¹¹ JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 267.

¹² GOMES, Luiz Flávio; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares* – Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 35.

trânsito em julgado da sentença que o condenou, ainda que isso dure a eternidade que costumam durar os julgamentos da justiça brasileira.

Entrementes, não vejo ser essa uma interpretação razoável, *data maxima venia*.

O eminente processualista e Desembargador carioca Paulo Rangel apresenta conceituação obtemperada, digna de registro:

Não adotamos a terminologia *presunção de inocência*, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

A Constituição não *presume* a inocência, mas declara que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5.º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a *presunção de culpa*. Ou, se preferirem, a certeza de inocência ou *presunção de inocência*.

O juiz, ao apreciar o processo e verificar, pelas provas dos autos, que a condenação é a aplicação correta e justa da lei, faz uma operação mental, concluindo pela culpa do réu e, por isto, condena-o.

Do contrário, se entendesse, pela análise dos autos, que a lei somente seria aplicada corretamente se o réu fosse absolvido, a *presunção* seria de inocência.

Assim, estamos no campo da *presunção* (operação mental que liga um fato a outro) e, portanto, de um fato indicado em decorrência das provas que foram carreadas para os autos.

A terminologia, *presunção de inocência*, não resiste a uma análise perfunctória.

O magistrado, ao condenar, *presume* a culpa; ao absolver, *presume* a inocência, *presunção* esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal.

Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isso em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz, ao condenar, *presume* o réu inocente. Não. Neste momento, a *presunção* é de culpa e, óbvio, ao absolver, a *presunção* é de inocência.¹³

¹³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26. Enfatize-se, contudo, que esta posição não é imune a críticas. A

Bem lembra o Procurador da República Rodrigo de Grandis, com exemplo concreto e coetâneo, que

nos Estados Unidos, presume-se que o réu seja culpado a partir de uma sentença condenatória de um juiz de primeira instância. Aqui [no Brasil] é o contrário, a Constituição diz que nenhum réu é culpado até que se esgotem os recursos. Por isso, o médico de Michael Jackson, sentenciado a quatro anos por homicídio culposo, saiu algemado do tribunal.¹⁴

Nessa esteira, quando o juiz de primeiro grau condena, é porque presume o réu não inocente, após exercitar uma análise *aprofundada* das provas arremetidas ao álbum processual (princípio da imediatidade). A prisão preventiva, alhures, é decretada no curso do processo e ampara-se num juízo de cognição *rarefeita*, sumária, insipiente, próprio, aliás, dos juízos cautelares. Assim, se ao cabo do processo, em sentença, condena o réu, é porque o presumiu culpado. A prisão que daí advém é, pois, estribada em cognição exauriente, de modo que, se a conclusão a que chegou o julgador é pela condenação, pode e deve ser decretada a prisão de quem esteve solto no curso do processo (ou ser determinada a sua manutenção, caso tenha permanecido preso). A presunção, em caso de condenação, passa a ser de que o réu é culpado, até provar o contrário, em recurso, se recorrer. Se é certo que a prisão provisória não importa antecipação de condenação, não é errado, igualmente, dizer que, formado o convencimento do juiz pela culpabilidade do acusado, com a consequente condenação por crime

respeito, por todos, ver: MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, notadamente a partir da p. 448. Este autor entende que tal posicionamento defendido por Paulo Rangel e por nós aqui encampada, “*era empreendido pelos positivistas e pelos técnicos-juristas do nazifascismo, com a diferença que eles antecipavam essa ‘lógica gradualista’ para o início da ação penal*”. Ousamos discordar do ilustre professor e advogado paulistano, uma vez que contra a lógica não há argumento. Ora, se o Juiz prolata sentença condenatória, foi porque presumiu culpado o réu. Do contrário, tê-lo-ia absolvido. Naturalmente que a posição do referido autor justifica-se, na medida que, sendo advogado criminalista, deve perorar no sentido melhor que justifique o seu exercício profissional.

¹⁴ Entrevista concedida à Revista semanal *ISTOÉ-Dinheiro*, n. 741, p.33, 21 dez. 2011.

grave, aliado a outros pormenores fáticos, deve ao réu ser aplicada a medida sancionatória prevista na lei, ainda que seja a segregação decorrente daquela decisão condenatória recorrível.

Logo, se tivermos na retina que o juiz, finda a colheita de provas, condena o réu, foi porque as confrontou e lavrou seu veredicto pela presunção *juris tantum* de culpabilidade (ou pela não inocência). Em eventual recurso – repita-se –, é que deverá desfazer tal presunção (que é relativa), demonstrando aos Magistrados de segundo grau as razões pelas quais seria inocente (não culpado). Inverte-se, assim, o ônus da prova que, à soleira, era do acusador e, agora, passa a ser do condenado. E se o consectário previsto no tipo penal secundário for alguma forma de privação de sua liberdade (reclusão ou detenção), deve assim acontecer. Note-se que a questão não é de mero efeito da sentença penal condenatória, mas, sim, de conclusão de um exercício cognitivo pleno pelo sentenciante que, ao termo da instrução que presidiu, concluiu pela culpabilidade do réu e, assim, nada mais fez que aplicar a determinação que o legislador penal fez inserir no tipo penal secundário. Se esteve preso durante a instrução processual (ou se estava solto) e veio a ser declarado culpado, com pena de privação de liberdade, deve permanecer/ser encarcerado. Recorrendo é que poderá desfazer aquela presunção de não inocência, profligando, então, o cárcere a que está submetido, agora por força de sentença condenatória, se acatadas suas razões de não culpabilidade. Noutras palavras: se o juiz só pode decretar a prisão cautelar-preventiva no curso do processo penal quando arrimado, minimamente, em juízo de certeza de materialidade e em indícios suficiente de autoria advindos das provas até então amealhadas (CPP, art. 312), muito mais quando da sentença condenatória, quando, maximamente, sindicou as evidências e chegou à conclusão de sua culpabilidade. Por isso a não cautelaridade da prisão que daí promana. Durante o processo, fez cognição rarefeita, sumária, daquilo que foi evidenciado até então, bastando à preventiva; na sentença, quando prolata o veredicto, faz cognição plena, exauriente, o que robustece sua convicção de condenação. Então, se a cognição mais rasa já autoriza a cautelar, por que não a mais profunda não autorizaria a prisão por força de sentença conclusiva?

Daí termos afirmado que, se o julgador, após contato imediato com a prova, forma sua convicção de que o réu é mesmo culpado, não faz sentido que ainda continue presumidamente não culpável. Ora, para que, então, serviram o processo, as provas e a conclusão do Juiz?

No processo penal, o acusado apresenta-se inicialmente como sendo presumidamente inocente. Isso não há dúvida. Transcorrendo o procedimento, colhendo-se as provas e condenando-o, inverte-se a presunção, devendo, agora, o acusado demonstrar, via recurso, que não mais é culpado e, sim, tal como era antes, inocente.

Contudo, não obstante o que foi trazido, o que se tem verificado é um culto iconoclasta ao princípio da presunção de não culpabilidade, colocando-o como um sobreprincípio intocável de todo o ordenamento jurídico penal e processual penal, sem se fazer um exame obtemperado de Direito Constitucional Processual Penal. Abstratamente, já o põem como um direito intangível, sem que sejam aquilatados, contextual e faticamente, outros direitos também fundamentais e que tocam a todos os demais indivíduos e não a um só indivíduo, como, *v.g.*, o direito à segurança, positivado no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal. Erige-se-o à categoria de dogma, mesmo se sabendo que o problema de todo dogma e de quem o interpreta é não lançar sobre ele um olhar crítico, curioso, não acomodado.

E isso se deve à forma parcial, perigosa e tendenciosa como se tem visto e aplicado a Teoria Garantista no Brasil.

O *garantismo*, consoante propugnou Luigi Ferrajoli:

designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.¹⁵

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 785-786.

Ademais, continua,

tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas tout court, de graus de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema.¹⁶

Infere-se, pois, dessas considerações tecidas pelo próprio mentor da teoria, que não é o garantismo uma ode absoluta e cega à liberdade do réu. É preciso, urgentemente, acabar com a idolatria galvanizada ao garantismo penal, vendo-o apenas sob um enfoque.¹⁷ Deve-se estudá-lo despido de paixões, “sem que ele se transforme em religião, pois é passível de muitas críticas”.¹⁸

Adverte Geraldo Prado, com a acuidade que lhe é peculiar, que

o garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos. Trata-se de um sistema incompleto e nem sempre harmônico, mas sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos de poder.¹⁹

George Marmelstein, por sua vez, afirma que

o problema é quando o garantismo é utilizado – abusivamente – para impedir a efetividade do processo penal ou então para proteger grupos criminosos ‘privilegiados’. Não sejamos ingênu-

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 786.

¹⁷ Douglas Fischer a isso chama, muito apropriadamente, de “*garantismo penal monocular e hiperbólico*”, isto é, “*evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados*”. (O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno et. al. (Org.). *Garantismo penal integral – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 34).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. XVII.

os de pensar que isso não ocorre. Aqui no Brasil, quando o advogado é bom, qualquer pessoa consegue o direito de aguardar o prazo prescricional em liberdade. E isso não é culpa da preguiça dos juizes e sim de interpretações distorcidas que dão às garantias penais uma abrangência que não existe em lugar nenhum do mundo.

Acho que o juiz deve ser imparcial e ter sempre em mira o princípio da presunção de inocência. Porém, jamais deve ser neutro, muito menos indiferente, diante de uma violação a direitos fundamentais. O juiz deve sim se preocupar com a efetividade do processo penal, senão a sua função perde o sentido.²⁰

Note-se que a revogação do art. 393, I, do CPP foi aplaudida pela doutrina, que via em tal dispositivo a “ideia de que a sentença condenatória de primeiro grau, logo sujeita recurso, poderia trazer por conseqüência imediata a prisão do réu, era simplesmente dissociada do processo penal garantista e democrático”.²¹

Isso fez com que o juiz Federal André Lehnart denominasse, mui apropriadamente, de “garantismo à brasileira” aquela vertente com que tal fenômeno vem sendo aplicado em terras tupiniquins. Sua perplexidade contagia e, por isso mesmo, deve ser transcrita:

Continuo à mercê das trevas da ignorância. Não entendo que ‘garantismo’ é esse que permite a um assassino confesso permanecer em liberdade, anos após sua condenação. Garante-se exatamente o quê com isso? Conforto à família da vítima? Tranquilidade ao cidadão de bem, que se esforça para viver e ensinar aos filhos viver dentro da lei, respeitando os outros? Segurança à comunidade? Da forma como vem sendo propalado, esse “garantismo à brasileira” – além de destoar completamente de suas matrizes – não passa de “garantismo” de novos crimes e sinônimo de impunidade. Quando o Direito se torna injusto, algo está muito errado. Nenhuma teoria, por mais requintada, fornida em sutilezas ou forrada de argumentos, pode justificar a conclusão afrontosa ao bom senso. Nos países mais desenvolvidos, de cujas literatura e jurisprudência herdamos nossas teorias, assassino não fica solto... (...) Estamos numa democracia. Todos podem expor e defender seus pontos de vista. O que me inquieta é o hábito

²⁰ MARMELSTEIN, George. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/09/15/existe-incompatibilidade-entre-o-garantismo-e-a-efetividade-do-processo-penal/>

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. São Paulo: RT, 2011, p. 109.

pouco recomendável de alguns – advogados, em geral – de citar o exemplo de outros países em abono a suas teses, mutilando e deformando as informações.²²

Que belo garantismo esse à brasileira, não? Que seus asseclas expliquem à sociedade e às famílias das vítimas do jornalista Pimenta Neves e do jogador Edmundo “Animal” porque os mesmos estão soltos até hoje! Isso sem falar naquele médico paulista, condenado a mais de 200 anos por crimes sexuais, que conseguiu liminar em HC e, de posse disso, zarpou para o Líbano, país que não tem tratado de extradição com o Brasil. Nunca mais voltará... Isso porque já foram condenados em processo em que lhes foi garantida ampla defesa e houve exaustiva análise de provas...

O que se vê, então, é que o garantismo tornou-se um verdadeiro catalisador de uma desalentadora sensação de *impunidade*, ou seja, vale-se do direito fundamental insculpido no art. 5.º, LVII, da CF para escamotear uma infeliz situação de impunidade, o que, além de estulto, não passou ao largo da arguta percepção do citado George Marmelstein:

Há certo fundamentalismo em favor das garantias processuais penais que, em doses exageradas, pode eventualmente levar à impunidade. E os direitos fundamentais não compactuam com a impunidade. Na verdade, esses direitos são instrumentos de proteção à dignidade humana e à limitação de poder. Logo, não podem servir justamente para acobertar práticas criminosas que violem essa dignidade. Não se trata de colocar as ‘razões de Estado’ acima da proteção dos indivíduos, porque, se assim fosse, a razão de ser dos direitos fundamentais – que é a limitação do poder estatal – desapareceria. O que se deseja é tão somente impedir que os direitos fundamentais sejam invocados para evitar punição de comportamentos que atentem contra a própria dignidade humana. Essa ideia é conhecida como princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais.²³

²² LEHNART, André. Disponível em <http://reservadejustica.wordpress.com/2008/07/19/garantismo-a-brasileira/>

²³ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 200-201.

Tão séria é a questão, que deve ser encarada multidisciplinarmente. Joel Birman, psicanalista carioca do mais quilate, reconhece que a impunidade

permeia agora a sociedade brasileira, se deslocando sem pudor da sociedade política para a civil e vice-versa. Pode-se perceber aqui e ali a complementaridade dos procedimentos e das expectativas. Eu diria mesmo que é na medida em que a sociedade civil defende a impunidade para os seus, sendo inconcebível para as elites que seus filhos tenham sua imagens arranhadas, que se alimentam os monstros que estão evidentes para todos hoje no cenário da sociedade política. Essa quase impossibilidade das elites em aceitar qualquer limite é matéria-prima que nos leva a ser condescendentes com os desmandos do poder instituído. É dando que se recebe, afinal de contas, como diz um enunciado ético do cristianismo, transformado cinicamente no fundamento político e na palavra de ordem da nossa pobre República.²⁴

Em artigo coevo, Luiz Flávio Gomes demonstra o quão grave é o retrato que os cidadãos brasileiros têm da impunidade. Vejamos:

Nem o caso Edmundo, que veio comprovar inequivocamente o quanto o Judiciário brasileiro concorre para a impunidade, abala o convencimento popular de que os culpados são punidos no Brasil.

O Latinobarómetro, em mais uma das suas pesquisas de opinião pública, perguntou aos habitantes dos países latino-americanos, entre os anos de 1995 a 2009, se concordavam com a assertiva de que o sistema judicial de seu país pune os culpados: 46,3% dos brasileiros disseram que sim.

Ou seja: só um pouco mais da metade do povo brasileiro tem opinião (consciência) no sentido de que o Judiciário brasileiro não pune (todos) os culpados. Que aqui a impunidade é a regra, não a exceção.

A média entre os países da América Latina foi de apenas 35,7% de concordância com a afirmativa. Ou seja, 64,3% das pessoas acreditam que seus países não punem os culpados. A sensação de impunidade prepondera em toda América Latina.

²⁴ BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o mal* – Agressividade, violência e crueldade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 178.

Os países que menos concordaram que seu sistema judicial pune os culpados foram a Argentina, com 79,7% de discordância; o Paraguai, com 78,7% e o Equador, com 70,3%.

O Brasil foi o segundo país que mais acredita na punição dos culpados, ficando atrás apenas do Uruguai (49%). A Venezuela também se mostrou otimista, já que 46,2% de seus entrevistados concordaram com a assertiva.

De acordo com estes índices, demonstra-se que quase metade da população brasileira acredita que o Judiciário pune (todos) os culpados no Brasil. Isso evidencia na prática que o brasileiro não tem muita noção da impunidade quase absoluta que reina no nosso país. A ignorância dos números da impunidade (das cifras obscuras) seguramente é a causa da crença (aliás, credence, que é a crença popular sem fundamento) na Justiça criminal brasileira.

Os processos criminais no Brasil levam anos para serem julgados, muitos deles prescrevem antes mesmo de irem a julgamento, ou seja, somos vistos como o país da impunidade. Um resultado destes se mostra bastante contraditório e comprova o quanto nos tornamos cada vez mais conformistas com nossas graves deficiências.²⁵

Assim, esconder um fato criminoso e uma apenação atrás de um direito fundamental é fomentar um decepcionante, lamentável e infame quadro de descrédito da justiça.

Pesquisas divulgadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), nos anos de 2010 e 2011, dão conta de que o Poder Judiciário brasileiro vem sendo avaliado negativamente pela população. A nota média dada ao Judiciário pelos 2.770 entrevistados em todos os Estados da Federação foi de 4,55, numa escala de 0 a 10. Embora tenha sido o quesito mais bem avaliado, a capacidade de produção de boas decisões obteve a risível nota de 1,60.²⁶

Para que esse vergonhoso cenário de impunidade seja dizimado e para que o Poder Judiciário brasileiro retome a honrada posição de “reserva moral” do Estado, mister que vejamos a prisão decorrente de sentença penal condenatória como fruto de um sério e legítimo exer-

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. <http://www.conjur.com.br/2011-set-22/coluna-lfg-meta-de-brasileiros-acredita-justica-pune-culpados> Acesso em: 23 set. 2011.

²⁶ Dados disponíveis em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6165&Itemid=75 e http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8695&Itemid=75

cício judicial de exame das provas e que, por isso, condenou o réu que, assim, passa a ser presumidamente culpado. A lógica disso parece-me hialina com a luz do sol.

Distorcer a aplicação concreta da lei penal e camuflá-la atrás do biombo da presunção de não culpabilidade, mesmo depois de cognição judicial exauriente desenvolvida dentro do devido processo legal e da ampla defesa, é abusar de direito constitucional, é relegar ao limbo que dito abuso, na verdade, é um ato ilícito, ao talante do art. 187 do Código Civil Brasileiro, segundo decorre da inexorável interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

A propósito, o *princípio da proibição de abuso dos direitos fundamentais*, segundo o citado Marmelstein, estabelece que

nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos ou liberdades. Em outras palavras: o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas/criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes. (...) Os direitos fundamentais não podem ser utilizados para fins ilícitos, até porque eles existem para promover o bem-estar e a dignidade do ser humano e não para acobertar a prática de maldades que possam ameaçar esses valores. Indo mais além, pode-se dizer que o exercício de direitos fundamentais não pode gerar uma situação de injustiça, nem pode servir de desculpa para a prática de atos moralmente injustificáveis ou para violar direitos de terceiros.²⁷

Daí Alexandre de Moraes ter mencionado, com efeito, que

os direitos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5.º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.²⁸

²⁷ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 459-460.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27.

Tudo isso sem falar que tal cenário acaba por fomentar o alastramento da violência, pois a mesma é diretamente proporcional ao grau de impunidade vivido.

Nesse palco, logrou o Brasil alcançar o “honroso” 20.º lugar de país mais violento do mundo. Diferentemente do que foi noticiado pelo jornal Folha de S. Paulo em notícia veiculada recentemente (em 07/10/2011), que colocou o Brasil em 26º lugar dentre os países mais homicidas do mundo, levantamentos e análises realizados pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes (IPC-LFG) apontaram que, na verdade, o Brasil fechou o ano de 2009 como o 20º país mais homicida do mundo, matando violentamente 26,9 pessoas a cada 100 mil habitantes.²⁹ Claro, a violência brasileira tem vários fatores, como a falta de educação do nosso povo, a péssima distribuição de renda, a corrupção endêmica do governo e, também, a impunidade. Esta – podemos dizer, com certeza – é o fator que mais contribui, uma vez que, se algo é feito de errado e não é sancionado, será feito de novo.

Nesse desenrolar de raciocínio, vale salientar que não defendemos um Estado Policialesco ou o Direito Penal Máximo. Igualmente, não propugnamos deva o Judiciário “jogar para a torcida”, porquanto não é seu papel agradar o povo, mas julgar com justiça. Apenas coadunamos com a corrente do *garantismo penal integral* que, segundo Douglas Fischer,

decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos

²⁹ Notícia veiculada em <http://www.conjur.com.br/2012-jan-12/coluna-lfg-brasil-20-pais-violento-mundo> Acesso em: 13 jan. 2012.

para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo penal hiperbólico monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção de bens *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca foi* o propósito único do *garantismo penal integral*.³⁰ [itálicos no original]

Portanto, temos que a prisão de quem tem presumida sua culpabilidade nada mais é que a aplicação da lei ao seu caso, nada tendo de cautelar. O réu, pois, que permaneceu preso durante a instrução e foi condenado, deve assim permanecer, pois agora, em exame aprofundado das provas, foi presumido culpado pelo julgador. Prevista a pena privativa de liberdade para o seu caso, permanecer preso é aplicar a lei, sem aviltamento da Constituição. Poderá, em recurso, desfazer a presunção de culpabilidade que emergiu das provas colhidas no processo.

É premente por cabo ao distorcido garantismo à brasileira, catalisador de impunidade e violência. Não bastasse a violência ser, ainda, própria de nossa condição evolutiva, tem-se agora, com a visão abrasileirada do garantismo, uma pseudojustificativa para a defesa da inocência. Nada mais obtuso, *data venia!*

Urge, pois, interpretarmos séria e responsavelmente o princípio da presunção de não culpabilidade, sob pena de continuarmos a assistir absurdos como réus condenados por crimes bárbaros saírem livres, leves e soltos.

Pior do que a impunidade em si, é a sensação dela ou, como já disse Cícero, “*o maior estímulo para cometer faltas é a esperança de impunidade.*” Lamentamos a violência, mas, aplicando o garantismo tal qual vem sendo aplicado, acabamos por fomentá-la. Até quando? Será preciso a violência bater-nos à porta para enxergarmos isso? Queremos continuar com um Brasil assim? Vale à pena pensar a respeito.

³⁰ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno *et. al.* (Org.). *Garantismo penal integral* – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 48.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: propostas de mudança legislativa. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

BARROS, Antonio Milton de. *As medidas cautelares e os projetos de reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: www.ibccrim.com.br.

BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o mal – Agressividade, violência e crueldade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno et al. (Org.). *Garantismo penal integral – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil – Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2006, v. 12.

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-22/coluna-lfg-metade-brasileiros-acredita-justica-pune-culpados>. Acesso em: 23 set. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares – Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEHNART, André. Disponível em: <http://reservadejustica.wordpress.com/2008/07/19/garantismo-a-brasileira/>

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARMELSTEIN, George. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/09/15/existe-incompatibilidade-entre-o-garantismo-e-a-efetividade-do-processo-penal/>

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA semanal ISTOÉ-Dinheiro, n. 741, 21 dez. 2011.

SANGUINÉ, Odone. Os efeitos colaterais da prisão cautelar. In: MIRZA, Diogo Malan e Flávio (Coord.). *70 Anos do Código de Processo Penal brasileiro – Balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, Wellington Cabral. Medidas cautelares e confisco no processo por crime de lavagem de bens. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior C. de (Coord). *Tributo a Afrânio da Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

SITES

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6165&Itemid=75.

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8695&Itemid=75

<http://www.conjur.com.br/2012-jan-12/coluna-lfg-brasil-20-pais-violento-mundo>. Acesso em: 13 jan. 2012.

2

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Fausto Bawden de Castro Silva¹

RESUMO

A Lei 11.232, de 22.12.2005, revogou o artigo 570 do Código de Processo Civil e criou a fase do cumprimento de sentença, que vem delineada nos artigos 475-I até 475-R do CPC. O devedor condenado em sentença que não cumpre sua obrigação no prazo do artigo 475-J, fica sujeito à execução na forma de cumprimento de sentença, a qual se processará nos mesmos autos a pedido do credor. Havendo necessidade de ser requerido o pagamento na forma de execução e por meio de advogado, o credor tem o direito de receber novos honorários advocatícios, a serem fixados pelo Juiz, relativos à execução. Este artigo consiste na revisão das principais ideias e fatos sobre o assunto, por coletânea de obras de doutrinadores nacionais de renome e de decisões do Superior Tribunal de Justiça, e também sob a ótica do projeto de reforma do Código de Processo Civil, que tramita no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Honorários de sucumbência. Cumprimento de sentença. Possibilidade de incidência de honorários. Artigo 475-J do CPC e os honorários de sucumbência.

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

Os honorários advocatícios na execução são regulados pelo disposto no § 4º do artigo 20 do CPC que após a reforma efetivada pela Lei 8.952/94 dispõe que: “nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por algum tempo, apresentou divergência e dissídio sobre o tema. Os julgados, de início, apresentaram tendência a fixar honorários advocatícios em execução de título judicial, apenas quando tivesse sido apresentados embargos do devedor e fossem eles julgados improcedentes. Posteriormente, o STJ firmou entendimento, no sentido de ser cabível a fixação de honorários advocatícios na execução de título judicial, ainda que não houvesse embargos.

Estes julgados foram proferidos antes da reforma processual levada a efeito pela Lei 11.232, de 22.12.2005, quando ainda vigia a separação do processo de conhecimento do processo de execução.

A Lei 11.232, de 22.12.2005, revogou o artigo 570 do Código de Processo Civil, que previa procedimento especial para o devedor condenado em sentença promover a consignação do objeto de sua obrigação. Referida Lei criou também no Código de Processo Civil a fase do cumprimento de sentença, que vem delineada nos artigos 475-I até 475-R.

O teor do antigo artigo 570 foi remodelado no atual artigo 475-J que estabelece prazo para o devedor condenado em sentença promover de forma voluntária o pagamento da quantia certa fixada na condenação, e não o fazendo fica sujeito a consequências.

Com o término da execução como um processo autônomo, e fim da *actio iudicati*, a doutrina e os tribunais restabeleceram a antiga discussão sobre a possibilidade de incidência dos honorários na nova fase do processo de conhecimento denominada de execução/cumprimento de sentença.

Este estudo não tem objetivo de esgotar o tema, mas de reunir opiniões doutrinárias e colacionar decisões judiciais, buscando dar um norte para os aplicadores do direito, analisando também a for-

ma prevista para o cumprimento de sentença no projeto de reforma do Código de Processo Civil, Projeto de Lei n. 166-2010, que está em tramitação no Congresso Nacional, já tendo sido aprovado no Senado Federal, e que em futuro próximo, sendo aprovado nas duas casas legislativas e, sancionado, irá reger o sistema processual civil brasileiro.

2. DEVER DE PAGAR

Conforme Humberto Theodoro Júnior, no sistema da redação primitiva do artigo 570, previa-se um procedimento especial para o devedor condenado em sentença promover a consignação do objeto de sua obrigação. A técnica de cumprimento da sentença relativa às obrigações de quantia certa, inovada pela Lei 11.232, de 22.12.2005, revogou o referido dispositivo (art. 9º). Isto não quer dizer que não possa mais o devedor tomar a iniciativa de executar a sentença. Pelo contrário, o que decorre da técnica atual de cumprimento da sentença é a evidente sujeição do obrigado à realização da prestação reconhecida e imposta em juízo, tanto que a lei marca um prazo para tal, cominando multa para a eventualidade de faltar à diligência determinada (art. 475-J, *caput*, na redação da Lei n. 11.232/2005).

É bom lembrar que se a execução forçada figura no sistema do Código como uma faculdade (direito subjetivo) de que o credor pode livremente dispor (art. 569), ao devedor a lei civil reconhece não apenas o dever de cumprir a obrigação, como também o direito de liberar-se da dívida (art. 334 do Código Civil). Simplificado o procedimento de cumprimento de sentença, não há mais um rito contencioso especial para a consignação como antes determinava o art. 570. Tudo se passará da forma mais singela possível: o devedor oferecerá o pagamento diretamente ao credor, dele obtendo a quitação, que será juntada ao processo; ou oferecerá em juízo o depósito da soma devida para obter do juiz o reconhecimento da extinção da dívida e conseqüente encerramento do processo. Em sua petição, fará incluir o demonstrativo de atualização do débito, se o credor ainda não tiver tomado iniciativa em tal sentido. (THEODORO JR., 2007, p. 144-145)

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Crus Arenhart ressaltam que sendo exigível o título executivo, cumpre ao devedor promover o imediato pagamento da dívida. Assim, uma vez imponível a sentença con-

denatória – pela inexistência de recurso recebido com efeito suspensivo ou diante do seu trânsito em julgado –, homologada a transação etc., deve o devedor realizar o pagamento do débito líquido e certo. Sendo inequívoca a existência da obrigação – porque reconhecida por título executivo judicial –, não se justifica que o devedor possa permanecer inerte, em desobediência à ordem jurídica.

O pagamento pode ser efetuado diretamente ao credor ou no processo, depositando-se a importância devida. No último caso, é natural que no valor do pagamento sejam incluídos encargos outros, gerados pelo próprio processo, a exemplo dos honorários advocatícios e das custas processuais. Por isto, o pagamento a que está obrigado o devedor – após a condenação civil ou o surgimento de outro título executivo judicial –, além de abarcar o valor da obrigação original, incluirá outras importâncias decorrentes da instauração do processo, da mora no pagamento voluntário ou de outras razões. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 237).

3. INADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO

Estabelecida a obrigação devida pelo devedor a favor do credor em sentença, cumpre ao devedor espontaneamente cumprir a obrigação, e não havendo o cumprimento voluntário estará sujeito ao cumprimento coercitivo.

Como o vencido pode não realizar espontaneamente a prestação que lhe cabe, e como a sentença não é apenas um parecer, mas um comando de autoridade, reconhece-se que lhe corresponde a função de fonte da execução forçada. O condenado não poderá impunemente abster-se de cumprir a condenação, pois o órgão judicial, diante do definitivo acerto da situação jurídica dos litigantes, tomará, em satisfação do direito reconhecido ao credor, as providências necessárias para forçar a realização da prestação definida na sentença. (THEODORO JR., 2007, p. 132-133)

O cumprimento voluntário da obrigação é a regra que deve ser seguida pelo devedor, impondo a ele o dever de procurar o credor diretamente ou pelo processo no qual a dívida foi constituída e proceder ao depósito do débito.

A redação do *caput* do artigo 475-J do CPC demonstra claramente esta situação, como podemos ver:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no artigo 614, inciso II, desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (BRASIL, 2010)

Verificado o inadimplemento do devedor, tem o credor a seu dispor a execução do título executivo judicial que foi constituído a seu favor, podendo se valer do procedimento de cumprimento de sentença, estabelecido no artigo 475-I e seguintes do CPC.

O requerimento para o início da execução de títulos judiciais pode ocorrer de duas formas distintas, conforme a espécie de título de que se trate. Recorde-se que alguns títulos judiciais devem formar processo novo, enquanto outros são executados internamente a processos já instaurados. Em ambos os casos, o início da execução depende de impulso do credor, não se realizando *ex officio*.

Portanto, havendo a formação do título executivo, aguardará o Judiciário a manifestação do interesse do credor para dar início ao cumprimento da sentença. No caso de execução que se processa em *fase* de processo antes instaurado, o pedido de execução é feito através de mero requerimento, elaborado sem maiores formalidades. Bastará à peça processual a indicação da vontade do credor em ver iniciada a execução, somada à apresentação do *quantum debeat*. O único requisito imposto pela lei para este requerimento é o de fazer acompanhar a petição com a memória de cálculo elaborada pelo credor, o que, aliás, só poderá acontecer nos casos em que a apuração do valor da execução dependa de simples processo aritmético (art. 475-J do CPC).

Ao contrário do que sucede com os títulos extrajudiciais, o título judicial não precisa ser exibido em seu original, o que, em princípio, é até inviável. Note-se que estes títulos geralmente estão em outro processo (por exemplo, o processo penal), não se podendo retirar o documento para fazer acompanhar a execução. Bastará, portanto, apresentar certidão ou cópia autenticada do título executivo, apenas excepcionalmente exigindo a lei outras peças (como ocorre na execução provisória – art. 475-O do CPC) para satisfazer o requisito.

Tanto no caso de requerimento, como na hipótese de petição inicial, deverá o pleito executivo indicar de modo claro o valor a ser executado – descrevendo, como já observado, o cálculo desenvolvido para se chegar neste montante. Este valor, obviamente, não estará limitado ao valor da dívida, mas incluirá as prestações acessórias ligadas à prestação (reconhecidas pelo título executivo ou impostas pela lei, a exemplo dos juros legais e da correção monetária) e também ao processo (por exemplo, custas e honorários de sucumbência). Sobre este valor total, incidirá o valor da multa de dez por cento, que igualmente deverá ser descrita no requerimento de execução. (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 249/250).

O projeto de reforma do Código de Processo Civil, Projeto de Lei n. 166/2010, de autoria do Senador José Sarney, em tramitação no Congresso Nacional, não apenas mantém a obrigação do devedor, condenado em quantia certa por sentença judicial, mas reforça a hipótese de cumprimento voluntário da obrigação por parte dele, devendo fazê-lo antes de ser intimado para o cumprimento da sentença.

Pela sistemática do novo projeto de CPC, a liquidação inicia-se de ofício, e somente não se procederá à liquidação se o demandante requerer que não ocorra o prosseguimento da liquidação. Tem o devedor a obrigação de satisfazer a sentença de forma voluntária e independentemente de ser intimado, devendo oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo.

Art. 494. Quando a sentença não determinar o valor devido, o processo prosseguirá para que, de imediato, se proceda à sua liquidação, salvo se o credor justificar a sua impossibilidade ou a inconveniência de sua realização. (BRASIL, Projeto de Lei do Senado n. 166 – 2010)

Sendo aprovado em sua redação atual, o projeto de reforma do CPC objetiva não apenas manter as disposições processuais relativas ao cumprimento de sentença, levadas a efeito pelas reformas pontuais do CPC vigente, pois vai mais além, criando novos encargos para o devedor omissor ou recalcitrante no descumprimento de sua obrigação, priorizando a celeridade do processo de execução, principalmente aquele decorrente do título judicial, estabelecido na fase de cumprimento de sentença.

4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

4.1 Visão doutrinária sobre o tema

Autores de obras jurídicas, que trazem comentários sobre o Código de Processo Civil com as modificações decorrentes da Lei 11.232-2005, manifestaram expondo e justificando seu ponto de vista, sobre a possibilidade de inclusão de honorários advocatícios de sucumbência, em sede de cumprimento de sentença.

Todavia, cumpre observar que, inicialmente, o pensamento neste sentido não era unânime, pois diversos autores defendiam a impossibilidade de haver fixação de nova verba honorária para a fase de cumprimento de sentença, porque não mais é exigido uma nova ação para executar a sentença, sendo o cumprimento de sentença um simples desdobramento do processo de conhecimento.

As despesas processuais do cumprimento da sentença, naturalmente, correm por conta do executado, como consectário do inadimplemento. Não há, porém, como imputar-lhe nova verba advocatícia, uma vez que não há mais uma ação distinta para executar a sentença. Tudo se passa sumariamente como simples fase do próprio procedimento condenatório. E, sendo mero estágio do processo já existente, não se lhe aplica a sanção do art. 20, mesmo quando se verifique o incidente da impugnação (art. 475-L). Sujeita-se este a mera decisão interlocutória (art. 475-M, § 3º), situação a que não se amolda a regra sucumbencial do art. 20, cuja aplicação sempre pressupõe sentença.

Dir-se-á que os honorários continuam a incidir sobre o cumprimento da sentença relativa às obrigações por quantia certa, porque o art. 475-I determina que dito cumprimento deverá ser realizado sob a forma de execução, e o § 4º. do art. 20 prevê honorários nas “execuções, embargadas ou não”, os quais “serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz”.

O dispositivo em questão tem inegável incidência sobre a execução de títulos extrajudiciais, não só porque se trata de ação autônoma, desvinculada de qualquer outro processo, como também porque há expressa previsão de que o pagamento perseguido nessa modalidade executiva deve compreender, segundo se prevê nos arts. 659 e 710, o principal, juros, custas e honorários

advocatícios. (tem nota de rodapé) No sistema, porém, do título judicial, o cumprimento (execução) da condenação não mais se faz por ação, mas por simples incidente do próprio processo em que a sentença foi prolatada. Não há duas ações para justificar duas imposições de verba advocatícia. Assim, o § 4º. do art. 20, que fala em honorários nas “execuções embargadas, ou não”, ficou restrito aos casos dos títulos extrajudiciais, visto que, após a Lei n. 11.232-2005, não há ação de execução de título judicial e tampouco ação de embargos do devedor. (THEODORO JR., 2007, p. 145-146)

Em artigo jurídico, Oliveira (2010) defende a impossibilidade de inclusão de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, pois “afirma-se que os honorários advocatícios no cumprimento de sentença não mais persistem, porque essa é uma mera fase do processo de conhecimento. Nos exatos termos de Athos Ghusmão Carneiro, toda a reforma processual para cobrança de sentença efetivou-se com base no brocardo “sententia habet paratam executionem”. Conseqüentemente, no processo de conhecimento já foram fixados honorários para o vencedor: logo, “inexistindo nova relação processual, não há que se falar em honorários, sob pena do *bis in idem*”. Já se defendeu que os honorários, agora, são a própria multa de 10% sobre o valor da condenação.

Ao se interpretar a lei restritivamente, conclui-se que os honorários no cumprimento de sentença, para o advogado do exequente-credor, de fato não mais existem, não seriam devidos no cumprimento de sentença com base no artigo 20, § 4º, do CPC, porque não há mais “execução” de título judicial. Deixemos o tema dos honorários por derradeiro, para ser tratado na análise da intimação (ou citação) do executado para que pague. Lógico é que, se a impugnação é procedente, cabem honorários de sucumbência contra o impugnado, mesmo porque nesse caso cuida-se de sentença”.

O processualista Humberto Theodoro Júnior (2010), em novos estudos sobre o tema, modificou seu posicionamento, passando a defender a incidência de honorários de sucumbência no cumprimento de sentença, o que merece ser colacionado:

As despesas processuais do cumprimento da sentença, naturalmente, correm por conta do executado, como consectário do

inadimplemento. Com a nova sistemática instituída pela Lei n. 11.232/05, nossa convicção firmou-se, de início, pelo descabimento da imputação de outra verba advocatícia, uma vez que, não havendo instauração de nova relação processual não haveria base legal para mais uma condenação daquela espécie. Tudo se passaria sumariamente como simples fase do próprio procedimento condenatório. E, sendo mero estágio do processo já existente, não se lhe aplicaria a sanção do art. 20, salvo na extinção da execução, por acolhimento da impugnação prevista no art. 475-M, § 3º, caso em que a lei aponta para a ocorrência de nova sentença, e não de simples decisão interlocutória.

(...)

Portanto, haja ou não, o incidente de impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-L), a verba honorária incidirá se o devedor não cuidar de promover o pagamento voluntário antes de escoado o prazo para requerimento de expedição do mandado executivo (art. 475-J). Para o STJ, destarte, a ultrapassagem do termo legal de cumprimento voluntário da sentença, sem que este tenha sido promovido, acarreta não só a sujeição à multa legal do art. 475-J, *caput*, como também à nova verba de honorários sucumbenciais (art. 20, § 4º). (THEODORO JR., 2010, p. 23).

Dissertando sobre o tema, os processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008) defendem a inclusão de honorários de advogado, na fase do cumprimento de sentença.

Em razão do silêncio da lei, seria possível pensar que nada é devido a título de honorários de advogado na execução da sentença condenatória. Porém, se o advogado certamente não pode ser obrigado a trabalhar de graça, não há como deixar de exigir do réu – *que torna necessária a execução* – os honorários do advogado do autor, já que de outra forma estará sendo negado o princípio de que *o processo não pode prejudicar a parte que tem razão*. Assim, o juiz também deve agregar o valor dos honorários de advogado (devido pela execução) ao valor que está sendo executado, sob pena de violar os direitos fundamentais processuais e a lógica do sistema, que resolveu impor multa de dez por cento ao réu para *forçá-lo ao adimplemento voluntário*. Se, antes da Lei 11.232-2005, era absolutamente comum ao réu não cumprir a condenação, ainda que sabedor de que teria de pagar os honorários de advogado na ação de execução, não haverá qualquer efeito em impor a pena de dez por cento e eliminar a necessidade de o réu pagar os honorários de advogado na fase de execução.

Ademais, é logicamente inconcebível atrelar os honorários de advogado à existência de *ação*, ou seja, de *ação de execução* e não de *fase* de execução. Como é óbvio, honorários não têm relação com ação, mas sim com retribuição por trabalho. (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 250).

ARAKEN DE ASSIS, 2006, p. 474/465, citando Liebman, defende a possibilidade de incidência de honorários de advogado na fase de cumprimento de sentença, quando diz: conforme assinalou Liebman², o título judicial abstrai-se das suas origens e da sentença condenatória em que se formou; por isso, criando a demanda executória nova atividade processual, independente da originária, justifica-se o recebimento pelo credor de verba honorária diversa da primeira contemplada no título. É curial que os honorários do título correspondem ao trabalho desenvolvido na demanda condenatória. Basta ler os critérios que presidem sua fixação (art. 20, § 3º). A execução inaugura outra espécie de serviços, deferentes daqueles anteriormente prestados, a reclamarem contraprestação digna e suficiente. Eliminar os honorários nesta classe de demanda executória, portanto, também infringiria o princípio da *restitutum ad integrum*.

Não deve impressionar a ninguém que a execução do título judicial se realize *in simultâneo processu*. Em última análise, retornar-se ao regime do CPC de 1.939, sufragando-se a opinião de Liebman há pouco anotada. Todavia, há o argumento decisivo do art. 20, § 4º. Nada se distingue nesse dispositivo. Admitindo-se, para argumentar, que a execução constitua um incidente, o art. 20 § 1º, encontrar-se-ia excepcionado, de todo modo, pelo subsequente § 4º, relativo à execução. E o gravame da imposição dessa nova verba se harmoniza com a finalidade de tornar o descumprimento do comando judiciário superlativamente oneroso para os recalcitrantes.

Na perspectiva em que aqui se situa a questão, o ajuizamento dos embargos ou da impugnação, embora fato relevante, quanto ao momento da fixação e ao montante dos honorários, não condiciona ou cria o direito ao recebimento da verba. Esta idéia se respalda, agora, no art. 20 § 4º, do CPC, que prevê a fixação de honorários “*nas execuções, embargadas ou não*”. Felizmente desaparecem, assim, as complicações de certa jurisprudência, que discriminava as execuções pela natureza do título, agrupava-as

² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, n. 8, p. 21.

segundo a propositura ou não de embargos e, ainda, distingue-as conforme o resultado destes, num casuismo exasperante.

A partir da nova redação do art. 20, § 4º, Celso Agrícola Barbi³ alterou seu ponto de vista, escrevendo o seguinte: “A lei não distingue, a propósito de honorários de advogado, entre as execuções fundadas em título executivo extrajudicial e em judicial, devendo entender-se que os honorários são devidos em todas elas. Isto se justifica porque em todos os casos há omissão do devedor em cumprir a obrigação”. É a opinião dos comentadores do texto em vigor.⁴

Didier Jr, Braga e Oliveira (2007),⁵ também defendem a possibilidade de incidência de honorários advocatícios, nos termos do artigo 20, § 4º, CPC, na fase de cumprimento de sentença, ante o inadimplemento do devedor.

4.2 Precedentes jurisprudenciais

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em diversos arestos, vem decidindo pela possibilidade de inclusão de honorários de advogado na fase de cumprimento de sentença, demonstrando que as diversas Câmaras do referido Tribunal vêm convergindo para este entendimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS.

³ BARBI Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, n. 191, p. 145.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, n. 38, p. 68; NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*, p. 24; THEODORO JÚNIOR, Humberto *As inovações no Código de Processo Civil*, p. 5.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, p. 75-76; SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Teresa (Coord.). *A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232;05)*. Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: RT, 2006, p. 567-568; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de. O cumprimento da sentença, a inadimplência e a improbidade processual. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva (Coord.) *Processo de Execução Civil – modificações da Lei 11.232;05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 174-175.

- O pleito executivo desenvolvido na fase de cumprimento de sentença não deixa de se afigurar como execução, onde não pode haver dúvida: são cabíveis honorários advocatícios, havendo de ser fixada sucumbência na hipótese de resistência pela apresentação de impugnação. Agravo de Instrumento Cível n. 1.0479.04.069597-1/003 – Comarca de Passos – Agravante: Luiz Carlos Lima Reis – Agravado: FBJ Comércio de Pedras Ltda – Relator: Des. Otávio Portes. []

Do voto do relator do acórdão, Des. Otávio Portes, destaco:

A fim de dirimir a lide, assinala-se que, muito embora fosse o objetivo das alterações perpetradas pela lei 11.232/05 unificar os processos de conhecimento e execução, tornando-se este último mera continuação daquele, o pleito executivo desenvolvido na fase de cumprimento de sentença não deixa de afigurar como execução, onde não pode haver dúvida: são cabíveis honorários advocatícios.

E nesse particular, a expressa dicção do art. 20, § 4º, não deixa dúvida de que os honorários são devidos “nas execuções embargadas ou não”. Agravo de Instrumento Cível n. 1.0479.04.069597-1/003 – Comarca de Passos – Agravante: Luiz Carlos Lima Reis – Agravado: FBJ Comércio de Pedras Ltda – Relator: Des. Otávio Portes (grifo nosso).[1]

Após grande debate nos Tribunais estaduais e Tribunais federais, a questão aportou ao Superior Tribunal de Justiça, onde, de início, recebeu interpretação desfavorável à possibilidade de fixar-se nova verba honorária na fase de cumprimento de sentença.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. Não é cabível, por ausência de disposição legal, novos honorários advocatícios pelo fato de o exeqüente ser obrigado a requerer o cumprimento de sentença.
2. Com a vigência da Lei n. 11.232, de 2005, a execução da sentença passou a ser uma fase do processo de conhecimento.
3. “As despesas processuais do cumprimento de sentença, naturalmente, correm por conta do executado, como consectário do

inadimplemento. Não há, porém, como imputar-lhe nova verba advocatícia, uma vez que não há mais uma ação distinta para executar a sentença. Tudo se passa sumariamente como simples fase do procedimento condenatório. E, sendo mero estágio do processo já existente, não se lhe aplica a sanção do art. 20, mesmo quando se verifique o incidente da impugnação (art. 475-L). Sujeita-se este à mera decisão interlocutória (art. 475-M, § 3º), situação a que se amolda a regra sucumbencial do art. 20, cuja aplicação sempre pressupõe sentença” (Humberto Theodoro Júnior, “As Novas Reformas do Código de Processo Civil, Editora Forense, 1ª. Edição, p. 139).

4. Recurso especial não-provido. Superior Tribunal de Justiça. RE 1.025.449 – RS 2008/186555-9. Relator para o acórdão Min. José Delgado. [2]

Posteriormente, a Quarta Turma do STJ, modificou o posicionamento, passando a admitir a fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, havendo ou não impugnação.

PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA IMPOSTA PELA LEI n. 11.232/05. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE

- O fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

- A própria interpretação literal do art. 20, § 4º do CPC, não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos “nas execuções embargadas ou não”.

- O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento de sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento de sentença.

- Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.

- Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações

pretendidas com a lei n. 11.232/05, em especial a multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação.

Recurso especial conhecido e provido. RECURSO ESPECIAL n. 978.545-mg (2007/0187915-9) Relatora Min. Nancy Andrighi. [3]

Do voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora para o acórdão, extrai-se fundamentação sobre o tema em estudo:

Cinge-se a controvérsia a determinar se, na nova sistemática de execução estabelecida a partir da edição da Lei n. 11.232/05, há incidência de honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento da sentença.

Na fundamentação deste julgado, restou consignado que:

“(…) de acordo com a nova lei, que altera substancialmente o código de Processo Civil, o arbitramento dos honorários de sucumbência limitar-se-ão àqueles arbitrados na fase de conhecimento, a não ser que sejam criados eventuais incidentes causados pelo devedor, o que será analisado caso a caso. (fls. 204)

(…) Dessa forma, sendo a ação de execução de título judicial continuidade do processo de conhecimento, tenho que não é cabível a fixação de honorários advocatícios no caso de a mesma não ser impugnada, como ocorre no caso em discussão(…).

Ora, não há cabimento em fixar verba honorária quando não existe sucumbência, não se fazendo necessária a fixação de honorários pelo douto Julgador a *quo* quando do despacho inicial da execução, uma vez que não se sabe se vai haver impugnação pelo devedor ou não(…)” (fls. 206)

Com efeito, as alterações perpetradas pela Lei 11.232/05 tiveram o escopo de unificar os processos de conhecimento e execução, tornando este último um mero desdobramento ou continuação daquele. Conforme anota Luiz Rodrigues Wambier, “*hoje, o princípio do sincretismo entre cognição e execução predomina sobre o princípio da autonomia*” (Sentença Civil: liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006, 3ª. ed., p. 419).

Essa Nova realidade foi materializada pela alteração da redação dos arts. 162, § 1º, 267, caput, 269, caput, e 463, caput, todos do CPC; tudo para evidenciar que o processo não se esgota, necessariamente, com a declaração do direito, de modo que a função jurisdicional somente estará encerrada com a efetiva satisfação

desse direito, ou seja, a realização prática daquilo que foi reconhecido na sentença.

Entretanto, o fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

A idéia de que havendo um só processo só pode haver uma fixação de verba honorária foi construída em uma época em que o CPC albergava o modelo liebmaniano da separação entre os processos de cognição e execução, e não pode ser simplesmente transplantada para a nova sistemática imposta pela Lei n. 11.232/05.

Aliás, a própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos “*nas execuções, embargadas ou não*”.

No julgamento do EREsp 158.884/RS, Resl. Min. Demócrito Reinaldo, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 30.04.2001, a Corte Especial deste Tribunal decidiu que a redação do art. 20, § 4º, do CPC, “*deixa indubitoso o cabimento de honorários de advogado em execução mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial ou execução fundada em título extrajudicial*”.

Confrontando esse precedente com as inovações da Lei n. 11.232/05, o Min. Athos Gusmão Carneiro ressalta que “*esta orientação jurisprudencial permanece mesmo sob a nova sistemática de cumprimento da sentença, porquanto irrelevante, sob este aspecto, que a execução passe a ser realizada em fase do mesmo processo, e não mais em processo autônomo*” (Cumprimento da Sentença Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 108).

Com efeito, diz a Lei, e isso é sintomático, que os honorários serão fixados nas execuções. Não há no texto da norma referência aos “*processos de execução*”, mas às execuções. Indubitoso, portanto, que existindo execução, deverá haver a fixação de honorários.

Acrescente-se, ainda, que o art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

No mais, o fato da execução agora ser mero “*incidente*” do processo não impede a condenação em honorários, como, aliás, ocorre em sede de exceção de pré-executividade, na qual esta Corte admite a incidência da verba. Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 737.767/AL, 3ª. Turma, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.05.2006; REsp 751.400/MG, 3ª. Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 19.12.2005; e AgRg no REsp 631.478/MG, 3ª. Turma, minha relatoria, DJ de 13.09.2004.

Outro argumento que se põe favoravelmente ao arbitramento de honorários na fase de cumprimento da sentença decorre do fato de que a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. E nem poderia ser diferente, já que, naquele instante, sequer se sabe se o sucumbente irá cumprir espontaneamente a sentença ou se irá opor resistência.

Contudo, esgotado *in albis* o prazo para o cumprimento voluntário da sentença, torna-se necessária a realização de atos tendentes à satisfação forçada do julgado, o que está a exigir atividade do advogado e, em conseqüência, nova condenação em honorários, como forma de remuneração do causídico em relação ao trabalho desenvolvido na etapa do cumprimento da sentença.

Do contrário, o advogado trabalhará sem ter assegurado o recebimento da respectiva contraprestação pelo serviço prestado, caracterizando ofensa ao art. 22 da Lei n° 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, que garante ao causídico a percepção dos honorários de sucumbência.

Nesse ponto, o que releva destacar, apenas, é que, com o advento da Lei n. 11.232/05, a incidência de novos honorários pressupõe o esgotamento do prazo legal para o cumprimento espontâneo da condenação. Sem que ele se escoe não há necessidade de praticar quaisquer atos jurisdicionais, donde o descabimento daquela verba.

Por derradeiro, é aqui que reside o maior motivo para que se fixem honorários também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei n. 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

Conforme observa Cássio Scarpinella Bueno, “*este acréscimo monetário no valor da dívida, aposta o legislador, tem o condão de incentivar o devedor a pagar de uma vez, acatando a determinação judicial*” (A Nova Etapa da Reforma do código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed. p. 83).

Realmente, a segunda onda de reformas do CPC/1973, a chamada “*reforma de reforma*”, foi centrada no processo de execução, tendo como objetivo maior a busca por resultados, tornando a prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, antecipando a satisfação do direito reconhecido na sentença.

Nesse contexto, de nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença, se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação.

Considerando que para o devedor é indiferente saber a quem paga, a multa do art. 475-J do CPC perderia totalmente sua eficácia coercitiva e a nova sistemática impressa pela Lei n. 11.232/05 não surtiria os efeitos pretendidos, já que não haveria nenhuma motivação complementar para o cumprimento voluntário da sentença. Ao contrário, as novas regras viriam em benefício do devedor que, se antes ficava sujeito a uma condenação em honorários que poderia alcançar os 20%, com a exclusão dessa verba, estaria agora adstrito tão somente a uma multa no percentual fixo de 10%.

Tudo isso somado – embora cada fundamento me pareça *per se* bastante – leva à conclusão de que deve o juiz fixar, na fase de cumprimento da sentença, verba honorária, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC(...). Superior Tribunal de Justiça. RE 978.545-MG 2007/0187915-9 – Relatora Min. Nancy Andrighi. [4]

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também firmou posicionamento, no sentido admitir a fixação de honorários na fase de cumprimento de sentença, merecendo destaque do voto do Ministro Sidnei Beneti, Relator do Acórdão, RE n. 1.053.033 – DF (2008/0093232-3).

(...) Consoante o regramento processual civil instituído pela Lei 11.232/05, a satisfação do crédito reconhecido no título executivo judicial deixou de se dar no bojo de um processo autônomo, passando a se desenvolver em uma fase processual intitulada de “cumprimento da sentença”. O intuito da reforma, evidentemente, é imprimir maior celeridade ao feito, em atenção ao princípio da efetividade processual. Tem-se agora, portanto, um processo sincrético, em que o devedor, ao invés de ser citado para pagar ou embargar, é intimado da sentença, na pessoa do advogado, para saldar a dívida ou oferecer impugnação, após a garantia do juízo (CPC, art. 475-J). Muito embora o capítulo do cumprimento

de sentença seja omissivo quanto à fixação da verba honorária, a interpretação sistemática e teleológica da norma conduz ao entendimento de que é cabível arbitramento de honorários.

Ressalte-se que segundo o § 4º do art. 20: “*Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior*”. Assim, conclui-se que na execução dos títulos judiciais, que se dá em uma fase processual denominada de “cumprimento da sentença”, são devidos honorários advocatícios, caso o credor seja obrigado a atuar no processo em busca da satisfação da dívida. Em outras palavras, caso o advogado da parte continue atuando no feito haverá de ser remunerado por isso, sendo certo que a fixação da verba honorária prevista na sentença, por óbvio, somente levou em consideração o trabalho desenvolvido até aquela fase do processo.

Avulta referir, em acréscimo, que o entendimento em sentido contrário ao arbitramento de honorários na espécie afasta-se do espírito da norma, tendo em vista que o art. 475-J do estatuto processual determina incidência de multa de 10% do débito caso o comando da sentença não seja cumprido de forma espontânea. Trata-se de um mecanismo de coerção para que o devedor se sinta desestimulado a protelar com o cumprimento de sua obrigação. Na sistemática anterior, o executado arcava com, no mínimo, 10% de honorários advocatícios arbitrados nos Embargos à Execução. Portanto, suprimindo-se os honorários advocatícios na atual fase de cumprimento da sentença, não se alcançaria o caráter coercitivo que o legislador buscou imprimir à norma quando previu o acréscimo de 10% do débito em razão da contumácia do devedor.(...)” Superior Tribunal de Justiça. RE 1.053.033 – DF 2008/0093232-3. Rel. Min. Sidney Beneti. [5]

Como visto no Superior Tribunal de Justiça, firmou-se entendimento no sentido de possibilitar a inclusão de verba de honorários na fase de cumprimento de sentença, por ser devida a remuneração ao advogado pelo trabalho prestado na nova fase processual denominada de cumprimento de sentença, e por servir a verba honorária de mecanismo de coerção para que o devedor se sinta desestimulado a protelar com o cumprimento de sua obrigação. “Inicialmente, a 3ª. Turma afirmou, em diversos recursos, que não havia razão para tratar o *cumprimento* da sentença diversamente da antiga *execução* de sen-

tença, em matéria de encargos processuais. Depois a 4ª. Turma trilhou igual caminho, proclamando que a Lei n. 11.232/05 não trouxe “nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios em sede de execução”. Por fim, a Corte Especial endossou a tese de que “o fato da execução agora ser um mero ‘incidente’ do processo não impede a condenação em honorários”. (THEODORO JR., 2010, p. 23).

4.3 O projeto do novo Código de Processo Civil

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 166 de 2010 – Senado, de autoria do Senador José Sarney, que trata da reforma do Código de Processo Civil brasileiro. Este projeto tem objetivo de atualizar a legislação processual codificada, e harmonizar os diversos livros e capítulos do CPC, principalmente em razão das diversas reformas ocorridas na última década, sendo analisado neste estudo, as modificações relativas ao cumprimento de sentença, execução de título executivo judicial e honorários advocatícios.

O Projeto n. 166-2010, já aprovado no Senado, acolheu e privilegiou as mudanças relativas ao cumprimento de sentença, com objetivo de dar celeridade ao cumprimento das decisões judiciais, o que há muito vem atormentando os credores e também os profissionais do direito, que não conseguem dar efetividade às decisões. O projeto também prioriza a simplicidade processual, pois não há necessidade de instaurar um novo procedimento, basta que se inicie uma nova fase processual denominada de cumprimento de sentença, para a efetiva satisfação do direito do credor.

O Projeto n. 166-2010, uma vez aprovado, estancará de vez as dúvidas até o momento existentes sobre a possibilidade de serem fixados honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, estabelecendo expressamente em diversos artigos, ser devida a verba honorária na execução de título judicial, em fase de cumprimento de sentença resistida ou não.

Discorrendo sobre o tema, Marinoni e Daniel (2010) esclarecem que “o projeto patrocinou inovações no que tange à fixação dos honorários advocatícios. Algumas dizem respeito, inclusive, à valorização

do advogado como profissional indispensável à administração da Justiça (art. 133, CF)”.

Em primeiro lugar, o Projeto repete como regra geral o sistema da responsabilidade objetiva pelas despesas judiciais: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor” (art. 73, *caput*, primeira parte). Aí o que interessa é o fato objetivo da sucumbência. Logo em seguida, contudo, estabelece que, “se houver perda do objeto”, os honorários serão “imputados à parte que lhe tiver dado causa” (art. 73, § 1º). Inova o Projeto em explicar a necessidade de condenação em honorários no cumprimento de sentença, em determinar que também na execução não embargada cabe a condenação em honorários e no julgamento dos recursos, tudo cumulativamente.”

A título de estudo, trago para este trabalho os artigos do Projeto de Lei n. 166/2010, em tramitação no Senado, que caso aprovado nas casas do Congresso Nacional, e sancionado, irá reger o processo civil nacional, e que têm vinculação com o tema em debate.

Livro I – PARTE GERAL – TÍTULO IV – DAS PARTES E DOS PROCURADORES – Capítulo III – DOS DEVERES DAS PARTES E DOS SEUS PROCURADORES – Seção III – Das despesas, dos honorários advocatícios e das multas

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.

§ 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também **no cumprimento de sentença, na execução embargada ou não** e nos recursos interpostos, cumulativamente.

[...] § 9º As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes, bem como **em fase de cumprimento de sentença**, serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais. (grifo nosso)

[...] Livro II – DO PROCESSO DE CONHECIMENTO – TÍTULO II – DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – Capítulo II – DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

Art. 495. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o credor apresentará demonstrativo de cálculo discriminado e atualizado do débito, do qual será intimado o executa-

do para pagamento no prazo de quinze dias, sob pena de multa de dez por cento.

§ 4º Transcorrido o prazo para cumprimento espontâneo da obrigação, sobre o valor da execução incidirão honorários advocatícios de dez por cento, sem prejuízo daqueles impostos na sentença.

§ 5º Findo o procedimento executivo e tendo como critério o trabalho realizado supervenientemente, o valor dos honorários da fase de cumprimento da sentença poderá ser aumentado para até vinte por cento.

Como visto, nas disposições relativas ao cumprimento de sentença, que possivelmente farão parte do futuro CPC, está clara a intenção do legislador de prover o credor de instrumentos hábeis a persuadir o devedor ao cumprimento imediato da decisão judicial.

E discorrendo sobre o artigo 495 do projeto do novo Código de Processo Civil, Marinoni e Daniel (2010) elucidam que “o projeto prevê expressamente o direito aos honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença condenatória. Trata-se de solução bem aceita pela doutrina diante do Código vigente. Diz o artigo 495, § 4º, que, “transcorrido o prazo para cumprimento espontâneo da obrigação, sobre o valor da execução incidirão honorários advocatícios de dez por cento, sem prejuízo daqueles impostos na sentença”. O § 5º do mesmo artigo complementa que, “findo o procedimento executivo e tendo como critério o trabalho realizado supervenientemente, o valor dos honorários da fase de cumprimento de sentença poderá ser aumentado para até vinte por cento”.

Não havendo o voluntário cumprimento da decisão, e sendo necessário novo requerimento do credor, haverá incidência de nova verba honorária de no mínimo dez por cento, ressalte-se que esta verba será devida independentemente de oferecimento de impugnação à execução de título judicial. Ressalte-se que sendo interposta impugnação e sucumbindo o devedor, os honorários advocatícios poderão ser acrescidos até o limite de vinte por cento.

Caso o devedor não cumpra a obrigação no prazo de quinze dias a contar da intimação, haverá também a incidência de multa de dez por cento.

O novo CPC, se aprovado na redação atual, está mantendo e reforçando as reformas processuais recentes, de forma a dar celeridade e simplicidade ao cumprimento de sentença.

5. CONCLUSÃO

A realização de um direito que foi reconhecido como devido por uma decisão judicial, sempre foi um entrave e um verdadeiro martírio na vida do credor, que após percorrer uma verdadeira eternidade, na tramitação do seu processo de conhecimento, ainda tinha de passar por um novo calvário dando início a um novo processo, agora denominado de processo de execução.

A reforma processual, operada pela Lei 11.232/05, estabeleceu no sistema processual civil brasileiro o fim *da actio iudicat*, passando a execução a ser uma fase do processo de conhecimento, o que tem objetivo de facilitar a realização do direito do credor, que agora não mais necessita dar início a um novo processo, com nova citação e demais formalidades.

A partir do trânsito em julgado da decisão judicial, sentença ou acórdão, nasce para o devedor a obrigação de cumprir espontaneamente a obrigação definida no julgado, e em prazo exíguo estabelecido na lei.

Não havendo o cumprimento espontâneo do julgado, o devedor estará sujeito a novo ônus processual que é uma multa por descumprimento do julgado.

Havendo necessidade de ser promovida a execução, significa que o devedor não cumpriu voluntariamente a obrigação, e obrigou ao credor formular novo requerimento ao juiz por meio de advogado.

Neste momento nasce para o devedor a obrigação de pagar também os honorários do advogado do credor, para esta nova fase processual.

O único requisito para que possa haver a incidência da verba honorária é o transcurso do prazo de quinze dias para que o devedor efetue o cumprimento voluntário da sentença condenatória, e haja um pedido do credor.

Transposto este prazo, e não tendo havido o pagamento voluntário, o juiz, ao se deparar com pedido do credor, deverá fixar a verba de

honorários advocatícios, em montante previsto no § 4º do artigo 20 do CPC, para a fase de execução por cumprimento de sentença.

Não é condicionante à fixação de tais honorários que seja interposta qualquer impugnação por parte do devedor.

Pelo estudo da doutrina e jurisprudência sobre o tema, pode-se concluir que o artigo 20, § 4º, do CPC, que estabelece a fixação de honorários nas *execuções embargadas ou não*, tem plena aplicação na fase de cumprimento de sentença estabelecida pela Lei 11.232/05, em seus artigos 475-I e 475-J do CPC.

REFERÊNCIAS

ARAKEN DE ASSIS. *Manual da execução, de acordo com a reforma do CPC*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

BRASIL. *Código de Processo Civil* (1973). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 166: 2010*. Reforma do Código de Processo Civil, José Sarney. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249. Acesso em: 14 mar. 2010.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil – direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. RE 1.025.449 – RS 2008/018655-9. Relator para o acórdão Min. José Delgado. Disponível em Documento 784673 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado – DJ 22.06.2009. [2]

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. RE 978.545 – MG 2007/0187915-9. Relatora Min. Nancy Andrichi. Disponível em Documento 762649 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado – DJ 01.04.2008. [3,4]

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. RE 1.053.033 – DF 2008/0093232-3. Relator Min. Sidney Beneti. Disponível em Documento 891664 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado – DJ 19.06.2009. [5]

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – Execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; DANIEL, Mitidiero. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; DANIEL, Mitidiero. *O projeto do CPC, críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AGr. 1.0479.04.069597-1/003. Relator Desembargador Otávio Portes. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurídico/diario/index.jsp?dia=0610&completa=2inst%7camdm>> Acesso em: 7 out. 2010. [1]

OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. Cumprimento de sentença. Problemas surgidos com a Lei n. 11.232/06. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1446, 17 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10025>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

3

ENTRE A CONTINUIDADE E A RUPTURA: REVOLUÇÃO E FORMALISMO NO DIREITO MODERNO

Fernando José Armando Ribeiro¹

RESUMO

O presente artigo pretende realizar uma análise de como os vetores da continuidade e da ruptura têm marcado a conformação e estrutura do Direito moderno. A partir de um estudo de elementos teóricos e históricos do fenômeno revolucionário e, mais detidamente, da Revolução Francesa, pretendemos demonstrar a importância da ideia de ruptura para a gênese do Direito na Modernidade. Com a implementação deste novo Direito, o conceito de segurança jurídica colocar-se-ia como elemento central a demandar tanto uma configuração normativo-institucional quanto um pensar estruturante que lhe desse respaldo. Sob o signo do positivismo, a supremacia conferida aos fundamentos formais do sistema terminou por velar a dialética entre continuidade e descontinuidade, abrindo caminho para os fenômenos ocorridos durante o período entre guerras. A partir daí constatou-se um amplo movimento visando repensar o Direito e buscando o resgate de novas dimensões da racionalidade jurídica. Investigamos então

¹ *Visiting Scholar* da Universidade de Berkeley (EUA) (bolsista Fulbright/Capes). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, lecionando nos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado. Juiz do TJMMG.

como este movimento, alcunhado de pós-positivismo, pode contribuir para uma nova compreensão da dialética entre a continuidade e a ruptura no Direito.

Palavras-chave: Continuidade; ruptura; revolução; revolução francesa; direito moderno; racionalidade; segurança jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A ordem jurídica moderna apresenta-se de tal forma ligada à ideia de segurança, que praticamente nos esquecemos de que a história do Direito tem sido marcada por uma dialética de continuidade e descontinuidade. A valorização dos limites formais de um Direito visto como ordenamento jurídico pode mesmo impedir a correta compreensão de que a continuidade e a descontinuidade mantêm uma mútua relação de dependência e implicação. Como nota Geneviève Koubi, a difundida noção de continuidade no Direito pode revelar-se como uma fórmula para simplificar e mitificar momentos históricos tumultuosos, em que, assim como na Geografia, a continuidade se afirma por meio de uma sistematização dos fenômenos de descontinuidade (KOUBI, 2009: *passim*).

Uma das características mais paradoxais do Direito moderno reside no fato de que este, sendo fruto autêntico de uma revolução, veio a depositar tamanha confiança na estruturação formal do sistema, que passaria a suprimir a própria ideia de descontinuidade. Para isto concorreram evidentemente muitos fenômenos, entre os quais se situa, com destacada importância, os elementos teóricos e ideológicos conformadores das revoluções modernas, entre as quais se destaca a Revolução Francesa. A crença na fundação de um “marco zero” na história, a partir do desenvolvimento de um modelo jurídico que se pretendia uma absoluta ruptura com todos os legados do passado, somado à nova equação que legitimava o Direito por remissão à soberania popular, forneceu as bases de sustentação dos postulados centrais do positivismo jurídico. Veremos aqui, mediante o pensamento daquele que foi um de seus representantes principais, como o positivismo simbolizou uma supressão da ideia de ruptura e descontinuidade no Direito.

Buscaremos também resgatar de que forma os fenômenos ocorridos durante o período entre guerras, e que restaram conhecidos como

“Direito e violência” (Habermas) possibilitaram o surgimento de profundo repensar do Direito, tendo no Tribunal Internacional de Nuremberg o início da busca pelo resgate de novas dimensões da racionalidade jurídica. A partir dali, constata-se a ascensão de um amplo movimento de restauração do pensamento e da prática jurídicas em diversos países do mundo. Analisaremos também como este movimento, alcunhado pós-positivismo, pode contribuir para uma nova compreensão da dialética entre a continuidade e a ruptura no Direito moderno.

2. A REVOLUÇÃO

A origem e o desenvolvimento do conceito de revolução apresentam um quadro de mudanças tão frequentes como poucas expressões da história do pensamento ocidental puderam experimentar, começando com uma vinculação às ciências físicas e naturais para desembocar na terminologia da Ciência Política e do Direito. Uma breve observação histórica mostra-nos que, à margem de alguma menção esporádica da palavra durante a Idade Média, seu uso se vincula de modo direto à polêmica astronômica a partir da obra de Copérnico. Em princípio, pois, as revoluções eram trajetórias dos corpos celestes ao redor de seu centro. Da determinação desse fato neutro segue que tais trajetórias são regulares e estão predeterminadas por forças universais e imutáveis (SORIANO, 1991: *passim*).

A mecânica newtoniana formava, assim, um conjunto de leis e de comportamentos previsíveis. A primeira ideia de revolução apresenta-se, portanto, unida à ideia de ordem, equilíbrio, regularidade e, com alguma translação conceitual, legalidade. Possui, pois, uma grande distância da concepção mais comum de revolução que em seguida se faria generalizada. Esta segunda ideia (já de conteúdo político) de revolução vincula-se a uma alteração brusca e violenta da ordem constituída, que a torna sinônima de mudança e ruptura, e teria procedido da Revolução Francesa de 1789. Tem-se aí a conhecida dualidade de visões possíveis acerca de todo movimento revolucionário o qual, ao ver de muitos, termina por fincar sua legitimidade no êxito alcançado (BERMAN, 2003: 9-28).

Ora, já na Revolução Francesa apresentar-se-á nitidamente tal quadro de visões, divididas entre aqueles que viam nela não mais que

um movimento de destruição e violência, e, de outra feita, aqueles que a viam como a reinstalação de uma ordem ideal perdida no curso dos regimes despóticos. Do ponto de vista dos revolucionários, o único agitador em França era Luis XVI, sendo esta a opinião das classes pensantes do reino – apesar de não em todas as suas dimensões. Busca-se a fundamentação das suas pretensões em conceitos anteriores aos regimes absolutistas, como, inclusive, na própria teorização de Bodin que, ao cunhar a teoria da soberania – sobre a qual cavalgaria o absolutismo –, recorda que o poder soberano está limitado pela lei divina, como também pelas “velhas leis do reino” (*apud* BOBBIO, 1997: 1.179-1.185). Sobre os conceitos de “velhas leis do reino” sustentarão alguns que a ausência de convocação dos Estados-Gerais durante quase dois séculos na França atentava de modo direto contra os fundamentos constitucionais do Estado estamental, e, neste sentido, convertia-se em um ato de profunda ilegitimidade.

De outra parte, se faria notar também a ideia da revolução como fenômeno de destruição e violência, procedente da literatura antirrevolucionária de que são representantes principais Dickens e Burke. Em suas célebres *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, Burke tenta provar a tese de que os títulos esgrimidos pelos revolucionários para justificar seus atos, vale dizer, a lei natural e a razão, não podem prevalecer sobre os títulos históricos da nobreza como expressão de evolução da constituição orgânica (*apud* BOBBIO, 1997: 1.121-1.131).

Assim, a partir da Revolução Francesa, o termo revolução passou a sintetizar os dois sentidos, e com eles subsiste até nossos dias: para os seus partidários, o processo revolucionário afigura-se como a recuperação de um estado de coisas *ex ante facto*, dotado de regularidade e segurança. Daí a justificação da violência e do sofrimento, sempre visto sob o espectro da obtenção de um estado de coisas mais desejável. Os opositores do movimento revolucionário, todavia, seguem considerando a revolução como um processo condenável em si mesmo, gerador e portador de violência, insegurança e miséria.

Todavia, não podemos negar a profunda importância que a Revolução representa para a construção do Direito moderno, seja em sua gênese histórica, seja nos fundamentos de alguns de seus alicerces teóricos como a possibilidade de sua contínua expansão e reprodução.

Não podemos nunca nos esquecer que o compromisso de que o Direito se faça obra de um povo exige que o hoje não se apresente como uma simples derivação do ontem, mas como escolha racional, cuja manutenção dependerá da legitimação de seus próprios postulados.

3. REVOLUÇÃO FRANCESA E A JUNÇÃO PARADOXAL ENTRE CONTINUIDADE E DESCONTINUIDADE

Tão grande foi a pretensão de ruptura e transformação que o Direito sofreu com a Revolução Francesa de 1789, que esta viria a se consagrar como um símbolo histórico do universo jurídico e político moderno, fenômeno que Hegel iria tematizar como o verdadeiro “parto de uma sociedade nova” (OLIVEIRA, 1991: 74). É que, como ensina Baracho Júnior, no período que antecede a formação das organizações políticas modernas, as normas que regulam o agir humano têm uma fundamentação transcendental (2000: 23), pouca distinção havendo entre o Direito e demais ordens normativas.

Como constatou Tocqueville, esse novo modo de pensar e de agir não poderia buscar sua fundamentação no sistema político-jurídico até então vigente, haja vista a crença, partilhada pelos revolucionários, de que a construção da nova ordem necessitava mais de princípios ditados pela razão do que de exemplos históricos ou costumes antigos (1988: 293-294).

Nesse sentido a constatação de Ferraz Jr., ao demonstrar que o Direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*. É que o direito passou a ter sua validade percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada no tempo, possibilitando, em alto grau, o detalhamento dos comportamentos como juridicizáveis. Assim, não dependeria mais, o caráter jurídico das condutas, de algo que tivesse sido sempre Direito (1989: 9). A plena convicção de novidade, partilhada pelos revolucionários, revela-se bem pela mudança das formas métricas tradicionais, pela criação do sistema métrico decimal e, sobretudo, pela abolição e substituição do calendário cristão.

Assim, a necessidade de implantação de uma nova ordem social traria em seu bojo a ideia de uma nova Constituição do Estado, a

qual haveria de ser baseada na separação de poderes e na garantia dos direitos individuais (art. 16 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*). Da observação conjunta da Declaração de Direitos e da Constituição de 1791 constata-se facilmente tratar-se de documentos que representam a quintessência das realizações constitucionais da fase inicial da Revolução Francesa, sendo que, a partir de então, sobretudo da norma contida no célebre art. 16, só se poderá falar de uma constituição, com o sentido que lhe é atribuído pelo constitucionalismo moderno, desde que se observe nos textos uma adesão a certos requisitos anteriormente definidos. Tem-se, portanto, a fixação de marcos preestabelecidos para a continuidade do fenômeno constitucional, o qual será visto como adequado à luz da continuidade com estes elementos.

Como constata Horst Dippel, notável historiador do constitucionalismo, embora não tivessem sido completamente reproduzidos na Declaração francesa de 1789 e na Constituição de 1791, os dez traços essenciais de Virgínia apenas se tornaram elementos constitutivos do constitucionalismo moderno como fenômeno global porque foram recebidos (acolhidos) em França em 1789, e em virtude do art. 16 declarar que somente a presença de certos traços essenciais nos permite falar de constituição no seu sentido moderno. Qualquer que tenha sido a importância do art. 16 num contexto especificamente francês, o seu significado global reside no fato de nele se insistir, pela primeira vez, num documento constitucional, que o constitucionalismo moderno envolve certos elementos na ausência dos quais não podemos falar propriamente de constitucionalismo (2007: 16-17).

Todavia,, como esta nova ordem não deveria absorver os legados do passado, a ideia de Direito se confundirá com a ideia de uma construção grandiosa e racional de uma ordem social e política a qual pretendia se manifestar como a própria forma de exercício das liberdades do povo soberano. Estava instaurado, pois, um dos elementos centrais, e profundamente paradoxais do Direito moderno, como dinâmica revolucionária que pretende encobrir e superar todas as revoluções. O Direito positivo chama para si todo o processo de mudança, e consagra a ideia de que pela forma pode-se garantir a continuidade, para além de todas as transformações.

4. A CONTINUIDADE MEDIANTE O FORMALISMO: O PENSAMENTO DE HANS KELSEN

O pensamento formalista, que descredencia toda possibilidade de descontinuidade no Direito encontrou uma sólida formulação no pensamento de Hans Kelsen. Para o jurista vienense, o ordenamento jurídico não pode ser cientificamente estudado como se fosse uma simples justaposição de normas que regulam o comportamento humano, mas, ao contrário, deve ser vislumbrado como um todo unitário e sistemático, pelo fato de todas elas possuírem o mesmo fundamento de validade (KELSEN, 1984: 57; 277; 310).

O conceito formal de fundamento de validade possibilita, assim, que o ordenamento jurídico se apresente como uma estrutura que, a um só tempo, possibilita que o Direito se abra a uma constante reprodução, sem que se mostre como ruptura ou descontinuidade com relação à normatividade já produzida.

Segundo Paulson, a resposta dada por Kelsen à sua própria *questão transcendental* – situada no âmbito da pretendida distinção entre *sein* e *sollen* e consequência direta de seu dualismo metodológico – está vinculada à sua referência à norma fundamental (PAULSON, 1991: 176-177).²

Todas e quaisquer normas contidas no esquema piramidal – à exceção da norma fundamental e dos atos materiais de execução – são, ao mesmo tempo, *atos de aplicação* das normas mais gerais e superiores e *atos de produção* das normas mais individuais e inferiores. Do ponto de vista da teoria pura, os atos de *aplicação* constituem um *dever jurídico* imposto aos “destinatários” primários e secundários e os atos de *produção* constituem *atos de poder*, originados do exercício de uma autorização dada pela própria ordem jurídica (KELSEN, 1984:325).

O ponto de ligação de todas estas normas reside precisamente no conceito lógico-formal de “*fundamento de validade*” (KELSEN,

² Este autor, ainda, observa que esta “idéia intuitiva” da norma fundamental se baseia num argumento claramente circular, haja vista que “se o problema é porque as normas do nível mais alto são válidas e se simplesmente logo se assume que são válidas, estamos de novo diante do mesmo problema”.

1984: 297), segundo o qual a validade de uma norma, entendida como sua existência específica, consiste em sua pertinência ao ordenamento jurídico, em face de se ajustar aos seus critérios próprios de produção normativa (princípio de legitimidade) (KELSEN, 1984: 266; 269; 289-290).

Cada norma jurídica, para que possa ser considerada como válida, deve ter sido produzida de acordo com os critérios formais e materiais previstos no próprio ordenamento, relativos **a)** ao sujeito ou órgão competente, **b)** ao procedimento e – em certa medida – **c)** ao conteúdo, todos estabelecidos pela norma imediatamente superior; e assim sucessivamente percorre-se todo o ordenamento jurídico, de grau em grau, numa escala ascendente, até se alcançar a norma fundamental (KELSEN, 1984: 324-326).

É de se ressaltar, no entanto, que a determinação da norma inferior pela norma superior nunca será total, salvo determinadas proibições de natureza material; isto é, nunca será de tal maneira que a norma inferior seja logicamente deduzida por completo a partir do conteúdo da norma superior, vez que existe sempre uma certa discricionariedade por parte do órgão aplicador da norma superior ao criar a norma inferior (KELSEN, 1984: 324-326).

Para Kelsen, todavia, tal questão não representa uma ruptura com o fundamento de validade das normas, e nisto reside um dos legados mais obtusos da tradição positivista.³ É que tal fundamento de validação

³ Para uma melhor compreensão do caráter problemático deste pressuposto do pensamento kelseniano, ver Marcelo Cattoni de Oliveira, *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 121-149. Neste trabalho, demonstra o autor os riscos que a discricionariedade imaginada por Kelsen pode acarretar. Primeiramente os riscos para o Estado Democrático de Direito, o qual não se compatibiliza com decisões que não demonstrem argumentativamente a sua correção normativa. Ademais, traz também consequências perversas para o próprio projeto positivista, por apresentar incoerências internas. Entre elas, destaque-se a possível inversão da pirâmide normativa operada por tal pressuposição, ao deixar a questão do que seja o Direito nas mãos de um Tribunal superior, e não na normatividade que confere validade à norma aplicada. Por fim, evidencia-se a insustentabilidade dos pressupostos teóricos com que Kelsen trabalha, entre os quais o de que a Ciência do Direito seria capaz de descrever todo o quadro das interpretações possíveis (a chamada “moldura” normativa).

de concerne apenas ao que ele denomina de dinâmica jurídica. A nota essencial de um sistema normativo dinâmico é o fato de que a validade de uma norma jurídica se fundamenta na validade de uma norma superior, sem relação com qualquer conteúdo (pois esta relação com um determinado conteúdo é a nota que caracteriza os sistemas estáticos, como o sistema moral) e que essa relação de fundamentação-derivação possa *retroagir* até a norma fundamental. Numa elucidativa passagem da *Teoria Geral das Normas*, sustenta Kelsen que: “No fato de que uma norma *deve ser* cumprida e, se não cumprida, *deve ser* aplicada, encontra-se sua *validade*, e esta constitui sua específica existência”. (KELSEN, 1986: 4-5)⁴

Kelsen, dessa forma, pretende que a justificação do fundamento de validade de uma norma jurídica não necessite submeter-se a uma instância sobre-humana (metafísica), mas sim à validade de outra norma pré-existente. Esse o sentido de suas afirmações segundo as quais um *dever-ser* só pode derivar de outro *dever-ser* e que a eficácia global de um ordenamento jurídico é apenas uma *condição*, mas não a *razão* da validade das normas que o integram (KELSEN, 1984: 299).⁵

Nesse afã de eliminar as considerações meta ou extrajurídicas para justificar o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, Kelsen recorre à *norma fundamental* (*Grundnorm*) para consolidar a ideia de que *o Direito é obrigatório – portanto válido – em função dele próprio*, tentando preservar, dessa forma, a autonomia do especificamente jurídico com relação à faticidade do *Sein*, e afastar o *Sollen* de qualquer tipo de considerações éticas, quaisquer outros valores transcendentais ao Direito positivo (KELSEN, 1995: 66).

Ao considerar a norma fundamental como um pressuposto “lógico-transcendental” sob o ponto de vista teórico-gnoseológico (KELSEN, 1995: 65), busca Kelsen fornecer resposta à questão do fundamento de validade (razão de obrigatoriedade) do ordenamento jurídico como um todo – assim como de suas normas isoladamente consideradas –, qualificando-a não como norma posta (querida), mas como norma *pressuposta* (pensada) ou Constituição em sentido lógico-jurídico.

⁴ Para uma visão global, cf.: MIRANDA AFONSO, 1984: 255-261.

⁵ Comparar com MIRANDA AFONSO, 1984: 241-254 [esp. p. 243-244].

5. LIÇÕES DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG

O Tribunal Internacional de Nuremberg pode ser considerado como um dos instantes de maior e mais intenso questionamento dos postulados sustentadores do pensamento positivista. O reconhecimento de valores inerentes ao próprio desenvolvimento histórico cultural humano, em esfera supraestatal, é uma das vertentes contribuições principais do Tribunal de Nuremberg, em sua pretensão de que o Direito Internacional venha a cumprir aquela finalidade “urgente de restaurar a saúde ética da humanidade. Tornar efetivo o respeito à pessoa humana em virtude da descoberta de sua importância para quaisquer planos políticos” (DINIZ, 1995: 79). Tal finalidade resta sobremaneira evidente nos princípios por ele estabelecidos.

Os juízos de Nuremberg foram desenvolvidos de acordo com os princípios estabelecidos na *Nuremberg Charter*, firmada entre os Estados Aliados. Conforme ensina Canêdo, “o Tribunal Internacional Militar de Nuremberg constitui a principal experiência até hoje realizada de implementação de um projeto longamente acalentado por importantes estudiosos, qual seja, o de fazer valer princípios cujo âmbito de validade se estenderia mais além das fronteiras nacionais e que, por conseguinte, mereceriam proteção de um tribunal encarregado, na órbita penal, de entronizar valores universais de dignidade humana”. (1990: 64-65)

Em decorrência de tais processos, grande número de pessoas foram condenadas à morte, e, sobre muitas outras – não somente os líderes nazistas – recaíram severas penas privativas de liberdade, não em virtude de suas ações militares na guerra, mas sim por terem perpetrado atos que nenhum ser humano, sob nenhuma circunstância, teria o direito de realizar. Trata-se dos chamados crimes contra a Humanidade e contra a Paz. Em Nuremberg, o réus não foram governos, mas, sim, indivíduos acusados e condenados pela prática de crimes contra o Direito Internacional e contra a Humanidade.

Seu aspecto mais polêmico e relevante, todavia, reside na constatação de que muitas das leis por cuja violação foram castigados não eram formalmente válidas quando as ações foram perpetradas, havendo pois uma aplicação das mesmas *ex post facto*. Entretanto, o que

se sustentou foi que se cuidava de prescrições que dizem respeito à própria essência humana, sendo produto da evolução e concretização da liberdade naquele momento histórico a que o homem atingira. Refletindo sobre tal posicionamento a partir do pensamento de Hannah Arendt, leciona Arthur Diniz que:

O mal no Terceiro Reich... deixou de ser uma tentação individual para converter-se em legalidade. Por isso, nesse contexto – Eichmann e a maioria – eram cidadãos que respeitavam e acatavam as leis. É isto que torna inadequados estes conceitos de que se valeu a defesa e que foram elaborados pela tradição do positivismo jurídico – tradição que identifica o Direito com a lei. De fato, num contexto deste tipo, o que está em jogo não são os possíveis erros teóricos do positivismo jurídico enquanto atitude diante da experiência jurídica, mas sim algo novo: seus horrores políticos na medida em que **a redução do Direito à lei é uma redução do Direito à Hitler** (*reductio ad Hitlerum*). (DINIZ, 1995: 44).

Assim, a condenação de homens e não de governos pelos crimes de guerra constituiu um importante postulado a que se ateu o Tribunal, tendo em vista que tais crimes são cometidos por homens concretos e não por entidades abstratas, sendo que apenas punindo os indivíduos infratores pode ter eficácia a norma internacional. Segundo o Tribunal, não se pode aceitar a defesa de tais crimes com base na alegação de estrito cumprimento de obrigações legais, restando estabelecido que há condutas que jamais devem ser realizadas, não importa de onde promane sua imposição. Assim é que a alegação de obediência legalmente devida não foi acolhida pelo Tribunal, o qual estabeleceu só ter ela relevância como circunstância atenuante, devendo ser levada em consideração apenas no momento da aplicação da pena.

A rigor, o princípio a que se chegou em Nuremberg não foi apenas de que em determinadas circunstâncias injustas há um direito a desobedecer o direito, senão que há momentos em que existe mesmo um *dever de desobedecer*, constituindo este um dever jurídico e não apenas moral. Apesar do conteúdo polêmico que tais premissas comportam, há que ressaltar a grande importância do reconhecimento cabal de um direito que atinge todos os cidadãos de desobedecer às ordens estatais quando estas contrariem a *Lei da Humanidade*. Te-

remos aqui a retomada de uma velha posição já de muito sustentada por Mostesquieu, cujas palavras parecem ecoar vivas em nossos dias, mesmo tendo sido proferidas há mais de dois séculos:

Se soubesse de algo que me resultasse útil, mas que resultasse prejudicial à minha família, o excluiria de meu pensamento. Se soubesse de algo que fosse de utilidade à minha família, mas não à minha pátria, tentaria esquecê-lo. Se soubesse de algo que fosse útil à minha pátria, mas que fosse prejudicial à Europa, ou sendo útil à Europa fosse prejudicial ao gênero humano, o consideraria um crime. (*apud* PASSERIN D'ENTRÈVES, 1970: 52)

Há três esferas nas quais se supõe que os princípios de Nuremberg ensejam a desobediência à lei: 1) Os crimes contra a paz, as guerras de agressão e as guerras em violação dos tratados; 2) Os crimes de guerra, as violações das leis e costumes da guerra; 3) Os crimes contra a Humanidade, cuja inclusão no debate jurídico e político pode ser apontada como a maior virtude do Tribunal de Nuremberg (CANÊDO, 1999: 73). Como ensina Canêdo, se os crimes contra a paz e os crimes contra a guerra constituem violações de princípios fundamentais do Direito Internacional Público – entendido como Direito da comunidade internacional –, confirmados em tratados e convenções, os crimes contra a humanidade dizem respeito à proteção de direitos humanos fundamentais, que, por suas dimensões e amplitude, merecem guarida em nível internacional (1999: 73).⁶

⁶ Segundo a rica jurisprudência que se desenvolveu sobre o tema nos EUA, a zona de responsabilidade individual por crimes de guerra se estenderia para além dos principais autores e líderes estatais, abarcando figuras secundárias que voluntariamente participaram na realização de tais crimes com conhecimento da extensão de suas ações. Isto seria sobremaneira importante para aqueles indivíduos que estivessem próximos dos centros de poder, tal como os encarregados das ordens militares ou importantes industriais, não impedindo, entretanto, sua extensão aos civis. A questão é que, no que tange aos primeiros, a desobediência se justificaria plenamente como um modo de extinguir sua cumplicidade, tornando-os livres das possíveis responsabilidades correspondentes segundo os princípios de Nuremberg.

Importante caso ocorrido nos EUA foi aquele conhecido como *Pentagon Papers* (*United States V. Russo*, n. 9373 (C. D. Cal. Dec. 29, 1971), no qual Daniel Ellsberg e Anthony Russo foram acusados de revelar à opinião pública grande parte do

Assim, como ponto mais relevante da contribuição trazida pela evolução do Direito Internacional no século XX, encontra-se a tendência dos direitos fundamentais a alcançarem sua proteção também na esfera internacional, traduzindo, em ampla medida, o nível de universalização do consenso racional que se pretende atingir em nossos dias. Temos aqui superada a tese positivista de que a continuidade no Direito pode ser alicerçada em bases meramente formais. As diretivas de Nuremberg, bem como os desenvolvimentos teóricos posteriores vêm a demonstrar a intrínseca implicação entre Direitos Fundamentais e Democracia, bem como que a legitimação do Direito contemporâneo não pode nunca se estabelecer sem a devida atenção a estes dois vetores do discurso jurídico.

6. LIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DA TEORIA DO DISCURSO

O Direito há muito insiste na tentativa vã de que por meio de mais e mais dogmática interpretativa ter-se-á maior efetividade do Direito,

conteúdo dos chamados *Pentagon Papers*, relativos à guerra do Vietnã. Quando as acusações foram retiradas, os acusados já haviam preparado uma defesa baseada nos princípios de Nuremberg (a *Nuremberg defense*). Sustentar-se-ia que os acusados, como membros próximos aos centros de poder, teriam revelado o conteúdo de tais “Papéis do Pentágono” a respeito da guerra do Vietnã visando desfazer a cumplicidade que poderia sobrevir-lhes em um ato que, como a guerra do Vietnã, constituía uma violação do Direito Internacional por parte dos EUA. Ademais, com tal conduta os acusados estariam contribuindo para debelar a prática de atos tão atroz quanto aqueles que estavam sendo cometidos no Vietnã. (WHITEHEAD, 1991: 106 *et seq.*) Ademais, um campo em que tem sido utilizada a *Nuremberg defense*, apesar de ainda longe da unanimidade na consagração da jurisprudência norte-americana é o que diz respeito às manifestações de oposição aos armamentos nucleares e outras situações nas quais os desobedientes se voltam contra o combate militar. Tendo em vista que a *Nuremberg Charter* declara a planificação, preparação, iniciação ou realização de uma guerra de agressão como crimes internacionais contrários à paz, e sabendo-se que o armamento nuclear tem a característica de ser mais agressivo que defensivo, a manufatura de armamentos nucleares e a preparação de outras atividades a ele referentes constituiriam atos de preparação de uma guerra de agressão violadora da *Nuremberg Charter* e de normas do Direito Internacional Público, consagradas, por exemplo, na Carta das Nações Unidas. Assim, as ações de indivíduos interferindo na produção de armamentos nucleares deixaria de ser penalmente culpável, tendo em vista evitar a violação a uma norma superior (SNEE, 1982: 995-999).

melhores decisões. Todavia, a aplicação do Direito de forma metodificada implica a manutenção do que Tércio Sampaio Ferraz Jr. denomina “*mistério divino do Direito*”, remetendo ao “*princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista*” (FERRAZ JR, 1998:178). Conforme aduz Streck, a dogmática interpretativa não consegue atender às especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos (STRECK, 2003:17).

É que, como acentua Marcelo Gallupo, a organização e a conformação jurídica do dissenso, do pluralismo, consubstanciado inclusive na Constituição Federal de 1988, depõe em desfavor de um pensar pronto e acabado acerca das regras jurídicas (GALLUPO, 2001:59). Nesse sentido, a ideia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito, mesmo porque a ideia de se monopolizar o objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo exprime o desejo de adquirir o poder do objeto, o poder de dizer a norma. Exige-se, no contexto do Estado Democrático de Direito, um pensar problematizante no qual a ideia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de um uma reconstrução dialógica que reivindica sempre a atenção e o cuidado para com o caso concreto.

Pela teoria hermenêutica de Gadamer a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser um problema filosófico, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. Na obra *Verdade e Método*, Gadamer expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vai além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o “modo de ser do homem”, o modo de “compreender”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista. Assim, acentua Lênio Streck:

A passagem de (e/ou o rompimento com) um modelo de interpretação do Direito de cunho objetivista, (...), que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos ensimesmados das palavras

da lei, feitas por um sujeito cognoscente mergulhado nos confins do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, começa a ser desfeita a partir dos aportes da semiótica, em sua matriz pragmática e da hermenêutica filosófica com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão (STRECK, 2003:174).

Considerando o giro hermenêutico operado por Gadamer, o intérprete passa a ser produto da linguagem que envolve a dimensão da historicidade e da vida. Neste sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz ao explicar que, como fruto da linguagem social o “*magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)*” (SOUZA CRUZ, 2001:232). Como fruto da linguagem social o magistrado conta com todos os seus preconceitos desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, como também e fundamentalmente com a argumentação das partes. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, não pode ser solipsista, pois ocorre num processo jurisdicional em que são precípuos o contraditório e a ampla defesa. Tanto o autor quanto o réu ao se manifestarem no processo em simétrica paridade participam na interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional, as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões que densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura.

Aqui se descortina uma das contribuições mais importantes da hermenêutica para a superação do modelo positivista. É que, a partir de tal colocação, teremos aberta a possibilidade de que a aplicação do Direito possa ser vista também em uma dinâmica de inovação, e não de mera continuidade supostamente linear para com o passado. Se interpretar é aplicar, e o processo de interpretação dá-se sempre em uma dimensão construtiva, o jurista passa a ser permanentemente convocado a enfrentar o novo nos meandros de cada caso concreto.

Não se trata, porém, do novo decorrente das criações legislativas, mas o decorrente da busca pela correta resposta a cada questão jurídica historicamente levantada.

Também não podemos deixar de considerar a contribuição da teoria do discurso ao trazer o conceito de reconstrução como elemento chave da interpretação e aplicação do Direito. Neste sentido, Günther (2003) afirma que a metáfora do olhar é provavelmente uma das mais citadas na teoria do Direito, e que ela significa que no momento do discurso de aplicação normativa é preciso considerar todas as características relevantes da situação para a construção de uma decisão justa. Contudo, Günther aponta que quase todos os critérios para uma decisão justa levam ao contexto do pano de fundo confeccionado pela tradição e das ideologias jurídicas que funcionam como um tipo de “pré-compreensão” para a escolha de uma norma em face do caso concreto. Essa pré-compreensão reside na interpretação de normas, justificações, pre-conceitos que, de alguma maneira, são ordenados de forma coerente. E é a partir daí que realizamos nossa escolha quando procuramos uma norma relevante para a solução de um caso concreto.

Contudo, para Günther, o Direito só pode pretender legitimidade se for o resultado de procedimentos abertos a temas, contribuições e razões apresentadas pelos indivíduos afetados e que fazem, dessa forma, com que o Ordenamento Jurídico possa ser tomado como o resultado da autolegislação dos co-associados jurídicos. Portanto, exige-se que a argumentação jurídica seja colocada em contextos paradigmáticos que estão abertos à crítica tanto quanto recobram justificação quando da aplicação normativa. É imprescindível, assim, impedir que os paradigmas se imunizem contra novas interpretações da situação. E, repetindo a releitura feita por Heinrich Heine, Günther retoma a metáfora do olhar nos seguintes termos: é importante não deixar que as idas e vindas do olhar da premissa maior da razão em face dos estados de coisas não se enfraqueça e não encontre nunca seu repouso definitivo. (GÜNTHER, 2003)

A exigência de fundamentação racionalmente articulada, posta pelos indivíduos pós-tradicionais, não pode mais se assegurar simplesmente por meio de um recurso a *topoi* historicamente validados. Na medida em que podemos criar novas e diferentes expectativas em

relação ao futuro presente, também instituímos a possibilidade de redefinir a forma como interpretamos o nosso *espaço de experiência* que traz para a dimensão do agora o nosso tempo pretérito. Então, podemos reinterpretar o nosso próprio passado e desejar não repeti-lo ou readaptá-lo para os novos tempos. Nós podemos, criticamente, abandonar modelos antigos e desenvolver novas visões de mundo, exatamente na medida em que as imagens antigas podem falhar diante da experiência. Assim, constatamos que o *espaço de experiência* é também o espaço da aprendizagem, onde é possível corrigir os erros e interromper a simples reprodução da história, mediante a faculdade que temos de sobre ela refletir.

7. CONCLUSÃO

O caráter potencialmente problemático e paradoxal do Direito moderno pode permanecer oculto sobre o véu sistemático-formal que lhe pretendeu atribuir a roupagem do Direito positivo na interpretação conferida pelas escolas positivistas. No intuito de elevar e valorizar a segurança jurídica, o positivismo terminou por obscurecer alguns caracteres conformadores do fenômeno jurídico, entre os quais se podem destacar, com soberana evidência, os fenômenos da mudança e da ruptura. De fato, nada pode parecer mais próximo e mesmo visceral ao Direito moderno que a ideia de ruptura de feições mesmo revolucionárias. Sua força e viabilidade em muito devem ao legado das grandes revoluções que, a partir do século XVI sobre o Ocidente se implementaram. Dentre tais revoluções pudemos verificar, nos traços da Revolução Francesa, esboço de síntese de tantos dos elementos cardeais que nutriram as ideologias conformadoras do novo Direito.

A mais pungente e transformadora de todas parece ter sido a que pretendeu instituir o discurso da continuidade como um apanágio da Ordem Jurídica que então se instaurava. Tinha-se ali presente um conceito que pretendia encobrir ou resignificar a trama das evoluções (históricas, científicas ou racionais) sob o manto de uma imutabilidade jurídica capaz de assegurar orientação e significado à fragmentação que marca a complexidade das relações sociais recém-instituídas. Trata-se de um discurso que ataca todo o provisório e transitório sob o signo da segurança, e que induz à crença na impossibilidade do novo,

por manter o ponto de sustentação do Direito sobre uma validade de dimensões normativo-formais.

Pudemos aqui constatar, a partir da análise de um dos seus mais destacados representantes, como o discurso do positivismo jurídico veio a velar o discurso das mobilidades históricas sob o manto de uma forma que se pretendia neutra e a-histórica. Assim, o que a ideia de unidade do ordenamento jurídico encobre (ou encobria) era também a possibilidade de correto trato e absorção do pluralismo, compreendido como a aceitabilidade de valores, objetivos e ideologias antitéticos no meio histórico-social.

O esvaziamento do Direito por meio da forma pôde certamente abrir portas para a afirmação da violência no e a partir do discurso jurídico. O formalismo revela-se como uma tentativa de, a uma só tempo, compatibilizar o Direito com os processos de reforma e mudança exigidos pela transformação social, mantendo-se o pressuposto de idêntica fundamentação. Revela-se uma forma de garantir flexibilidade ao Direito, aos custos, porém, de trazer inerente a trivialização de toda mudança. É que se tudo muda ou tudo se pode mudar, então nada em verdade muda, e a expectativa de perene mudança faz-se a afirmação da própria incerteza quanto a possibilidade do novo instaurada na consciência social. Trata-se de uma faceta que pode revelar uma espécie de tolerância vazia, por não trazer consigo o reconhecimento da diferença presente em meio às questões políticas, morais, religiosas e ideológicas que possuem ou pretendem uma roupagem jurídica.

Mostramos, por fim, que o movimento pós-positivista, ao assumir o pluralismo e a importância da aplicação na configuração das normas jurídicas, bem como ao situar a legitimidade do Direito nos processos de articulação da linguagem, abre-se mais ao novo e, portanto, melhor dialetiza os vetores da continuidade e ruptura. Esta, mesmo que não mais se apresente com as cores e feições da revolução, guarda com ela o ponto comum de apresentar-se como a possibilidade da escolha de que o Direito de hoje, e de amanhã, não se situe como uma simples continuidade com relação ao passado.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JR., José Alfredo de O. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BERMAN, Harold. *Law and revolution II*. Cambridge: Harvard University, 2003.

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

_____. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. 2v.

CANÊDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DINIZ, Artur J. V. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O legado da revolução. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 16, n. 47, p. 5-11, set./dez. 1989.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo, SP: Max Limonad, 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GÜNTER, Klaus. *Justificação e aplicação universalistas da norma no direito e na moral*. Trad. de José Emilio Medauar Ommati. Mimeog. Agosto/2003.

KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

_____. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KOUBI, Geneviève. *Continuité en droit*. Remarques éparses. Disponível em: <<http://www.koubi.fr/>>. Acesso em: dez. 2009.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: FDUFG, 1984.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A leitura hegeliana da revolução francesa. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 18, p. 73-88, jan./mar. 1991.

PASSERIN D'ENTREVES, A. Legitimidad y resistencia. *Sistema*, v. 13, p. 27-34, 1976.

_____. *Obbedienza e resistenza in una società democratica e altri saggi*. Milano: Ed. di Comunità, 1970.

PAULSON, Stanley L. La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica. Trad. José García Añón. *Doxa*, n. 9, p. 173-187, 1991.

SNEE, Bryant. The Nuremberg principles of individual responsibility as applied in United States Courts. *Saint Louis University Law Journal*, v. 25, n. 4, p. 891-913, out. 1982.

SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*. Barcelona: PPU, 1991.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo Constitucional e a efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOCQUEVILLE, C. Alexis H. de. *L'ancien régime et la révolution*. Paris: Flammarion, 1988.

WHITEHEAD, J. Protest and resistance: civil disobedience in the 1990s. *Washington and Lee Law Review*, v. 48, n. 1, p. 1-253, 1991.

4

COMPREENSÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Gustavo Henrique Moreira do Valle¹

RESUMO

A dignidade da pessoa humana é um conceito jurídico de fundamental importância nos dias de hoje. No âmbito do positivismo jurídico, tal conceito se liga à teoria dos princípios, própria do que se convencionou chamar de “pós-positivismo”, assumindo clara centralidade normativa, tanto no plano interno quanto no internacional. Mas a dignidade da pessoa humana pode ser vista, também, sob a ótica de sistema jusfilosófico diverso, qual seja, o realismo jurídico clássico, sistema esse que lhe garante densidade de conteúdo e profunda racionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação com o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, nos países ocidentais, tornou-se uma constante após a Segunda Guerra Mundial, por conta das atrocidades levadas a efeito, no período, por países do Eixo, com a cumplicidade do positivismo jurídico clássico.

Daí o inciso III do art. 1º de nossa Constituição dispor que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

¹ Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos.

Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”, sendo de se destacar

a influência no Constitucionalismo Brasileiro das Constituições Alemã (Lei Fundamental – *Grundgesetz*, 23.5.1949), Portuguesa (2.4.1976) e Espanhola (29.12.1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana. (PIOVESAN, 2003, p. 190)

Em decorrência disso, a dignidade da pessoa humana tem sido, atualmente, objeto de vários estudos, sendo a maioria deles vinculada ao positivismo jurídico, ainda que em sua feição mais moderna, intitulada, por alguns, de “pós-positivismo”, “neopositivismo” ou “positivismo ético”.

Contudo, há, em doutrina, defensores de uma compreensão diferenciada e diversa da dignidade da pessoa humana, merecendo destaque, nessa quadra, a obra de Javier Hervada, professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Navarra, Espanha.

Neste trabalho, faremos um esboço da doutrina jurídica nacional, relativamente ao tema da dignidade da pessoa humana, após o que analisaremos a doutrina de Javier Hervada, o que permitirá, naturalmente, a visualização da diferença de perspectiva entre os autores estudados.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PANORAMA DA DOUTRINA JURÍDICA NACIONAL

Iniciemos com a doutrina de Luis Roberto Barroso, que, em obra destinada ao exame da interpretação e aplicação da Constituição, assinala que

O princípio da dignidade da pessoa humana [...] identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. (BARROSO, 2004, p. 334)

Para esse autor, o conteúdo jurídico desse princípio “vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais”, sendo que “Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial* [...], locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.” (BARROSO, 2004, p. 335)

Por sua vez, Marcelo Novelino Camargo, em artigo destinado ao exame do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, destaca, após identificar a origem histórica do conceito na doutrina cristã e em Immanuel Kant, que

A Dignidade da pessoa humana não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos. A consagração no plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos. (CAMARGO, 2006, p. 47)

Contudo, o autor assinala ser indiscutível haver “uma relação de dependência mútua entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais”, pois,

Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, é certo também que somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. (CAMARGO, 2006, p. 48)

Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 48) destaca a importância da “consagração jurídica da dignidade em diversos documentos normativos constitucionais”, haja vista que, com isso, a dignidade da pessoa humana deixa “de ser simples objeto de especulações filosóficas para se transformar em uma *noção jurídica autônoma* cumpridora de um papel fundamental dentro do direito”.

Para o autor, a dignidade humana, enquanto valor, “possui um *conteúdo próprio*, que não se confunde com o dos demais que lhe são conexos”, consistente “em um atributo resultante da noção de que toda pessoa é um *fim em si mesmo* e que, por essa razão, não deve

ser tratada como mero instrumento ou objeto” (“fórmula do objeto”) (CAMARGO, 2006, p. 49-50).

Quanto aos valores conexos, Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 50) realça a “*liberdade* – com especial relevância para a *autodeterminação* (autonomia da vontade)” e a “*igualdade*, valores cuja violação acaba por ocasionar um atentado à própria dignidade.”

Ainda, o autor assevera que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado brasileiro, o centro e o fim do ordenamento jurídico e o núcleo axiológico da Constituição, colocando-a, portanto, no topo da “graduação hierárquica dos valores jurídicos”. (CAMARGO, 2006, p. 51)

Do ponto de vista jurídico-normativo, Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 52) identifica, na dignidade da pessoa humana, uma regra e um princípio, sendo que a regra envolve o dever de respeito – que “significa a não realização de atividades que importem a sua violação (‘obrigação de abstenção’)” – e o princípio se relaciona com os deveres de proteção e promoção – “*proteger* implica uma ação positiva para defendê-la contra qualquer espécie de violação por parte de terceiros”, ao passo que “*promover* consiste em proporcionar, por meio de prestações materiais positivas, os meios indispensáveis a uma vida digna.”

A noção de “mínimo existencial”, para o autor, decorre das dificuldades inerentes à implementação do princípio da dignidade da pessoa humana numa sociedade em que os recursos materiais são escassos. Segundo ele, o “mínimo existencial” – que engloba “direitos mínimos imprescindíveis a uma vida digna” – é integrado por três direitos básicos, quais sejam, saúde, educação fundamental e moradia, não se submetendo, por se tratar de “mínimo”, à “reserva do possível”. (CAMARGO, 2006, p. 56-57)

Não obstante concretizado em várias normas constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana comporta – segundo Marcelo Novelino Camargo – aplicação autônoma, sendo que a densificação de seu conceito se dá a partir dos casos concretos em que há aplicação da norma.

Por fim, o autor (*l*) assinala o caráter relativo do princípio da dignidade da pessoa humana, destacando, contudo, que, como ele goza de grande carga axiológica, há uma tendência de prevalência desse

princípio, quando em confronto, no caso concreto, com outras normas constitucionais; e (2) critica a compreensão da dignidade da pessoa humana como integrante da ordem pública, apontando o risco de absolutismo nessa área, com erosão da concepção individualista dos direitos do homem.

Quanto à relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, cumpre destacar a obra de Ingo Wolfgang Sarlet, na qual a dignidade da pessoa humana é conceituada como sendo

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, [...] além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2003, p. 213-214)

Ainda, assevera esse autor que,

Na sua perspectiva principiológica [...] a dignidade da pessoa humana comunga das características habitualmente atribuídas às normas-princípios em geral, atuando, portanto, como uma espécie de mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. (SARLET, 2003, p. 219-220)

Especificamente acerca do vínculo entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, bem como quanto à função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que

a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, [...] exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam

à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, [...] na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. (SARLET, 2003, p. 223-224)

Por fim, o autor destaca que

a dignidade da pessoa opera como referencial para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, seja para a segura identificação de direitos fundamentais dispersos pelo Texto Constitucional, seja para o efeito de viabilizar, com fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa, o reconhecimento de posições jurídico-fundamentais (na condição de direitos subjetivos) autônomas ou pelo menos não expressamente reconhecidas pelo constituinte. (SARLET, 2003, p. 236)

Um último estudo que merece referência é o de Flávia Piovesan (2003), que trata do princípio da dignidade humana em conexão com os direitos humanos.

Nesse trabalho, Flávia Piovesan destaca, após expor a historicidade dos direitos humanos, a concepção contemporânea destes direitos, construída a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: os direitos humanos, nessa concepção, se internacionalizam, passando a ser marcados pela universalidade e indivisibilidade.

Passa a haver, salienta a autora, pela comunidade internacional do pós-guerra, interesse no respeito aos direitos individuais básicos, o que implica na relativização da soberania dos Estados e na elevação do indivíduo como sujeito de direitos na esfera internacional.

Forma-se, assim, segundo Flávia Piovesan, um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, fundado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e em outros tratados internacionais, sistema esse que coexiste e é complementado por sistemas regionais e nacionais de proteção, tudo orientado pela lógica material de aplicação da “norma mais benéfica, mais protetiva e mais

favorável (independentemente se anterior ou posterior, se geral ou especial).” (PIOVESAN, 2003, p. 188)

Acerca do papel da dignidade humana na concepção contemporânea de direitos humanos, a autora esclarece que

a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana. (PIOVESAN, 2003, p. 188)

Já em relação ao nosso plano doméstico, Flávia Piovesan assinala que a dignidade da pessoa humana e a cidadania constituem “fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito Brasileiro”, podendo-se afirmar que

o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. (PIOVESAN, 2003, p. 191-192)

De forma mais generalizada, afirma a autora que

No universo da principiologia a pautar o direito constitucional de 1988, o direito constitucional contemporâneo, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como o valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX. (PIOVESAN, 2003, p. 193)

A dignidade humana, portanto, figura, segundo Flávia Piovesan (2003, p. 193), como “superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno”, sendo marcado pelas notas da superioridade, incondicionalidade e indisponibilidade.

À guisa de conclusão, assinala a autora:

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do direito constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o Constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-o de especial racionalidade, unidade e sentido. [...]

Esta é a vertente contemporânea do Direito do pós-guerra, tanto no âmbito internacional como no âmbito local. Vale dizer, o pós-guerra demandou o resgate do fundamento ético da experiência jurídica, pautado no valor da dignidade humana. Se no plano internacional o impacto desta vertente se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor inerente à pessoa), no plano dos Constitucionalismos locais esta vertente se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana. Pontue-se, ainda, a interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e os Direitos locais, na medida em que aquele passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o Constitucionalismo Ocidental. [...]

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais e internacionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana – porque fonte e sentido de toda experiência jurídica. (PIOVESAN, 2003, p. 195-197)

Exposto o panorama da doutrina jurídica nacional, de cariz – como se percebe – marcadamente juspositivista, passemos ao exame da obra de Javier Hervada.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DOCTRINA DE JAVIER HERVADA

Javier Hervada, professor titular de Filosofia do Direito e catedrático de Direito Canônico da Faculdade de Direito da Universidade de Navarra, Espanha, é um dos defensores do “realismo jurídico clássico, baseado em seus três marcos históricos fundamentais: Aristóteles,

os juristas romanos e Santo Tomás de Aquino” (OLIVEIRA. *In*: HERVADA, 2008, p. XV).

Na obra “Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito” (2008), Javier Hervada apresenta um sistema filosófico completo, extraído do realismo jurídico clássico. Expõe ele, nesse trabalho, “com o vigor de seu pensamento toda a trama conceitual que envolve o direito, a lei e a justiça, além de, como arremate teórico, discorrer sobre as linhas gerais do conhecimento jurídico e as regras metodológicas da ciência jurídica.” (OLIVEIRA. *In*: HERVADA, 2008, p. XVII)

Javier Hervada apresenta, em sua obra, algumas definições centrais para o realismo jurídico clássico:

1. A justiça – na esteira da doutrina de Tomás de Aquino – é definida como “o hábito segundo o qual alguém, com constante e perpétua vontade, dá a cada qual seu direito” (2008, p. 77);
2. O direito é definido como “*aquela coisa que, estando atribuída a um sujeito, que é seu titular, é devida a esse, em virtude de uma dívida em sentido estrito.*” (2008, p. 136);
3. A injustiça é definida como “*a tendência ou hábito da vontade que se orienta para a lesão do direito*” (2008, p. 175);
4. A norma jurídica é definida como “*a ratio iuris, a regra ou estatuto do direito*”, tendo por funções ser a “*causa e medida do direito*” (2008, p. 217-218).

Contudo, a definição que nos interessa, neste trabalho, é a de pessoa.

Em sentido ontológico, Javier Hervada, lançando mão das lições de Boécio, define pessoa como sendo uma “*substância individual de natureza racional*” (2008, p. 296). E esclarece:

O que o termo pessoa designa é um indivíduo ou ser singular. Ou, em outras palavras, é nome de indivíduo. Portanto, não expressa um universal, e sim um ser concreto existente; no caso da pessoa humana – única que nos interessa aqui –, significa o homem singular ou individual: o indivíduo humano. (HERVADA, 2008, p. 298)

Acerca da dimensão espiritual da pessoa humana, o autor explica que é ela

que dá a última e definitiva especificidade ao homem, o que constitui, em último caso, a espécie a que o homem pertence: ser racional, o que significa que o situa em *outra ordem do ser* distinta dos seres meramente corpóreos. Uma ordem do ser mais eminente e alta, que é justamente o que se expressa com a palavra pessoa. (HERVADA, 2008, p. 301)

E, para que não restem dúvidas, assevera:

Outra ordem do ser quer dizer que a pessoa humana pertence a uma categoria superior de ser, a própria da ordem da racionalidade, que supõe uma maior participação no ser – tem uma maior intensidade de ser – que faz do homem não um animal, mas um ser de ordem superior e diferente. Entre o reino animal e o homem não há simplesmente um gradualismo, uma diferença de grau ou perfeição dentro da mesma ordem, mas uma diferença de ordem do ser, que afeta o gênero. Em outras palavras, não há continuidade de grau de perfeição entre o animal e o homem, e sim um salto qualitativo, um abismo. Justamente por isso, o homem é e se chama com propriedade pessoa. (HERVADA, 2008, p. 301-302)

Javier Hervada, ainda desenvolvendo o tema da pessoa, esclarece que

Um traço da pessoa, que tem sua origem na natureza racional ou espiritual que é própria dela, consiste em uma individuação tão forte que a torna incomunicável, isto é, tão inteiramente outra em relação aos demais seres que não se torna comum a eles, nem pode ser considerada apenas como parte de um todo.

[...]

Ao ser incomunicável, inteiramente outro, o ser pessoal está dotado de liberdade na medida de sua incomunicabilidade ou transcendência ontológica. Estar dotado de liberdade quer dizer que os atos próprios não são *dados*, isto é, produto de forças ou impulsos exteriores ou inerentes ao próprio ser que o dominam, mas são produtos de uma *decisão*, isto é, são *originais* da pessoa, fruto do domínio que a pessoa tem sobre seu próprio ser. (HERVADA, 2008, p. 302-303 e 312)

Contudo, “Junto com a incomunicabilidade ontológica de que acabamos de falar”, elucida Javier Hervada,

a pessoa apresenta-se como um ser-em-relação ou ser social. Há na pessoa uma entitativa abertura ao mundo circundante e, de modo particular, às demais pessoas.

De fato, a incomunicabilidade não significa que a pessoa não esteja aberta aos demais. O que faz é modalizar essa relação. A pessoa relaciona-se com as outras pessoas, sem tornar-se comum no ser, sem confusão ou fusão, mas com uma certa transcendência, isto, na *alteridade*, sendo sempre outro. É uma comunicação na alteridade, comunicação muito mais elevada e perfeita que a absorção ou fusão ou ser simplesmente peça de um conjunto. (HERVADA, 2008, p. 305)

Chega o autor, então, à noção de dignidade da pessoa humana, esclarecendo que ela

consiste na eminência ou excelência do ser humano mediante uma intensa participação no mais alto grau do ser, que o constitui como um ser dotado de debitude e exigibilidade em relação a si mesmo e em relação aos demais homens. Em outras palavras, trata-se de um ente cuja ordem do ser compreende a ordem do dever-ser. (HERVADA, 2008, p. 311)

E prossegue Javier Hervada:

a pessoa humana merece um tratamento adequado a seu estatuto ontológico, e há comportamentos conformes (dignos) e desconformes (indignos) a esse estatuto ontológico. Isso não pode significar outra coisa a não ser que a natureza humana é constituída em *regra* de comportamento – próprio e alheio – e em *título* do devido ao homem (direitos e deveres inerentes à dignidade da pessoa humana). O conforme a natureza é digno; o desconforme é indigno. Isso nos indica que a pessoa contém em si uma regra objetiva dos próprios atos (ética ou moral) e dos atos alheios em relação a ela (direito natural ou não-positivo). Desse modo, a dignidade da pessoa humana é constituída em regra de comportamento, regra ou norma que tem seu fundamento e origem na natureza humana e por isso é objetiva. (HERVADA, 2008, p. 311-312)

Em seguida, Javier Hervada, ainda desenvolvendo o tema da pessoa, cuida da liberdade, do dever-ser, da socialidade da pessoa huma-

na e da pessoa em sentido jurídico, após o que passa a tratar especificamente do direito natural, que, segundo o realismo jurídico clássico, convive, harmonicamente, com o direito positivo, como partes – direito natural e direito positivo – do direito vigente.

O exame do – tão injustamente combatido – direito natural – “o *justo por natureza* ou justo natural, isto é, aquela coisa corpórea ou incorpórea adequada e proporcionada ao homem em virtude de sua natureza ou estrutura fundamental ontológica, com a marca de debitude e exigibilidade inerente à dignidade da pessoa humana” (HERVADA, 2008, p. 360) –, contudo, extrapolaria os fins deste trabalho, pelo que, a respeito, limitar-nos-emos a destacar qual é, para Javier Hervada, o conteúdo fundamental dos direitos naturais:

Os direitos naturais surgem do direito natural fundamental relacionado aos três elementos em que se fundamenta: o ser do homem, sua liberdade e seus fins.

Em primeiro lugar, o ser do homem. Passando a ter existência, exige ser e bem ser (bem-estar), de onde emanam direitos tais como o direito à vida, à saúde, à integridade física e mental etc. São, então, direitos naturais os bens inerentes ao ser do homem. Esses bens podem ser desmembrados em quatro: seu corpo e espírito considerados em si mesmos e em sua integridade, as potências anímicas e corpóreas (sentidos, capacidades de agir, vontade, entendimento etc.), as operações naturais do homem (a natureza é princípio de operação e, portanto, as operações pertencem à natureza) e os bens que são objeto dessas operações, sem os quais as operações não seriam possíveis (por exemplo, sem alimentos não é possível comer; por consequência, os alimentos são direitos naturais). E ainda poderíamos acrescentar um quinto bem: a socialidade, que origina o direito de fazer parte da sociedade política e o direito de associação.

Em segundo lugar, constituem direitos naturais as esferas de liberdade, que competem ao homem por natureza: autodeterminação no consentir e no agir, imunidade de coação (como é o caso das liberdades religiosa, de pensamento e de consciência) e liberdade de iniciativa.

Em terceiro lugar, cabe referir-se aos fins naturais do homem ou desenvolvimento de sua personalidade. Os fins do homem originam direitos naturais por duas razões: a) porque estão como origem na natureza em forma de *inclinaciones* naturais, estrutura

que contêm tendências ou apetites racionais, e “a característica mais própria de qualquer natureza racional é mover-se de acordo com o apetite que é próprio dela” (Cf. MÁXIMO EL CONFESOR, *Opúsculo 3*, em PG 91, 45-46). Em outras palavras, os fins naturais implicam que o ser do homem esteja *orientado* para tais fins – *ordinatio ad fines* –, o que comporta não só a tendência, como também a formação do ser humano para os fins mediante potências, estruturas corpóreas etc., tudo o que constitui a *inclinatio* natural. Dos fins naturais do homem nascem direitos naturais, tais como o direito ao casamento, o direito ao trabalho e ao lazer, o direito à educação etc. (HERVADA, 2008, p. 362-363)

4. CONCLUSÃO

Como se vê, a dignidade da pessoa humana, nos dias de hoje, é a peça central de toda e qualquer construção jurídica, representando o ponto culminante e de maior importância dos ordenamentos jurídicos modernos.

Quer se adote uma compreensão juspositivista – tendência, como se viu, da doutrina jurídica contemporânea –, quer se lance mão das ideias do realismo jurídico clássico – em nosso sentir, fecundas e permeadas de racionalidade –, a dignidade da pessoa humana, nos dias atuais, constitui um elemento que não pode, em absoluto, ser olvidado pelos operadores do Direito.

5. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional – direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. Introdução. In: HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

5

ASPECTOS GERAIS DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL

Leopoldo Mameluque¹

RESUMO

O estudo do estado de necessidade, no âmbito do direito penal torna-se importante para a verificação dos seus fundamentos e natureza jurídica, para se aferir nos dias atuais, quanto à dicotomia existente no direito penal em relação à sua natureza jurídica consubstanciada na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria diferenciadora, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal, tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambos. Importante que se verifique, portanto, de que forma o estado de necessidade foi recepcionado na legislação penal brasileira, verificando também a análise do instituto tanto sob o enfoque causal e finalistas quanto funcionalista, isto porque o direito penal vem, cada vez mais, fundamentando-se em conceitos normativos objetivos, importando definir quem deve responder pela conduta, verificando-se, de forma objetiva, a adequação social do comportamento.

¹ Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, MG. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Segundo Enrico Contieri,² o instituto do estado de necessidade aparece, tanto na ordem jurídica quanto externamente a ela, ora como causa específica de exclusão de certos crimes, ora como causa geral de exclusão das infrações, sendo, portanto, imprescindível para a sua adequada compreensão o estudo do referido instituto em ambos os contextos:

O instituto do estado de necessidade aparece-nos, quer na ordem jurídica extra-judicial, quer em ramos do nosso direito estadual diversos do direito , e no próprio direito penal, mesmo fora dos casos previstos pelo artigo 54º do Código Penal, como causa específica de exclusão de certos crimes ou de certas categorias de crimes, ou ainda, segundo uma doutrina difundida principalmente na Alemanha, como causa geral de exclusão das infracções, a qual teria a sua fonte mais nos princípios gerais do direito do que numa norma expressa da lei (o chamado estado de necessidade extra-legislativo).

Paul Moriaud³ o define como um estado de coisas tal que a salvaguarda de um bem necessita da realização de um ato em si mesmo delituoso.

Paul Forières,⁴ por sua vez, afirma que as questões referentes ao estado de necessidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, são muito controvertidas, especialmente no que diz respeito ao direito de punir.

Conforme o citado autor, no entanto, não é difícil definir o estado de necessidade. Este é a situação em que se encontra uma pessoa que não pode razoavelmente salvar um bem, um interesse ou um direito a não ser pela prática de um ato que se estiver em desacordo com as circunstâncias que o envolve será considerado delituoso.⁵

Forières,⁶ ao discutir os aspectos históricos do estado de necessidade, afirma que este aparece, ao longo dos anos, como uma exceção tácita ao

² CONTIERI. *O estado de necessidade*, p. 5-6.

³ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 30.

⁴ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 3.

⁵ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 7.

⁶ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 47.

domínio de aplicação da lei, sendo um estado de fato que pode se basear na vontade do legislador ou em um substrato dogmático.

Felix Marchand,⁷ ao definir o estado de necessidade, pondera que a palavra *necessitas*, em latim, exprime duas ideias análogas, dois sentidos diferentes de uma mesma ideia, ou seja, tanto a fatalidade quanto a violência. A primeira é invencível, mas a segunda não, e quando a necessidade nos assola de uma forma absoluta é impossível se furtar à sua ação, ao passo que, quando se apresenta de forma relativa, não é difícil de se lhe escapar.

Philippe-Jean Hesse,⁸ por sua vez, esclarece que o estado de necessidade é uma forma de derrogação da responsabilidade penal em que o indivíduo se vê diante de dois males extremos e, decidindo por um deles, não há como se recriminar o seu ato, como ocorre no caso de alguém que furta para se alimentar e não morrer de fome ou de alguém que não tendo como esconder sua nudez por falta de condições financeiras pratica atentado ao pudor. O autor pontua que, na solução destes casos, torna-se importante saber se a pobreza deve ser considerada como uma forma de santidade ou como um castigo divino.

Sobre as diversas dimensões que o estado de necessidade pode vir a tomar dentro do aspecto jurídico, o citado autor manifesta-se no sentido de que este, apesar de estar historicamente relacionado à situação de penúria ou necessidade pessoal dos indivíduos, ultimamente tem apresentado outras conotações, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem do Islam, adotada em Riyad em 1998, que deu uma nova dimensão ao estado de necessidade em caso de guerra, ao afirmar que a flora, os edifícios e as instalações civis não devem ser destruídos, salvo em caso de necessidade imperiosa.⁹

Segundo Cecil Turner,¹⁰ devido à complexidade do instituto do estado de necessidade, há uma grande dificuldade em se verificar, nos

⁷ MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*, p. 5-6.

⁸ HESSE. Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion. *Revue Droits Fondamentaux*, num. 2, p. 125-126, jan.-dec. 2002.

⁹ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite*. Jalons pour une histoire de la notion, p. 126.

¹⁰ TURNER. *Kenny's outlines of criminal law*. p. 60.

casos concretos, a presença dos seus requisitos. Para tanto, o autor vale-se do controvertido caso do Iate Mignonette, que transcreve em seus estudos, para afirmar que o estado de necessidade somente deve ser reconhecido quando a morte for uma consequência inevitável da abstenção da prática de um determinado ato.

Claus Roxin¹¹ assim se manifesta sobre este relevante episódio em que houve o confronto de valores entre vidas humanas:

Histórico es el “caso Mignonette”: los tripulantes del velero británico “Mignonette”, que había naufragado en una tormenta, llevaban veinte días en alta mar en un bote de salvamento sin alimentos y corrían peligro de morir de hambre; entonces el capitán mató al grumete, que posiblemente estaba ya moribundo, y la tripulación se alimentó con su carne y su sangre, consiguiendo mantenerse así con vida hasta que posteriormente fueron encontrados y salvados por un barco.

O Iate Mignonette, que partira de Southampton, Inglaterra, com destino a Sidney na Austrália, em 1884, tinha como capitão Tom Dudley e era tripulado também por mais dois homens e um jovem de 17 anos, chamado Richard Parker. O iate naufragou no meio da travessia, mas os quatro tripulantes conseguiram sobreviver a bordo de um bote pequeno e aberto do referido iate.

Após terem passado oito dias sem comida e água, os três adultos resolveram sacrificar o jovem para alimentar-se da sua carne e saciar a sede, bebendo o seu sangue, e assim o fizeram. Resgatados, dias após, foram levados à Inglaterra, onde dois deles foram processados e condenados à morte, pena que foi posteriormente convertida em prisão pelo prazo de 6 (seis) meses.¹²

Paul Mouriaud,¹³ ao descrever o incidente, relata que os fatos ocorreram após o 18º dia do naufrágio, que a vítima, o grumete Parker, por ter bebido água do mar, encontrava-se adoentado e inconsciente ao ser sacrificado, e que um dos três agressores, o marinheiro Brooks, não concordou com a ação que foi decidida pelo piloto Stephens e pelo capitão Dudley e executada por este último.

¹¹ ROXIN. *Derecho penal. Parte general*, p. 687.

¹² MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 7-9.

¹³ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 7-9.

Segundo Turner,¹⁴ a tese do estado de necessidade, que foi sustentada por Lord Bacon em contraposição às argumentações de Sir James Stephen, foi vencida, prevalecendo o entendimento da Corte de Queen's Bench, no sentido de que não há princípio geral de direito que autorize um homem a tirar a vida de uma pessoa inocente para preservar a sua própria vida.

Paul Foriers,¹⁵ ao comentar a aventada situação de necessidade que teria ocorrido por ocasião do naufrágio do Iate Mignonette, afirma que o estado de necessidade supõe um processo de reflexão livre e uma deliberação racional. Conforme o autor, não se pode afirmar que se encontre em estado de necessidade todo aquele que, para sair de uma situação trágica, obedeça simplesmente a um impulso instintivo e mórbido.

A respeito deste conflito entre a vida e a morte, diante de uma situação em que os contornos se apresentam, pelo menos aparentemente, como os de um estado de necessidade, Joseph Fabisch nos apresenta igualmente o caso do Iate Mignonette, afirmando que a melhor maneira de se verificar tal situação é compará-la às ideias de coação física e moral e de legítima defesa.

Segundo o referido autor,¹⁶ apesar da ocorrência do caso do naufrágio do Iate Mignonette, ocorrido em 1884, felizmente somente outros poucos casos similares ocorreram naquele século. Cita, por referência, o naufrágio do navio *Thécla* em 1893, em que fato similar ao do Mignonette ocorreu; a morte, em 1888, na Sibéria, de uma menina assassinada e, após, devorada por seus irmãos, e o caso da jangada da Fragata francesa *Medusa* de 1816, em que 15 naufragos atiraram ao mar 13 de seus companheiros que se encontravam doentes, de maneira a poderem sobreviver por mais tempo com a pouca comida que dispunham, em uma jangada que construíram com os restos do navio.

Sobre o incidente russo, Paul Moriaud¹⁷ informa que este ocorreu no território de Touroukhank, na Sibéria Oriental, ocasião em que três irmãos, Procópio, Nikita e Davi Kalinine e sua irmã Marie, de onze anos,

¹⁴ TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law*, p. 60.

¹⁵ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 10-11.

¹⁶ FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*, p. 6-7.

¹⁷ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 10-11.

encontravam-se acampados às margens de um rio e se alimentando da pesca, como único recurso para a sua sobrevivência. Com o término da pesca, David partiu em busca de alimentos, enquanto Procópio desesperado, abateu a sua irmã e se alimentou do seu cadáver, assim também procedendo, posteriormente, o seu irmão Nikita. O fato redundou em um julgamento rigoroso pelo Tribunal de Jenisseik, que absolveu Nikita, por não ter participado da morte de sua irmã, mas condenou Procópio a treze anos e meio de trabalhos forçados, fato que posteriormente terminou por interferir na elaboração do Código Penal russo de 1882.

No caso da Fragata Medusa, Paul Moriaud¹⁸ trás o relato de um dos 15 sobreviventes do naufrágio, que resolveram sacrificar a vida de outros 13 para se salvar. A justificativa apresentada para o ato realizado consistia no fato de que aqueles que foram lançados ao mar encontravam-se muito machucados, com grandes ferimentos e, inclusive, alguns já haviam perdido a razão, comprometendo a pouca ração que dispunham. Importante o registro de que houve uma longa deliberação para a tomada da referida decisão.

2. FUNDAMENTOS E NATUREZA JURÍDICA

Enrico Contieri manifesta-se a respeito da importância de analisar a natureza jurídica do estado de necessidade, tanto para que se sistematize o seu estudo, quanto para que se possa avaliar as consequências jurídicas advindas do seu reconhecimento.¹⁹

O interesse em fixar-lhe a natureza jurídica, corresponde não só a uma exigência sistemática, mas a sua satisfação é o pressuposto necessário para a solução de alguns problemas referentes à vontade do agente, na sua influência sobre o estado de necessidade, tais como a admissibilidade da legítima defesa contra o facto necessitado e a ressarcibilidade do dano civil produzido pelo facto necessitado.

De acordo com Philippe-Jean Hesse,²⁰ na Idade Média foram utilizados três textos teológicos para dar ao estado de necessidade bases

¹⁸ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 9-10.

¹⁹ CONTIERI. *O estado de necessidade*, p. 140.

²⁰ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de nécessité*. Jalons pour une histoire de la notion, p. 129-130.

sagradas e, a partir destes textos, desenvolveram-se, nos séculos XVI a XVIII seguintes e, após estes, os argumentos jurídicos e filosóficos capazes de explicar a extinção da responsabilidade, em caso de necessidade.

Segundo o citado autor,²¹ estes textos de referência teológica são: *o evangelho de São Mateus*, em que os discípulos violam o sábado sagrado para saciarem a sua fome, no que são recriminados pelos fariseus, mas justificados por Jesus; um fragmento do *Responsu Gregorii*, que estabelece uma distinção entre o ladrão ordinário e o ladrão movido pela necessidade e uma passagem das *Penitências de Theodoro*, em que se prevê uma simples penitência de três semanas àquele que furtar o pão ou vestimentas por necessidade e não uma pena secular ou infamante.

Para Hesse,²² são dois os fundamentos de ordem jurídica para o estado de necessidade. O primeiro é que o furto não deve existir em caso de necessidade, posto que este não tem o intuito de lucro nem a vontade formal de causar prejuízo.

O segundo fundamento consubstancia-se na teoria do erro, em acreditar o autor do delito que, conforme os ensinamentos do evangelho, é dever dos mais abastados compartilhar os seus bens com os pobres e que qualquer posse absoluta e arbitrária da propriedade, em favor de um só, não é consentida.

O referido autor²³ afirma, por fim, serem três os fundamentos de ordem filosófica do estado de necessidade.

O primeiro, o do *instinto de conservação irresistível* em que haveria um direito superior a todo o sistema jurídico que é o instinto de sobrevivência do homem. O segundo, o *da suspensão temporária do direito*, pelo qual durante situações excepcionais as regras jurídicas não deveriam ser aplicadas e o fundamento mais largamente admi-

²¹ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*, p. 129-130.

²² HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*, p. 130.

²³ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*, p. 131.

tido, mas atualmente em desuso, que é o do *retorno à comunidade originária de bens*.

2.1 Estado de necessidade justificante

Em relação à teoria unitária torna-se importante registrar que divergem os autores quanto à sua fundamentação, sendo muitas as concepções que procuram justificá-la, tendo como parâmetro a coação psicológica e o exercício de um direito de necessidade.

Segundo alguns autores, o estado de necessidade representaria uma espécie de coação capaz de excluir a imputação e, de acordo com Toledo,²⁴ “essa concepção corresponde, de certa forma, à teoria da coação psicológica adotada por alguns códigos europeus dentre os quais o Francês”.

Uma outra corrente doutrinária, que reúne grande número de seguidores, sustenta que a ordem jurídica não pode permanecer indiferente ao direito originário do estado de necessidade. Neste sentido, Toledo²⁵ pondera que:

Segundo outros autores, a ordem jurídica não pode manter-se indiferente diante da “necessidade” de salvação de certos bens ou valores ameaçados, daí nascendo para o titular desses bens ou valores um direito de necessidade. assim o estado de necessidade representaria o exercício de um direito.

Segundo Asúa, em relação ao estado de necessidade, que não se limita exclusivamente ao âmbito penal, ainda que se admita a sua característica exculpante, este deve ser considerado como uma causa de justificação:²⁶

No debe sucitarse polémica com respecto al nombre de esta causa de justificación. Aunque, como veremos, al proclamarse en Alemania el llamado ‘derecho de necesidad’, se ha querido distinguir éste de otras formas de apremio y se ha tratado de separar el “estado de necesidad” (Notstand) de la ‘situación necesaria’ (Notstandslage), y sobre todo, del ‘estado de necesidad su-

²⁴ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40.

²⁵ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40.

²⁶ ASÚA. *Tratado de derecho penal*, p. 275-278, t. IV.

pralegal' [...] hay casos auténticamente justificados y otros que sólo pueden operar como causas de inculpabilidad. Todos, como se ha advertido, entran en la amplia noción que nos dió Von Liszt al definir esta eximente. Pero si queremos encararla como causa de justificación, dejando fuera los supuestos meramente inculpables (vid.infra.num 1352) muy otro será el concepto que nos veremos precisado a dar. Helo aquí: El estado de necesidad es una situation de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos, jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condicion de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto.

Sobre as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do estado de necessidade como causa de justificação, exatamente em virtude da adoção do princípio do interesse preponderante que, aliado ao princípio da valoração dos bens, faz surgir o direito de necessidade, Asúa²⁷ afirma que se tratando de conflito entre bens diferentes ocorreria uma justificação e no caso de bens iguais, a norma deveria ser neutralizada, prevalecendo, em qualquer caso o bem superior:

Nosotros hemos creído siempre que el estado necesario es una causa de justification quando el conflicto se plantea entre bienes desiguales aunque lo

completábamos, inoportunamente, con la 'falta de peligrosidad'. En caso de que colisionaram dos bienes de entidad o valor iguales nuestro criterio fue, antes, el de neutralizar la norma jurídica a actos tan desgraciados [...] Seguimos fieles al calificativo de justification. Pero, conforme a los principios expuestos, es preciso que nuestra conducta haga prevalecer el bien superior para estar justificada.

2.2 Estado de necessidade exculpante

José Cirilo de Vargas,²⁸ após passar a uma breve explanação sobre o conceito do estado de necessidade, também informa sobre o critério para se verificar a sua natureza, justificante ou exculpante:

²⁷ ASÚA. *Tratado de derecho penal*, p. 338, t. IV.

²⁸ VARGAS. *Instituições do direito penal*, p. 331-332.

Trata-se de uma discriminante que se caracteriza por um conflito de bens jurídicos, um dos quais tem de ser sacrificado, para o outro ser posto a salvo. Nesse confronto, o Estado toma uma posição de neutralidade, para considerar lícita a conduta daquele que sacrificou um bem jurídico para preservar um outro, seu, ou de terceiro. No tratamento do estado de necessidade, em diversos ordenamentos jurídicos, mutas vezes adotam-se dois estados de necessidade: um justificante, outro desculpante, como acontece no Código Penal Militar, e como se pretendeu no malogrado Código de 69. O critério para se definir um e outro é o da ponderação de bens: se o bem jurídico sacrificado for reconhecidamente inferior àquele preservado, exclui-se a ilicitude; se de igual ou inferior valor, exclui-se a culpabilidade.

Em relação à natureza jurídica do estado de necessidade, Anibal Bruno,²⁹ apesar de admiti-la como justificante, tendo em vista o fato de que “é a própria lei que exclui o ilícito dessa situação em que o agente sob a ameaça de um dano real, certo e iminente a um bem jurídico próprio ou mesmo alheio, salva-se pela agressão ao bem de outrem, que se apresenta como absolutamente necessária”, reconhece a controvérsia que existe sobre sua natureza.

Segundo Aníbal Bruno,³⁰ os jusnaturalistas compreendiam o fato fora da consideração jurídica, tratando-o como um conflito “à margem da lei, uma infelicidade do destino. Surgindo a necessidade, diziam eles, o próprio regime jurídico se exclui”. Por outro lado, os clássicos consideravam tal fato uma causa de exclusão da imputabilidade, por coação psicológica produzida pelo temor do mal grave e iminente, tolhendo a vontade livre e com isto o ato não seria lícito, mas apenas não punível.

Dentro deste contexto evolutivo, Anibal Bruno³¹ também passou a considerar o estado de necessidade como causa de exclusão da culpabilidade: “Outros excluem, não a imputabilidade, mas a culpabili-

²⁹ BRUNO. *Direito penal, parte geral*, p. 389, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

³⁰ BRUNO. *Direito penal, parte geral*, p. 390, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

³¹ BRUNO. *Direito penal, parte geral*, p. 390, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

dade. Daí a não punição do agente, apesar do caráter ilícito do fato. Neste sentido, entre outros, M. E. Mayer”.

Por fim, vale lembrar as ponderações de Asúa, referindo-se ao § 54 do Código Penal alemão, no sentido de que a teoria da diferenciação permite recorrer à inexigibilidade de outra conduta, nos casos em que as limitações do preceito legal não permitam a aplicação da eximente de acordo com as suas prescrições:³² *“El encuadramiento del §54 entre las causas de inculpabilidad, le permite acudir a la “no exigibilidad de otra conducta” en aquellos casos em que la limitacion del precepto no permitiría eximir conforme a su texto”*.

Sintetizando este raciocínio, manifesta-se Luis Augusto Sanzo Brodt³³ sobre o estado de necessidade justificante e exculpante, fundamentado em Jescheck:

No estado de necessidade que exclui a ilicitude (justificante) exige-se que a ponderação dos interesses envolvidos constate que o protegido tem uma importância essencialmente maior que o sacrificado. Já nos casos em que o estado de necessidade afasta a culpabilidade, em virtude da inexigibilidade de conduta diversa (exculpante), o bem jurídico sacrificado pode ser de igual ou maior valor que o protegido, desde que não haja grande desproporção entre os mesmos. Entretanto, o estado de necessidade exculpante, segundo a legislação alemã, só é cabível para a defesa da vida, da integridade física e da liberdade. Quando se tratar de auxílio a terceiro, requer-se uma especial relação de parentesco ou amizade entre quem atua e o beneficiado.

Cláudio Brandão³⁴ também se manifesta sobre as teorias unitária ou monista e dualista ou diferenciadora, que disciplinam a amplitude do estado de necessidade como causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, justificante ou exculpante, já aqui abordadas:

Existem duas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do estado de necessidade: a teoria diferenciadora e a teoria unitária. A teoria diferenciadora surge na Alemanha e é baseada na interpretação sistemática do Código Civil e do Código Penal. Para a teoria diferenciadora o estado de necessidade pode excluir

³² ASÚA. *Tratado de derecho penal*, p. 341, t. IV.

³³ BRODT. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 265.

³⁴ BRANDÃO. *Teoria jurídica do crime*, p. 108-109.

a culpabilidade ou a antijuridicidade; se o bem sacrificado for de mesmo valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá culpabilidade. Se o bem sacrificado for de menor valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade, sendo considerado uma causa de justificação.

Jorge de Figueiredo Dias,³⁵ por sua vez, também esclarece sobre a teoria diferenciadora do estado de necessidade, nos seguintes termos:

Teoria diferenciada esta para a qual o estado de necessidade surgiria como justificante (estado de necessidade ‘objectivo’ ou ‘direito’ de necessidade) sempre que se tratasse de facto típico praticado como meio adequado para salvaguardar um bem ou interesse jurídico, do agente ou de terceiro, de maior valor que o sacrificado. E como simplesmente desculpante (estado de necessidade “subjectivo”) quando o valor salvaguardado não fosse de maior valor que o sacrificado; caso em que a desculpa não proviria da hierarquia dos bens em conflito e consequente prevalência do de maior valor, mas de coacção que a situação conflitual exerceria sobre o agente e as suas decisões. Nisto se traduz, no essencial, a aludida “teoria diferenciada” do estado de necessidade.

Com fundamento na teoria diferenciadora desenvolveu-se, na Alemanha, o estado de necessidade exculpante que teve suas origens no §54 do já revogado Código Penal alemão e que cuidava de algumas hipóteses muito restritas de estado de necessidade.

Segundo Toledo,³⁶ “o Estado de Necessidade (*Notstand*) está regulado nos §§ 34 e 35 dos StGB, sob as rubricas de ‘estado de necessidade justificante’ (*Rechtfertigender Notstand*) e ‘estado de necessidade exculpante’ (*Entschuldigender Notstand*). Nestes termos os referidos §§ 34 e 35 do Código Penal alemão em vigor:³⁷

§ 34. Estado de necesidad justificante

³⁵ DIAS, Figueiredo. *Direito penal: parte Geral*, p. 438-439, t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

³⁶ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40-41.

³⁷ ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Disponível em: <http://www.juarezta-va-res.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2010.

Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.

§ 35. Estado de necesidad disculpante

(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1., cuando El autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.

Conforme Toledo,³⁸ em virtude desta distinção, a doutrina e a jurisprudência alemã construíram, sob a influência de argumentos jusnaturalistas e, em virtude de casos concretos, como o da necessária interrupção da gravidez por intervenção médica, apoiado no princípio da ponderação de bens e deveres em conflito já constante do Código Civil alemão o estado de necessidade justificante supralegal:

Esse princípio que já se achava incorporado ao Código Civil alemão (§§228 e 904) para atos defensivos ou agressivos dirigidos contra coisas, instituiu um “direito de necessidade” (*Notrech*), pelo qual diante de perigo iminente, inevitável, não provocado, o indivíduo para salvar um bem de valor superior, pode sacrificar o de valor inferior, se essa for a única forma de salvação do primeiro. Faz-se a ponderação dos bens e deveres em conflito; o que for reputado de menor valor pode ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor. Assim, a jurisprudência alemã

³⁸ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40.

passou a admitir, com ou sem lei, a exclusão da antijuridicidade em determinadas situações de estado de necessidade e, com isso, consagrou a denominada “teoria diferenciadora”, que acolhia as duas formas básicas do estado de necessidade, mais tarde incorporadas ao texto ora em vigor do StGB (§§34 e 35), isto é, o estado de necessidade justificante (excludente da antijuridicidade) e o estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade).

Da análise do citado § 34 do Código Penal alemão, que disciplina o *estado de necessidade justificante*, depreende-se, portanto que, aquele que, em virtude de perigo atual para a sua vida, seu corpo, sua liberdade, sua honra, sua propriedade ou outro bem jurídico e que não possa evitá-lo de outra maneira, cometendo um ato com o fim de evitar o referido perigo para si ou para outrem, não atua antijuridicamente se na ponderação de bens dos interesses em conflito, em particular dos bens jurídicos afetados, o interesse protegido sobrepujar o interesse que foi sacrificado, desde que o ato seja um meio adequado para evitar o perigo.

Por sua vez, o §35 do Código Penal alemão, que disciplina o *estado de necessidade exculpante*, depreende-se que, aquele que em virtude de perigo atual para a vida, o corpo ou a liberdade e que não possa evitá-lo de outra maneira, cometendo um ato antijurídico com o fim de evitar o referido perigo para si, para um parente ou para uma outra pessoa próxima, atua sem culpabilidade.

Não se aplica tal disposição, no entanto, se o agente tiver causado o perigo ou se encontrar em especial situação jurídica que lhe obrigue a enfrentar o perigo.

Diante deste complexo quadro de possibilidades quanto à natureza jurídica do estado de necessidade, não há como se deixar de reconhecer que a própria evolução do seu conceito, do mundo antigo até os dias atuais, se encarregou de moldar o referido instituto e alicerçar bases sólidas para a sua compreensão.

Nos dias atuais, a dicotomia existente no direito penal quanto à natureza jurídica do estado de necessidade consubstancia-se na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria da diferenciação, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal, tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambos.

Ao analisar a legislação penal vigente, pode-se afirmar que o direito pátrio, a despeito das teorias unitária e diferenciadora, recepcionou o estado de necessidade, tanto como excludente da culpabilidade como da antijuridicidade no Código Penal militar de 1969.

Por sua vez, o estado de necessidade encontra-se previsto no inciso I do art. 23 e no art. 24 do Código Penal brasileiro, com natureza justificante, em que pese constar das disposições contidas na parte especial, notadamente o art. 128, que trata do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, a possibilidade da exculpação do crime pelo estado de necessidade.

De acordo com Ariosvaldo de Campos Pires,³⁹ por ocasião da elaboração do anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria, que ensejou o Código Penal de 1969 e que não chegou a entrar em vigor, distinguia-se entre o estado de necessidade que exclui o crime e o que isenta de pena.

A reforma de 1984 do Código Penal, no entanto, rejeitou esta distinção, a despeito do Código Penal Militar contemplar as duas modalidades, isto é, o estado de necessidade como excludente de culpabilidade e como excludente de criminalidade em seus arts. 39 e 43, respectivamente.

Miguel Reale Júnior,⁴⁰ da mesma forma, afirma que o citado Código Penal de 1969 acolheu a teoria diferenciadora, admitindo os estados de necessidade, justificante e exculpante.

Assim é que, não há como se negar que em situações envolvendo o estado de necessidade, um agente pode ser forçado a lesar bens jurídicos, para salvar interesses legítimos.

Nesta situação, de acordo com Francisco de Assis Toledo,⁴¹ pode ocorrer o confronto de bens de igual valor com o sacrifício de um destes, o sacrifício de um bem de maior valor para salvar um bem de menor valor e o sacrifício de um bem de menor valor para salvar um bem maior.

³⁹ PIRES. *Compêndio de direito penal, parte geral*, p. 173, v. 1. Colaboração e atualização de Sheila J. Selim de Sales.

⁴⁰ REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*, p. 53-54.

⁴¹ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 39.

No primeiro e segundo casos, não se revelando o caráter social do sacrifício, não há que se falar na hipótese de justificação que exclui a ilicitude do fato, razão pela qual estaríamos diante de uma eventual causa de exclusão de culpabilidade e o estado de necessidade, nestas circunstâncias, seria exculpante.

No terceiro caso, em que, pelo contrário, prevalece o caráter social do sacrifício, estaríamos diante de uma hipótese de justificação que exclui a ilicitude do fato.

Feitas estas considerações, resta-nos aderir à doutrina que reconhece na teoria diferenciadora a melhor solução para o equacionamento das questões envolvendo a natureza jurídica do estado de necessidade.

3. REFLEXOS DO FUNCIONALISMO NO ESTADO DE NECESSIDADE

A questão da dogmática penal tem sido influenciada pelos funcionalismos teleológicos e sistêmicos, elaborados por Roxin e Jakob, respectivamente, **que a despeito dos valorosos estudos que vêm sendo conduzidos por outros penalistas, nesta mesma área, conseguiram dar maior consistência às propostas funcionais, também denominadas normativistas.**

Segundo Luís Greco,⁴² o conceito de ação perde muita importância no funcionalismo, pois “reconhece-se que, se o que importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos”.

Segundo o citado autor, Roxin vê na conduta uma “exteriorização da personalidade”, enquanto Jakobs a define como “a inevitabilidade de uma diferença de resultado”.

Quanto ao tipo, a questão é mais complexa, pois, este é agora valorado com aspectos de política criminal e conforme ponderações de Greco,⁴³ dentro do caráter de um direito penal preventivo “só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um

⁴² GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 143.

⁴³ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 144.

bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que *ex ante* não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas”.

Desta forma, ainda que uma ação cause a lesão a um bem jurídico, se não for criado um risco juridicamente relevante não haverá infração à norma.⁴⁴

Surge, portanto, a filha querida do funcionalismo: a teoria da imputação objetiva, que reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão ao bem jurídico – com que se contentavam o naturalismo e depois o finalismo – que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado.

Historicamente concebida, em 1927, por Karl Larenz e Richard Honig⁴⁵ e modernamente desenvolvida por Claus Roxin e Günther Jakobs, a Teoria da Imputação Objetiva concentra-se na mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo em prejuízo do lado subjetivo do tipo, em contrapartida a um dos fundamentos da teoria finalista da ação.

Ariosvaldo de Campos Pires, ao comentar a referida teoria da imputação objetiva, afirma que esta encontrou motivos para o seu surgimento nas falhas do processo de causalidade, tendo em Roxin e Jakobs seus principais elaboradores.⁴⁶

A **insatisfatória** solução que a relação de causalidade oferece para o assentamento dos demais requisitos do fato típico abriu ensejo à imputação objetiva. A ela somem-se as dificuldades decorrentes da abertura que a teoria da *conditio sine qua non* proporciona, com a complexidade da fixação dos conceitos de causa, condição, concausa preexistente, concomitante ou supervenien-

⁴⁴ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 145.

⁴⁵ Segundo Roxin: “As raízes históricas espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel. Dela é que Larenz, no ano de 1927, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig, especialmente, na dogmática jurídico-penal. Foi a Honig (e é claro, também a Larenz) que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que determinei de princípio do risco, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos.” (ROXIN. *Estudos de direito penal*, p. 124-125).

⁴⁶ PIRES. *Compêndio de direito penal, parte geral*, p. 114, v. 1.

te, do *regressus ad infinitum* e do exercício mental que a fórmula da eliminação hipotética exige. Tudo isso deu motivo à teoria que tem em Larenz e Honig seus idealizadores e em Roxin e Jakobs seus elaboradores e divulgadores por excelência.

Neste sentido, tem-se, em relação à teoria da Imputação Objetiva, de acordo com Claus Roxin,⁴⁷ que: “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação [1], quando o risco se realiza no resultado concreto [2] e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo [3].”

Jakobs,⁴⁸ por sua vez, esclarece que “as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo, que todos tentem evitar, em sua totalidade, os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social”.

O referido autor define ainda, no âmbito das condutas individuais, que não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel.⁴⁹

Tal conceito permite que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante. Desta forma, deve-se determinar entre autor, vítima e terceiros, quem deve responder pela eventual violação do risco permitido com a aferição de tais fundamentos. Assim temos o comportamento social como um comportamento vinculado a “papéis”.

Nestes termos, temos como instituições dogmáticas da imputação objetiva, apresentadas por Günther Jakobs:⁵⁰ o risco permitido [1], no sentido de que não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar

⁴⁷ ROXIN. *Estudos de direito penal*, p. 104.

⁴⁸ JAKOBS. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 19.

⁴⁹ Segundo Jakobs: “imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas. As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante” (JAKOBS, 2000).

⁵⁰ JAKOBS. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 23-33.

todo risco de lesão de outro; o princípio da confiança [2], a afirmar que quando o comportamento de seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente todos os demais; a proibição de regresso [3], ao fundamento de que, quem assume com outro um vínculo considerado inofensivo não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida e, por fim, a competência da capacidade da vítima [4], pois pode ser que a configuração de um contrato social seja de competência, não só do autor, mas também da vítima.

De acordo com Greco, com a “renormativização do tipo”, as relações entre tipicidade e antijuridicidade estreitaram os seus limites, fazendo com que a “teoria dos elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta”, voltasse a ser amplamente discutida. Sobre os autores que rejeitam esta concepção afirma:⁵¹

Outros autores têm uma construção assemelhada à de MEZGER, ou seja, apesar de não adotarem a teoria dos elementos negativos do tipo, declaram o fato justificado indiferente para o direito penal. Por fim, um terceiro grupo mantém-se numa posição mais tradicional, entendendo que o tipo e antijuridicidade devem permanecer em categorias distintas, ou porque os princípios que as regem, as valorações político-criminais, são diferentes, ou porque há uma efetiva distância axiológica entre fato atípico e fato justificado.

Francisco de Assis Toledo, ao analisar algumas variações do conceito de tipo, sob a denominação de “Tipo total de injusto”, informa a respeito da teoria dos elementos negativos do tipo:⁵²

Tipo total de injusto. Concepção do tipo segundo a denominada *teoria dos elementos negativos do tipo*. De acordo com esta teoria, os pressupostos das causas de justificação integram o tipo como elementos negativos. Assim, adaptando-se um exemplo de wessels, na figura do homicídio do art.121 (“matar alguém”), deveríamos ler o seguinte: “matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, etc).

⁵¹ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 144.

⁵² TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*, p. 134-136.

Para Fabrizio Ramacci, as causas de justificação são elementos que não devem ser reconhecidos para que o fato possa continuar a representar um crime, razão pela qual é correto defini-las como elementos negativos do tipo.

Neste sentido, a construção do fato típico como sendo composto de elementos positivos e negativos amplia a construção precedente do crime em sentido estrito, que antes era limitada apenas aos referidos elementos positivos, ou seja, à conduta e à relação de causalidade. Assim, a soma algébrica dos elementos positivos (que devem estar presentes), corresponde à noção do tipo do crime, em sentido amplo, que inclui a nota da antijuridicidade, registra o fato ilícito penal e designa o ilícito objetivo.⁵³

De acordo Ramacci,⁵⁴ a presença do elemento constitutivo (o fato típico em sentido estrito) unido à essência do elemento constitutivo negativo (discriminante) integra o fato ilícito. Nesta reconstrução da estrutura do crime, a discriminante pertence ao elemento objetivo e, mais precisamente, constitui-se em causa de exclusão do elemento objetivo do crime. Segundo a definição, mais em uso, são causas objetivas de exclusão do crime.

Em relação ao conteúdo do dolo e da consciência da ilicitude, o citado autor afirma que,⁵⁵ “apesar de ainda manter-se dominante a teoria da vontade, que vê no dolo o ‘conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo’, alguns autores vêm defendendo, enfaticamente, a supressão do elemento volitivo do dolo, que consideram desnecessário e injustificável”. No que diz respeito à consciência da ilicitude assim se manifesta:

Quanto à consciência da ilicitude, as posições novamente são as mais variadas. Uma vez que o dolo não mais pode ser deduzido de considerações meramente ontológicas, mas sim axiológicas, pode-se apontar uma quase unanimidade entre os funcionalistas em rechaçar a teoria estrita da culpabilidade, defendida pelo finalismo ortodoxo. Considera-se, sob as mais diversas justificativas, que o erro sobre a presença de situação legitimante exclui o dolo,

⁵³ RAMACCI. *Corso de diritto penale*, p. 299-300.

⁵⁴ RAMACCI. *Corso de diritto penale*, p. 300.

⁵⁵ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 147.

mantendo-se a maioria dos doutrinadores próxima à teoria limitada da culpabilidade.

Em relação às causas de justificação e que são de maior interesse ao escopo deste trabalho, Greco pondera no sentido de que,⁵⁶ da mesma forma que os tipos foram redefinidos para atender a requisitos de política criminal, somente se proibindo comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos, pode se afirmar, em relação aos pressupostos da justificação que:

[...] a adoção da perspectiva *ex ante* no juízo sobre a existência dos pressupostos de justificação é também defendida por vários autores. Dado que a norma deve incidir no momento da prática da conduta, nenhum fato somente verificável *ex post* pode alterar o seu caráter lícito ou ilícito. Daí porque os pressupostos objetivos de justificação não teriam mais de existir efetivamente, mas sim de ter alta probabilidade de existir, pouco importando que, *ex post*, se descubra que inexistiam. Essa construção, porém, não ficou sem adversários, porque à primeira vista amplia sobremaneira os efeitos da justificação real, confundindo-a com a justificação putativa, mero problema de culpabilidade.

Luiz Augusto Sanzo Brodt, ao analisar aspectos gerais da teoria da imputação objetiva, traça um paralelo entre as concepções de Roxin e de Jakobs e esclarece aspectos referentes à justificação relacionados ao funcionalismo:⁵⁷

Quanto à ilicitude, Roxin a define como uma propriedade da ação típica, sua contradição com as proibições e mandatos do direito penal, distinguindo-se assim, do injusto, que é a própria ação típica e ilícita. Jakobs considera injustas as ações não toleráveis socialmente, as quais se diferenciam das demais de dois modos: por faltarem os elementos das ações antijurídicas (ex: um disparo para o ar sem nenhuma conseqüência danosa) ou por conterem, além de todos os elementos das ações ilícitas, elementos adicionais, os chamados elementos de justificação. As causas de justificação, por sua vez, são motivos jurídicos bem fundados para executar um comportamento em si proibido.

⁵⁶ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 149.

⁵⁷ BRODT. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 86-98.

Segundo Greco, Klaus Gunther teria criado, em adição às tradicionais causas de justificação, o que ele chamou de “causas de exclusão do injusto penal”, que se limitam a excluir o ilícito penal, sem, contudo, prejudicar a valoração da parte dos outros ramos do direito: “Para Gunther, o consentimento do ofendido seria uma dessas causas de exclusão do ilícito penal, vez que os seus requisitos no direito penal e no civil são distintos, de modo que se torna impossível afirmar que o consentimento do direito penal opera efeitos no civil.”

Quanto ao elemento subjetivo da justificação, o citado autor nos informa que é crescente a opinião no sentido de que seria desnecessário um momento volitivo bastando para a sua realização a consciência dos pressupostos objetivos da justificação:

Por fim, duas palavras a respeito do elemento subjetivo de justificação. Enquanto o finalismo exigia a finalidade de justificação (isto é, vontade de defender-se, vontade de salvar o bem jurídico ameaçado), composta de um momento cognitivo e outro volitivo, vem se impondo cada vez mais a opinião de que seria desnecessário um elemento volitivo, (e não só entre os autores que adotam a teoria da representação, no dolo), bastando a consciência dos pressupostos objetivos de justificação. No crime culposos, vem ganhando campo o posicionamento daqueles que dispensam qualquer elemento subjetivo de justificação. Há igualmente, em especial entre os italianos, quem negue a existência de qualquer elemento subjetivo, tanto para justificar fatos típicos dolosos como culposos.

No que diz respeito à culpabilidade, Luís Greco afirma que, em virtude da dificuldade em se verificar cientificamente a questão do livre arbítrio, esta vem, cada vez mais, sendo associada aos fins da pena por estar diretamente relacionada à sua aplicação:

[...] a crítica feita por Engisch à fundamentação da culpabilidade no “poder-agir-de-outra-maneira” é normalmente aceita, costumando-se admitir que o livre arbítrio é uma premissa cientificamente inverificável. Vão diminuindo paulatinamente os adeptos deste fundamento da culpabilidade, ao passo em que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial). Por incumbir à culpabilidade a decisão final sobre o se e a quanto da punição, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena.

Conforme Greco, para Jakobs, o conceito funcional de culpabilidade, está associado à motivação do autor, razão pela qual será culpável aquele às custas do qual a norma tiver que ser revalidada, funcionando desta forma a culpabilidade como um derivado da prevenção geral.⁵⁸

Assim é que JAKOBS apresenta seu polêmico conceito funcional de culpabilidade, que vê nela a “competência pela ausência de uma motivação jurídica dominante no comportamento antijurídico”[153]. O que interessa, portanto, é se a violação da norma precisa ser explicada através de um defeito na motivação do autor – caso em que ela é adscrita a seu âmbito de competência (e ele é considerado culpável) – ou se pode ser distanciada dele, explicando-se por outras razões[154]. Logo, culpável será aquele às custas do qual a norma deve ser revalidada, aquele que a sociedade declara sancionável. A culpabilidade nada mais é que um derivado da prevenção geral.

A culpabilidade, no funcionalismo de Roxin, funciona como elemento limitador da pena, todavia, acrescentado de considerações de prevenção geral e especial e do conceito de responsabilidade, associado à culpabilidade do autor e à necessidade preventiva de intervenção penal.⁵⁹

Roxin é mais moderado, pois, ao contrário de Jakobs, não descarta a idéia de culpabilidade, valendo-se dela como elemento limitador da pena. Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. Daí porque é necessário acrescentar à culpabilidade considerações de prevenção geral e especial. Culpabilidade e necessidades preventivas passam a integrar o terceiro nível da teoria do delito, que Roxin chama de “responsabilidade” (*Verantwortlichkeit*). “A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei”. Será necessário o concurso tanto da culpabilidade, como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição.

Desta forma, segundo nos informa Luís Greco, uma vez constituído o injusto, com a violação da expectativa organizacional ou institucio-

⁵⁸ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 150.

⁵⁹ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 153-154.

nal, o fato poderia ser explicado pelo acaso, por meio da justificação, ou pelo aferimento do juízo de culpabilidade:⁶⁰

Assim, uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional, constituído o injusto, procura o direito explicar tal fato, de alguma maneira: ou através do acaso – estado de necessidade, culpa da vítima etc. – ou através da imputação de defeito de motivação um sujeito determinado. Neste segundo caso, formula-se o chamado juízo de culpabilidade, que declara o sujeito competente pela violação da norma, ou seja, fixa que é às suas custas que a norma deverá ser reestabilizada.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o conceito de ação perde muita importância no funcionalismo, em que o que de fato importa são considerações valorativas, não havendo como se esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos atuais.

O tipo passa a ser valorado com aspectos de política criminal e dentro do caráter de um direito penal preventivo razão pela qual só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo.

As causas de justificação, e aí se inclui o estado de necessidade, passam a ser redefinidas para atender a requisitos de política criminal, somente se proibindo comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos.

Por fim, desnecessário seria o elemento subjetivo da justificação, bastando para a sua realização a consciência dos pressupostos objetivos da justificação.

Com fundamento em tais premissas, pode se afirmar que o estado de necessidade, sofre forte influência de aspectos gerais do funcionalismo, especialmente dos acima referidos e que, estes juntamente com as demais considerações de ordem causal e finalista são fundamentais para a evolução do referido instituto.

⁶⁰ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 141.

4. CONCLUSÕES

Nos dias atuais, a dicotomia existente no direito penal quanto à natureza jurídica do estado de necessidade consubstancia-se na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria diferenciadora, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal, tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambos.

O direito pátrio aderiu à teoria unitária, no que diz respeito ao Código Penal atualmente em vigor, o Código Penal de 1940 com a reforma de 1984, mas também recepcionou a teoria diferenciadora, ao disciplinar o estado de necessidade, tanto como excludente da culpabilidade como excludente da antijuridicidade no Código Penal Militar de 1969, em vigor.

Todavia, em que pese o estado de necessidade estar disciplinado pelo inciso I do art. 23 e do art. 24 do Código Penal brasileiro, com natureza justificante, consta das disposições de sua parte especial, notadamente de seu art. 128, que trata do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, a possibilidade da exculpação do crime pelo estado de necessidade.

Quanto ao excesso, admitido em nossa legislação em relação às causas de justificação, verifica-se, igualmente, que este também pode ser admitido como exculpante, pois, conforme já visto, o fato de não estar inscrito nas disposições do citado art. 24 do Código Penal não significa que não possa ser considerado, uma vez que parte da doutrina pátria o admite.

Por estes motivos, pode-se afirmar que a teoria diferenciadora é a doutrina que melhor solução apresenta para o equacionamento das questões envolvendo a natureza jurídica do estado de necessidade.

Verifica-se que a análise da justificação ou da exculpação, da conduta praticada por um agente em estado de necessidade, sofre considerável repercussão quando se leva em conta, em seu aferimento, além dos aspectos causais e finalistas, considerações de ordem funcionalista ou normativista.

Isto porque o direito penal vem, cada vez mais, fundamentando-se em conceitos normativos objetivos, importando definir quem deve

responder pela conduta, verificando, de forma objetiva, a adequação social do comportamento e quando o agente deixa de cumprir determinado papel de bom cidadão perante a sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Disponível em: <http://www.juarztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2010.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, t. I.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, t. IV.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BRUNO, Anibal. *Direito penal, parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

CONTIERI, Enrico. *O estado de necessidade*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1942.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Portugal: Coimbra, 2007, t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

FABISCH, Joseph. *Essai sur l'état de nécessité*. Lyon: Paul Legendre, 1903.

FORIERS, Paul. *De l'état de necessite em droit penal*. Paris: Recueil Sirey, 1951.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, 2000.

HESSE, Philippe-Jean. Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion. *Revue Droits Fondamentaux*, n. 2, jan.- dec., 2002. Disponível em: <<http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df2hesnec.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2011.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Gallegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCHAND, G. Félix. *L'état de necessite em droit penal*. Paris: Arthur Rousseau, 1902.

MORIAUD, Paul. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. Geneve-Paris: R. Burkhardt e L. Larose & Forcel, 1889.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal, parte geral*. Colaboração e atualização de Sheila J.Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso de diritto penale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Madri: civitas, 1997, t.I.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TURNER, J. W. Cecil. *Kenny's outlines of criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 1952.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

6

MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: SUPERANDO OBSTÁCULOS

Newton Teixeira Carvalho¹

RESUMO

Os meios alternativos de resolução de conflitos, extra e judicialmente, têm por escopo evitar ou diminuir o tempo de tramitação das ações no Poder Judiciário. Para tanto, mister sejam quebrados paradigmas, isto é, que as pessoas não vejam o Judiciário como a única tábua de salvação, numa cômoda terceirização de problemas, e que também o Estado, principalmente no direito das famílias, permita o prevalecimento da vontade das partes, deixando de intrometer, indevidamente, na vida das pessoas. Assim, discutiremos neste trabalho um novo direito das famílias, por meio do qual a mediação será de suma importância na retomada do diálogo pelas partes em conflito, bem como demonstraremos que, para tanto, necessário é que, pelo menos, relativizemos, ao máximo, velhos, surrados e tradicionais conceitos, como as chamadas ações de estado, os direitos indisponíveis, a proibir reconhecimento, renúncia ou transação entre as partes. Demonstraremos que a mediação é, nos tempos atuais, de fundamental importância nas Varas de Famílias, como retomada do diálogo pelas próprias partes em dissenso que sepultam, por meio deste instituto, definitivamente, seus desencontros, numa demonstração de superação e de retomada de consciência.

¹ Juiz de Direito Familiarista. Mestre em Direito Processual Civil. Professor de Direito de Família, Processo Civil e Pró-Reitor de Pesquisa da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Conselheiro Consultivo do IBDFAM-MG.

1. INTRODUÇÃO

O conflito é fenômeno inerente às relações humanas. Sempre existiu e jamais deixará de existir. Porém, solucioná-lo, o mais rapidamente possível e, de preferência, sem a intervenção de terceiros e até mesmo do Poder Judiciário, é cabal demonstração de maturidade, de prevalência do diálogo, mesmo nos momentos de crises.

Entretanto, nem sempre é possível a busca da solução diretamente pelas próprias partes envolvidas, em razão de bloqueios vários, entre eles a desconfiança, que surgem entre as pessoas em conflito. Com razão, portanto, Eduardo de Vasconcelos,² ao afirmar que “o conflito é dissenso. Decorre de expectativas valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum”.

A cessação desse estado beligerante, surgido principalmente em razão da falência do diálogo, passaria, primeiramente, pelos meios alternativos de resolução de conflitos, por meio da intervenção de uma terceira pessoa neutra, cujo objetivo principal seria tentar o reinício imediato do diálogo, pelas próprias partes, com posterior composição entre elas, estacando o dissenso.

Todavia, nós, os brasileiros, temos uma cultura demandista. Acabado o diálogo, a primeira coisa que pensamos, infelizmente, é no acionamento do Poder Judiciário, como demonstração de força e poder.

Assim, a Justiça brasileira continuará assoberbada e, por conseguinte, rotulada de morosa. A distribuição de ações é bem superior ao número de processos finalizados. Em juízo, em razão do devido processo legal, as ações não podem ser solucionadas imediatamente. Há necessidade de produção de provas, recursos etc.

² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 19.

Os meios alternativos de resolução de conflitos, extra e judicialmente, têm por escopo evitar ou diminuir o tempo de tramitação das ações no Poder Judiciário. Para tanto, mister sejam quebrados paradigmas, que sejam superados obstáculos, isto é, que as pessoas não vejam o Judiciário como a única tábua de salvação, numa cômoda terceirização de problemas, e que também o Estado, principalmente no direito das famílias, permita o prevalecimento da vontade das partes, deixando de intrometer, indevidamente, nas vidas das pessoas, tratando-as como se fossem incapazes de agir e pensar por conta própria.

Portanto, discutiremos neste trabalho um novo direito das famílias, pelo qual a mediação será de suma importância na retomada do diálogo pelas partes em conflito, bem como demonstraremos que, para tanto, necessário é que, pelo menos, relativizemos, ao máximo, velhos, surrados e tradicionais conceitos, como as chamadas ações de estado, os direitos indisponíveis, a proibir reconhecimento, renúncia ou transação entre as partes, sem levar em consideração a especificidade do caso.

Demonstraremos que a mediação, após alguma resistência, é hoje fundamental e indispensável nas Varas de Famílias de Belo Horizonte, como alternativa de composição de litígio e como retomada do diálogo pelas próprias partes em dissenso que sepultam, em definitivo, seus desencontros, numa demonstração de superação e de retomada de consciência. Perdas existirão sempre. Necessário é a absorção delas o mais rapidamente possível e ir adiante, deixando para trás mais um ritual de passagem, como o é, por exemplo, o divórcio, entre várias outras ações familiaristas.

Com relação ao Judiciário, não podemos olvidar, conforme esclarece Maria Berenice Dias,³ que “a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual e direito das famílias*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 80.

Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos. O confortante sentido de justiça e de missão cumprida dos profissionais quando alcançam um acordo dá lugar à sensação de insatisfação diante do desdobramento das relações conflituosas”.

Assim, a solução do litígio, o mais rapidamente possível, é o objetivo imediato de todos nós, militantes no Direito das Famílias. Os meios alternativos, com certeza, contribuem, sobremaneira, para o encerramento do conflito, de maneira simplificada, a bem das partes envolvidas e, por conseguinte, de toda a sociedade.

Também discutiremos, no transcorrer deste trabalho, sobre o nascimento da mediação na Justiça mineira, sua aceitação perante os jurisdicionados e quais as perspectivas de sua implantação em todo o território de Minas Gerais.

2. VISÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição Republicana de 1988 revolucionou o direito das famílias. Até então, o casamento era considerado como algo sagrado e sobrepunha-se a tudo e a todos. Basta relembrar que, antes da nossa atual Constituição, o filho, advindo de relacionamento fora do casamento, não podia ofertar ação investigatória de paternidade, enquanto persistisse o casamento de seu suposto pai.

Esta mesma Constituição equiparou, em seu artigo 227, § 7º, os filhos adotivos aos advindos da filiação biológica, proibindo designações discriminatórias. O Código Civil, no artigo 1.596, em face da determinação constitucional antes aludida, atribuiu aos filhos adotivos os mesmos direitos e deveres dos concebidos pelos próprios pais.

Portanto, após a Constituição Federal de 1988 não é mais correto aludir a parentesco legítimo (advindo do casamento) e ilegítimo (aflozados de relações sexuais fora do casamento). O conservadorismo era tão sério e sempre em prejuízo da prole, a ponto de o filho ser considerado natural (pais que não tinham impedimento para casamento e que, entretanto, não se casavam) ou adúlterino (de pessoas que não podiam casar, eis que uma já era casada) e filhos incestuosos (nascidos de parentes próximos). Essas discriminações preconceituosas

foram extirpadas de nosso ordenamento jurídico pelo artigo 227, § 6º da Constituição Federal. O filho, sem a odiosa adjetivação, passa a ser mais importante do que o casamento, a partir de então considerado apenas mais uma dentre as várias entidades familiares também constitucionalmente garantidas.

O filho adotivo, até então, herdava a metade do que tinha direito, se do casamento e posteriormente à adoção, adviesse prole.

Acerca da adoção, doutrina Paulo Lôbo,⁴ em perfeita sintonia com a norma constitucional: “que não há mais parentesco adotivo, pois, após a consumação da adoção por decisão judicial, o filho é igual aos demais consangüíneos dos pais que o adotaram, rompendo-se integralmente os laços com a família de origem”.

Também foram consideradas outras formas de entidades familiares, além do casamento. A união estável, reconhecida somente nos Tribunais, foi finalmente positivada pela Constituição de 1988. Admitida foi a família monoparental.⁵

Antes mesmo de o Supremo Tribunal reconhecer o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, também como entidade familiar, pelos princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e direito à diferença, o da liberdade às relações familiares e o da afetividade, na doutrina, bem como na jurisprudência, aludida entidade já era reconhecida, desde a Constituição de 1988.

Elisabeth Rodinesco,⁶ acerca da homossexualidade, ainda tabu e visto, por alguns, como valor negativo neste país, citando Freud, esclarece: “A homossexualidade, escreve em 1935,⁷ não é evidentemente uma vantagem, mas nada existe nela de que se deva ter vergonha, não é nem um vício nem um aviltamento, e seríamos incapazes de qualificá-la como doença; nós a consideramos como uma variação da função

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil – Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

⁵ Adjetivação recebida por essa entidade familiar, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais. É a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, 226 § 4º).

⁶ RODINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*; Trad. André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 184.

⁷ Escreve Freud.

sexual provocada por uma interrupção do desenvolvimento sexual. Diversos indivíduos altamente respeitáveis, dos tempos antigos e modernos, foram homossexuais, e dentre eles encontramos alguns dos homens mais grandiosos (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci etc.).”

Sobre os princípios constitucionais, esclarece Paulo Lôbo,⁸ “que um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava”.

Portanto, hoje existem inúmeras entidades familiares. Outras ainda surgirão. Nada está acabado, em razão do dinamismo dos fatos, mormente no Direito das Famílias, a não esperar a burocracia legislativa. No Direito das Famílias, quando a lei surge, regra geral já está superada, em razão da demora na tramitação do projeto de lei na Casa Legislativa.

Ademais, o bom direito é o que regulamenta os fatos e não, como geralmente acontece, que os criam, inclusive plagiando legislação alienígena, totalmente alheia à nossa cultura, aos nossos costumes e à nossa realidade, razão da ausência de efetividade de várias de nossas normas.

Todavia, e com o advento da Constituição Federal de 1988, a figura do curador ao vínculo deixa de existir. Até então era necessário, no caso de requerimento de nulidade ou anulação do casamento, que se nomeasse um defensor desta instituição. Procedente o pedido declaratório de nulidade ou anulabilidade do casamento, necessário era que a sentença fosse confirmada pelo Tribunal de Justiça, no chamado “recurso de ofício”.

Entretanto, e apesar dos avanços, mesmo após a Constituição Federal de 1988, pelo Código de 2002 ainda era necessário que se achasse um culpado pelo rompimento do vínculo matrimonial. Não bastava alegação de ausência de afeto. Ainda persistia o monopólio estatal, no tocante à dissolução da sociedade conjugal, pela separação, ou dissolução do matrimônio, por intermédio do divórcio. Casava-se extrajudicialmente. Acabado o afeto, necessário era que o casal com-

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil – Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 570.

parecesse perante o juiz, para colocar fim à sociedade que, de fato, já estava desfeita.

Pela Lei n. 11.441, de 04.01.2007, que modificou o artigo 1.124-A do CPC, admitida foi a possibilidade de as separações e os divórcios consensuais acontecerem extrajudicialmente, mediante escritura pública, desde que não existissem filhos menores ou incapazes.

O legislador ainda foi parcimonioso ao quebrar o monopólio judicial e permitir a decretação da separação ou divórcio, cartorariamente. Existindo menores ou incapazes, mesmo que a separação ou divórcio sejam amigáveis, não podem realizar-se administrativamente, já que o Estado tem ainda que fiscalizar o acordo, no que tange ao destino dos filhos, o que é um absurdo.

Nota-se que, no caso de a separação ou o divórcio ser cartorário, não há intervenção do Ministério Público, o que nos levou a entender, conforme ressaltou Dimas Messias de Carvalho,⁹ que não mais haveria também a participação do Ministério Público caso optasse o casal pela separação ou divórcio consensual em juízo.

Contudo, ainda havia a necessidade de um período mínimo, de um ano, para que a separação consensual pudesse ser requerida, judicial ou extrajudicialmente. Fosse litigiosa a separação, a ação poderia ser ajuizada imediatamente, num antagonismo injustificável. Era o legislador semeando discórdia ou mantendo artificialmente os cônjuges no estado de casado, apesar de eles próprios não mais desejarem assim permanecer.

Primeiro dissolvia, por meio da separação, a sociedade conjugal. Depois, passado um ano da separação de corpos ou, inexistindo esta, da separação judicial, era necessário ofertar divórcio por conversão ou então era possível ajuizar a ação divórcio direto, desde que os cônjuges estivessem separados, de fato, há mais de 02 (dois) anos. Era o legislador pretendendo, ainda, salvar, a todo custo, o casamento, mesmo que entre os cônjuges não mais existisse afeto. Era o resquício da sacralização do casamento, sepultado pela Constituição de 1988, porém ainda vivo na mente retrógrada de grande parte dos militantes

⁹ CARVALHO, Dimas Messias. *Divórcio judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 56.

no Direito, conservadores, por tradição, e que insistem em não entender que o Estado é laico.

Verifica-se, pois, que o Estado estava afastando, ao poucos (poderia ser mais rápido), da vida dos brasileiros, até então tratados infantilmente. É a aplicação do princípio da intervenção mínima, que encontra fundamento jurídico no artigo 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Assim e neste contexto, surge a Emenda Constitucional n. 6, modificando o disposto no artigo 226, da Carta Republicana, e acabando, sob nosso entendimento,¹⁰ com a separação no direito brasileiro, ao expressar: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.¹¹

Dimas Messias de Carvalho,¹² acerca da EC n. 66/2010, cita artigo de nossa autoria, pelo qual deixamos expresso que, “a partir da modificação ocorrida no artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, com vigência a partir de hoje (14/07), a determinar que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, de entender-se sepultada a esdrúxula dicotomia, de nenhuma compreensão perante os jurisdicionados, da existência de dissolução da sociedade conjugal, pela separação, e dissolução do casamento, por meio do divórcio. Não há mais separação no direito brasileiro. Agora, de imediato, há que se decretar o divórcio do casal. Pela evolução histórica a separação deixa de ser um estágio necessário ao divórcio”.

Portanto e pela evolução histórica do direito de família, verifica-se que o caminho se encontra aberto para que as controvérsias familiaristas sejam solucionadas, pelos meios alternativos de resolução do conflito, prevalecendo a autonomia do casal.

¹⁰ CARVALHO, Newton Teixeira. O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <www.Ibdfam.org.br>.

¹¹ A redação anterior do artigo 226, § 6º da Constituição Republicana era: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato, por mais de 02 anos.”.

¹² CARVALHO, Dimas Messias. *Divórcio judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 56.

Questão a ser superada, urgentemente, é com relação aos menores, os incapazes, já que o Estado praticamente anula a atuação dos representantes legais destas pessoas. É necessário que se dê autonomia também aos representantes legais dos menores ou incapazes, para representá-los extrajudicialmente e, inclusive, para celebração de acordos, principalmente considerando que, havendo prejuízo, a questão poderá ser discutida em ação própria. Porém, não é correto entender, por antecipação, que estes representantes sempre agirão com desmando, má-fé e em prejuízo dos representados.

3. AÇÕES DE ESTADO E DIREITOS INDISPONÍVEIS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Vimos que alguns obstáculos ainda necessitam sejam enfrentados e superados, para que a resolução de conflitos, extrajudicial ou judicialmente, não acabe atrofiada ou até mesmo rechaçada pelo próprio Judiciário, no que tange à chamada indisponibilidade do direito, mormente quando presentes no litígio menores ou incapazes, principalmente.

Nas Varas de Famílias, nas ações ou procedimentos que se referem aos estados das pessoas, a exemplo do que acontece com o divórcio, com as ações declaratórias ou investigatórias de paternidade, com o requerimento de modificação de nome e sexo, em razão de redesignação cirúrgica, entre várias outras, a doutrina e a jurisprudência prevalentes não admitem o encerramento delas, por transação, com exceção, apenas, dos efeitos patrimoniais, que podem ser transacionados.

Com relação aos menores (ação de guarda, visita, alimentos) alguns sustentam a indisponibilidade deste direito e entendem que a discussão sobre eles há necessariamente que ser judicializada, o mesmo acontecendo com relação às vendas de bens de menores, de interdito etc., razão de não se realizar o divórcio cartorário, existindo menores ou incapazes.

A própria lei do juizado, ao proibir que assuntos de família sejam discutidos naquele Juizado, contribui, sobremaneira, para a discussão acerca dos chamados direitos individuais indisponíveis, ou seja, aqueles direitos que o titular não pode dispor, nem renunciar, por simples atos de vontade.

Inúmeros acordos deixam de se homologados no Juizado Especial, por incompetência daquela Justiça, no que tange aos assuntos relacionados com a família, quando o correto seria que estes acordos fossem lá também homologados, eis que prevalentes na maioria dos casos que aportam àquele Juizado.

Imaginemos também a implementação da mediação no Juizado Especial, a estancar, no nascedouro, possíveis litígios e evitando, nas Varas de Famílias, o ajuizamento de ações várias, inclusive cautelar de separação de corpos.

Para tanto, basta vontade política e desapego às formalidades ultrapassadas, com extensão da competência familiarista também ao Juizado Especial, para homologação de acordo oriundo de transação ou mediação. O que interessa, de imediato, é a pacificação familiar e não sua perpetuação, por causa de institutos jurídicos de nenhuma valia na pós-modernidade. A forma não pode prevalecer sobre a vontade das partes, sobre o conteúdo.

Com relação aos chamados direitos indisponíveis, dos quais todas as ações de estado acabam fazendo parte, também é necessário revê-los. Nota-se, no Juizado de Conciliação, celebração de acordo entre pai e filho, este representado pela mãe, no que tange, por exemplo, à verba alimentícia. Entretanto, tal documento, em juízo, não tem valor como título executivo, serve apenas para basilar a fixação de alimentos provisórios.

Ora, principalmente em se tratando de verba alimentícia, que pode ser revista a qualquer tempo, melhor seria que o acordo entabulado extrajudicialmente valesse como título executivo extrajudicial ou, então, que não houvesse composição extrajudicial, em se tratando de verba alimentícia, o que, a toda evidência, seria prejudicial às próprias partes, além de estar o legislador incentivando o litígio.

Necessária é, pois, a permissão também às Centrais de Conciliação, existentes em diversos bairros, para homologação de acordo, mesmo em se tratando de assunto atinentes às famílias, valendo o documento como título executivo extrajudicial.

A indisponibilidade dos alimentos é, na verdade, com relação ao ajuizamento da ação para pleiteá-lo ou revê-lo. Porém, o “quantum” a ser acordado, inclusive extrajudicialmente, é da alçada das próprias

partes envolvidas, que sabem da necessidade do menor e da possibilidade do alimentante, salvo, evidentemente, possível vício de consentimento, que poderá ser discutido na própria ação revisional de alimentos.

Portanto, discordamos da atitude do Ministério Público quando, sem que haja questionamento das próprias partes, devidamente representadas por advogados, opina pela não homologação do acordo, sob o argumento de que o valor é módico.

O mesmo raciocínio vale, com relação à execução da pensão alimentícia, pela qual as partes fazem acordo, aquém do valor devido, e, mais uma vez, o Representante do Ministério Público se insurge contra a composição, sobre o argumento de que os alimentos são indisponíveis.

A indisponibilidade não é com relação ao valor dos alimentos, mas sim do direito de pleiteá-los ou de revê-los, posteriormente. O valor cobrado na execução é transacionável e até mesmo renunciável, o que indiretamente aconteceria se o menor, representado pela mãe, não ajuizasse a execução, e o valor acabaria prescrevendo.

Depois, na verdade o que ocorre com o crédito alimentar é sub-rogação. A criança, que se encontra sob a guarda da mãe, por exemplo, não passou necessidade. Todas as despesas dela foram suportadas exclusivamente pela guardiã, conclui-se facilmente. Assim e mesmo que desprezásemos a afirmativa de que o “quantum” alimentício é renunciável, de ver-se que a mãe, maior e capaz, estaria renunciando valores que são dela.

Com relação à ação de divórcio, principalmente após o advento da Emenda Constitucional n. 66/10, que deixou de exigir prazo mínimo para dissolução do vínculo matrimonial e não mais permite discussão de culpa, caso a parte-ré, devidamente citada, não conteste a ação, o casamento é imediatamente desfeito, operando o efeito da revelia, mesmo em se tratando de ação de estado.

Entretanto, sabemos que, juntamente com a ação de divórcio, há várias outras ações cumuladas, a exemplo da guarda, da visita e alimentos. E, mesmo que seja a parte autora que, de fato já detém a guarda do filho, sugira, na inicial, horário de visita, bem como o valor dos alimentos, nota-se que é comum o Representante do Ministério

Público exigir instrução do feito, para discussão destes pedidos, inclusive com requerimento de estudo psicossocial, apesar de, com a ausência de contestação, concordar a parte-ré integralmente com a proposta lançada na inicial.

É esta cultura que vai de encontro ao princípio mínimo de intervenção estatal, que urge seja superada, para que os meios alternativos de resolução de conflitos nas Varas de Famílias surtam efeitos e sejam incentivados. Nossa proposta e de intervenção zero nos acordos de vontades celebrados entre as partes, desde que ambas estejam devidamente representadas, por advogados, nada importando, para tanto, a presença de menores ou incapazes.

Não há mais guarida, na atualidade, ao Representante do Ministério Público, sobrepondo às vontades das partes, que estão devidamente representadas por advogados, opinar pela não homologação de acordo, nas Varas de Famílias, inclusive desconsiderando todo o trabalho realizado, ma mediação ou na conciliação existentes naquelas Varas.

Falaremos, pois, sob a mediação nas Varas de Família, inclusive como princípio ético e implementador de uma cultura de paz nos conflitos familiares, visando à melhoria da relação ou até mesmo a superação dos conflitos, de imediato.

4. A MEDIAÇÃO NAS VARAS DE FAMÍLIA

Afirma Águida Arruda Barbosa¹³ que a “mediação familiar é uma prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei; respeito ao *outro*; respeito a *si próprio*. Trata-se de um estudo de natureza interdisciplinar, cuja prática no trato dos conflitos familiares constrói uma mentalidade capaz de mudar o Judiciário, libertando-o para a sua efetiva função”.

Mediação é o método responsável e consensual de solução de conflitos, por meio do sepultamento de divergência, com o restabele-

¹³ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

cimento do diálogo entre as partes, até então estagnado pelo confronto de um ou de ambos, diante do conflito instaurado.

Tem a mediação, por conseguinte, enorme aplicação em quase todos os ramos do Direito e também vai ao encontro da política de sustentabilidade em andamento nos Tribunais de Justiça. Evita, este meio alternativo de solução de litígios, o prolongamento das demandas, por vários e vários anos, bem como aproximam as partes, o que nem sempre acontece com o vetusto processo. É a mediação um método simples, que prioriza o diálogo.

Mister esclarecer que, em Minas Gerais, a mediação começou há mais de 5 (cinco) anos, por iniciativa e obra exclusiva do corajoso Grupo de Mediação do Fórum Lafayette¹⁴ que, enfrentando posicionamento retrógrado, se predispôs a demonstrar que, nas Varas de Família de Belo Horizonte, a mediação seria mais uma ferramenta à disposição dos jurisdicionados, rumo a uma Justiça mais efetiva.

No que tange ao aspecto teórico, primeiramente o grupo que iniciou e até hoje continua com o trabalho de mediação, reuniu-se no IBDFAM/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família, que disponibilizou sua sede. Após alguns meses de estudos, era chegado o momento de aliar teoria e prática. Assim, em fevereiro de 2007, na 1ª Vara de Família, o grupo de mediação iniciou seus trabalhos, inicialmente restrito a esta Vara. Era necessário, primeiro, demonstrar a viabilidade da mediação para que, depois e aos poucos, conquistássemos a adesão das demais Varas de Família, o que acabou acontecendo.

Com efeito, começamos nesta 1ª Vara de Família, sem maiores alardes, eis que, já naquela época, havia um movimento na busca, desenfreada, por uma Justiça rápida, sem maiores preocupação com a qualidade ou com o contraditório. Surgia, muito a contragosto nosso, os números. A qualidade passava a ser coisa secundária. A partir de então o que interessava era a quantidade, a estatística, a fabricação de

¹⁴ O grupo de Mediação do Fórum Lafayette foi constituído em março de 2006, a partir do interesse nosso e das assistentes sociais e psicólogas da Central de Serviço Social e Psicologia da Comarca de Belo Horizonte em realizar estudos sobre as teorias e técnicas da Mediação de Conflitos, com a finalidade de aplicar esta metodologia nas Varas de Família desta Comarca, de Belo Horizonte.

sentenças. Enfim, interessava, de imediato, é a extinção do processo, mesmo que sem resolução de mérito.

Assim, o grupo de mediação se reunia, uma vez por semana, na sala de audiência da 1ª Vara de Família, pela manhã, para atendimento de casos, previamente selecionados, após análise pelo grupo.

A aceitação e sucesso da técnica de mediação, por advogados e pelas partes, favoreceu a abrangência deste meio alternativo de resolução de conflitos também a outras Varas de Família de Belo Horizonte, inclusive a pedido de vários de nossos colegas juízes.

Assim, diante da vitoriosa aceitação da mediação perante a Comunidade Jurídica, elaborado foi o Projeto de Mediação dos Conflitos Familiares, encaminhado à Direção do Foro desta Capital, em maio de 2008. Fomos nomeados Coordenador Jurídico deste aludido Projeto.

Em setembro de 2008, por meio da Portaria 126/2008, da lavra da Presidência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, implantado foi o projeto piloto de estímulo à mediação de conflitos familiares nas Varas de Família da Comarca de Belo Horizonte que, em suas considerações iniciais, fez referência “**(...) a experiência da prática de mediação, ocorrida no ano de 2007 e ao longo deste ano junto a 1ª Vara de Família de Belo Horizonte**”.

Portanto, a partir da Portaria 126/2008, a Mediação foi reconhecida pela Justiça mineira. Agora, era possível estendê-las às demais Varas de Família de Belo Horizonte e quiçá a todas as Comarcas deste Estado. Não precisaríamos mais trabalhar às portas fechadas e debaixo dos olhares de alguns curiosos.

Além da transação que já existia há algum tempo, na Justiça mineira, foi reconhecido, oficialmente, com o advento da Portaria 126/2008, outro meio eficaz de resolução de conflito, a mediação. É que, a urgência buscada, por meio da transação, nem sempre era a melhor solução, principalmente na área de família, onde temos que, sempre que possível, ouvir as partes, suas mágoas e desencontros. Em um primeiro momento, nem todos estão dispostos a transacionar, abdicando parcialmente de seu direito. Neste momento, entra a mediação, buscando o restabelecimento do diálogo entre os contedores.

O passo seguinte foi demonstrar que o advogado também é um aliado, de suma importância, na dinâmica da mediação.

5. O ADVOGADO NA MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação em hipótese alguma afasta o advogado. Conforme doutrina Águida Arruda Barbosa,¹⁵ “a mediação familiar interdisciplinar é uma abordagem ética, exigido responsabilidade, não apenas dos envolvidos no conflito, mas também de todos os profissionais de Direito de Família”.

Entretanto, e também como ressalta a antes aludida doutrinadora, Águida Arruda Barbosa, na mesma página do artigo no parágrafo anterior citado, “a mudança de comportamento que se espera do profissional que agrega à sua ética a ética da mediação é a necessidade de se envolver nos conflitos, com a devida distância, para se desenvolver no exercício de sua função, admitindo que os mediadores também são participantes da dinâmica da mediação”.

Este envolvimento, continua Águida Arruda Barbosa, “deve ser suficientemente próximo para não ser distante da dinâmica e do sofrimento dos mediados; porém, suficientemente distante para não ser invasivo e tomar para si o drama que não lhe pertence. Enfim, este ponto ideal de envolvimento depende de muito autoconhecimento, e do conhecimento do conflito humano, na dinâmica familiar, de sistemas familiares; enfim, precisa de muito preparo e aprimoramento”.

Portanto, o advogado, em sua própria banca de advocacia poderá trabalhar com a mediação, evitando litígios. Porém, não alcançando sucesso, quer nos parecer que o advogado que trabalhar como mediador, extrajudicialmente, estará, naquele caso, impedido de advogar, por questão ética.

Outra hipótese a ser considerada é quando as partes estão representadas por advogado, com ação em curso, e o juiz encaminha os autos à mediação. É possível o advogado impedir que seu cliente faça mediação? Entendemos que sim. A questão é técnica e o advogado é

¹⁵ BARBOSA, Águida Arruda. Prática de mediação: Ética Profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 65.

quem orientará o cliente dele sobre os benefícios da mediação, naquele caso específico.

Também e com relação às mediações já em curso, é possível impedir a presença de advogado na sala de mediação, com conversa reservada somente entre o mediador e as partes? Entendemos que não. O advogado deixará a sala somente se assim o desejar e se conveniente ao cliente dele.

Portanto, necessário é que o advogado também compreenda a importância da mediação no Direito das Famílias, para que dela participe ativamente e também para que seja um parceiro na sua realização, inclusive sugerindo-a aos seus clientes. Somente assim contribuirá este respeitável profissional para a afirmação da mediação nas Varas de Família.

Mister, pois, que as próprias Faculdades de Direito incluam a mediação, como disciplina, em seus currículos. Os alunos de hoje serão os advogados, promotores, juízes de amanhã. Serão futuros formadores de opinião. Por conseguinte, a implementação, em definitivo, da mediação no Direito brasileiro passa necessariamente pelas Faculdades de Direito.

Ressalta-se que, em Minas Gerais, a Escola Judicial Edésio Fernandes, que promove concursos e cursos de atualização dos juízes, já incluiu, em boa hora, a mediação nas aulas que são ministradas para os novos juízes, como etapa final do concurso público de admissão de magistrado. Estes novêis magistradores levaram às suas respectivas comarcas a mediação, quebrando paradigma adversarial.

6. O DISCURSO HABERMASIANO, NA DIMÂNICA DA MEDIAÇÃO

Por meio da mediação e segundo Lília Maia de Moraes Sales,¹⁶ encampada estará a democrática teoria da ação comunicativa de Habermas, pelo discurso, “tipo de ação comunicativa que num processo argumentativo questiona ou restaura as pretensões de validade nas situações da vida cotidiana”, eis que “o discurso deve ser realizado de

¹⁶ SALES, Lília Maia de. *Justiça e mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 176-177.

maneira que todo indivíduo interessado possa agir, falar, problematizando as afirmações, introduzindo novas declarações no discurso, esclarecendo sobre suas convicções, não sendo possível a imposição de qualquer barreira para a expressão do discurso. Garantem-se pois a inclusão dos participantes, a igualdade de condições desses participantes e a liberdade de comunicação entre eles. Deve-se salientar que o discurso deve ser limitado no tempo e no espaço de acordo com o interesses da comunidade que se comunica.

Nota-se que, na mediação, a participação dos envolvidos, no encontro de uma solução, superando o dissenso, é direta. No processo judicial há interposta pessoa, por meio do advogado, enfraquecendo o discurso. Depois, com a sentença, o juiz acatará uma das teses, em detrimento da outra, razão pela qual, na maioria das vezes, o litígio persistirá.

Na mediação, a solução será construída em conjunto e diretamente pelas próprias partes envolvidas, com a presença de um terceiro que, em momento algum, como o faz o juiz, dirá o que é certo ou errado e como deverão elas agir, doravante, sob pena de sanção (castigo).

Portanto, e ainda segundo Lilia Maia de Sales,¹⁷ também apoiada na teoria do discurso habermasiano, utilizando-a, esplendidamente, na mediação: “O diálogo, além de apresentar-se como um meio de solução para os conflitos presentes, evita possíveis conflitos destes derivados, visto que a comunicação real e justa entre as partes oferece o melhor caminho a ser seguido por ambas. As partes passam a visualizar e diferenciar os conflitos reais dos aparentes, possibilitando a solução dos conflitos reais, garantindo assim a execução do acordo. O diálogo é enaltecido como meio de solução de conflitos, desenvolvido assim a possibilidade de comunicação entre as partes e daí uma solução amigável”.

Entretanto, da experiência vitoriosa do Grupo de Estudos de Mediação do Fórum Lafayette, realizada pioneira e corajosamente nesta Primeira Vara de Família, podemos perceber, claramente, que em al-

¹⁷ SALES, Lilia Maia de. *Justiça e mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185.

guns casos não foi possível a mediação, como também em outros casos não foi possível a transação, surgindo a necessidade da instrução e prolação de sentença nos autos de processo.

Contudo, no Estado Democrático de Direito, urge que deixemos ao alvedrio das partes diversas opções de acertamento de divergência. É necessário que não continuemos enxergando o Poder Judiciário como única instância de resolução de conflitos.

A frustração nossa, mormente no ramo do Direito das Famílias, surge em razão de pretendermos que um instituto, uma lei, modifique, de pronto, nossas atitudes. Foi assim com a guarda compartilhada, que o legislador chegou ao absurdo de dizer, na própria lei, que seria a melhor de todas. Será assim com as novas leis e com as técnicas alternativas de resolução de conflitos.

Para que tudo dê certo urge encaremos a mediação como mais um meio alternativo de resolução de conflitos, que deve ser posto, urgentemente, à disposição das partes, como opção para evitar o ajuizamento de ações.

A mediação coexistirá com os demais meios de resolução de conflitos, assim como alguns conflitos também serão resolvidos apenas e infelizmente por meio de sentença judicial que, hodiernamente, deve ser entendida como ato participado (construído pelas partes), em razão do processo ser procedimento em contraditório a exigir, sempre, o diálogo, não obstante pela interposta pessoa, o advogado, e com o prevalecimento de uma tese, em detrimento da outra, a ser escolhida pelo juiz.

Portanto, e na defesa da mediação, como meio alternativo de resolução do conflito, não é correto apresentar o processo como algo ditatorial e ultrapassado. Conforme dissemos acima, alguns casos serão solucionados pela mediação, outros por intermédio de transação e, por último, alguns por meio do processo.

7. CONCLUSÃO

“Uma invasão de exércitos pode ser resistida mas não uma ideia cujo tempo chegou”. (Vitor Hugo)

Conforme esclarece Eduardo de Vasconcelos,¹⁸ “o conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência”.

Portanto, é utópico pretender que não exista conflito. Porém, resolvê-lo, o mais rapidamente possível, é dever de cada um de nós. Necessário, para tanto, que superemos esta nossa cultura demandista. O Poder Judiciário deve ser visto, ao contrário do que se pensa, como a última instância à disposição das partes, acionado somente após fracassadas todas as tentativas de composição, eis que é a demonstração cabal de ausência de diálogo. É a terceirização e protelação de conflitos.

Impossibilitada a composição, diretamente pelas próprias partes, que um terceiro seja chamado a intervir, sem ditar norma de conduta ou dizer com quem está a razão. É neste contexto e ainda extrajudicialmente que a mediação tem grande valia, inclusive com o escopo de evitar demoradas ações judiciais.

Recordamos, como homenagem, da heróica e hercúlea função conciliatória dos juízes de Paz, presentes em cada uma das cidades deste país, inclusive em locais onde não há comarcas. Quantas demandas estes juízes de Paz, como conciliadores, evitaram, com suas maneiras informais e rápidas de apaziguar ânimos, atendendo às partes, a qualquer dia e hora, sem nenhum custo! Os juízes de Paz, intuitivamente, no início da conversa com as partes em dissenso, são mediadores, deixando que elas próprias retomem o diálogo, apenas ouvindo-as, com

¹⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 19.

intervenção mínima. Depois, em um segundo momento, se necessário, é que intervêm na dinâmica, como conciliadores.

Demonstramos, nestes trabalho, que no Direito das Famílias necessário é que a vontade das partes sejam respeitadas, inclusive com relação aos filhos menores. Ninguém melhor do que os próprios pais para saber o que é melhor aos filhos. Entretanto, o acordo envolvendo menores ou incapazes, ainda tem que passar pelo crivo do Representante do Ministério Público, para somente depois, se for o caso, ser homologado pelo juiz. Ressalte-se que, no caso de não haver homologação dessa composição, há inversão de expectativa e desautorização dos próprios representantes dos menores, pessoas que realmente sabem dos fatos e das circunstâncias que ensejaram a almejada, porém rechaçada, composição.

Verifica-se que, enquanto não há litígio, o Estado não participa da vida do casal. Havendo, chega o Estado com toda a força, ditando como os pais devem proceder, doravante, com relação aos filhos. E, mesmo na ausência de litigiosidade, a exemplo da guarda ou do divórcio consensuais, inúmeras foram as vezes em que o parecer do Ministério Público sobrepôs à vontade dos próprios pais. É o próprio Estado perpetuando ou impondo litígio onde não existe.

Há, pois, necessidade de desprezarmos nossos condicionamentos culturais. No Direito as modificações acontecem com angustiante vagareza. Rejeitamos o novo, por comodismo. Não queremos modificações, por prevalecer a lei do menor esforço. Entretanto, para que os meios alternativos de resolução de conflitos, entre eles, a mediação, não sejam frustrados, a mentalidade dos operados e construtores do Direito carece de mudança, urgente.

Para tanto, sequer há necessidade de novas leis. Basta uma minuciosa e atualizada leitura dos princípios constitucionais, com destaque para: a) princípio da liberdade, a restabelecer a autoderminação afetiva e a autonomia dos cônjuges, mormente no momento de dissolução do vínculo afetivo; b) princípio da intervenção mínima, com a presença do Estado na família somente em casos extremos ou quando presentes vícios de consentimentos; c) princípio do melhor interesse da criança e adolescente, com a afirmação do poder parental e não sua desautorização.

Com base nos princípios antes aludidos, a mediação terá aplicação plena no seio familiar, evitando litígios, reconciliando casal, se for o caso. Ou, na impossibilidade de reconciliação, que o divórcio, em vez de litigioso, seja consensual, evitando desgastes desnecessários tanto da parte-autora como da parte-ré, com abrangência até mesmo nos próprios filhos.

Urge, no divórcio consensual, que o acordo celebrado pelas próprias partes, por meio da mediação, com relação aos filhos, visitas, alimentos, partilhas etc., seja homologado e não, em uma total inversão de expectativa e em descrédito à mediação ou conciliação, recusada a homologação pelo juiz, principalmente quando há parecer ministerial discordando da solução encontrada pelas próprias partes.

Sabemos, outrossim, que a mediação não é nenhuma varinha mágica, a resolver todos os conflitos. Porém, é mais uma oportunidade ofertada para que os interessados, caso queiram, restabeleçam o diálogo, com a presença de uma terceira pessoa, desinteressada. O bom é que tenhamos escolhas e oportunidades.

Com a mediação haverá redução de tempo e despesas. Haverá solução menos burocrática de litígio e, por conseguinte, a pacificação chegará mais rapidamente possível. Terá o acordo maior efetividade, eis que a solução foi encontrada pelas próprias partes.

Não se pode desprezar, ainda com relação ao Poder Judiciário, conforme ressalta Danièle Ganancia,¹⁹ que “a natureza dos conflitos de família, antes de serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, envolvendo sofrimento. Assim, os juízes questionam-se sobre o efetivo papel que desempenham nesses conflitos, conscientizando-se dos limites dos jurisdicionados, que acreditam na magia do julgamento, como remédio a todos os seus sofrimentos: seu reflexo primeiro, em caso de conflito, é de agarrar-se ao juiz, “deus ex-machina”, “superpai”, que vai lhes ditar suas soluções; sem compreender que nenhuma decisão da justiça poderá solucionar de forma duradoura seu conflito nem substituí-los em suas responsabilidades parentais”.

Com certeza, a mediação será parceira do Poder Judiciário, evitando-se frustração e devolvendo às partes, então em dissenso, a au-

¹⁹ GANANCIA. *Revista dos Advogados*, p. 7-15.

toestima, o senso de responsabilidade e demonstrando que, superar conflitos, por conta própria, é demonstração cabal de responsabilidade. É a restauração, imediata, da dignidade.

Portanto, é necessário e urgente a institucionalização da mediação no Poder Judiciário de todo este país, como mais um meio alternativo de resolução de conflito, principalmente nos dissensos de família.

No tocante à mediação, mister que a experiência do grupo de mediação de Belo Horizonte seja estendida, de chofre, a todas as comarcas de Minas Gerais, utilizando-se, para tanto, da infraestrutura e do excelente corpo técnico da própria Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

Ressaltamos, também, que os meios alternativos de resolução de conflitos, entre eles a mediação, em hipótese alguma afasta a figura do advogado. Pensamos, inclusive, que capacitação do advogado, como mediador, na verdade evitará o ajuizamento de inúmeras ações, eis que a mediação poderá acontecer até mesmo no próprio escritório do causídico, antes do ajuizamento da ação.

Assim, que a experiência pioneira e vitoriosa do Grupo de Estudos de Medição do Fórum Lafayette seja, de pronto, levada a cada uma das diversas comarcas deste Estado, em benefício imediato dos jurisdicionados, que terá mais uma ferramenta importantíssima na solução de seus conflitos, eis que, conforme ressalta Giselle Câmara Groeninga,²⁰ aliando direito, psicanálise e sem desprezar a teoria comunicativa, de Habermas, “a mediação é uma função que relaciona dois termos ou dois objetos em geral. Função própria da reflexão. É um método que visa o estabelecimento, ou restabelecimento da comunicação. Mas uma comunicação que requer a reflexão para ocorrer. Reflexão que significa volta da consciência, do espírito sobre si mesmo, para examinar seu próprio conteúdo por meio do entendimento, da razão. O método da mediação visa o aumento da capacidade de reflexão não só a respeito do passado e dos vários determinantes do conflito, alguns inconscientes e mesmo inacessíveis mas, sobretudo, a reflexão a respeito do presente e do futuro”.

²⁰ GROENINGA, Gisele Câmara. Medição familiar. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo: BDFAM/IOB Thomson, n. 40, p.156-157, fev.-mar.2007.

Portanto, fechamos este trabalho com Giselle Câmara Groeninga, na mesma página antes citada, eis que o texto adiante transcrito leva-nos à reflexão sobre a necessidade constante de mudanças e de aceitação do outro, sem prejulgamento, principalmente para que possamos entender a nossa Constituição como norma de inclusão: “Em tempos de pós-modernidade, em que se faz necessário contemplar a complexidade, tem-se mostrado insuficiente o pensamento cartesiano, binário, dicotômico, maniqueísta que, até pouco, a sua forma, orientava a ação por meio de divisão em categorias opostas como: bons ou maus, são ou doentes, algozes ou vítimas, capazes ou incapazes, culpados ou inocentes. Pensamento que, enganosamente, se mostrava suficiente em um sociedade pautada pelas exclusões e que apresentava uma organização mais rígida, com valores, normas e papéis, inclusive profissionais rigorosamente definidos. Mas, sabemos, também, ser o pensamento binário a base para manutenção dos conflitos sociais, do preconceito e da intransigência, pessoal e profissional”.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. Prática de mediação: Ética Profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias. *Divórcio judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <www.Ibdfam.org.br>.

CARVALHO, Newton Teixeira. Principais inovações do NCC no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do IV*

Congresso do IBDFAM. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família.* Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. Trad. Águida Arruda Barbosa, Giselle Groeninga e Eliana Nazareth. *Revista dos Advogados – AASP*, São Paulo, n. 62, p. 7-15, mar. 2001.

GROENINGA, Giselle Câmara. Medição familiar. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo: BDFAM/IOB Thomson, n. 40 p.156-157, fev.-mar. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado.* São Paulo: Atlas. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil – Famílias.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODINESCO, Elisabeth. *A família em desordem.* Trad. André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SALES, Lilia Maia de. *Justiça e mediação.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas.* São Paulo: Método, 2008.

7

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 assegurou a aplicação no território nacional dos tratados internacionais e convenções que tenham sido subscritos pela República Federativa do Brasil com a aprovação do Congresso Nacional. Na seara dos direitos humanos, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, que é um instrumento que completa os direitos e garantias estabelecidos no art. 5º, do texto constitucional, e que alcança a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional. O Pacto de São José da Costa Rica estabeleceu ainda a existência de um Tribunal constituído por juízes independentes que permite que qualquer cidadão residente na América possa apresentar a sua reclamação aquela Corte por violação aos direitos humanos em seu país de origem.

¹ Juiz de Direito Titular da 2ª Auditoria Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Especialista em Administração Pública Municipal e Direito Administrativo pela UNIP. Professor de Direito na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e Membro Titular da Academia Mineira de Direito Militar.

Palavras-Chaves: Constituição Federal de 1988. Direitos Humanos e Fundamentais. Pacto de São José da Costa Rica. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 1945, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, os países que haviam participado do conflito, e os outros que acompanharam aquele evento, que teve como principal característica a perda de milhares de vidas humanas em defesa da liberdade, resolveram criar um novo organismo internacional que fosse capaz de promover a paz, a manutenção dos direitos fundamentais do homem, permitir o desenvolvimento dos povos, substituindo desta forma a Liga das Nações, que havia sido incapaz de evitar a guerra.

O desenvolvimento dessas ideias levou à criação da Organização das Nações – ONU, com sede na cidade de Nova Iorque, Estados Unidos, que passou a ser o órgão representativo das esperanças de um mundo melhor baseado no respeito aos povos e à soberania dos países.

No dia 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução n. 217 A (III), a Assembleia das Nações Unidas aprovou um de seus documentos mais importantes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Essa declaração, como bem constou em seu preâmbulo, teve por objetivo reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, promovendo o progresso social e melhores condições de vida, assegurado a todos a manutenção do “jus libertatis”.

Ao lado do sistema internacional de proteção dos direitos humanos representado pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948, surgem os sistemas regionais de proteção, que, segundo Flávia Piovesan, buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África.²

A busca da efetiva proteção do cidadão contra possíveis ações arbitrárias do Estado que possam violar os direitos conquistados com a

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 217.

Carta das Nações Unidas, e outros pactos internacionais fez com que os países criassem sistemas regionais de proteção, mais próximos de suas realidades e necessidades.

Deve-se observar que cada qual dos sistemas de proteção apresenta um aparato jurídico próprio, o que não impede a convivência do sistema global – integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções Internacionais – com os instrumentos do sistema regional de proteção.³

Os sistemas regionais funcionam como normas complementares dos objetivos pretendidos pelas Nações Unidas, sendo que a ONU, por meio da Resolução n. 32/127 de 1977, incentiva os Estados-Membros, na área que não existem os acordos regionais de direitos humanos, considerarem a possibilidade de firmarem tais acordos.

O trabalho desenvolvido busca analisar os acordos regionais de proteção aos direitos humanos, notadamente o sistema interamericano de proteção, representado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, sua importância, seus órgãos, e seu funcionamento.

A América, após vários governos ditatoriais, principalmente na América Latina, passa por transformações econômicas, políticas e culturais, e somente a defesa dos direitos humanos será capaz de permitir a continuidade desse processo de transformação.

2. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Com a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948, os países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), e que haviam subscrito o documento, comprometeram-se a respeitar e a dar cumprimento aos direitos ali elencados, no intuito de se evitar violações às garantias elementares de qualquer pessoa.

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 218.

Na busca da efetivação dos direitos humanos disciplinados na Carta das Nações Unidas surgiram os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, que internacionalizam os direitos no plano regional, particularmente na Europa, América e África.

A respeito do sistema regional de proteção, Henry Steiner observa que, “embora o capítulo VIII da Carta da ONU faça expressamente menção aos acordos regionais com vistas à paz e segurança internacionais, ele é silente quanto à cooperação no que tange aos direitos humanos. Todavia, o Conselho da Europa, já em 1950, adotava a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em 1969, a Convenção Americana era adotada. Em 1977, as Nações Unidas formalmente endossaram uma nova concepção, encorajando os Estados, em áreas em que acordos regionais de direitos humanos ainda não existissem, a considerar a possibilidade de firmar tais acordos, com vista a estabelecer em sua respectiva região um sustentável aparato regional para a promoção e proteção dos direitos humanos (Assembleia Geral, resolução 32/127, 1977)”.⁴

O sistema interamericano, ensina Flávia Piovesan, encontra-se substanciado em dois regimes: um baseado na Convenção Americana e o outro fundamentado na Carta da Organização dos Estados Americanos.⁵ A Convenção Americana, que foi assinada em 22 de novembro de 1969 em São José, Costa Rica, fato este que a levou a ser conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é o instrumento de maior importância dentro do sistema interamericano de direitos humanos.

Apesar de ter sido adotada em uma Conferência intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), esta somente entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado, conforme Theodor Meron.⁶

⁴ STEINER, Henry. Regional arrangements: General introduction. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 218.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 223.

⁶ MERON, Theodor. The american system for the protection of human rights. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 223.

Devido às particularidades dos países da América, principalmente os países da América Latina, os direitos assegurados na Convenção Americana são essencialmente os direitos de 1ª geração, aqueles relativos à garantia da liberdade, à vida, ao devido processo legal, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito de participar do governo, o direito à igualdade e o direito à proteção judicial, entre outros.

O Brasil subscreveu a Convenção por meio do Decreto Legislativo n. 27 de 26 de maio de 1992, que aprovou o texto do instrumento, dando-lhe legitimação. Com a aprovação pelo Congresso Nacional, nosso governo depositou a Carta de Adesão (ratificação) junto à Organização dos Estados Americanos no dia 25 de setembro de 1992. Para o nosso país, a Convenção entrou em vigor a partir do Decreto Presidencial n. 678 de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 9 de novembro de 1992, p. 15.562 e seguintes, que determinou o integral cumprimento dos direitos disciplinados no Pacto de São José da Costa Rica.⁷

O cumprimento dessas formalidades, em atendimento ao disposto no Texto Constitucional, art. 49, inciso I, e art. 84, inciso VII, trouxe para a Convenção força normativa, com a obrigação de ser observada e respeitada no tocante aos direitos ali assegurados, tanto pelo Estado como pelos administrados.

No entender do professor Luiz Flávio Gomes, o Pacto de São José da Costa Rica (CADH), desde que não conflitante com a Constituição Federal, vale, no mínimo, como lei ordinária, sendo essa a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, que adota o sistema paritário.⁸

A Convenção Americana, além dos direitos previstos e disciplinados, possui um aparato de monitoramento e implementação, que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana.

⁷ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Convenção Americana de Direitos Humanos. Jornal Tribuna do Advogado*, p.11, maio 1995.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: RT, 1994, p. 79.

O objetivo do Pacto de São José foi garantir a todos os nacionais e aos estrangeiros que vivem no território americano direitos que assegurem o respeito à vida, à integridade física, existência do juiz natural, entre outros.

A Convenção rejeita a pena de morte, permitindo a sua aplicação apenas nos países que não a tenha abolido para os delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente, sendo que esta não poderá ser restabelecida nos Estados que a tenham abolido.

No aspecto processual penal, o Pacto consagrou o instituto do *habeas corpus* em seu art. 7º, n. 6, permitindo que qualquer pessoa, mesmo sem formação técnico-jurídica, impetre o remédio. Os Estados que forem signatários da Carta ficam impedidos de abolir de suas legislações o referido instituto.

Além desses preceitos, a Convenção traz disposições a respeito do princípio da inocência, e garantias para que todas as pessoas tenham acesso ao duplo grau de jurisdição.

A Carta Americana, ainda, assegura aos acusados o direito de não serem obrigados a deporem contra si e nem de se declararem culpados (art. 8º, n. g). Cabe ao Estado onde a pessoa está sendo processada proporcionar um defensor para que este possa defendê-la das acusações formuladas.

Se a pessoa não compreender ou não falar o idioma do juízo ou Tribunal, o Estado deverá providenciar, de forma gratuita, um tradutor ou intérprete (art. 8º, n. 2).

A confissão somente poderá ser considerada válida se feita sem coação de qualquer natureza. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos (art. 8º, n. 2, alíneas 3 e 4).

Em caso de erro judiciário, toda pessoa condenada por sentença transitada em julgado tem direito a ser indenizada conforme a lei vigente do país.

O Pacto de São José da Costa Rica é, na verdade, uma conquista do povo americano que, após tantas lutas e governos ditatoriais, que preferem a força da espada ao respeito da lei, procura concretizar a

democracia em nosso continente, marcado ainda pelo desrespeito aos direitos mais essenciais do ser humano.⁹

3. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem por objetivo promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, onde a democracia em muitos países somente foi restabelecida no final dos anos 1980 começo dos anos 1990, em decorrência dos governos totalitários de direita, influenciados pela guerra fria, que polarizou o mundo em países capitalistas e países socialistas.

A competência da Comissão alcança, como ensina a professora Flávia Piovesan, todos os Estados-Partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados e, além disso, ainda alcança todos os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948, elaborada em Bogotá em maio de 1948.¹⁰

No entender do professor Hector Fix-Zamudio, a Comissão Interamericana, criada em 1959, é o primeiro organismo efetivo de proteção dos direitos humanos. Embora com atribuições restritas, a Comissão realizou uma frutífera e notável atividade de proteção dos direitos humanos, incluindo a admissão e investigação de reclamações de indivíduos e de organizações não governamentais, inspeções nos territórios dos Estados-Membros e solicitação de informes, com o que logrou um paulatino reconhecimento.¹¹ Apesar de todo esse esforço em defesa dos direitos humanos de 1ª geração, a Comissão não conseguiu evitar fatos como os vivenciados pelos nacionais da Argentina e do Chile, entre tantos outros países que nas décadas de 1970 e 1980 violaram os mais elementares direitos de seus cidadãos.

⁹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Convenção Americana de Direitos Humanos. *Jornal Tribuna do Advogado*, p.11, maio 1995.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 227.

¹¹ FIX-ZAMUDIO, Hector. Protección jurídica de los derechos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.227.

O art. 34 do Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, disciplina que “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos”.

Os membros da Comissão podem ser nacionais de qualquer Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos, OEA, o que significa que estes necessariamente não precisam pertencer a um país que tenha ratificado e aceito a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Segundo o art. 36 da Convenção Americana, os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, de uma lista proposta pelos governos dos Estados-Membros.

Cada governo pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-Membro da OEA, sendo que no caso de ser proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Por força do art. 37 da Convenção, os membros da Comissão serão eleitos para um mandato de 4 (quatro) anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembleia Geral, os nomes desses três membros. Deve-se observar que não pode fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo Estado.

A Comissão busca promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América seja em relação aos constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, ou do Pacto de São José da Costa Rica, e demais instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. Nesse sentido, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-Partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação

da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.¹²

Além dessas atribuições que se encontram disciplinadas no art. 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos, caberá a Comissão solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre medidas que adotarem em matéria de direitos humanos (alínea d); atender às consultas que, por meio da Secretaria da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-Membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhe solicitarem (alínea e); atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos arts. 44 a 51 da Convenção (alínea f).

3.1 Direito de petição junto à Comissão

O art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos disciplina que "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte.

Na esfera dos direitos humanos, em que se busca a criação de instrumentos que possam assegurar às pessoas a garantia de seus direitos elementares, como a vida, a liberdade, a integridade física e moral, entre outros, é necessária a existência de meios que permitam o acesso à prestação jurisdicional, como forma de se evitar a violação dos princípios consagrados na Cartas Internacionais.

O direito de petição, que em muitos países foi elevado ao aspecto constitucional como ocorre no direito brasileiro, também foi previsto e disciplinado na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Toda vez que ocorrer uma violação dos direitos humanos disciplinados no Pacto de São José da Costa Rica qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, ou mesmo uma entidade não governamental poderá levar

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 227.

este fato ao conhecimento da Comissão, para que esta tome as providências cabíveis na espécie, e disciplinadas no art. 48 e seguintes da Convenção.

Apesar de toda esta instrumentalização no intuito de se proteger os direitos humanos na América, poucas são as pessoas que têm conhecimento dessas disposições, sendo que muitos operadores do Direito nem sabem da existência da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Contudo, se não bastassem esses fatos, a Comissão não possui escritórios regionais, o que impede, na maioria das vezes, o acesso do cidadão americano a uma efetiva prestação jurisdicional da Corte, e até mesmo uma maior atuação do organismo em relação às violações dos direitos humanos que são praticados nos mais diversos rincões da América.

Para bater às portas da Comissão, o cidadão americano deverá observar alguns requisitos necessários para a formulação da petição, que se encontram disciplinados no art. 46 do Pacto de São José da Costa Rica.

3.2 Requisitos da Petição

O art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos disciplina, “que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 e 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional e; d) que no caso do art. 44, a petição contenha o nome, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Os requisitos disciplinados no art. 46, alíneas “a” e “b” do inciso 1 do art. 46 não serão aplicados quando não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna ou houver sido ele impedido de esgotá-los e; houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos, art. 46, 2, alíneas “a”, “b” e “c”.

O não preenchimento dos requisitos disciplinados no art. 46 da Convenção Americana, que podem ser denominados de requisitos objetivos, é motivo para o não conhecimento da petição por parte da Comissão.

Assim como ocorre no direito processual civil, em que o juiz julgará inepta a petição por faltar uma das condições da ação disciplinadas nos arts. 281 e 282 do Código de Processo Civil, extinguindo o processo sem o julgamento do mérito, art. 267, inciso VI do mesmo Codex, a Comissão declarará inadmissível a petição ou comunicação apresentada.

O art. 47 da Convenção disciplina que a Comissão deixará de conhecer da petição ou comunicação quando esta não preencher algum dos requisitos estabelecidos no art. 46; não expuser fatos que caracterizam violação dos direitos, garantidos pela Convenção; pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou for substancialmente reprodução ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

3.3 Procedimento da Comissão

Reconhecendo a Comissão que a petição a ela endereçada preenche os requisitos legais de admissibilidade, previstos e disciplinados no art. 46, esta, como responsável pela observância e respeito dos direitos humanos no exercício de seu mandato, deverá adotar procedimentos voltados para a solução do problema que foi apontado com fundamento nas disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais normas internacionais aplicáveis ao caso sob análise.

Segundo o art. 48 do Pacto de São José da Costa Rica, a Comissão, ao receber a petição ou comunicação que alegue violação de qualquer dos direitos disciplinados na Convenção, deverá adotar os

procedimentos disciplinados nas alíneas “a” a “f” do dispositivo mencionado, na busca do restabelecimento do direito violado.

Reconhecendo os membros da Comissão pela admissibilidade da petição ou comunicação solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. O Estado indicado como violador dos direitos previstos no Pacto deverá enviar as informações dentro de um prazo razoável, o qual será fixado pela Comissão, considerando as circunstâncias de cada caso, mas sempre prezando pela celeridade, essencial quando se trata de direitos humanos de 1ª geração.

Recebidas as informações ou decorrido o prazo fixado sem que estas tenham sido enviadas pelo Estado acusado de violação dos direitos disciplinados na Convenção, a Comissão verificará se existem ou subsistem os motivos que levaram a interposição da petição ou comunicação. No caso destas não mais subsistirem, o procedimento será arquivado.

No caso de o Estado apresentar as informações solicitadas, a Comissão, com base na prova apresentada, poderá declarar a inadmissibilidade ou improcedência da petição ou comunicação.

No intuito de comprovar os fatos que foram apresentados na petição ou comunicação perante a Comissão, está poderá, se julgar conveniente e necessário, proceder a uma investigação, em que solicitará e o Estado interessado lhe proporcionará todas as facilidades necessárias para análise das questões.

Além disso, a Comissão possui legitimidade para pedir aos Estados interessados, qualquer informação pertinente e receberá, se isso lhe for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados.

Deve-se observar que a Comissão estará a disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito dos direitos humanos, que se encontram previstos e disciplinados no Pacto de São José da Costa Rica.

Disciplina o art. 48, 2, que em casos graves e urgentes, poderá ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do

Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

No caso de uma solução amistosa entre o peticionário e o Estado indicado como responsável pela violação, a Comissão elaborará um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-Partes da Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Se eventualmente as partes envolvidas na questão não chegarem a uma solução, a Comissão redigirá um relatório em que exporá os fatos e as suas conclusões, permitindo-se aos integrantes da Comissão, no caso de discordância, a manifestação do voto em separado, sendo este encaminhado aos Estados interessados, que não poderão publicá-lo.

Disciplina o art. 51 da Convenção que se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.

Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não o relatório.

4. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O art. 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos disciplina que são competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes na Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte é o órgão jurisdicional do sistema regional, possuindo competência consultiva e contenciosa, sendo composta por sete juízes nacionais dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos a título pessoal pelos Estados-Partes da Convenção.¹³

A respeito do assunto, o art. 52, 1, disciplina que a Corte compor-se-á de sete juízes nacionais dos Estados-Membros da Organização, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais de acordo com a Lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos, sendo certo que não poderá haver dois juízes da mesma nacionalidade (art.52, 2).

Ao contrário do que ocorre com a Comissão Interamericana, em que todos os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos têm legitimidade para indicarem as pessoas que integrarão referido órgão, no tocante à Corte Interamericana que exercerá funções jurisdicionais, somente os Estados que subscreveram a Convenção é que terão legitimidade para indicar candidatos ao cargo de juízes.

Segundo Thomas Buergenthal, os membros da Comissão Interamericana são eleitos pelas Assembleia Geral da OEA, que é composta por todos os Estados-Membros da OEA, sejam ou não partes da Convenção Americana. Os juízes da Corte Interamericana, por sua vez, podem ser apenas indicados e eleitos pelos Estados-Partes da Convenção Americana. Entretanto, os juízes não precisam ser nacionais dos Estados-Partes. A única condição relativa à nacionalidade – e ela se aplica igualmente aos membros da Comissão Interamericana e aos juízes da Corte – é que eles devem ser nacionais de um Estado-Membro da OEA.¹⁴

É importante se observar que os juízes da Corte são eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 234-235.

¹⁴ BUERGENTHAL, Thomas. The inter-american system the protection. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 235.

de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembleia Geral, os nomes desses três juízes.

O juiz que venha a ser eleito para substituir outro magistrado cujo mandato não haja expirado, completará o período deste, conforme preceitua o art. 54, 2, da Convenção Americana.

Os juízes integrantes da Corte permanecerão em suas funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão funcionando nos casos em que já tenham tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença, em atendimento ao princípio denominado na teoria geral do processo de princípio da identidade física do juiz, sendo que para tais feitos não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

A Corte Interamericana, além da função contenciosa em que é chamada a se pronunciar a respeito da violação ou não dos preceitos disciplinados na Convenção Americana de Direitos Humanos, possui competência consultiva, podendo apresentar pareceres relativos à interpretação do Pacto de São José da Costa Rica ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

Segundo Hector Fix-Zamudio, a Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentam acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção.¹⁵

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais.¹⁶

¹⁵ FIX-ZAMUDIO, Hector. Protección jurídica de los derechos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 235.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 235-236.

É importante observar que nem todos os Estados Americanos que depositaram a carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos, neles se incluindo, o Brasil, Estados Unidos e outros, reconheceram a competência da Corte para o exercício de suas funções jurisdicionais.

Na lição da professora Jete Jane Fiorati, “em ambos os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, dois são os atos que contêm as decisões das Cortes acerca das questões que lhe são submetidas: as sentenças e os pareceres”.

As sentenças decidem dos litígios envolvendo as violações às Convenções, enquanto que os pareceres são opiniões emitidas pelo Plenário das Cortes, quando consultadas pelos Estados Signatários da Convenção (no sistema europeu) ou da OEA (no sistema interamericano).

As sentenças possuem caráter meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial. A única exceção prevista ocorre quando a decisão da autoridade da Parte Contratante é oposta às obrigações derivadas da Convenção e o direito da Parte Contratante não puder remediar as consequências desta disposição, caso em que as Cortes deverão conceder ao lesado uma reparação razoável, conforme se deflui dos arts. 50 da Convenção Europeia e 63 da Convenção Americana. Quanto aos Pareceres, é digno de menção o fato de serem mais comuns no âmbito americano, haja vista de que poucos Estados-Partes autorizam a jurisdição da Corte em casos em que estivessem em situação de Parte Demandada.¹⁷

O art. 56 do Pacto de São José da Costa Rica disciplina que o quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes, sendo que o Colegiado, sem a observância desse requisito, não poderá decidir nenhuma matéria submetida a sua apreciação.

A Comissão que é a responsável pelo cumprimento e observância dos direitos disciplinados na Convenção Americana, por disposição do art. 57, comparecerá em todos os casos perante a Corte.

¹⁷ FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, n. 722, p. 13.

A Corte tem, em atendimento ao disposto no art. 58 da Convenção, sua sede no lugar determinado pela Assembleia Geral da Organização, mas poderá realizar suas reuniões no território de qualquer Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos em que o considerar conveniente pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo. Os Estados-Partes na Convenção podem, na Assembleia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte.

O art. 60 da Convenção determina que a Corte Interamericana elaborará o seu Estatuto, o qual será submetido à aprovação da Assembleia Geral e expedirá seu regimento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos até 1993 havia julgado oito casos contenciosos. Segundo a professora Jete Jane, “em virtude de poucos julgamentos até o presente, torna-se complexo fazer uma menção a uma *jurisprudência Dominante da Corte Interamericana*, tendo em vista que ainda não ocorreu a cristalização de decisões pontuais, com a repetição de determinadas tendências de interpretação e aplicação da Convenção aos casos concretos de violações aos Direitos Humanos. Tem-se ainda, alguns pontos comuns entre as decisões que poderão tornar-se a futura jurisprudência do Tribunal. Atualmente, só é possível a ênfase apenas a algumas tendências jurisprudenciais”.¹⁸

No plano da jurisdição contenciosa é referência obrigatória o caso “Velasquez Rodriguez”, atinente ao desaparecimento forçado de indivíduo no Estado de Honduras, o qual deu jurisdição à Corte para a realização desses julgamentos. Acolhendo a comunicação encaminhada pela Comissão Interamericana e após análise das provas apresentadas, que confirmaram a violação aos direitos fundamentais de Angel Manfredo Velasquez Rodriguez prevista no Pacto de São José da Costa Rica, a Corte condenou o Estado de Honduras ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, em decisão publicada em 21 de julho de 1989,¹⁹ sendo certo que os familiares de muitos pre-

¹⁸ FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, n. 722, p. 20.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 238.

dos políticos desaparecidos na Argentina, Brasil e Chile não tiveram a mesma sorte.

A Comissão Interamericana também encaminhou a Corte um caso contencioso contra o Estado do Suriname, concernente ao assassinato de sete civis pela polícia do Estado. Embora no início do processo o Estado do Suriname tenha se declarado não responsável pelos assassinatos, posteriormente assumiu tal responsabilidade. Ao final, a Corte determinou o pagamento de justa e apropriada compensação aos familiares das vítimas.²⁰

Os julgamentos realizados pela Corte Americana de Direitos Humanos demonstra que aos poucos a Convenção Americana vem-se firmando como um instrumento garantidor dos direitos humanos na América, e que existem meios para se apurar as violações aos direitos consagrados no Pacto, e que os Estados que não respeitam as garantias fundamentais de seus cidadãos e as autoridades que fazem opção pela arbitrariedade em vez do respeito à lei, encontram-se sujeitos a punições, nelas se incluindo indenizações às vítimas ou seus familiares.

A jurisprudência que vem-se firmando na Corte evidencia que os magistrados que integram este Tribunal Internacional encontram-se preparados para julgarem qualquer questão relativa à violação dos direitos humanos, e aplicarem de forma exemplar punições no intuito de se evitar novas violações aos direitos fundamentais consagrados na Carta Americana.

5. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O art. 5º, § 2º da Constituição Federal preceitua que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 243.

de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando seu integral cumprimento pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 09.11.91, p. 15.562 e ss.²¹

Em decorrência da manifestação de vontade levada a efeito pelo Congresso Nacional e Poder Executivo, o Pacto de São José da Costa Rica passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, no mínimo, como Lei Ordinária Federal.

Assim, além dos direitos fundamentais disciplinados no art. 5º da Constituição Federal, o cidadão brasileiro encontra-se sujeito às garantias e direitos fundamentais disciplinados na Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso de uma violação a um desses direitos fundamentais, o lesado poderá peticionar a Comissão Americana de Direitos Humanos para que na forma das disposições do Pacto de São José da Costa Rica tome as providências necessárias para corrigir a arbitrariedade suportada pelo requerente.

É importante observar que a Convenção Americana não tem sido divulgada em nosso país, e poucas pessoas sabem que esta se encontra incorporada ao nosso ordenamento jurídico em decorrência dos atos (executivo e legislativo) levado a efeito pelo Governo brasileiro.

A busca da manutenção da democracia e o fortalecimento dos direitos humanos tanto no aspecto regional como em nível mundial, tem levado os países à assinatura de Carta, que tem por objetivo a defesa dos direitos considerados como fundamentais, destacando-se entre eles: a vida; a liberdade; o devido processo legal; a indenização pelo erro judiciário, entre outros.

O Pacto de São José da Costa Rica é uma conquista do povo americano, e a Constituição brasileira, por força do disposto no art. 5º, § 2º, incorporou este diploma ao ordenamento jurídico interno, demonstrando a intenção do Brasil em respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 37.

Todavia, é preciso avançar mais para que a Carta tenha aplicação não apenas limitada, mas alcance o objetivo para o qual foi criada, evitando a violação dos direitos humanos em decorrência do uso da força e do desrespeito à lei. Nesse sentido, o Brasil deve dar jurisdição à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como fizeram Honduras e Suriname, permitindo que qualquer violação aos direitos fundamentais disciplinados no Pacto de São José da Costa possam ser apreciados e julgados pelo Tribunal americano.

A democracia se constrói e se fortalece a cada dia, e é preciso que os direitos do cidadão não estejam apenas e tão somente previstos e disciplinados no campo abstrato, mas que sejam uma realidade, com a existência de instrumentos que possam ser utilizados toda a vez que um direito humano for violado em desrespeito à lei, em decorrência do uso arbitrário da força.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) ao final da Segunda Guerra Mundial em substituição à Liga das Nações que não foi capaz de evitar os conflitos bélicos vivenciados neste século, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que traz os chamados direitos humanos de 1ª geração, voltados para a garantia da vida, liberdade, devido processo legal, juiz natural, ampla defesa e contraditório, princípio da inocência, entre outros.

Ao lado dessas garantias decorrentes da Carta elaborada pelas Nações Unidas, encontramos os chamados sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, destacando-se o sistema europeu, americano e africano.

O sistema interamericano de direitos humanos possui na Convenção Americana, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, o seu instrumento mais importante voltado para a proteção dos direitos dos povos da América.

Para garantir os direitos previstos na Convenção, o sistema interamericano possui dois órgãos: a Comissão Americana de Direitos Humanos, que tem a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e a Corte, que exerce funções jurisdicionais e consultivas.

Apesar da atuação ainda limitada desses órgãos, uma vez que nem todos os países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos deram a Corte Interamericana jurisdição para o julgamento de caso de violação dos direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica, estes têm contribuído para a defesa e garantia dos direitos fundamentais perante as violações praticadas pelos Estados e autoridades que preferem o arbítrio em vez da observância da lei.

Com o retorno da democracia, a maioria dos países da América Latina e Central, a Convenção vem ganhando força e importância junto ao direito nacional de cada Estado-Membro da Organização das Nações Unidas.

Na atualidade, falta uma maior divulgação do Pacto de São José da Costa Rica, e uma redefinição do papel a ser desenvolvido pela Comissão, como garantidora dos direitos previstos na Convenção, uma vez que a grande maioria das pessoas desconhece a existência desse instrumento e o local onde podem apresentar suas reclamações em caso de desrespeito das garantias fundamentais.

A América ainda enfrenta prisões ilegais, violações ao direito à vida, ao devido processo legal, do juiz natural e tantas outras, relacionadas como desaparecimento de presos políticos, que muitas vezes ficam no anonimato.

É preciso um aprimoramento no sistema interamericano, para que este possa estar mais próximo das dificuldades enfrentadas na defesa dos direitos humanos, garantindo o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, para se evitar novas violações aos direitos consagrados na Convenção Americana.

A Comissão e a Corte vêm cumprindo com o seu papel na defesa dos direitos humanos, denunciando os casos mais sérios de abuso dos direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica. Mas, para se evitar outras espécies de violações faz-se necessária uma maior divulgação desses órgãos, inclusive com a criação de escritórios regionais, para que os nacionais dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos possam apresentar suas reclamações.

Aos poucos, a América se liberta da opressão das espadas e do jugo dos ditadores, sejam eles de esquerda ou de direita, para que

cada americano em qualquer rincão deste continente possa se sentir um cidadão livre para conduzir sua vida segundo os ditames da lei e da sua consciência.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO Federal, promulgada em 5.10.1988: acompanhada de disposições anteriores, emendas constitucionais, emendas constitucionais de revisão, índice alfabético-remisso / organização, notas e índices por Juarez de Oliveria. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos da pessoa*. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DELMANTO JR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem – 50 anos e Notas da legislação brasileira*. Paraná: JM Editora 1998.

DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, n. 722, p. 10-24.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

INSTRUMENTOS internacionais de proteção dos direitos humanos. Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral*. São Paulo: Atlas, 1997.

PACTO de São José da Costa Rica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 1, p. 253 e ss., jan./mar. 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Convenção Americana de Direitos Humanos. *Jornal Tribuna do Advogado*, p.11, maio 1995.

8

O DIREITO COMO FATOR DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE

Renato César Jardim¹

RESUMO

A sociologia jurídica estuda o direito como fenômeno de transformação das sociedades. Dentro deste contexto é que as aspirações por um Judiciário moderno estão a conclamar aos operadores do direito uma sintonia com a realidade social que os cerca e com as exigências da vida, mesmo porque a norma se destina a um fim social. Mais do que isso, é importante que o magistrado tenha consciência da missão a si atribuída, sendo ele um agente de transformação social. A sabedoria do ato de julgar vai além do conhecimento do direito positivo e requer o enfrentamento destemido de questões éticas e humanistas, pois tudo que ofende a condição humana não é justo.

¹ Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais e Diretor do Foro da Capital. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Dom Cabral. Membro da Academia Araxaense de Letras e da Academia de Letras do Brasil- Seção de Minas Gerais. Diretor da Revista de Arte e Cultura dos Magistrados Mineiros – Magiscultura.

As transformações sociais promovidas pelo direito por meio da intervenção estatal, quer no plano abstrato, quer sob o aspecto da jurisdição, e a necessidade cada vez mais premente de se estabelecer uma ordem jurídica justa, adequada à realidade social, levam à reflexão sobre os anseios da sociedade no sentido de se exigir dos operadores do Direito uma visão e uma postura mais humanista, obviamente sem ofensa ao sistema normativo vigente.

Nesse diapasão, ganham relevo as críticas dirigidas aos chamados juízes matemáticos, aplicadores da letra fria da lei e dissociados do mundo social que os cerca, sem consciência do peso ético de suas decisões. É o que Sousa Júnior denomina como sendo “a crise do direito entendida como a distância que tem separado o direito positivo da realidade, dos fatos sociais”. (JÚNIOR, 2002, p.19).

Dentro do contexto ora trazido à baila o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 75, de 12 de maio de 2009, que traz recomendação no sentido de que nos concursos públicos para ingresso na magistratura, não seja concedido valor tão somente às matérias afetas ao direito propriamente dito, exigindo-se dos candidatos uma visão mais humanista, com o escopo de se aferir o seu pensamento enquanto cidadão. Referida resolução instituiu a cobrança de disciplinas como sociologia e filosofia do direito na avaliação dos candidatos, quebrando com isso a frieza dos certames.

De fato, a relevância das decisões judiciais e a sua inserção dentro do contexto sociológico é algo que merece ser compreendido e assimilado por aqueles encarregados de dizer o direito pelo Estado, malgrado as resistências quanto à interferência de outras ciências sociais no direito. Dissertando sobre o acesso ao Judiciário, mas dentro do tema que ora propomos abordar, colha-se o enfoque de Mauro Cappelletti, *verbis*:

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão

sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicó-

logos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pelo “acesso à justiça”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 7-8) (grifos nossos).

A sociologia é a ciência que tem por escopo o estudo da organização e do funcionamento das sociedades humanas, bem como das transformações sociais derivadas de fatores econômicos, políticos, religiosos, entre outros.

A sociologia jurídica, por sua vez, estuda o direito como fenômeno social de transformação das sociedades. A repercussão do direito na sociedade. Assim, quando o fator de transformação social for o direito, daí emergirá o objeto de interesse de estudo da sociologia do direito. O homem é um animal social e convive em sociedade e, onde há sociedade há o direito – *ubi societas, ubi jus*. Em verdade, é quase impossível focar o ordenamento jurídico ou o direito positivado, sem correlacioná-lo a uma realidade social. Matar alguém, subtrair coisa alheia ou causar prejuízo ou dano a outrem, entre outras condutas derivadas da realidade social, são fatos previstos no direito positivo com as respectivas sanções e obrigações.

Desta relação é que surge o que chamamos de Fenômeno Jurídico, regido pela incidência das normas jurídicas sobre os fatos componentes do mundo social. Dessa incidência nasce o fato jurídico. Abra-se um parêntese para asseverar que nem todo fato do mundo social é capaz de gerar a incidência de normas jurídicas ou um fato jurídico. Colher uma flor ou contemplar o céu são fatos do mundo social que não interessam ao direito e não geram consequências jurídicas. O contrário acontecerá se alguém, dirigindo seu automóvel, avançar o sinal vermelho, quando uma norma de trânsito será infringida, incidindo e gerando consequências no mundo jurídico.

O direito é fruto das transformações da sociedade e a sua função é altamente relevante porque cria normas para que os problemas sociais sejam resolvidos. As fontes materiais ou primárias do direito estão relacionadas com os valores da vida social que orientam o legis-

lador na criação das normas jurídicas. As fontes materiais, de embrião sociológico, estão intimamente ligadas às fontes formais – a lei em sentido amplo – e servem de norte para o intérprete. Nesse sentido, colha-se o magistério de Maria Helena Diniz, *verbis*:

Estamos com o teoria de Carlos Cossio, que demonstrou que o jurista deve ater-se tanto às fontes formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em fonte formal-material, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do direito no sentido de fonte material. Além disso, a fonte material aponta a origem do direito, configurando a sua gênese, daí ser fonte de produção, aludindo a fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos etc.; que produzem o direito e condicionam seu desenvolvimento. (DINIZ, 2005, p. 21-22) (grifos nossos).

Uma vez organizado, o Estado criou as leis e o seu sistema jurídico, que é essencial para a convivência e para se estabelecer a ordem na sociedade. Nesse mister, a intervenção estatal se opera em dois planos, a saber:

- 1) num plano abstrato, quando o Direito Material passa a regular as regras de convívio social, regras estas que podem ou não ser cumpridas de forma espontânea.
- 2) com a intervenção estatal propriamente dita, onde o Estado Juiz, exercendo atividade substitutiva e atuando de forma imparcial, levará a efeito a jurisdição.

No plano abstrato da intervenção estatal, tem-se a norma escrita derivada das casas legislativas, sendo importante frisar que, se a aplicação do direito repercute no meio social, a sua origem reflete também o anseio da sociedade, manifestada por seus representantes, o legislador.

De fato, o direito positivo, normalmente fruto dos anseios da sociedade, opera transformações nesta, de interesse da sociologia jurídica, que, como se disse, é a ciência que estuda as sobreditas mutações em face das repercussões da norma. É inegável que uma lei que passa a proibir o fumo em ambiente fechado, ou em locais públicos, gera significativa transformação numa sociedade acostumada a hábitos contrários à indigitada norma.

Relativamente à intervenção que traz à tona a jurisdição, com o Estado Juiz dirimindo o conflito estabelecido entre as partes, por meio de atividade substitutiva, teremos aí, ou poderemos ter, o direito aplicado pelos juízes ou tribunais como efetivo fator de transformação.

Na grande maioria das vezes, o magistrado ao decidir acaba por interpretar a norma em seu sentido literal, julgando com acerto ou não. Se assim procede, não estará inovando e, por consequência, o direito por ele aplicado não dará ensejo a qualquer transformação social. Não queremos sustentar que o julgador deixe de lado o sistema normativo, ao qual está atrelado, mas que compreenda que a interpretação da lei envolve, em muitas das vezes, mas não em todos os casos, um processo dialético. As leis devem ser adequadas ao tempo de sua aplicação. Assim não fosse o direito seria uma ciência estática. Nesse sentido, destaca Maria Helena Diniz:

O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o juiz deve participar ao interpretar o preceito normativo. (DINIZ, 2005, p. 67)

As aspirações por um Judiciário moderno passam longe do juiz mero aplicador de leis em todas as situações, distanciado da realidade social que o cerca. O magistrado que toma em comunhão diariamente a letra fria da lei, e somente ela, utilizando método filológico de interpretação, acaba por exercer uma atividade que qualquer outra pessoa de mínimo bom senso poderá levar a efeito.

Sob o prisma sociológico, vale trazer em destaque a abalizada opinião de Ada Pellegrini Grinover, acerca do método histórico de interpretação da lei, *in verbis*:

(...) considerando que o direito é um fenômeno histórico-cultural, é claro que a norma jurídica somente se revela por inteiro quando colocada a lei na sua perspectiva histórica, com o estudo das vicissitudes sociais de que resultou e das aspirações a que correspondeu: é o método histórico. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 100).

Deve ser asseverado que a evolução do direito aplicado pelos tribunais e as transformações sociais decorrentes disso não se dá tão somente em razão dos métodos interpretativos utilizados, mas também ante a ausência de permissivo legal no ordenamento jurídico, fato que pode levar o julgador a criar a tutela específica diante do caso concreto. De fato, a ausência de previsão legal específica não pode ter o condão de ensejar a negativa da prestação jurisdicional, mesmo porque o amplo acesso ao Judiciário está previsto Carta Republicana brasileira. E, em razão da sobredita previsão constitucional, em muitas das vezes tem-se mitigado a questão afeta à impossibilidade jurídica do pedido, como forma de não se negar a tutela jurisdicional e se fazer a efetiva justiça. O julgador de vanguarda tem esta preocupação. Foi-se o tempo em que a Justiça vivia com os olhos vendados para as realidades sociais. Ante a ausência normativa deve o magistrado se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, colmatando as lacunas e fazendo justiça. Assim não fosse, e em muitas vezes não é, a negativa de prestação jurisdicional no que tange às questões relacionadas com as uniões homoafetivas e a paternidade socioafetiva estaria justificada na ausência de permissivos legais específicos a amparar tais pretensões, culminando com o reconhecimento da carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido. No entanto, sem se intimidar e em ato de coragem o Judiciário vem reconhecendo os direitos em questão. E assim o faz porque não pode se calar, porque é a última instância onde o cidadão procura fazer valer os seus direitos. Em sintonia com o que ora se sustenta vale lembrar da frase atribuída ao bispo sul-africano Desmond Tutu: “Se você for neutro em uma situação de injustiça, significa que você escolheu o lado do opressor”. O neutro fecha os olhos.

Assim agindo, o Judiciário acaba por promover significativas transformações sociais e conclama o legislador atualizar o sistema normativo. Vale abrir outro parêntese para se refletir acerca da omissão legislativa em relação ao regramento do direito das minorias. Na realidade a democracia não pode mais ser vista em seu conceito formal, ou seja, a vontade da maioria. Quando Winston Churchill declarou que a democracia é a pior forma de governo, exceto em relação às outras formas, seu pensamento tinha firme razão de ser. De fato,

se há de um lado a vontade da maioria, poderá haver também uma opressão dessa maioria em relação aos grupos sociais minoritários, o que se costuma chamar de tirania da maioria, que se traveste de legalidade, uma vez que a democracia representativa é legitimada pelo voto popular.

Na verdade, legislar para atender aos anseios da uma minoria social pode custar caro para os representantes do povo, uma vez que minoria não elege ninguém. Em razão disso torna-se imperiosa a utilização de mecanismos que possam proteger do limbo estas minorias.

Colha-se, a propósito, o pensamento de Richard Wolhein, *ipsis literis*:

A sociedade pode saber o que deseja, expressá-lo inequivocamente mediante o procedimento eleitoral e, em seguida uma maioria assim estabelecida pode aplicar sua orientação política com completo desprezo pelos desejos, interesses ou direitos da minoria. Os temores da 'tirania da maioria' foram tema constante no século XIX, a grande era do pensamento democrático. (CRESPIGNY; CRONIN, 1975, p. 103)

No mesmo sentido assevera Noberto Bobbio, *verbis*:

as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria (BOBBIO, 1997, p.47).

Portanto, a vontade da maioria pode estar em muitas das vezes longe dos ideais de justiça, em detrimento de uma minoria desprotegida. Tem-se assim o desvirtuamento da democracia. Entretanto, o Poder Judiciário tem a capacidade de promover o direito dessa mesma minoria, através de decisões que acabam por colmatar as lacunas ou as omissões legais, criando com isso ordens jurídica e social justas. As diversidades devem ser respeitadas. A ausência de lei não que dizer ausência de direito.

Quando as decisões judiciais reconhecem, *v.g.*, a natureza familiar das uniões homoafetivas, acabam por criar um direito que não é reconhecido legalmente. Normalmente estas decisões, como também aquelas que reconhecem a paternidade socioafetiva, escoram-se no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fazendo valer o justo e a busca da felicidade pelo homem.

Nas situações antes enfocadas as decisões judiciais requerem uma visão humanista e ética, como forma de se fazer a verdadeira justiça, caso em que a palavra do Judiciário atuará como fator de transformação social. Aliás, tem sido de pouca lembrança um dispositivo de conotação social, de grande alcance e relevância em nosso ordenamento jurídico, qual seja, o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, com redação dada pela Lei n. 12.376/2010, que estatui que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Dissertando sobre o indigitado dispositivo, que se traduz na interpretação sociológica ou teleológica, mais uma vez nos ensina Maria Helena Diniz:

Os fins sociais e o bem comum são, portanto, sínteses éticas da vida em comunidade, por pressuporem uma unidade de objetivos do comportamento humano social. Os fins sociais são do direito; logo, é preciso encontrar no preceito normativo o seu *telos*(fim). O bem comum postula uma exigência, que se faz à própria sociabilidade; portanto, não é um fim do direito, mas da vida social. (DINIZ, 2005, p. 66)

As transformações sociais promovidas pelas decisões judiciais decorrem do dinamismo do direito, em constante mutação, e envolvem a análise acerca da ausência de adequação social de determinado dispositivo legal, ou seja, se a norma se amolda ou não às necessidades sociais. Em caso negativo, por obsoleta e ultrapassada, a norma deixará de ser aplicada, tudo dentro de um contexto sociológico. Em verdade, quando a jurisprudência cristaliza determinado entendimento, pode mesmo servir de base para que um texto de lei seja alterado. Lembre-se, a propósito, do art. 217, do Código Penal Brasileiro, que tipificava o crime de sedução. Aludido dispositivo, por não mais se

ajustar à realidade social, foi banido do ordenamento jurídico penal pelo fato dos tribunais entenderem, de forma reiterada, que a perda da virgindade da mulher nas condições da sobredita norma não mais necessitava de proteção legal. Escudado nas aludidas decisões judiciais o legislador veio a revogar o referido dito dispositivo legal.

Nesse mister, colha-se o posicionamento de Miguel Reale:

o que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações, por múltiplos motivos que não vêm ao caso examinar. Há um trabalho, por assim dizer, de *desgaste* ou de *erosão* das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costumes. O hábito de viver vai aos poucos influenciando sobre as normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo em seus pontos essenciais, ajustando-se às necessidades fundamentais da existência coletiva. (REALE, Miguel, 1996, p.132.

É crucial que cada magistrado tenha plena noção da importância da missão a si atribuída, que tenha consciência de que o seu trabalho é fundamental para garantia dos direitos dos cidadãos e manutenção da paz social, sendo ele agente de transformação da sociedade, garantindo dignidade a milhares de pessoas. E por isso, deve estar atento à realidade social que o cerca e não apenas ao texto frio da lei.

Longe de se pretender fazer apologia ao chamado direito alternativo, lastreado na noção da existência de um direito não estatal, o que se deve analisar é a questão relativa ao eventual antagonismo entre o direito e a justiça, assunto historicamente tormentoso no âmbito do direito e da filosofia. Mas a verdade é que direito e justiça andam umbilicalmente ligados. Até mesmo etimologicamente constata-se que a palavra justiça tem a mesma origem da palavra direito, consubstanciada na expressão latina *ius*. Em verdade, direito sem justiça é algo inconcebível. Justiça sem direito é a ausência de efetividade. Em outras palavras vale dizer que a justiça humaniza o direito.

Na verdade, o direito isoladamente não será sempre o meio de solução de todos os conflitos. A propósito, colha-se a lição de Caio Márcio Loureiro, *ipsis literis*:

Ora, pois, o Direito não se basta; o compromisso com o real se impõe. Definitivamente, não pode o Direito ser encarado como algo imaculado; deve ele estar contaminado com o mundo, com o social, ou seja, com o real. O ser humano que dele necessita não pode ser desconsiderado, posto que o Direito foi criado para garantir a convivência humana. Até porque não é o Direito que nos faz pessoa; ele apenas nos outorga condições de vivermos e convivermos em sociedade. Com isso, não se pretende afirmar que se deve desconsiderar a ordem jurídica, o Direito posto. Ao revés, nele já temos parâmetros a serem seguidos. Só não se pode cair no equívoco de inferir que o Direito por si mesmo se justifica. Importa dizer que ele deve ser interpretado e aplicado sem negar a ordem jurídica vigente, mas adequando-a aos tempos hodiernos. (LOUREIRO, 2004, p. 63). (grifos nossos).

A sabedoria do ato de julgar, que vai além do conhecimento do direito positivo, e requer o enfrentamento destemido de questões éticas e humanísticas, nos remete ao modelo que vem da Grécia antiga, segundo Platão a essência da melhor educação, a paideia, que tem por objetivo construir o homem como homem e cidadão. A paideia, numa visão moderna, traz em si um conceito global que agrega dentro dele outros vários conceitos (direito, arte, política ética, sociologia, filosofia). Pelo aludido modelo, para formarmos uma boa ideia, é essencial que tenhamos uma agregação de conhecimentos e valores. O homem não deve se limitar ao conhecimento de uma única ciência. O bom juiz, o bom conciliador, será certamente um produto da paideia.

Corroborando do mesmo argumento, vale trazer à colação o magistério de Paulo Nader:

O Poder Judiciário deve ser o grande vanguardeiro da efetividade da lei e, conseqüentemente, dos ideais democráticos. A prestação jurisdicional não consiste no carimbo da lei aos casos concretos, mas é um ato de compreensão tanto da vida humana quanto do espírito da lei. A justiça como instituição deve ser, ao mesmo tempo, uma ação de sabedoria e coragem. (NADER, 2010, p.118). (grifos nossos).

A sabedoria e a coragem, sustentada por Paulo Nader no excerto antes transcrito, relacionam-se com o que antes nos referimos no enfoque das decisões que envolvem a questão afeta aos direitos das minorias.

A parêmia trazida em epígrafe no neste artigo – *summum jus, summa injuria* – que se traduz no sentido de que o “excessivo rigor na aplicação do direito é suprema ofensa”, encontra adesão em Hans Kelsen, que nega a justiça absoluta, sustentando que a justiça reside na busca da felicidade pelo homem, numa ordem justa, sob o prisma coletivo.

Na singeleza desta abordagem, objetivamos trazer à baila uma reflexão sobre a importância do fenômeno jurídico da jurisdição na sociedade, dentro do enfoque de que o Poder Judiciário, como última instância da esperança do cidadão de fazer valer os seus direitos violados, é também responsável pela promoção de transformações sociais, dando efetividade à lei e resguardando o Estado Democrático de Direito. E mais, que as sobreditas transformações somente serão efetivas a partir do momento em que os operadores do direito passem a compreender as causas e as consequências que estão além do direito positivo, este muitas vezes dissociado da realidade social, até mesmo por sua defasagem temporal. Na mesma esteira, objetivamos demonstrar que é imperioso que cada magistrado tenha consciência da importância de sua nobilíssima missão perante aqueles que depositam no Judiciário a esperança de solução de seus problemas, que estão relacionados com as coisas mais importantes de suas vidas, tudo em prol da busca da felicidade, razão maior da existência de todo ser humano. Lembrando sempre que tudo que ofende a condição humana não é justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy (Org.). *Ideologias políticas*. Brasília: Ed. UnB, 1975.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004.

NADER, Paulo. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, ano II, n. 4, p.118, julho a dezembro de 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 1996.

SOUSA JÚNIOR. *Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

9

A DECISÃO JUDICIAL NO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Thiago Brega de Assis¹

RESUMO

Ciência, segundo o dicionário, tem, entre outros, os significados de “conhecimento” e “saber que se adquire pela instrução”. Tendo em vista que a decisão judicial decorre da atividade do juiz ao apreciar a matéria do processo, é possível enquadrá-la como um ato científico. O julgamento envolve o conhecimento de questões fáticas e normativas, implicando em análises de ciências naturais e jurídicas. Este trabalho estuda, ainda que sucintamente, o esforço do magistrado para superar os desafios probatórios e normativo-ideológicos e proferir uma decisão justa.

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi apresentado originalmente ao professor Ricardo Nery Falbo, como monografia da disciplina Epistemologia das Ciências Sociais, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tendo sofrido alterações pontuais para adequá-lo à publicação na Revista Amagis Jurídica.

A finalidade do texto é estudar a decisão judicial no campo do conhecimento, pois é pautada pelo atendimento a uma série de requisitos que são também utilizados pelo cientista na busca da verdade e da explicação racional do objeto de seu estudo.

¹ 165.º Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Se a ciência se preocupa com a melhoria da experiência do ser, esta também é a finalidade do Direito, em que a decisão judicial é fundamental, com suas vertentes fática e normativa.

1. A DECISÃO JUDICIAL NO CAMPO DO CONHECIMENTO

Como a finalidade do conhecimento humano é permitir a superação das dificuldades impostas pela natureza ou pelo próprio homem à satisfação de suas necessidades, pode-se questionar se é possível enquadrar a decisão judicial no campo do conhecimento, na medida em que é proferida para solucionar uma dificuldade, representada por uma pretensão insatisfeita, individual ou social.

No ato de julgar, o magistrado reúne conhecimentos de ordem normativa, valorativa e fática, o que não pode ser feito de forma arbitrária, devendo seguir determinados critérios, em tanto quanto às questões normativas e valorativas, como ao procedimento.

O julgamento, portanto, envolve um ato de conhecimento e também a aplicação de uma série de técnicas para a incidência do Direito ao caso concreto.

Contudo, essa conduta implica em superarpreconceitos, de modo que a decisão signifique a solução mais correta segundo a realidade dos fatos e conforme as normas vigentes, considerando os interesses dos envolvidos, a sua proteção pelo direito, e uma postura teoricamente isenta do julgador perante esses dados.

Desse modo, a conduta do magistrado pode ser equiparada à do cientista, procurando atingir a resposta mais precisa do ponto de vista técnico, de modo a não destoar do sistema jurídico, e científico, que rege os respectivos comportamentos humanos. A decisão não é um ato autônomo, mas a concentração de todo um conjunto de preceitos de ordem moral, social, política, jurídica, econômica etc., haja vista que não é possível isolar completamente um caso judicial do seu contexto.

No atual estágio do conhecimento, o que não pode ser desprezado pelo jurista, a interdependência entre os fatos e eventos deve ser objeto de reflexão e ponderação por parte do julgador.

Infelizmente, isso não é o que sempre ocorre no cotidiano forense, pois assim como o cientista pode não resistir aos “obstáculos epistemológicos” do conhecimento, o juiz também costuma ficar preso aos estágios estacionados do Direito, ou de suas opiniões, a despeito das peculiaridades do caso em análise e da necessidade de enfrentamento dos supostos limites do conhecimento para a melhor solução da questão.

Não basta ao magistrado proferir uma decisão qualquer, é mister fazê-lo oferecendo os argumentos e métodos pelos quais chegou racionalmente à sua conclusão. A juridicidade deve ser demonstrada, não sob um aspecto isolado, mas conforme o sistema jurídico e os valores por ele adotados.

Seguindo um rigor metodológico, num paralelo com o cientista, o juiz deve dar “importância à organização racional de suas experiências”² do caso em análise, pois o Direito é conhecimento teleológico, argumentativo e, também, explicativo, para o qual a exposição linguístico-racional relacionada aos fatos respectivos é fundamental.

A decisão judicial envolve ato de pensamento, de conhecimento, para resolver um problema, exigindo uma resposta racional segundo o sistema jurídico vigente, em postura semelhante à do cientista. Uma diferença consiste no fato de que o conhecimento científico do Direito exige mais do que uma única decisão, envolvendo uma análise do conjunto de decisões sobre o tema, as normas pertinentes, e, por que não, o comportamento das pessoas em face dessas decisões. Como semelhança, tanto o juiz quanto o cientista estão limitados em seu conhecimento da realidade por restrições formais e/ou técnicas, o que leva muitas vezes a resultados dissonantes da “realidade”.

A falha na decisão judicial pode ser comprovada por descoberta de novos fatos, que não haviam sido apreciados no momento do julgamento, seja por meio de um recurso, corrigindo-se o erro ainda em tempo de favorecer a parte com razão, ou posteriormente, quando já consolidadas as consequências do respectivo equívoco. Uma teoria do conhecimento, do mesmo modo, pode ser corrigida após os questio-

² BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1983, p. 15.

namentos da comunidade científica, até muito depois, quando a evolução da técnica permitir a verificação e a confirmação ou refutação das hipóteses em questão.

Assim, o julgamento é parte integrante do processo científico do Direito, ainda mais quando há evolução sobre o entendimento até então dominante sobre a matéria. Segundo Bachelard, a ciência procura melhorar a experiência do ser, a promoção do ser humano, o que pode ser aplicado no campo jurídico, que tem por finalidade a plena realização da humanidade. O jurista deve elevar seu conhecimento até os limites da sua ciência, e, diante da situação concreta, aplicar o conhecimento sobre o caso, e mesmo superá-lo, quando necessário, reinterpretando o Direito e avançando no saber respectivo.

O conhecimento jurídico evolui, sendo que seu avanço ocorre tanto em razão de alterações legislativas como em virtude de decisões judiciais. Aplicável ao Direito o que Japiassu³ diz da ciência

Ora, hoje em dia, o conhecimento passou a ser considerado como um processo e não como um dado adquirido uma vez por todas. Esta noção de conhecimento foi substituída por outra, que o vê antes de tudo como um processo, como uma história que, aos poucos e incessantemente, fazem-nos captar a realidade a ser conhecida. Devemos falar hoje de conhecimento-processo e não mais conhecimento-estado. Se nosso conhecimento se apresenta em devir, só conhecemos realmente quando passamos de um conhecimento menor para um conhecimento maior.

Os eventos sociais ocorrem de forma rápida, independentemente da existência de normas, o que exige do legislador e do jurista uma constante adaptação e interpretação dos acontecimentos segundo as necessidades, sendo que o processo de mudança na sociedade deve ser considerado na interpretação e aplicação do Direito, aumentando, assim, o conhecimento jurídico sobre as relações humanas.

Outrossim, a decisão judicial está incluída no processo de conhecimento do Direito, servindo de dado para o cientista que irá refletir sobre esse ato, comparando-o com os demais da mesma espécie sobre o assunto e com as previsões do sistema normativo sobre o caso, sua

³ JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p. 21.

manutenção ou evolução, pois “os conhecimentos não são considerados como construções autônomas e individuais, mas como atividades sociais, inseridas num determinado contexto sociocultural”.⁴

2. ENTRE OS FATOS E SEU CONHECIMENTO

O Direito costuma ser enquadrado como ciência social aplicada, na medida em que o seu conhecimento deve ser utilizado para resolver problemas concretos de ordem social. Não é filosofia pura, que teria por finalidade conhecer e explicar os fenômenos da vida, mas sem uma aplicação imediata, como também não está relacionado apenas à análise de caso concretos em si e por si, pois é considerado um sistema, em que existe coerência entre as decisões, ao menos em tese.

A aplicação do conhecimento jurídico envolve dois problemas de ordem cognitiva: quanto aos elementos empíricos, relativamente aos fatos em discussão, e aos seus aspectos legais, sobre as questões normativas do caso.

Segundo Bobbio,⁵ a ciência jurídica é uma ciência formal em sentido amplo, pois não é mera lógica, e também se distingue das ciências empíricas, tendo em vista que sua finalidade não é a simples explicação dos fenômenos físicos enquanto tais, mas sua qualificação jurídica. Fazendo referência a Ihering, citado autor fala de “construção” como fenômeno jurídico por excelência, que consiste em “definir un hecho, un acto, una relación, una institución, com el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos”. Assim, por meio da “construção”, o jurista faz a subsunção de um ato, uma relação ou uma instituição nesta ou naquela categoria jurídica, com a finalidade de lhe atribuir tal ou qual qualificação normativa e ordená-lo dentro do sistema.⁶

Portanto, a ciência do Direito passa dos fatos às normas que os regulam, o que faz dupla a dificuldade do julgador: definir os fatos e o direito.

⁴ JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p. 27.

⁵ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 23.

⁶ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 24.

“Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável”.⁷ Desse modo, os fatos não são simples premissas sobre as quais incidirão as normas, mas também objeto específico do conhecimento e da decisão do julgador.

Ainda que, após os descobrimentos da nova física, sejam questionáveis as conclusões definitivas sobre o que se entende por realidade, o Direito não pode ficar sujeito a simples possibilidades, pois a sociedade precisa de solidez em suas relações jurídicas, vivendo uma expectativa de segurança, ainda que esta não seja concreta. Com a importância da realidade econômica, e seu poder sobre as relações sociais, políticas e jurídicas, é exigido que o Direito tenha um grau máximo possível de previsibilidade, mesmo que sabidamente falível.

A busca por parâmetro, generalização e universalização é cotidiana nas ciências, mesmo nas chamadas humanas, o que é destacado como fundamental para Clifford Geertz:⁸ “a tentativa de restaurar um conceito de ‘Natureza Humana’ independente do contexto como um baluarte contra o relativismo, e a tentativa de reinstaurar igualmente um conceito similar daquela outra velha amiga, ‘A Mente Humana’”. Ainda que o autor se refira aos valores, sua assertiva também se aplica aos fatos, pois é possível chegar a um conhecimento comum dos fatos, uma espécie de consenso, mesmo que parcial, sobre a realidade, de modo que possa ser objeto da incidência normativa, e sua interpretação valorativa.

Há situações em que a concepção dos fatos fica ofuscada, principalmente quando existe maior intensidade emocional do observador ou interlocutor, mas a busca por uma explicação universal dos fenômenos também é estimulada, e mesmo desejada.

Na modernidade, existe uma tentativa de superação do relativismo moral, psíquico e conceitual que procura levar a uma racionalidade

⁷ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 423.

⁸ GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 54.

dade universal. Mesmo sendo inegável a diferença e a existência de situações únicas, mas não mais basta uma aceitação dos fatos por inspiração divina ou por autoridade do soberano, sendo exigida atualmente uma construção racional e dialética dos fatos, que seja compreensível e inteligível ao menos por aqueles membros da sociedade que se convencionou terem acesso ao conhecimento.

Nesse sentido, como os rigores da ciência passaram a ser exigidos em todos os campos do saber, aumentou a conotação científica sobre a matéria de fato no julgamento. Segundo Giovanni Verde,⁹ na questão dos fatos e das provas é preciso ter em conta

a) a necessidade de construir a investigação do juiz como racional; b) a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito; c) a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos; e) a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos.

Não se pode esquecer que o conhecimento dos fatos no curso de um processo possui características próprias, algumas vezes permitindo a dissonância entre a realidade fática e a realidade processual, como nas presunções e ficções jurídicas, apesar de haver uma tendência cada vez maior de busca pela verdade real.

Todavia, como regra, o conceito de prova dos fatos está relacionado ao conhecimento comum, sendo que a partir de determinados fatos presumivelmente verdadeiros são extraídos outros como também existentes.

O Direito deve se socorrer das demais ciências para chegar à conclusão acerca dos eventos sobre os quais devem incidir as normas.

Se o método das ciências biológicas é o mais adequado para apurar ou avaliar os dados que podem acertar os fatos, a ele deve recorrer o juiz. E assim, do mesmo modo, deve ele fazer

⁹ *Apud* GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 431.

uso dos métodos de todas as demais áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a física, a matemática, a sociologia etc.¹⁰

Portanto, como o Direito não é ciência abstrata, é necessário definir a realidade a ser qualificada pela norma jurídica. A existência ou não de um acontecimento, ou a forma como ele ocorreu é fundamental para que a decisão judicial possa ser (bem) proferida, haja vista a relevância da dimensão fática para sua correta conjugação com as dimensões normativa e valorativa.

Sabidamente, o ato de conhecimento está sujeito a equívocos, notadamente quanto à efetiva correspondência entre o mundo fenomênico e aquela realidade declarada pelo observador, ou pelo juiz, pois o julgador nem sempre tem o zelo necessário, assim como o próprio cientista, na busca da verdade. Ainda que o juiz possa investigar os fatos, determinando a realização de provas para o seu esclarecimento, é pouco aplicada a regra do art. 130 do Código de Processo Civil – CPC, segundo a qual faculta-se ao magistrado a iniciativa própria da produção das provas.

Há respeitável entendimento em sentido contrário à cognição judicial como ato de ciência, uma vez que o julgador se rende à situação concreta posta à sua apreciação, dizendo Leonardo Greco que a decisão judicial se dá “abandonando qualquer correspondência dos fatos do processo com a verdade objetiva e renunciando a qualquer possibilidade de equiparar a cognição judicial à que se desenvolve racionalmente em outras ciências, mesmo experimentais”.¹¹ O mesmo autor, em seguida, reafirma

Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza de validade apenas no caso concreto,

¹⁰ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 435.

¹¹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 440.

mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem.¹²

Ainda que a decisão judicial possa não ter seus pressupostos de fato em correspondência com os fenômenos que aprecia, isso não afasta o conhecimento da análise fenomênica ocorrente na decisão judicial. O cientista do século XVI não era menos cientista que o do século XXI em razão de as descobertas deste terem infirmado as daquele. O que se tem é uma diversidade de instrumentos e de meios para a busca dos fenômenos que são observados.

Diante do princípio dispositivo, a maioria dos magistrados acaba por se contentar com as provas ofertadas pelas partes, deixando de lado a autorização do art. 130 do CPC.

Entrementes, não se pode entender como adequada uma despreocupação do juiz com a realidade objetiva, pois a incidência das normas deve ser feita em relação aos fatos concretamente existentes, de modo a realizar efetivamente o direito vigente.

A busca na cognição judicial deve ser pela verdade real, não podendo haver, como regra, satisfação com a verdade formal. Ainda que o contato do juiz com os fatos seja indireto, pois a eles chega por meio das provas, deve procurar ter a máxima certeza em relação aos pontos sobre o que julga, formando sua convicção para decidir e convencer os jurisdicionados, mesmo sendo indiscutível a possibilidade de erro.

Desse modo, a posição do julgador é semelhante à do cientista, na busca da coerência entre a convicção racionalizada dos fatos e a realidade empírica respectiva. Outrossim, o juiz deve buscar não somente a argumentação sobre o objeto probatório, fundamentando seu conhecimento e convencimento, mas fazer com que haja sustentação empírico-processual na sua decisão.

A fundamentação da decisão é, assim, o que a coloca como ato de conhecimento, pois nela está encontrada sua racionalidade. Segundo Rorty,¹³

¹² GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In: Estudos de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 441.

¹³ RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Relume-Dumará, 1995, p. 165-166.

podemos pensar no conhecimento como uma relação a proposições e, assim, na justificação como uma relação entre as proposições em questão e outras proposições das quais as primeiras possam ser inferidas. Ou podemos pensar tanto em conhecimento como em justificação enquanto relações privilegiadas aos objetos sobre os quais são essas proposições. Se pensarmos do primeiro modo, não veremos nenhuma necessidade de terminar o regresso potencialmente infinito de proposições-trazidas-em-defesa-de-outras-proposições. Seria uma tolice manter em andamento a conversação sobre o assunto, uma vez que todos, ou a maioria, ou os sábios, estão satisfeitos; mas naturalmente nós *podemos*. Se pensarmos no conhecimento do segundo modo, desejaremos querer chegar às causas por trás das razões, para além do argumento à compulsão do objeto conhecido, a uma situação em que o argumento não seria apenas tolo mas impossível; pois quem quer que seja dominado pelo objeto da maneira requerida será *incapaz* de duvidar ou ver uma alternativa. Chegar a esse ponto é chegar aos fundamentos do conhecimento.

Outrossim, na decisão estão as proposições das partes, em relação às quais existem os elementos de prova, também objeto de proposições, e fazendo a relação de umas e outros o juiz decide a causa de modo que as ligações e argumentações satisfaçam as partes, ou mesmo o tribunal que irá apreciar eventual recurso (*todos, a maioria ou os sábios*). E é necessário que os elementos de convicção encontrem respaldo no processo, que representa a realidade do julgador e que impressionou os seus sentidos, devendo ser capazes de persuadir o interlocutor.

Portanto, o convencimento do julgador acerca da realidade envolve um juízo lógico-cognoscitivo dos fatos, baseando-se em elementos fáticos e linguísticos, pois assim como o filósofo deve examinar suas atividades epistemológicas “limitando suas afirmações ao que pode ser apropriadamente ‘sustentado’”,¹⁴ se o juiz se afastar do que é sustentado, sua decisão será passível de correção pela instância superior.

Mesmo sendo claros os limites do conhecimento do juiz, também há limitação para o saber científico, sendo possível ver o ato do juiz como ato científico de conhecimento, ainda que suas conclu-

¹⁴ RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Relume-Dumará, 1995, p. 168.

sões possam ser questionadas por outra instância. Essa revisão pode ser encarada como a verificabilidade da decisão, colocando seu ato em um contexto maior, como o do processo, principalmente porque a confirmação do conhecimento é feita nos desdobramentos desse processo.

Portanto, o julgador realiza um ato de conhecimento quando profere uma decisão, o que não fica afastado pelo fato de eventualmente não haver perfeita correspondência entre os fatos descritos na decisão judicial e a realidade fenomênica, pois também ocorre de o cientista ser questionado e contestado, demonstrando-se, inclusive, sua incorreção. Se o erro não infirma a teoria ou o ato como científico, mas apenas a veracidade e correção de suas conclusões, a falha do juiz também não retira a feição cognoscitiva da sua decisão.

3. A DEFINIÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL

Além de conhecer os fatos da causa, deve o julgador enquadrá-los segundo normas, aplicando o Direito. Essa é outra tarefa que desafia a argúcia e o conhecimento do juiz, notadamente porque as normas não têm aplicação uníssona, havendo muitas hipóteses de divergência na sua interpretação.

A posição ideológica do intérprete pode ser fundamental para que se entenda sua concepção da norma. Consciente ou inconscientemente, o julgador possui uma tendência de julgar a questão posta à sua apreciação segundo visões preconcebidas do Direito.

Assim como o Direito não é neutro, pois as normas são ditas para realizar valores e conformar a realidade segundo modelos de comportamento previamente escolhidos, o magistrado também possui seus valores pessoais, por vezes conflitantes com aqueles adotados pela norma estatal, e que podem influir em sua decisão em maior ou menor escala, inclusive no que se refere à escolha da regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

...todo investigador se situa no interior de um quadro lingüístico que lhe é transmitido pela tradição e que, em geral, não é questionado pelo investigador. Claro, ele não herda somente um

léxico, mas também uma sintaxe, e, a um nível mais elevado ainda de abstração, o que podemos chamar de orientações teóricas e metodológicas ou, se julgarmos este vocábulo mais oportuno, de paradigmas.¹⁵

Ainda que referida passagem de Boudon tenha sido extraída no contexto da influência da ideologia no contexto das ciências, também é aplicável ao Direito, tendo em vista que o juiz realiza um ato de conhecimento estando inserido em um contexto social, com ideologias.

No que se refere ao Direito, pode-se dizer que tradicionalmente houve dois paradigmas para descrever a realidade jurídica, a positivista e a jusnaturalista. E desde a própria faculdade, ou mesmo antes, quando tem os primeiros contatos com a Ciência Jurídica, o jurista recebe orientações dos referidos modelos teóricos do Direito, que irão conformar a sua própria concepção sobre esse objeto.

Segundo Bobbio, a oposição entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, mais do que um contraste entre gerações e entre concepções do Direito, consiste em um conflito entre nossa vocação científica e nossa consciência moral, entre a profissão de cientista e a missão como homem.¹⁶

Desse modo, o julgador, ao escolher a norma aplicável ao caso, ainda que inconscientemente, estará sujeito a influências do positivismo, do jusnaturalismo, e, eventualmente, de ambos. Estará ele entre simplesmente aplicar o comando legal previsto pelo Poder Estatal constituído ou resolver a questão da maneira mais justa, para o que pesam as concepções sociais e pessoais de justiça, ou ainda valores não diretamente positivados, notadamente quando possa haver contradição entre uma possível decisão e outra.

A questão posta sob esse prisma coloca o problema na função que é dada ao Direito segundo a corrente que se escolher, a de dar segurança social ou a de realizar a justiça como valor a ser alcançado.

¹⁵ BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, p. 117.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 9.

O julgador se coloca, mesmo que disso não tenha plena consciência, entre as finalidades do Direito e suas normas. Para Boudon,¹⁷ tratando do peso da ideologia no contexto do conhecimento científico,

a análise funcional consiste em mostrar que tal ou qual instituição faz sentido para um conjunto de indivíduos, seja porque responde a necessidades ou a demandas facilmente inteligíveis por eles, seja porque permite resolver um problema que se coloca para o grupo, dentro de condições aceitáveis por seus membros.

No que se refere à aplicação funcional das normas, a posição do membro no grupo fará grande diferença quanto à aceitação ou não do que se entende pelo Direito, pois enquanto para a “classe dominante” o Direito tem a finalidade de manter a ordem, perpetuando o poder e o *status quo*, haja vista que controla o organismo estatal, os meios de comunicação e os respectivos mecanismos de atuação, para o “grupo dominado” sua função é justamente permitir o acesso àquelas instituições sociais e seus benefícios, que estão nas mãos da classe favorecida. Portanto, o interesse na definição do que é Direito e qual o objetivo das normas irá variar segundo a colocação social do sujeito.

O juiz deve-se colocar entre as posições dos interessados, sendo imparcial, tratando igualmente os envolvidos, em especial no que se refere à importância e à atenção dada às suas pretensões. Mas também o julgador pode-se ver, no seu contexto social, como integrante de uma das classes da comunidade, inclusive identificando-a como uma das partes, mesmo que no campo ideológico, o que não pode, em tese, interferir na solução da causa.

Como o Direito possui grande conotação interpretativa, tanto dos fatos como, principalmente, das normas que lhes regularão, o sentido dos preceitos normativos e seus efeitos ideológicos podem ser percebidos na decisão judicial. Assim, em se tratando de ato interpretativo, “a ideologia é, por assim dizer, imanente à própria interpretação”, dizendo Boudon, ainda, que a “influência ideológica das ciências sociais

¹⁷ BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, p. 204.

é, portanto, muito mais difícil de ser isolada quando se trata de sua dimensão interpretativa”.¹⁸

Desse modo, para o paradigma formalista do Direito, que o vê enquanto norma posta pela autoridade, basta que a interpretação da norma seja logicamente adequada para que esteja em conformidade com as convicções do respectivo grupo e, assim, correta do ponto de vista jurídico.

O positivismo é o modelo dos dogmas, valendo apenas uma interpretação privilegiada do mundo, segundo acepções lógico-dedutivas e critérios máximos de objetividade; e no que se refere ao Direito, segundo as normas positivadas pela autoridade competente.

Contudo, não mais se tem aceitado um conhecimento desvinculado de seus resultados, pois a aplicação cega das normas pode levar não só a injustiça, mas a situações inaceitáveis para a comunidade a que se destina, segundo os padrões dominantes de valor. Daí por que o Direito, como conhecimento na pós-modernidade, deve ser utilizado em conformidade com sua necessidade social, melhorando a vida das pessoas, e não apenas usado artificial e mecanicamente.

O juiz não pode ficar alheio à comunidade em que vive, ou ao que se espera do Poder Judiciário, como autoridade estatal incumbida de aplicar a lei, sendo esta tida, em princípio, como justa. No ato de decidir, a definição a ser dada sobre a quem pertence a razão tutelada pelas normas poderá exigir mais do que mera lógica do julgador.

A ciência é um conjunto de práticas que pressupõe um certo número de virtudes, tais como a imaginação e a criatividade, a disponibilidade para se submeter à crítica e ao teste público, o caráter cooperativo e comunitário da investigação científica, virtudes que, apesar de características do método científico, devem ser cultivadas no plano moral e político para que se concretize o projecto de 'democracia criativa'.¹⁹

¹⁸ BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, p. 221

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Afrontamento, 1993, p. 26-27.

Portanto, assim como o cientista, o jurista se preocupa cada dia mais com aplicação prática do Direito, o que pôde ser notado com facilidade a partir do fim da Segunda Grande Guerra, que levou a humanidade a refletir sobre os reflexos sociais das atividades científicas, e tendo em vista os padrões formais e neutros de Direito que permitiram o massacre de milhões de seres humanos.

Ao Direito se aplicam as advertências de Boaventura de Souza Santos sobre o conhecimento científico, que deve ser utilizado de forma prudente para levar a humanidade a uma vida decente.

A decisão judicial deve ser proferida não apenas sob o aspecto estritamente técnico, mas também “abordando a realidade partindo daquilo a que James chamou as ‘últimas coisas’, isto é, partindo das consequências, do impacto sobre o mundo da vida e sobre a nossa vida pessoal e coletiva”.²⁰

O Direito tem uma finalidade, uma teleologia, que pode ser encontrada nos valores que servem de suporte para a edição das normas. O humanismo teve forte influência no Direito, fazendo com que cada dia mais se procure realizar a justiça por meio das decisões judiciais, como reflexo da sua visão ideológica, senão do jusnaturalismo, ao menos de sua versão mais “científica”, de um racionalismo jurídico humano.

Ainda assim, o ato de conhecimento da decisão judicial não pode ser arbitrário, devendo seguir critérios para que seja o mais adequado à realidade fática e jurídica, e uma vez que haja abuso por parte do magistrado, em um ou outro ponto, haverá a possibilidade de correção por uma corte revisora, que, como regra, possuindo mais experiência, poderá corrigir os eventuais equívocos do primeiro julgador.

Ao decidir um caso, o juiz deve se afastar de seus preconceitos para receber as alegações das partes sobre as normas aplicáveis, do mesmo modo como o cientista deve procurar se afastar das influências ideológicas, organizando racionalmente os dados constantes do processo, para buscar a sua melhor classificação jurídica. Para uma definição mais isenta do fenômeno que lhe é colocado para análise,

²⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 103.

inicialmente o juiz deve abrir sua mente para receber as novas informações e, então, decidir com isenção.

Todavia, ainda que deva abstrair a questão posta inicialmente à sua apreciação para não ser influenciado por preconceitos, no momento da decisão é importante verificar as consequências que advirão para os envolvidos, segundo os ditames normativos do caso, atentando para os valores que lhes estão subjacentes. É cada dia maior a preocupação do julgador, e do Poder Judiciário, com os reflexos sociais de sua decisão, e a ordem que representa, ainda que não seja unânime, ou mesmo totalmente consciente, essa questão.

Nesse sentido, é possível aplicar à decisão judicial a dupla ruptura epistemológica que Boaventura de Souza Santos entende dever ser usada na metodologia científica, pois, para o referido autor, depois de o cientista se desvincular de seus preconceitos e conhecimentos não científicos, deve novamente romper com a primeira ruptura epistemológica, transformando “o conhecimento científico num novo senso comum”,²¹ pois o julgamento irá afetar a vida de seres humanos, que devem ser considerados como tais, dignos de consideração e respeito.

Outrossim, como o Direito moderno está ligado ao Estado Democrático, em que, em tese, o poder tem origem na comunidade e é exercido em benefício desta, o julgador deve voltar sua decisão para que esteja devidamente inserida em seu contexto sociopolítico, atentando para os seus valores sociais e culturais, que não podem ser ignorados, mas devem ser realizados pelo Estado, pois as normas que este dita e aplica pelo Judiciário manifestam os aludidos valores.

E é justamente nesse ponto que importará mais a postura ideológica em que estiver inserido o julgador, que pode ter suas concepções do mundo jurídico incluídas no paradigma positivista ou no paradigma jusnaturalista, ou segundo uma visão mais liberal ou intervencionista da atividade estatal, existindo em ambos os casos posturas mais moderadas e mais extremas.

²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 107.

Nos dias atuais, a inserção ideológica em uma ou outra corrente do pensamento jurídico é muito mais sutil, mas não deixa de existir.

O Direito possui uma instância ética ou axiológica, havendo nas Constituições modernas do mundo ocidental menção aos valores e princípios jurídicos em seus textos, o que dá uma nova conotação ao positivismo e ao jusnaturalismo, assim como ao que representa o Direito.

Portanto, com a era principiológica no Direito, o dilema na definição da norma a ser aplicável não é mais tanto quanto à sua previsão no sistema normativo, mas ao sentido de determinados preceitos, ou mesmo sua extensão. Segundo o positivismo, as normas, notadamente os princípios, devem ser interpretadas de forma estrita, de modo que a decisão judicial não implique em inovação no ordenamento jurídico, mas em expressão concreta da regra prevista pelo legislador. Para Teubner²²

Este é, de resto, o caso do moderno direito “positivo”: as normas jurídicas podem apenas ser produzidas através de actos jurídicos especificamente definidos, consistam estes em leis, em decisões judiciais, ou em estatutos organizacionais ou associativos; nos nossos dias, o próprio direito consuetudinário deve ser visto como um direito de criação jurisprudencial, já que a sua validade jurídico-positiva depende de um acto jurídico “constitutivo” (e não meramente “declaratório”).

Saliente-se que no sistema da *common law* é possível a criação do direito por decisão judicial, como regra, diferentemente da *civil law*, em que a formação do direito depende de ato do Poder Legislativo, que, em tese, dita o único direito existente, o direito positivo, como *ato jurídico especificamente definido*.

Para o jusnaturalismo, é possível a aplicação dos princípios, ainda que não positivados, para solucionar um caso com base tão somente nos princípios, de textura aberta e que permitem uma abrangência mais ampla, sem as restrições das regras concretas. A finalidade da norma, e do Direito, é realizar justiça, e ainda que não prevista determinada solução

²² TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoietico. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 85.

de forma direta ou expressa pelas regras, deve ser inferida do sistema para que a decisão satisfaça aos ideais de equidade, pois o direito natural é superior ao direito positivo, podendo a este se sobrepor.

Desse modo, a concepção do que é Direito irá variar segundo posição do julgador, segundo sua posição conceitual na teoria do Direito.

Para o positivismo deve-se entender o “derecho como voluntad del soberano”,²³ enquanto a corrente jusnaturalista o vê como “una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía”.²⁴

Contudo, a postura radical em um ou outro lado não pode ser aceita sem críticas, havendo como compatibilizar uma ideologia axiológica do Direito a uma aplicação crítica das leis, sem que haja um completo abandono destas. Segundo Bobbio,²⁵

ningún jurista puede sensatamente rechazar la exigencia de una crítica de las leyes, de la que ha sido portador históricamente el jusnaturalismo en sus diversas formas, entendida esta crítica “como el filtro al que la conciencia no puede dejar de someter todo precepto que se presente como algo querido por otro, pero todavía no por nosotros”. Desde este punto de vista, el jusnaturalismo, con respecto al positivismo jurídico, no es otra cosa que una invitación dirigida al jurista para que tenga en cuenta que frente al derecho, como frente a todo fenómeno de la comunidad humana, se puede adoptar, además de la actitud del investigador escrupuloso, imparcial, metódico, también la actitud valorativa del crítico, y que del ejercicio de esta segunda actividad dependen el cambio, la transformación y la evolución del derecho.

Desse modo, a definição do Direito deve ser criativa e adequada às necessidades sociais, pelo que a decisão judicial deve realizar a norma que melhor represente os anseios fundamentais da comunidade, de forma crítica e proveitosa para os interessados, para aperfeiçoar

²³ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Barcelona: Fontamara, 1994, p. 80.

²⁴ *Ibidem*, p. 81.

²⁵ *Idem*, p. 85.

o sistema social, valendo-se de critérios de julgamento aceitos pela comunidade jurídica, servindo como um instrumento da plena cidadania e de realização da pessoa humana e seus mais elevados valores, em uma lógica humana, razoável e dinâmica, assim como o conhecimento científico.

CONCLUSÃO

A decisão judicial pode ser enquadrada como um ato de conhecimento, equiparando-se a conduta do julgador à do cientista.

O erro eventual de julgamento não afasta o seu caráter cognoscitivo, pois também o cientista está sujeito a falhas.

O conhecimento pode ser considerado um processo, no que se inclui o jurídico, permitindo, assim, sua evolução, passando de um estado de ciência a outro, que possa ser mais útil para a comunidade a que deve servir.

Existem duas questões básicas de ordem cognitiva no conhecimento realizado na decisão judicial, as relativas aos fatos e as referentes aos seus aspectos normativos.

A ciência moderna exige rigor na apreciação dos fenômenos, o que também se aplica à análise fática feita na decisão judicial, de modo a se permitir o controle da sua racionalidade, notadamente pela fundamentação.

O Direito não é neutro, pois existe para realizar valores e conformar a realidade, sendo que também o magistrado tem seus valores pessoais, que podem divergir daqueles adotados pela norma estatal e influir em sua decisão. Por essa razão, deve o julgador se desfazer de seus preconceitos para que possa decidir de forma mais justa e imparcial.

Por possuir conotação interpretativa, sofre o Direito influências ideológicas, que podem interferir na sua aplicação, inclusive alterando o próprio sentido e alcance da norma. A definição do Direito, portanto, pode variar segundo a visão do intérprete, o que tem repercussão em sua aplicação, notadamente na decisão judicial.

O Direito é um conhecimento teleológico, possuindo um fim a ser atingido, no sentido de realizar os valores considerados dignos de respeito, voltados para permitir que a humanidade tenha uma vida descente.

É possível adequar a ideologia axiológica do Direito a uma aplicação crítica das leis, sem radicalismo, pois não há como negar a norma e sua importância na experiência jurídica, que deve ser aplicada segundo sua função de servir a comunidade e permitir sua evolução, pelo que a decisão judicial deve ser um instrumento da cidadania para a realização da pessoa humana, seus valores e dignidade.

10

ASPECTOS POLÊMICOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Vitor Luís de Almeida¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar alguns polêmicos aspectos afetos à “judicialização da saúde”, fenômeno atual e reiterado no âmbito do Poder Judiciário. A necessidade de compatibilização entre a teoria do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, aliada à aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso, apresentam-se como interpretações imperativas para definição da amplitude da proteção do direito à saúde. A suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes e a existência ou não de solidariedade entre os entes federados na efetivação das prestações inerentes à saúde, completam as discussões sobre esse direito fundamental, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e ao próprio direito à vida.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Teoria do Mínimo Existencial. Cláusula da Reserva do Possível. Princípio da Vedação do Retrocesso. Tripartição dos Poderes. Solidariedade dos Entes Federados.

¹ Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor universitário e dos cursos de formação da PMMG. Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT. Graduado e Especialista em Direito Público Municipal pela UNIMONTES/MG.

1. INTRODUÇÃO

O termo saúde, segundo reminiscências históricas, foi utilizado, desde tempos remotos, pelos pensadores da Grécia antiga. Não obstante, foi a partir do ano de 1946, com a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, que a definição do termo foi ampliada, deixando de consistir apenas na ausência de doenças ou enfermidades, para caracterizar um estado de completo bem-estar, abrangendo os âmbitos físico, mental e social do ser humano. Ainda segundo a OMS, a saúde constitui um direito fundamental do homem, sendo os governos responsáveis pela adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas à garantia da saúde de seus povos.

No Brasil, o tema saúde foi tratado pelas constituições pretéritas apenas no sentido administrativo no intuito de estabelecerem-se medidas organizacionais, sobretudo no combate a doenças endêmicas e epidêmicas. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a “Constituição Cidadã”, a saúde passou a ser tratada como direito fundamental do ser humano, sendo dever do Estado o estabelecimento de prestações positivas no sentido de garantir sua efetividade.

Neste contexto, a saúde mostra-se como bem intangível do cidadão brasileiro, diretamente ligada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, devendo estar intimamente integrada às políticas públicas governamentais.

Dentro da temática da realização do direito à saúde e de sua garantia por parte do Poder Judiciário, no âmbito do que se tem designado como “judicialização da saúde”, assume pontual relevância o estudo das questões inerentes à compatibilização da “teoria do mínimo existencial” e da “cláusula da reserva do possível”, bem como ao princípio da proibição do retrocesso, separação dos poderes e responsabilidade solidária dos entes federados na efetivação do direito fundamental à saúde.

2. A COLISÃO ENTRE A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A vigente “Magna Carta” do Estado Brasileiro consagra em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento

da República Federativa do Brasil. Dispõe ainda, no *caput* de seu artigo 5º, o direito à vida como fundamental à pessoa humana. À saúde, além de incluída entre os direitos sociais (também fundamentais eis que contidos no Título II da Constituição), elencados no artigo 6º, foi dedicada seção exclusiva inserta no Título VIII, Capítulo II, Seção II, artigos 196 a 200, dada a importância do tema verificada pelo poder constituinte. O direito à saúde, além de qualificar-se como fundamental, apresenta-se de forma indissociável ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O artigo 196 da Constituição Federal assim expressa: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

As normas constitucionais enunciam a saúde como direito subjetivo do homem, correspondente a um dever jurídico estatal. Na classificação da doutrina constitucionalista, são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer preceito complementar, aguardando apenas sua concretização pela Administração Pública. Assim sendo, a “Carta Maior” impõe o acesso à Saúde não apenas como norma programática, mas como prestação positiva do Estado, direito emoldurado como de segunda geração, consoante a tradicional classificação do renomado jurista italiano Norberto Bobbio.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso, citado por André da Silva Ordacgv, leciona que o artigo 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado: “Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art.196) ...”²

² *Apud* ORDACGV, André da Silva. *A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br>. Acesso em: 4 maio 2011.

Ao discorrer sobre o assunto, José Afonso da Silva entende da seguinte forma a saúde como um direito social:

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”.³

A teoria do mínimo existencial pode ser vista como um subsistema da teoria dos direitos fundamentais. Sua criação coincide com o desenvolvimento da teoria da justiça e se faz a partir da virada kantiana, ou seja, do retorno do pensamento jurídico-filosófico às raízes lançadas por Kant. Sua consagração afirma a existência de direitos mínimos, os quais não podem se afastados ou negados a nenhum homem; direitos considerados como os mais básicos do ser humano, como a vida, a liberdade e a própria saúde.

No Estado Democrático de Direito, em que nos encontramos inseridos, aprofunda-se a reflexão sobre o mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo, sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “eradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, consoante a norma disposta no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O direito mínimo existencial positivado tem também se manifestado nas declarações internacionais dos direitos humanos. Assim, está no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 312.

A teoria do mínimo existencial apresenta-se, portanto, como elemento constitucional de caráter essencial, com a finalidade de garantir a qualquer homem o acesso a um conjunto de necessidades básicas, sem as quais não poderá sobreviver.

Assevere-se que não pode qualquer direito, ainda que fundamental, transformar-se em mínimo existencial. Apenas aqueles direitos diretamente ligados à dignidade da vida humana, sem os quais não há a mínima possibilidade de sobrevivência do homem, são assim tratados. Neste contexto, entretanto, não pairam dúvidas de que o direito à saúde encontra-se abrangido pelo mínimo existencial, eis que sem sua efetivação não se pode compreender a viabilidade de existência do homem. Nesse sentido é o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.⁴

Lado outro, é constante a arguição defensiva dos entes federados, nas ações que envolvem a “judicialização da saúde”, baseada na cláusula da reserva do possível, a qual é assim explicada por Ana Paula Barcellos:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.⁵

A reserva do possível, para a doutrina, assume as formas fática e jurídica, como bem apresentadas por Salazar e Grou:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 326.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

O condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos é que recebe a denominação de Reserva do Possível. Tem-se falado em duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, diz respeito à inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio dos cofres públicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo.⁶

Assim, segundo a cláusula da reserva do possível, deverá sempre existir uma reserva orçamentária para a garantia das necessidades públicas básicas, a qual não pode ser afetada para o custeio de despesas específicas de um ou mais cidadãos. Com base nesse argumento, os entes públicos aduzem que caso forneçam determinado tratamento ou medicamento a cidadão específico, estarão impedindo que o restante da população tenha garantido seu acesso ao menos aos serviços básicos necessários.

Não obstante, acredita-se que tal argumento não pode prosperar, tendo em vista, especialmente, que a cláusula da reserva do possível não se reveste de caráter absoluto sendo que o direito à saúde encontra-se inserido no mínimo existencial, basilar à garantia da vida digna ao ser humano. Não se pode tolerar que a reserva do possível seja utilizada como meio a tornar legítima a negligência do Estado em viabilizar e tornar efetivas as políticas públicas necessárias ao custeio de medicamentos, tratamentos e outros procedimentos ligados à saúde dos cidadãos. Tal justificativa seria cabível apenas em casos excepcionais, nos quais a situação de calamidade do Estado, provocada por guerras, trágicos fenômenos naturais, graves crises econômicas, entre outros, comprovaria a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos orçamentários. Desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais não poderá ser acatada, ainda mais quando da existência de controvérsias sobre o não desperdício das verbas públicas, sua regular aplicação aos fins para os quais foram orçadas ou mesmo sua desnecessária vinculação

⁶ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. Teoria e prática. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 93-94.

a áreas não prioritárias do ponto de vista da efetivação dos direitos fundamentais.

Sobre a utilização da cláusula da reserva do possível perante os direitos fundamentais, posicionou-se o Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental:

(...) não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência (...) a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁷

Assim, apesar das divergências doutrinárias e também jurisprudenciais, a efetividade do âmbito de proteção do direito à saúde, norma constitucionalmente prevista, será garantida pela consideração da natureza prestacional desse direito e da compatibilização entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Como já referido, na condição de prestacional, o direito fundamental à saúde exige uma atuação positiva e ativa por parte do Estado. O alto significado social e o valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo poder público ante a omissão na implementação e efetivação de políticas públicas eficientes e responsáveis, sob pena de grave e injusta frustração de um compromisso constitucional que visa a preservação, em favor da população, de condições mínimas de existência.

Analisando a questão já se pronunciou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, utilizando a doutrina jurídica alemã:

⁷ ADPF 45/DF. Relator Ministro Celso de Melo. *Informativo* n. 345/2004. Disponível em: www.stf.jus.br.

(...) Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).⁸

Ademais, o devido cumprimento da norma constitucional que determina a efetivação e garantia ao direito fundamental à saúde nada mais faz do que respeitar a força normativa da Constituição, expressada por Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida.⁹

Condicionar a efetivação do direito à saúde, pura e simplesmente, à cláusula da reserva do possível, sem a efetiva comprovação da indisponibilidade, total ou parcial, dos recursos, do não desperdício e da devida aplicação daqueles disponíveis, revela-se como permissão à construção de uma intransponível barreira que impeça a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles compreendidos pela teoria do mínimo existencial, extremamente necessários à digna existência do ser humano.

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

À luz dos dispositivos constitucionais que versam sobre o direito fundamental à saúde, de caráter social, foi assumido pelo Estado brasileiro, no momento constituinte, o compromisso de realizar a saúde, garantidos os direitos à dignidade humana e à própria vida de seus cidadãos.

⁸ AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 – PE. Disponível em: www.stf.jus.br.

⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 19.

A amplitude constitucional reservada aos direitos sociais, imensurável conquista do povo brasileiro inserida no texto da “Constituição Cidadã”, tem por escopo garantir à população o respeito a direitos básicos, que viabilizem a dignidade de sua existência.

Nesta ótica, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso impede que as conquistas já alcançadas pelos cidadãos e pela própria sociedade sejam desconstituídas pela atuação do Estado, seja ela administrativa ou legislativa.

No processo de concretização dos direitos sociais, de natureza prestacional, o retrocesso é traduzido como verdadeira dimensão negativa, impedindo que os níveis dessas prerrogativas, já atingidos, solidificados e materializados, venham a ser reduzidos ou mesmo suprimidos, exceto em hipóteses extraordinárias, em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

A esse respeito, lapidar é a lição de J. J. Gomes Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de emprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.¹⁰

Por conseguinte, em sendo o direito à saúde um direito social, com amplitude já disposta pela própria lei fundamental do Estado

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

brasileiro, não se poderia retroceder na tutela e promoção de sua realização, mediante justificativas governamentais que não versem sobre questões excepcionais, sob pena de reversibilidade de direitos já constitucionalmente consagrados, em límpida violação aos princípios da vedação do retrocesso e da própria segurança jurídica.

4. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A inafastabilidade da tutela jurisdicional é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Neste diapasão, as decisões do Poder Judiciário relativas à “judicialização da saúde” apresentam-se como meio de tutela ao interesse do cidadão e instrumento de coerção ao Poder Público, na garantia do direito à saúde.

É cediço que entre os direitos sociais, a saúde, na condição de direito fundamental, tem a finalidade de permitir aos indivíduos além da sobrevivência, a inserção na sociedade, por meio de uma vida adjetivada pelo caráter da dignidade. Para sua efetivação, tal direito necessita de atuação conjunta de todos os órgãos estatais, envolvendo harmonicamente os poderes, gerando uma nova visão do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º, da “Magna Carta” do Estado brasileiro.

Apesar das regulamentações feitas pelo Poder Legislativo e das políticas públicas levadas a efeito pelo Poder Executivo, em reiteradas oportunidades, cabe ao Poder Judiciário garantir, por meio de decisões proferidas em ações judiciais, que determinadas pessoas recebam os medicamentos, tratamentos ou outros meios necessários para se manterem vivas ou evitarem o agravamento de suas enfermidades, garantindo-lhes a efetivação da dignidade de suas vidas.

Ante a incompleta concretização do direito à saúde pelos demais poderes, tal intervenção do Judiciário manifesta-se como legítima, não implicando em violação ao princípio da tripartição dos poderes. Ao revés, contribui de forma eficaz para que a atuação do Estado, por

meio de todos os seus poderes, seja harmônica e garanta a efetividade do direito à saúde dos cidadãos.

Ademais, as demandas judiciais não seriam necessárias caso as políticas públicas conseguissem suprir de forma adequada as necessidades da população, fornecendo-lhe os serviços de saúde necessários à garantia do mínimo existencial. Portanto, afigura-se indiscutível o caráter material do direito fundamental à saúde e sua viabilidade por meio da tutela jurisdicional, sem ofensa ao princípio da separação dos poderes.

De outro norte, a solidariedade passiva dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) resta evidente na leitura e interpretação do *caput* e §1º, do artigo 198, da Constituição Federal, quando dispõe que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” e que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da “seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Nos termos do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, os cuidados com a saúde são expressos como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito da legislação ordinária, a Lei n. 8.080, de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, estabelece em seu artigo 4º, que “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

O fato de o SUS ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros e orçamentários dos entes da federação tem por objetivo aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforçando a obrigação solidária existente entre eles.

Tal solidariedade passiva implica na possibilidade do cidadão, credor da prestação do Estado ligada à efetivação do direito à saúde, exigi-la de qualquer um dos entes federados, não havendo de se falar em quinhão distinto na responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no fornecimento gratuito de medicamentos ou tratamentos médicos. Esta orientação já foi exposta em

lapidares arestos do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do Agravo Regimental na suspensão de liminar n. 47/PE e do Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175/CE, ambos relatados pelo então presidente Ministro Gilmar Mendes, em 17.03.2010.

A doutrina pátria, sob o escólio de Kildare Gonçalves Carvalho, também se manifesta favorável ao posicionamento versado:

A Constituição prevê um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, que devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população. Cada uma dessas esferas de governo, que deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem a sua competência administrativa estabelecida na Lei n. 8.080/90.¹¹

Apesar das críticas a esse posicionamento, elaboradas, sobretudo, pelos pequenos Municípios, sob a justificativa de que, às vezes, são demandados e compelidos a responderem isoladamente por medicamentos e tratamentos de alto custo, que de acordo com a divisão administrativa de atribuições do SUS seriam de competência da União ou Estados-Membros, resta nítido que uma divisão administrativa de atribuições não pode se contrapor aos ditames constitucionais e legais que versam sobre a solidariedade dos entes federados, na matéria inerente à prestação da saúde.

Assevere-se que o ideal seria a criação de um fundo de compensação financeira entre os integrantes do Sistema Único de Saúde, de modo que o Município ou ente público diverso que tenha suportado o ônus financeiro ligado à atribuição administrativa de outro, viesse a ser ressarcido por quem, indevidamente, restou beneficiado com a omissão. Entretanto, tal proposta cabe à análise discricionária da Administração Pública, responsável pela gestão administrativa do sistema.

Desta forma, os dispositivos constitucionais e legais acima versados deixam claro que, para além do direito à saúde, social e fundamental à digna existência do cidadão, há o dever, também fundamental, de prestação e efetivação da saúde, por parte de todos os entes federados, de forma solidária.

¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1.168.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o direito à saúde passa a ser devidamente reconhecido como fundamental de segunda geração e social prestacional, necessitando de atuação positiva do Estado para sua garantia e efetivação.

Não obstante as divergências jurídicas quanto ao efetivo âmbito de proteção do direito à saúde e à colisão entre a teoria do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, a necessidade de sua compatibilização leva à conclusão de que no âmbito da garantia dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles inerentes ao mínimo existencial, no qual a saúde se encontra inserida, as dificuldades econômicas e orçamentárias não podem prevalecer sobre o princípio social, à exceção de casos de calamidades públicas devidamente comprovadas. Interpretação contrária violaria ainda o princípio da proibição do retrocesso, o qual impede que uma conquista social, constitucionalmente já alcançada e materializada, seja desconstituída por atos ou omissões governamentais.

As manifestações do Poder Judiciário nas demandas inerentes à “judicialização da saúde” apresentam-se como legítimas, de forma a fomentar a realização desse direito pelo Estado, realçando e não restringindo o princípio da tripartição dos poderes, perante o qual o Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser independentes, mas também harmônicos para realização das prestações estatais, sobretudo daquelas constitucionalmente impostas.

As normas constitucionais e legais que estabelecem a divisão de competências administrativas e a organização do Sistema Único de Saúde instituem uma responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que se refere às prestações inerentes à efetivação e garantia da saúde, independente das distribuições de tarefas administrativamente definidas pelos entes federados. A descentralização do SUS tem por objetivo real o aumento da qualidade e do acesso aos serviços, por parte dos cidadãos.

A mesma Constituição que consagrou o direito à saúde como norma fundamental, também dispôs em destaque a garantia ao direito

à vida e à existência digna da pessoa humana, vedando, inclusive, a aplicação da pena de morte, consoante o disposto em seu artigo 5º, inciso XLVII, aliena “a”.

A denegação dos serviços de saúde, essenciais à dignidade e à vida do ser humano, além de afrontar normas constitucionalmente dispostas, acaba, por muitas vezes, em equipar tal ato ou omissão à aplicação de uma pena de morte ao cidadão, cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o necessário tratamento médico ou o acesso à medicação pertinente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

ASSIS, Arakem de (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

ASSUNÇÃO, Maria Luíza Santana. *O direito ao mínimo existencial*. Disponível em: <http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/comunitas/article/.../207>. Acesso em: 2 maio 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da união, estados e municípios. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.11 (2007). Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: jul. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (05.10.1988).

BRASIL. *Lei n.8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *DOU* 20.09.1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem (1948).

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JURISPRUDÊNCIA no portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 maio 2011.

OMS, Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: dez. 2010.

ORDACGV, André da Silva. *A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br>. Acesso em: 4 maio 2011

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. Teoria e prática. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Flávio José dos. A atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde e a reserva do possível: colisão com direitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18627>>. Acesso em: 3 maio 2011.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. São Paulo – Recife – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ESPAÇO ABERTO

11

A APLICABILIDADE DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AOS ADVOGADOS ATUANTES NO PROCESSO

Gabriel Freitas Maciel Garcia de Carvalho¹

RESUMO

Investiga-se a aplicabilidade da multa sancionatória da litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo quando a conduta maliciosa seja por eles engendrada. Parte-se da busca pelos fundamentos e pela teleologia do instituto, passando-se pela vigente concepção do processo, como instrumento público de atuação da Jurisdição, e pelo exame da obrigação processual de agir com lealdade imposta pelo Estado, que deve atuar com rigor na preservação da ética na aplicação do direito. Por fim, busca-se demonstrar que existem impedimentos legais à punição dos procuradores das partes, concluindo-se que as sanções, para bem desempenhar sua função pedagógica de prevenção da má-fé, devem ser dirigidas contra o agente real da atuação maliciosa, aquele que age com culpa, disso dependendo a preservação da legitimidade estatal na resolução definitiva dos conflitos.

¹ Bacharel em Direito (UFMG). Especialização em Direito Processual Civil (PUC Minas). Assessor Judiciário (TJMG).

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende, por meio do estudo do instituto da litigância de má-fé e dos pressupostos e consequências da aplicação de suas sanções de acordo com a abrangência que se lhe conferem, analisar a possibilidade e a necessidade da aplicação da multa por má-fé processual aos advogados. Objetiva-se ampliar a eficácia do instituto, de acordo com os fins a que se propõe, e, conseqüentemente, conferir maior efetividade ao direito material, fim e razão de existência do processo.

Parte-se da verificação das razões de ser do repúdio às práticas de deslealdade processual e das sanções que buscam coibir a atuação ímproba, com o fim de diagnosticar o potencial grau de sua eficácia de acordo com o âmbito de aplicabilidade que é hoje reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência às sanções previstas no art. 18 do Código de Processo Civil (CPC) e em outros dispositivos esparsos.

Posteriormente, faz-se necessário o estudo do processo como instrumento de atuação da jurisdição e, assim, da lealdade processual como questão de ordem pública a ser tutelada pelo Estado, de modo a garantir que a solução definitiva dos conflitos que lhe são submetidos seja aquela que melhor efetive o ordenamento jurídico que o sustenta, o que o legitima como tal.

Por fim, propõe-se o aprofundamento na realidade processual, pela identificação de hipóteses de condutas de má-fé imputáveis exclusivamente aos advogados atuantes no processo, o que permitirá verificar a eficácia da abrangência limitada das sanções previstas no CPC, de acordo com o fim estatal de promover a justiça e preservar a legitimidade do monopólio da jurisdição.

A partir de considerações doutrinárias e do cotejo com casos já reconhecidos pela jurisprudência como justificadores da sanção aos advogados, propor-se-á a extensão da interpretação atualmente conferida ao instituto, para que passe a responsabilizar os reais agentes da deslealdade, como forma de majorar o grau de realização dos seus objetivos.

Como lembra Stoco (2002), “ressuscitar a confiança dos operadores do direito, uns nos outros, como sonhou Giuseppe Bettiol, e incu-

tir-lhes um comportamento ético será a única saída para solucionar a crise do processo e convertê-lo em instrumento e meio para a solução dos conflitos de forma rápida, eficiente, garantidora e absolutamente satisfatória.” (STOCO, 2002, p.45).

Entre os que se dedicaram de modo mais aprofundado à questão, e, em particular, trataram da (im)possibilidade de responsabilização de advogados dentro do próprio processo, destaca-se Stoco (2002), cujo posicionamento é no sentido de que “o procurador das partes em juízo (defensor ou advogado) não responde pessoalmente por má-fé processual” (STOCO, 2002, p. 92). Em sentido contrário, há autores que defendem a necessidade de alteração legislativa para que se possa avançar na aplicação das penalidades, como por exemplo, Leão (1986).

Observa-se que o tratamento dado pela doutrina é bastante conservador e legalista, evitando, na maioria das vezes, a crítica, que pode ensejar um aprofundamento da discussão.

2. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A exigência de que a lide se desenvolva baseada na ética e na verdade é princípio consagrado no direito processual, ainda quando não se encontra positivado, já que se trata de ordem mais elevada do que o próprio direito positivo.

A má-fé processual nasce da atuação maliciosa do litigante em juízo, em ofensa ao dever de lealdade, atualmente positivado no art. 14 do CPC. Referido dispositivo legal estabelece parâmetros de conduta processual dirigidos a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” e orientados pela verdade e pela boa-fé, com vistas ao desenvolvimento processual imune a obstáculos e empecilhos criados maliciosamente.

Nalini (1997) ensina que “(..) a lealdade é o nome da boa-fé. É a transparência e a sinceridade. Não se exterioriza apenas no princípio da lealdade processual, mas na lealdade com o dever de realizar o justo, com a pacificação social, com a harmonização” (NALINI, 1997, p. 16).

O dever de lealdade no processo é classificado por Ochoa Monzó (1997) como pertencente à categoria das obrigações processuais,

tratando-se, no seu entender, de uma regra de conduta humana, de comportamento leal, não malicioso nem temerário.

As obrigações, ou deveres, processuais, diferenciam-se dos ônus na medida em que estes representam a oportunidade de praticar determinado ato com o propósito de evitar um resultado desfavorável, enquanto aquelas “podem ser definidas como as prestações de dar, fazer ou não fazer impostas às partes ou a terceiros dentro do processo cuja inobservância acarreta uma sanção jurídica” (OCHOA MONZÓ, 1997, p. 35). Como se vê, ao contrário do que ocorre com relação aos ônus, a ideia de sanção é ínsita à de obrigação processual, pois se trata de mecanismo que garante a observância das normas. Segundo Costa (2005), “a obrigação processual existe, então, juridicamente, enquanto o seu [des]cumprimento for sancionado ou através da pena, ou por execução forçada” (COSTA, 2005, p. 192).

Os arts. 17 e 18 do CPC estatuem, respectivamente, hipóteses configuradoras de má-fé processual e sanções aplicáveis quando da ocorrência de qualquer delas. Como se observa do rol de condutas tipificadas (art. 17 do CPC), exige-se das pessoas em juízo que as manifestações perante ele tenham conteúdo lícito, ético e de boa-fé. Como lembra Stoco (2002), “não se permite que sob o manto da lisura e da legalidade, a manifestação traga a intenção do propósito de locupletar-se, beneficiar-se ou de dificultar, retardar e prejudicar” (STOCO, 2002, p. 87).

O art. 18 do CPC dispõe sobre as sanções aplicáveis ao litigante de má-fé, prevendo a possibilidade de aplicação de multa e de condenação ao pagamento de indenização à parte contrária pelos prejuízos que tenha sofrido em razão da atuação ímproba.

A teleologia do instituto se funda na necessidade de orientar a conduta das partes no sentido de se chegar à solução mais próxima possível da justiça do caso concreto. As sanções previstas na lei têm a função precípua de resguardar a dignidade do Poder Judiciário como agente do monopólio estatal da jurisdição. Paralelamente, possuem função pedagógica, no sentido de inculcar nas partes o valor da lealdade processual, servindo assim à prevenção da deslealdade e à recomposição resultante da mesma deslealdade. Tais finalidades devem orientar o processo interpretativo e de aplicação das sanções, sendo de suma importância na tese que se exporá mais adiante.

A função preventiva da sanção se expressa por meio da repressão à conduta maliciosa. Tanto a imposição de multa, de até 1% sobre o valor da causa, como a condenação ao pagamento de indenização cumprem o dever de impor à parte um resultado negativo originado em sua conduta, demonstrando o repúdio do direito à transgressão do dever de lealdade.

Previne-se a ocorrência de futuras violações da boa-fé no curso do processo, e também de outros processos, pela certeza, inculcada na mente do litigante, de que sua conduta será identificada e punida. Tal função se equipara à chamada coercitiva, pois obriga à obediência da norma pela perspectiva de uma consequência danosa, conforme lembra Ochoa Monzó (1997, p. 43). Daí a necessidade da ampla aplicação, pelos tribunais, do instituto da litigância de má-fé, já que somente a certeza da punição torna efetiva a cominação da sanção, prevenindo-se o dano processual. Mais do que isso, é necessário que os tribunais passem a otimizar as funções da sanção, tornando-a eficaz pela sua aplicação de modo adequado, como se demonstrará.

Já a função de recomposição se efetiva exclusivamente por meio da condenação à reparação dos prejuízos, em valor equivalente a até 20% sobre o valor da causa. Objetiva-se reparar os danos sofridos pela parte contrária em razão da conduta de má-fé, retornando sua situação patrimonial àquela anterior ao dano processual. Daí a necessidade de que sejam apurados os prejuízos sofridos, não podendo o magistrado arbitrariamente fixar um valor genérico como indenização.

Aquele que age contra os deveres de lealdade e boa-fé no processo torna-se o chamado *improbus litigator*, ou litigante de má-fé, momento a partir do qual se sujeita às sanções previstas na lei. Para Nery Júnior e Nery (1999), “má-fé é a intenção malévola de prejudicar, equiparada à culpa grave e ao erro grosseiro” (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 422). O litigante de má-fé, segundo os autores (1999), “se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.” (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 422).

Armelin (1985) esclarece a posição da doutrina sobre a caracterização do litigante de má-fé:

A violação do dever de lealdade e probidade constitui um ilícito processual e, destarte, extranegocial, considerando-se o caráter e natureza pública do processo e dos deveres dele emergentes. Todavia, na aplicação dessa sanção há de se levar em conta o elemento subjetivo para colorir a conduta ilícita da parte. (ARMELIN, 1985, p. 228).

O conceito, adotado, com poucas variações, pela maior parte da doutrina, compõe-se, assim, de duas frações essenciais, que são a conduta típica (procedimentos maliciosos) e a culpabilidade (dolo ou culpa). Tal elemento subjetivo é reconhecido amplamente pela doutrina como condição para a imposição da sanção, já que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a chamada teoria subjetiva, sendo necessária a verificação da “intencionalidade”, do “objetivo ilegal”, do “modo temerário” (STOCO, 2002, p. 93). Segundo Stoco (2002), é necessário, na caracterização do litigante de má-fé, “que se faça juízo de valor para verificar se o agente, ademais da conduta antijurídica, ingressou no campo da culpabilidade.” (STOCO, 2002, p. 90).

A doutrina e a jurisprudência restringem o conceito de litigante de má-fé, excluindo de sua abrangência as pessoas que participam do processo em qualquer condição que não a de parte ou interveniente. Stoco (2002), por todos, é expresso ao afirmar que “o procurador das partes em juízo (defensor ou advogado) não responde pessoalmente por má-fé processual” (STOCO, 2002, p. 92), e cita, nesse sentido, a “doutrina mais expressiva”, mencionando o magistério de Baptista da Silva (2000) e Alvim (1975).

Segundo Dinamarco (2009), “infringindo deveres de lealdade no processo, caracterizados como litigância de má-fé na lei processual, o advogado responde pessoalmente perante a parte contrária – desde que tenha agido com dolo ou culpa (EA, arts. 32 e 34, inc. VI; CPC, arts. 14-18)” (DINAMARCO, 2009, p. 716).

O art. 16 do CPC, não obstante tratar especificamente da indenização por perdas e danos em razão de má-fé processual, não da multa, serve como parâmetro para a doutrina e a jurisprudência entreverem a limitação da aplicação de ambas as sanções previstas em lei somente às partes e aos eventuais intervenientes no processo.

O próprio termo litigante de má-fé serve à limitação que geralmente se vê na aplicação das sanções do instituto, pois litigante é aquele que vai a juízo defender sua pretensão, ou seja, a parte que se encontra em litígio com outra. Segundo Oliveira (2000):

Os artigos 16 e 17 restringem a litigância de má-fé às partes e intervenientes, não ao advogado, ao procurador das partes. (...)

Para o processo não há alteração, seja na conduta do advogado ou da parte, o mau comportamento será sempre imputado à parte e sobre ela recairão as condenações.

Condenada por litigância de má-fé, deve a parte, em se tratando de ato do advogado, acionar-lhe regressivamente, nos termos do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. (OLIVEIRA, 2000, p.71).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é, quase unanimemente, neste sentido:

(...) Os danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil... (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no Ag 918228/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 set. 2010).

Como se vê, seja a parte pessoalmente culpada pela conduta desleal no curso do processo ou não, responderá ela, no entender da doutrina e da jurisprudência majoritárias, sujeitando-se às sanções legais. Caso seja o advogado o real culpado pela conduta de má-fé processual, somente restará à parte ajuizar ação autônoma, pleiteando a reparação perante seu procurador. No dizer de Leão (1986), “a parte prejudicada, em ação regressiva, poderá reaver, do seu procurador, o gasto que teve.” (LEÃO, 1986, p. 41).

Tal solução, entretanto, deve ser observada sob um ponto de vista crítico, não se podendo aceitar ingenuamente que o escopo do instituto da litigância de má-fé, ou seja, a efetividade do direito discutido no processo, pela prevenção de práticas maliciosas, será alcançado ape-

nas indiretamente, pela ação voluntária de particulares que, buscando fim diverso, o de recomposição patrimonial, façam recair sobre os agentes reais da má-fé a responsabilidade sobre sua conduta.

Mais: é por meio da interpretação sistemática e teleológica do instituto, ou seja, de sua visualização sob a natureza publicística do processo e do dever do Estado de levar a cabo com efetividade a função jurisdicional, que se poderá averiguar o grau de eficácia de sua aplicação e buscar formas de torná-lo mais efetivo.

3. O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR A LEALDADE NO PROCESSO

Estatuídas as bases sobre as quais se assentam, hoje, as abordagens doutrinárias e jurisprudenciais sobre o dever de lealdade processual e a litigância de má-fé, cumpre verificar se os limites vislumbra-dos atualmente se coadunam com a moderna concepção de processo, por meio da análise do papel do Estado no seu direcionamento e na busca da efetividade e da justiça.

O processo, conforme a concepção de Calamandrei (1945), adotada pela grande maioria dos doutrinadores, é a “*serie de actos coordinados y regulados por el Derecho Procesal, a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción*” (CALAMANDREI, 1945, p. 287). Theodoro Júnior (2003) ressalta se tratar o processo de “um método ou sistema de atuação” da jurisdição, sendo esta definida por Cintra, Grinover e Dinamarco (2006) como o “encargo que tem o Estado de promover a pacificação de conflitos interindividuais mediante a realização do direito justo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 145).

Também Marinoni e Arenhart (2006), para quem o processo é o “instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 70), confirmam a ideia de que o processo é o meio pelo qual o Estado faz valer seu poder de decidir imperativamente e de impor suas decisões, ou seja, de exercer o monopólio da jurisdição.

Tal concepção evidencia o caráter público do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 296), que ganhou força com

a consolidação do Estado, no decorrer do século XIX, e se firmou a partir da superação dos postulados liberais pelo modelo social de Estado.

Segundo Ochoa Monzó (1997), a repercussão dos postulados sociais alcança o mundo jurídico e mostra que o processo não se compromete apenas com os interesses particulares, mas também com o interesse público do Estado. O compromisso do Estado Social com valores de igualdade, liberdade e realização da justiça alterou o papel do juiz, antes distante – como forma de preservar sua imparcialidade –, o que também resultou na alteração da própria sistemática do processo, com a afirmação de uma nova categoria, a das obrigações processuais, referidas no item anterior.

Entre tais obrigações, encontra-se o dever de lealdade processual, estabelecido, no direito brasileiro, pelo art. 14 do CPC, que se destina às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. Segundo Milhomens (1961):

O Estado, que promete a prestação jurisdicional, dá o instrumento, mas exige que se lhe dê precípua destinação. Pratiquem-se de boa-fé todos os atos processuais. Ajam as partes lealmente; colaborem todos com o órgão estatal, honestamente, sem abusos. Da relação processual surgem poderes e deveres. Para o juiz e para as partes entre si, e deveres de uma parte para com outra parte. (MILHOMENS, 1961, p. 33-34).

Como afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco (2006), diante de suas finalidades de pacificação geral na sociedade e de atuação do direito, o processo deve se revestir de uma dignidade que corresponda aos seus fins, o que é garantido pelo princípio da lealdade processual. Ou seja, a dignidade do processo é condição sem a qual não pode o Estado se legitimar como agente exclusivo da pacificação social e de defesa do direito. Para Stoco (2002), que relaciona a má-fé processual ao abuso de direito, deve-se considerar “o processo como instituto de ordem pública, cujas normas e regras são cogentes, impositivas e não ficam no poder dispositivo das partes” (STOCO, 2002, p. 76).

Assim, ganha relevo a ideia de que tal princípio não visa somente à proteção e à segurança das partes em juízo, mas também, e principalmente, à viabilização da atuação mais correta possível da juris-

dição, ou seja, a garantia do Estado de que o direito posto, e que lhe sustenta, será efetivado.

Por isso é que Costa (2005) considera o juiz como sujeito passivo do dolo processual, já que “a declaração do juiz pode sofrer a influência maléfica do mesmo” (COSTA, 2005, p. 68). Juiz, na concepção do autor, que representa, no processo, o Estado, sendo, portanto, este, o sujeito passivo da conduta desleal.

E se é verdade que “a moderna processualística busca a legitimidade do seu sistema na utilidade que o processo e o exercício da jurisdição possam oferecer à nação e às suas instituições” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 146), deve-se reconhecer forçosamente que tanto mais útil será o processo, e, portanto, mais legítimo o sistema, quanto mais confiável, por se fundar na atuação leal em juízo, for o provimento jurisdicional construído em contraditório.

Segundo Costa (2005), “do momento em que o conceito público de processo superou o conceito contratual, a obrigação de boa-fé da parte, com respeito ao juiz, descende do vínculo de sujeição que liga o cidadão ao Estado, e que é a base do sistema de composição coativa dos conflitos” (COSTA, 2005, p. 196). Assim, todo e qualquer cidadão atuante no processo, por manter o mesmo vínculo com o Estado, tem a obrigação de agir de boa-fé, sujeitando-se – já que à obrigação é insita a sanção – às penalidades previstas em lei.

O reconhecimento, pela Corte Constitucional brasileira, de que o Poder Judiciário deve repelir sumariamente a conduta de má-fé, propugnando que não seja ela tolerada, demonstra de modo incontestado a assunção, pelo Estado, do dever de preservar a ética do processo, o que não pode se dar de modo unicamente formal, mas pela busca incessante da forma mais efetiva de realizá-la (STF, Agravo de Instrumento n. 567171 AgR-ED-EDv-ED/SE, Relator o Ministro Celso de Mello).

A atual preocupação com a efetividade do processo e com a efetiva realização dos fins sociais do direito se liga intimamente com o dever do Estado de atuar de modo rígido com o objetivo de garantir que a marcha processual se desenvolverá em observância à ética e à probidade, pois só assim será possível a construção de um provimento jurisdicional apto a pacificar o conflito e, conseqüentemente,

realimentar a legitimidade do direito e de si próprio. Nesse sentido, importante lição de Grinover (2000):

Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. (...) É por isso que os Códigos Processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores. (GRINOVER, 2000, p. 63).

De outro modo, se o processo é o instrumento por meio do qual o Estado faz valer o ordenamento jurídico posto e se somente um processo comprometido com a realização da justiça atende aos fins a que se destina, é forçoso reconhecer que somente é legítimo o exercício da jurisdição e somente se pode efetivar o ordenamento jurídico caso o Estado desempenhe peremptoriamente seu dever de garantir um espaço ético de discussão propício à construção da justiça do caso.

Neste sentido, evidencia-se a possibilidade de o juiz, de ofício, aplicar as penas ao litigante de má-fé, possibilidade esta que, acompanhando a evolução da concepção de processo trazida pelo modelo social de estado, somente foi introduzida no direito brasileiro em 1994, por meio da Lei n. 8.952, de 13/12/1994, que alterou a redação do art. 18 do CPC. Segundo Nery Júnior e Nery (1999):

A Lei 8.952/94 já deixara expresso o dever de o juiz condenar, de ofício, o litigante de má-fé, como já exposto na 1ª edição destes comentários. (...) O destinatário primeiro da norma é o juiz ou tribunal, de sorte que lhe é imposto um comando de condenar o litigante de má-fé a pagar multa e a indenizar os danos processuais que causou à parte contrária. Isto porque o interesse público indica ao magistrado que deve prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes, por prática de atos que sejam contrários à dignidade da justiça. (NERY JUNIOR; NERY, 1999, p. 427).

Ora, se não é mais necessário o requerimento da parte contrária para que haja a repressão da conduta maliciosa, é evidente o reconhecimento pela lei de que não é a ofensa ao direito de outrem que justi-

fica a punição, mas, sim, a ofensa à ordem jurídica como um todo e à sociedade em geral. Assim, como “a atitude ímproba é mais ultrajante à justiça como entidade do que à parte contrária” (STOCO, 2002, p. 100), cabe ao Estado atuar da forma mais efetiva possível, não para remediar o dano sofrido pelo outro litigante, mas para assegurar àquele que desobedeceu ao dever de lealdade que sua conduta não será tolerada e que futuros desvios serão também coibidos.

Na busca dessa efetividade faz-se necessário transcender os limites que geralmente se veem à autoridade do Juiz para aplicar as sanções por litigância de má-fé a quem quer que tenha agido em desconformidade ao dever de lealdade, restando averiguar a posição dos representantes diretos das partes em juízo nesse contexto.

4. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E A ATUAÇÃO DO PROCURADOR

O reconhecimento de que o Estado tem o dever de prevenir a deslealdade no processo é questão fundamental à interpretação da lei com vistas à definição do âmbito subjetivo de abrangência das sanções por litigância de má-fé, já que somente será efetiva a sanção, e somente se alcançará seu objetivo de prevenção, caso sejam punidos aqueles que pessoalmente empreenderam a conduta desleal.

Neste sentido, deve-se verificar se o atual tratamento conferido pela doutrina e pela jurisprudência ao instituto possibilita o pleno alcance dos seus fins, ou se, ao contrário, é necessária interpretação mais ampla do que aquela realizada pelo saber vigente, que torne efetivas as penas cominadas e que promova de modo mais adequado a lealdade processual.

A conduta desleal praticada no processo tem como fim último o benefício do litigante ímprobo em prejuízo da parte contrária. Para que se atinja tal desiderato, pode ser que a própria parte, pessoalmente, aja com culpa, seja ao decidir ajuizar ação que desde logo sabe infundada, seja por meio de declarações falsas prestadas no curso do processo – ao seu procurador, que as transmitirá em juízo, ou diretamente, em audiência –, seja ainda criando obstáculo ao cumprimento de ordem judicial.

Entretanto, pode ser que com a parte, ou mesmo de modo individual, atue seu procurador, com o objetivo de vencer a causa que se propôs defender, beneficiando seu cliente, ou mesmo com o objetivo particular de obter, ao final, honorários sucumbenciais. Em tais hipóteses, coliga-se o patrono com a parte patrocinada para lesar a outra, em benefício próprio.

Há ainda situações em que a atuação de má-fé, ainda que beneficie exclusivamente a parte, é empreendida unicamente pelo advogado, não influenciando a parte de nenhum modo na prática da conduta desleal. Tais situações se evidenciam principalmente no caso de questões processuais e técnicas a que somente o causídico tem acesso, como, por exemplo, as alegações de fatos processuais contrárias ao que consta dos próprios autos ou a interposição de recursos e embargos de declaração com alegações meramente processuais sabidamente infundadas.

Como se sabe, são os advogados quem orientam as partes, estimulando-as a agirem em determinado sentido ou as dissuadindo de praticar determinado ato. Notadamente em uma sociedade de baixa cultura jurídica, o papel do procurador ganha particular relevância tanto na forma quanto no conteúdo da participação das pessoas em juízo.

Como conclui Leão (1986), “o causídico é, muitas vezes, o agente provocador da declaração do dolo processual. No seu elenco [do art. 14], há a previsão do abuso processual para casos cuja prática requer conhecimento técnico-especializado e, conseqüentemente, só os procuradores estão qualificados para tanto” (LEÃO, 1986, p. 41). Ora, nesses casos somente os advogados agem com culpa, na medida em que seu cliente geralmente desconhece a técnica processual ou sequer sabe do andamento do processo.

Apesar de geralmente o julgador não fazer distinção entre a atuação da parte e a de seu procurador, há diversos casos, como o do Agravo Regimental interposto em face da decisão monocrática proferida pelo relator no Recurso Especial 1167320/RS, julgado pelo STJ, em que, não obstante o reconhecimento de que foi o advogado quem infringiu as normas de lealdade processual, condena-se a parte, pessoalmente, ao pagamento da multa por litigância de má-fé. Tal situa-

ção não se mostra contraditória somente dentro da ótica defendida neste trabalho, mas mesmo sob o prisma do saber vigente, já que, segundo a atual concepção conservadora, somente deve ser apurada a responsabilidade do causídico em ação própria.

Dado o baixo conhecimento jurídico da sociedade em geral, as pessoas não podem exercer controle efetivo sobre a atuação de seus representantes em juízo, situação que se agrava pelo distanciamento existente entre a linguagem do Direito e a linguagem da sociedade. Esse fato impede até mesmo que a parte, condenada em juízo por deslealdade processual, identifique que o resultado desfavorável se deveu à atuação do profissional por ela escolhido, o que inviabiliza, na prática, a sua responsabilização em ação própria. Segundo Stoco (2002), “quase sempre a parte sequer tem conhecimento da atuação do seu representante judicial e o modo com que está se conduzindo” (STOCO, 2002, p. 113).

Como resultado, identifica-se a baixa efetividade das sanções aplicadas em razão de má-fé processual, já que quando são, de fato, impostas, recaem sobre a própria parte. Prejudica-se, deste modo, tanto a função punitiva, já que não se pune o real culpado, causando injustiça de fato, como a função preventiva, já que na grande maioria das vezes são as partes litigantes eventuais que vão a juízo em situações excepcionais e, por isso mesmo, o “aprendizado” por elas adquirido não gera as consequências pretendidas.

Ora, se desde logo já se pode saber que somente o advogado poderia urdir o ato malicioso, dada a sua natureza processual e técnica, não se pode permitir, dentro da atual concepção de processo, voltada que é para a efetividade e para a realização da justiça, que a punição recaia sobre quem não praticou, e nem poderia, a conduta maliciosa. Do contrário, restaria malferido um dos requisitos unanimemente reconhecidos pela doutrina para a aplicação da sanção, que é a culpabilidade.

A culpabilidade em grande parte dos casos de má-fé processual recai sobre o advogado, não se podendo afirmar que a parte, desconhecadora da técnica processual, tenha tido a intenção de praticar a conduta contrária à boa-fé. Assim, não pode ser punida a parte quando seja inequívoca a culpabilidade de seu representante.

Acresça-se o fato de que a limitada interpretação do âmbito de aplicabilidade da multa constitui fator de enfraquecimento do dever de lealdade, não somente porque a sanção deixa de atuar sobre o agente real da malícia, mas porque ela deixa, também, de ser aplicada, já que os tribunais parecem reconhecer a injustiça de se punir a parte em razão da conduta de seus procuradores e por isso não aplicam as penas do art. 18 do CPC.

Já advertia Pontes de Miranda (1979) que “no espírito de juízes estava, quase sempre, a suspeita de que mais responsáveis eram os advogados, suscitadores das demandas, do que as partes mesmas, e condenar a essas, e não aqueles, orçaria por injustiça social” (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 392). Tal situação foi reconhecida também por Oliveira (2000), para quem “os tribunais têm sido omissos quanto à aplicação das sanções dos arts. 16 e 18 do CPC” (OLIVEIRA, 2000, p. 45). Segundo a autora (2000), são duas as principais razões da omissão:

[1] As partes não costumam requerer a condenação e os magistrados resistem em até mesmo declarar “ex officio” o litigante, em situação de má-fé. Negam também a condenação em perdas e danos. A tolerância das partes talvez seja por conveniência (para que também não sofram imputação) ou mesmo por puro descrédito no deferimento da pretensão e sua posterior execução.

[2] Os juízes também resistem em aplicar a sanção porque é a parte a sua destinatária, e nunca o seu procurador, ainda que muitas vezes este tenha sido o causador do ato processual abusivo. A ação regressiva é de difícil prática. (OLIVEIRA, 2000, p. 45).

É importante remarcar que o art. 18 do CPC, diferentemente do art. 16 – que dispõe exclusivamente sobre o dever de indenizar, conforme Alvim (1996) –, não faz qualquer menção à qualidade das pessoas sujeitas à sanção nele estabelecida, reportando-se somente à expressão “litigante de má-fé”, cuja definição se encontra no art. 17, que também não limita a amplitude subjetiva. Mais: o § 1º do art. 18 do CPC prevê expressamente a condenação proporcional ou solidária daqueles que se coligaram na conduta desleal, não fazendo distinção entre partes ou demais partícipes do processo. Assim, tanto os pro-

curadores quanto qualquer outra pessoa coligada (peritos, serventuários, curadores, etc.) devem se sujeitar à sanção.

Não obstante a constatação da inefetividade das sanções por litigância de má-fé em razão da interpretação restritiva que se lhe dão, persistem os tribunais na resistência a uma visão mais ampla, compreensiva dos modernos anseios da jurisdição, muitas vezes amparados em concepções conservadoras e que compactuam, por omissão, com as condutas desleais.

Os obstáculos geralmente entrevistados pela doutrina e pela jurisprudência à aplicabilidade da multa por litigância de má-fé a advogados se fundam apenas em interpretações limitadas de dispositivos legais, interpretações estas conservadoras e que, como se demonstrou, não resistem a uma análise teleológica do instituto.

Costuma-se afirmar que o art. 16 do CPC é categórico ao limitar a autor, réu ou interveniente o conceito de litigante de má-fé. De fato, referido dispositivo exclui de seus destinatários pessoas outras que não as partes, parecendo não deixar margem à recondução do instituto à sua *ratio legis*.

Entretanto, referida regra, interpretada com base nos postulados da efetividade do processo e da realização da justiça, não constitui óbice intransponível à evolução do instituto. Ao contrário, reforça afirmação aqui já referida no sentido de que quando se tratar de reparação de danos causados por má-fé processual está-se na seara do direito privado, limitando-se a responsabilidade às regras ordinárias do Direito Civil, de modo que respondem somente as partes.

Isso porque a redação da norma se refere expressamente à responsabilidade por “perdas e danos”, ou seja, fica excluída da limitação imposta pela lei a hipótese de condenação ao pagamento de multa, sanção esta, diferentemente da indenização, destinada à repressão da conduta maliciosa e a desestimular a sua reiteração em outras ocasiões. Como reforço à ideia, observa-se que a expressão litigante de má-fé, utilizada pelo art. 18, foi expressamente definida pelo art. 17, não pelo art. 16 do CPC. Assim, quando não se tratar de perdas e danos não se pode utilizar o art. 16 do CPC para excluir a responsabilidade do causídico pela atuação desleal no processo.

Outro óbice geralmente levantado pela doutrina se encontra na regra do art. 32, parágrafo único, da Lei n. 8.906, de 04/07/1994 (Estatuto da Advocacia): “em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria” (BRASIL, 1994). Assim, a necessidade de que a responsabilidade do advogado seja apurada em ação própria é apontada como o grande trunfo da advocacia, incluído em sua lei corporativa, para tornar inefetiva a regra prevista no *caput* do dispositivo, segundo a qual o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Entretanto, também esta hipótese não parece ter força suficiente para resistir à premente necessidade de que o processo seja imbuído de lealdade e efetividade, para que alcance a promoção da justiça e a pacificação social.

A leitura atenta da norma revela que se destina ela à hipótese em que um terceiro, estranho à relação cliente-advogado, seja prejudicado pela atuação coligada de ambos, normalmente a parte contrária ao cliente. Assim, a referida norma não pode servir à limitação da aplicação da multa por litigância de má-fé diretamente ao advogado, já que dela não se pode inferir a exigência de que o cliente, condenado no processo, tenha que mover ação própria para reaver do profissional os prejuízos que teve por sua conduta desleal, o que seria até mesmo antieconômico.

Ressalte-se também que a norma contida no Estatuto da Advocacia, como é evidente, não se trata da fonte originária da responsabilização dos advogados. Do contrário, poder-se-ia absurdamente afirmar que antes dela estavam os advogados isentos de responsabilidade por sua atuação culposa ou dolosa, o que não é verdade.

A fonte primeira da responsabilidade do advogado, ou de qualquer outro profissional que cause prejuízo agindo com dolo ou culpa, é o Código Civil, segundo o qual aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (art. 927). Como o próprio Código define o ato ilícito como o que decorra de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, e viole direito ou cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186), é

forçoso se reconhecer que a responsabilidade dos advogados já existia antes de sua previsão em lei específica.

A disposição contida no Estatuto da Advocacia, como se percebe, trata de responsabilidade civil, ou seja, da hipótese em que a premissa é “lesar a parte contrária”. Não se poderia, com base nesta norma, impedir o Estado, como sujeito passivo do ato desleal no processo, aplicar as sanções que visam a resguardar a legitimidade de sua atuação jurisdicional, ainda quando não haja efetiva lesão à parte contrária.

De outro modo, não pode o Estado ser obrigado a mover ação própria contra os advogados para vê-los punidos por sua conduta atentatória à dignidade da Justiça, notadamente diante da clara imposição de padrões de conduta pelo art. 14 do CPC, que se destina às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

Também uma análise amparada pelos princípios da efetividade e da economia processual indicará as vantagens de se punir o real litigante de má-fé nos próprios autos em que ocorreu a conduta desleal, já que se estará diante do mesmo juízo que presidiu a causa e identificou a malícia evitando-se, ainda, as desvantagens da instauração de outro processo.

Sequer o parágrafo único do art. 14 do CPC, que excepciona “os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” (BRASIL, 1973), pode ser tomado como impedimento peremptório à aplicação da pena por litigância de má-fé aos advogados, já que a previsão nele contida é expressa no sentido de que se limita à “violação do disposto no inciso V deste artigo” (BRASIL, 1973), não abrangendo, por conseguinte, a multa prevista no art. 18, *caput*, do CPC. Ademais, a respeito da referida ressalva, e lamentando a sua inclusão na lei por meio de emenda bastante casuísta, afirma Stoco (2002):

(...) o advogado não se sujeita exclusivamente aos estatutos da OAB. Essa sujeição exclusiva não ocorre no plano processual, civil e penal, senão apenas no âmbito administrativo-disciplinar, perante o Conselho de Ética de sua entidade de classe. (STOCO, 2002, p. 102).

A sujeição exclusiva dos advogados ao seu órgão de classe, como forma de subtraí-los ao controle da lealdade processual exercido pelo

juiz, não se coaduna com o dever do Estado de manter um ambiente democrático e confiável de construção do provimento jurisdicional. Se o Estado deve zelar para que o processo se desenvolva sob bases éticas, o controle sobre a atividade do advogado não pode ser legado exclusivamente ao órgão classista, corporativista por natureza.

Ademais, são distintos os escopos do controle exercido pelo diretor do processo e aquele exercido pelo órgão de classe. No primeiro caso, objetiva-se preservar a legitimidade da jurisdição e a justiça da decisão, enquanto no segundo intenciona-se preservar a ética no exercício da profissão, como forma de defesa da própria classe.

Assim, partindo-se de uma interpretação sistemática das normas processuais e materiais, inexistente impedimento a que todos os partícipes do processo, sem exceção, possam ser sancionados no caso de descumprimento do dever de lealdade, independentemente do controle externo exercido por instituições de classe a que pertençam.

Não se pode concordar com a conclusão fatalista de Leão (1986) para quem “não há norma processual a respeito da forma de punir o advogado que agir de má-fé” (LEÃO, 1986, p. 42). Ao contrário, o intérprete da lei deve se orientar por considerações mais adequadas aos fins sociais do Direito – art. 5º da Lei n. 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). O próprio autor (1986) faz a crítica:

Parece-nos altamente injusto que, o advogado sendo o responsável pelo ilícito, venha o cliente a arcar com os prejuízos. É ilusório se imaginar que a parte tem à disposição a ação regressiva. Nunca ouvimos falar que isso tivesse acontecido, ainda que o multicitado Estatuto diga que constitui infração disciplinar o advogado “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio” (art. 103, XV). (LEÃO, 1986, p. 43).

Acrescenta o autor que “é preciso punir o advogado sem ética, sem lei, ao invés da tolerância e, quiçá, do elogio às suas ‘habilidades’” (LEÃO, 1986, p. 43). Nesse sentido, há já decisões, mais consentâneas aos modernos anseios do Processo Civil, que reconhecem, no próprio processo em que ocorreu o ato desleal, a responsabilidade dos advogados nele atuantes. Cita-se, como exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), relatado pelo De-

sembargador e doutrinador Rui Portanova, cujo voto foi acompanhado unanimemente:

(...) Ademais, todos têm o dever de agir em juízo com lealdade e boa-fé, inclusive os advogados. Além disso, o advogado, mais do que simplesmente defender os interesses do seu cliente a qualquer custo, desempenha função essencial à Justiça (artigo 133 da Constituição da República). (...)

No caso, é tão grande a enxurrada de ações e recursos intentados pelo apelante, e todos baseados em alegações comprovadamente falsas e inverídicas, em pretensões totalmente infundadas e meramente procrastinatórias, que se mostra de rigor concluir pela responsabilidade solidária do advogado, na conduta processual de má-fé aqui neste processo... (Rio Grande do Sul. TJRS. Ap. nº 70037053329, Rel. Des. Rui Portanova. *Diário da Justiça*, Porto Alegre, 25 nov. 2010).

Também o STJ já admitiu:

Litigância de má-fé dos advogados da empresa autora, que se omitiram em apontar a ocorrência do erro na primeira oportunidade em que se manifestaram nos autos após o julgamento, vindo a fazê-lo somente após o julgamento de diversos recursos, quando a decisão que iria prevalecer seria desfavorável à sua cliente. Imposição, aos advogados subscritores dos recursos, de multa de 1% do valor atualizado da causa, além de indenização ao recorrido de 5% do valor atualizado da causa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 494021/SC. Rel. Min. Eliana Calmon. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 set. 2004).

A hipótese retratada neste julgamento se assemelha àquela em que a conduta desleal se origina do contato do advogado com os autos do processo, carecendo a parte de conhecimento técnico – no caso, sobre nulidade ocorrida anteriormente – para que se possa decidir praticar o ato malicioso – a omissão voluntária e oportunista com o propósito de locupletar-se.

No mesmo sentido do julgamento citado, em outro acórdão relatado pela e. Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp. 986443/RJ, a conduta maliciosa consistiu na adulteração de guia de recolhimento do preparo recursal, prática esta sobre a qual a parte, pessoal-

mente, não tinha qualquer influência, decorrendo de má-fé exclusiva do advogado

A percepção que começa a ser delineada pela jurisprudência evidencia a possibilidade, com base no art. 18 do CPC, da responsabilização dos advogados nos casos em que a má-fé processual for engendrada por ele de modo exclusivo ou em conluio com a parte que representa, já que o Estado tem o dever de agir contra aqueles que atentam contra a Jurisdição, não podendo relegar a terceiros tal função.²

5. CONCLUSÃO

A análise do instituto da litigância de má-fé e de seu âmbito subjetivo de incidência limitado pela interpretação conservadora atualmente vigente permitiu vislumbrar o baixo grau de efetividade das sanções previstas em lei contra a conduta desleal no processo.

Como se viu, a eficácia da sanção deve ser buscada por meio da interpretação sistemática e teleológica do instituto, ou seja, de sua visualização sob a natureza publicística do processo e do dever do Estado pós-liberal de desempenhar com efetividade a função jurisdicional.

A partir do desenvolvimento da concepção de obrigação processual, à qual é ínsita a ideia de sanção, como mecanismo que garante a observância das normas, chegou-se à conclusão de que todas as pessoas envolvidas no processo se sujeitam ao controle do Estado, que deve agir com rigor na preservação da ética no processo.

Tal orientação se desempenha como forma de resguardar a dignidade do Poder Judiciário como agente do monopólio estatal da juris-

² De fato, melhor seria que o legislador pusesse fim à discussão introduzindo no CPC norma expressa sobre a aplicabilidade das sanções por litigância de má-fé aos procuradores das partes, como viabilizava a proposta da Comissão de Juristas (STOCO, 2002, p.112) para a alteração do art. 14 do CPC. O Anteprojeto do Novo CPC não traz qualquer avanço nesse sentido. Tal positivação, todavia, como se demonstrou, não é indispensável à realização dos fins pretendidos pelo modelo de processo brasileiro.

dição, exercendo função pedagógica, ao incutir nas partes o valor da lealdade processual.

Assim, não pode o Estado relegar a terceiros, sejam eles a própria parte ou o órgão de classe, a atuação corretiva contra aqueles que se utilizam de função essencial à Justiça para promover o locupletamento próprio ou alheio à custa do dever de lealdade processual. A conclusão se assenta no reconhecimento de que não é a ofensa ao direito de outrem que justifica a punição, mas, sim, à ordem jurídica como um todo e à sociedade em geral.

Destarte, a atuação mais correta possível da jurisdição, ou seja, a efetivação do direito posto pelo Estado, e que lhe sustenta, responde aos modernos anseios do direito processual, para o qual tanto mais útil será o processo – e mais legítimo o sistema – quanto mais confiável for. Isso depende de que o Estado desempenhe peremptoriamente seu dever de garantir um espaço ético de discussão propício à construção da justiça no caso concreto.

Neste sentido, como se demonstrou, a boa utilização das ferramentas processuais, como a efetiva aplicação da multa por litigância de má-fé, possibilita ao magistrado, no contexto do processo, promover a conscientização dos atores processuais, especialmente dos advogados, contribuindo para o aprimoramento da distribuição da justiça, seja em seu aspecto qualitativo, seja no que diz respeito à tempestividade da resposta jurisdicional.

Conclui-se, assim, que o ordenamento jurídico vigente possibilita a aplicação direta, no curso do processo, da multa por litigância de má-fé ao advogado que tenha agido com culpa na violação da obrigação processual de nele atuar com lealdade.

Diante da constatação de que não são as reformas legislativas do procedimento e a alteração da sistemática processual que promoverão a tão almejada efetividade do Direito, mas, sim, a alteração da mentalidade dos atores sociais e processuais, afirma-se que a evolução do instituto da litigância de má-fé poderá contribuir para o alcance de uma Justiça adequada e que resolva o conflito a tempo de minorar os impactos da violação do direito.

Certamente que tal situação está condicionada ao desenvolvimento cultural do país, aos investimentos em educação e ao aprimora-

mento das formas de seleção e formação de magistrados, serventuários, advogados e “operadores do direito” em geral. Somente com o fim da cultura do litígio, com a valorização da resolução extrajudicial dos litígios, por meio da mediação, e com a construção de uma sociedade mais dialógica e democrática se poderá alcançar uma justiça que seja plena.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. A responsabilidade por prejuízos causados no processo (consideradas as alterações trazidas pela nova redação dada ao art. 18 do CPC pela Lei 8.952/94). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 555-565.

ARMELIN, Donaldo. Perdas e danos. Responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má-fé. Forma mais adequada de liquidação. Indenização fixada pelos índices da ORTN. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 222-237, jul-set. 1985.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1945.

COSTA, Stefano. *O dolo processual em matéria civil e penal*. Trad. Lacerio Laurelli. 2. ed. São Paulo: PaulistanaJur, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MILHOMENS, Jônatas. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

NALINI, José Renato. A ética nas profissões jurídicas. *Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, ano 19, n. 225, p. 5-23, set. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OCHOA MONZÓ, Virtudes. *La localización de bienes en el embargo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. I.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1.

12

ENSAIO SOBRE ALGUNS PONTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Leonardo de Faria Beraldo¹

RESUMO

A prescrição é um dos temas mais relevantes e fascinantes no nosso ordenamento jurídico, e, diante das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, faz-se mister tecermos considerações a algumas situações não bem aclaradas ainda, tais como: (i) interrupção da prescrição por mais de uma vez; (ii) o sentido do art. 169 do Código; (iii) a famigerada hipótese de conhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado; (iv) o prazo prescricional da ação de reparação civil contra o Estado, dentre outras. Esses temas, e outros, foram abordados nesse breve artigo, sempre com apoio da doutrina e da jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste breve artigo científico é o de analisar, mesmo que sucintamente, alguns pontos polêmicos sobre a prescrição.

¹ Advogado em Belo Horizonte. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialista em Processo Civil. Professor em cursos de graduação e pós-graduação de Direito Civil e Processual Civil. Diretor-Secretário e Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Diretor-Segundo Secretário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Presidente da Comissão Especial da OAB/MG encarregada do estudo do projeto de lei do novo CPC.

Entre eles, podemos destacar o polêmico art. 169 do Código Civil de 2002 – CC/2002, a interrupção da prescrição aquisitiva em decorrência de processo no qual o pedido foi julgado improcedente, a possibilidade de o juiz conhecer de ofício da prescrição e o “novo” prazo prescricional das ações contra o Poder Público.

Para tanto, vamos nos valer de doutrina, jurisprudência e de nossa experiência na advocacia.

2. A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O CC/2002 pôs fim à velha discussão que existia no Direito Civil e, de maneira muito simples, inseriu todos os prazos prescricionais nos arts. 205 e 206. O rol dos prazos prescricionais que constam do art. 206 é taxativo, por conseguinte, o prazo prescricional de todas as demais situações que não estejam ali elencadas, ou em lei especial, é de 10 anos, *ex vi* do art. 205 do CC/2002. Todos os demais prazos no CC/2002, seja na sua parte geral, seja na sua parte especial, são decadenciais.

Há, contudo, outros dispositivos legais que regulam essa categoria jurídica como um todo, versando, por exemplo, sobre as causas de impedimento, interrupção e suspensão da prescrição. Estamos nos referindo aos arts. 189 a 204 do CC/2002.

O art. 189 do CC/2002 tem uma redação bastante importante, pois específica, claramente, como se incide a prescrição: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Vê-se, portanto, que o CC/2002 acabou com a ideia de que com a prescrição haveria a perda do direito. Não, este raciocínio é ultrapassado. A prescrição afeta a pretensão. O direito persiste, porém, debilitado. Tanto isso é verdade que, quem recebe pagamento de dívida prescrita, não está obrigado a devolver (art. 882 do CC/2002), ao contrário do pagamento indevido, que deve ser repetido (art. 876 do CC/2002).

Destarte, violado o direito, nasce para a vítima a pretensão, que pode ser conceituada como sendo o poder ou o direito de se exigir da pessoa que violou o direito a sua reparação ou uma prestação qualquer, seja por ação, seja por omissão. E, apenas ratificando, é esta pretensão que está submetida à prescrição.

Tanto a exceção (art. 190 do CC/2002), quanto o cumprimento de sentença e a execução (Súmula n. 150 do STF), prescrevem no mesmo prazo da pretensão. Desse modo, se *X* tem um crédito em relação a *Z*, e este demanda aquele por uma outra dívida, pode *X* manejar a exceção de compensação, desde que o crédito que dela advém ainda não esteja prescrito. O mesmo vale para o cumprimento de sentença, que deve ser proposto dentro do prazo prescricional da ação de conhecimento, tendo como termo inicial a data do trânsito em julgado.

No tocante à *interrupção da prescrição*, sabe-se que a sua ocorrência, feita por apenas um dos credores, não aproveita aos demais, salvo se se tratar de solidariedade ativa (art. 204, *caput* e § 1º, do CC/2002).

Por fim, vale registrar que *o fundamento da prescrição é a preservação da segurança jurídica*, ou seja, é conveniente para a sociedade que os titulares de direitos violados tenham um determinado prazo para buscar a prestação jurisdicional, evitando-se, com isso, que fatos ocorridos há décadas, ou mesmo longos anos, possam ser trazidos à tona. O tempo faz com que as pessoas esqueçam-se dos eventos danosos e destrói provas, razão pela qual é necessário consolidar situações jurídicas, mesmo que possa criar alguma injustiça.

3. IMPRESCRITIBILIDADE DAS NULIDADES? ANÁLISE DO ART. 169 DO CÓDIGO CIVIL

O art. 169 do CC/2002 estatui que “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

Alguns doutrinadores fazem uma interpretação bastante literal e entendem que isso significaria que a nulidade pode ser arguida a qualquer tempo, ou seja, seria imprescritível. Entre eles, podemos destacar Inácio de Carvalho Neto e José Jairo Gomes. O primeiro afirma que “quanto à prescritebilidade, o negócio nulo não prescreve”.² O segundo, na mesma esteira, salienta que “o artigo 169 do CC terminou por

² CARVALHO NETO, Inácio. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006, n. 22.2, p. 430, v. 1.

firmar a tese de que o negócio nulo não se submete à prescrição ou à decadência”.³

O paraense Zeno Veloso, por sua vez, não se posiciona de maneira expressa, todavia, aparenta ser favorável à tese da imprescritibilidade do ato nulo, haja vista ter citado legislação e doutrina estrangeira nesse diapasão. Num determinado ponto, até chega a afirmar que a nulidade, além de insanável, insuprível e irratificável, seria também imprescritível, mas não passa disso.⁴

Uma segunda corrente pode ser vislumbrada, e cujo defensor é Marcos Bernardes de Mello. Para ele, há ações que versam sobre direitos imprescritíveis, v.g., os direitos da personalidade e os concernentes aos estados pessoais. Nessas hipóteses, “a ação para decretar-lhe a nulidade não prescreve jamais”.⁵ A propósito, o Código Civil alemão estabelece, no seu § 194, n. 1, que as relações de direito de família não estão sujeitas à prescrição. O doutrinador acrescenta que, “quando a nulidade é de negócio jurídico que se refere a direitos pessoais prescritíveis, embora a ação de nulidade, em geral, prescreva em dez anos, mesmo depois de vencido esse prazo a nulidade *em si* continua a existir e pode ser alegada como defesa, se alguém pretende fazer valer o ato nulo ou os seus efeitos, ou ser decretada de ofício pelo juiz ao tomar conhecimento do ato ou de seus efeitos”.⁶

Na nossa opinião, contudo, a razão está com aqueles que entendem que é mister fazer a distinção entre o negócio nulo que produziu efeitos e o negócio nulo que não produziu efeitos.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, “assim, é preciso distinguir entre o contrato nulo executado e o contrato nulo nunca executado. Se houver a execução, as pretensões dela derivadas prescrevem no prazo que lhes é próprio e, por conseguinte, não é de se admitir a tardia ação

³ GOMES, José Jairo. *Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, n. 16.2, p. 458.

⁴ Cf. VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, n. 32, p. 142-154.

⁵ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, § 70.1, p. 236.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, § 70.1, p. 236.

declaratória de nulidade, não porque tenha incorrido em prescrição, mas porque faltará interesse à parte, e sem interesse ninguém é admitido a litigar em juízo (CPC, art. 3º)⁷.

O jurista continua seu raciocínio acerca do tema da seguinte forma: “É a situação criada, portanto, posteriormente ao negócio nulo, como produto de sua execução, que pode sofrer os efeitos extintivos da prescrição, não a nulidade em si mesma. Prescrita a pretensão de desfazer a situação criada pelo cumprimento das prestações derivadas do negócio inválido, perde-se o direito de manejar ação de nulidade”.⁸ E conclui asseverando que, “depois de consolidada a situação ulterior ao negócio, pela prescrição ou pelo usucapião, a tardinha ação de nulidade somente viria conturbar a paz nas relações jurídicas, suscitando indesejados prejuízos à certeza e segurança em torno das situações consolidadas pelo longo transcurso do tempo”.⁹

Neste mesmo sentido é a doutrina de Francisco Amaral, para quem “o direito de propor a ação de nulidade não se extingue pelo decurso do tempo, embora se reconheça que a situação criada pelo negócio jurídico nulo se possa convalidar pelo tempo decorrido, no prazo e na forma da lei”.¹⁰

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também comungam desse mesmo entendimento, *in verbis*:

Preferível, por isso, é o entendimento de que a *ação declaratória de nulidade é realmente imprescritível*, como, aliás, toda ação declaratória deve ser, mas os efeitos do ato jurídico – existente, porém nulo – sujeitam-se a prazo, que pode ser o prazo máximo [...] de 10 anos, ou, como na maior parte dos casos, tratando-se de demanda de reparação civil, o novo prazo de 3 anos.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 210, p. 528, v. III, t. I.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, n. 210, p. 530, v. III, t. I,

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, n. 210, p. 530, v. III, t. I,

¹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 538.

Isso porque se a ação ajuizada for, do ponto de vista técnico, simplesmente declaratória, sua finalidade será apenas a de certificar uma situação jurídica da qual pende dúvida, o que jamais poderia ser objeto de prescrição.

Todavia, se a ação declaratória de nulidade for cumulada com pretensões condenatórias, como acontece na maioria dos casos de restituição dos efeitos pecuniários ou indenização correspondente, admitir-se a imprescritibilidade seria atentar contra a segurança das relações sociais. Neste caso, entendemos que prescreve sim a *pretensão condenatória*, uma vez que não é mais possível retornar ao estado de coisas anterior. [...].

Em síntese: a imprescritibilidade dirige-se, apenas, à declaração de nulidade absoluta do ato, não atingindo as eventuais pretensões condenatórias correspondentes.¹¹

No direito espanhol, vê-se que este é o posicionamento que vem sendo adotado. Nas lições de Miguel Pasquau Liaño,

Conforme a esta postura, por tanto, la nulidad de un contrato puede ser declarada en cualquier momento, sin límite de tiempo, pero ello no altera los plazos (generales o especiales) de prescripción extintiva de las acciones o pretensiones derivadas de la nulidad: la restitución, la reivindicación, etc.

Lo interesante, entonces, está en determinar qué utilidad práctica puede tener la machacona afirmación de que la nulidad en sí no prescribe: ¿en qué casos tendrá interés digno de protección una de las partes contratantes en que se declare, sin más consecuencias, que el contrato es nulo? Qué se entiende por acción meramente declarativa de nulidad?

[...].

1. La acción de nulidad, es decir, aquella que persigue un pronunciamiento judicial sin el cual el contrato ha de tenerse como válido por reunir en apariencia los hechos constitutivos del mismo (consentimiento, objeto, causa y en su caso forma) está sujeta a prescripción. [...].

4. El plazo deberá ser el mismo que se establezca para las acciones de cumplimiento del contrato, y deberá comenzar a correr desde que el contrato haya producido algún efecto cuya remoción requiera, a falta de acuerdo, un mandato judicial. En caso

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 390-391, v. I.

de contrato no cumplido, la reclamación (judicial, pero también extrajudicial) determina el inicio del cómputo del plazo para la prescripción de nulidad. El cumplimiento del contrato por la parte que no pretende su nulidad equivale a estos efectos a reclamación.

5. La invocación extrajudicial de la nulidad interrumpe el plazo de prescripción de la acción de nulidad.

6. Si para reivindicar con éxito la cosa transmitida por virtud de negocio traslativo nulo es preciso que se declare la nulidad de ese negocio, el demandado podrá oponer al reivindicante la prescripción de la acción de nulidad, por más que el plazo de la acción reivindicatoria fuese mayor.¹²

Assim, não obstante os renomados doutrinadores que tenham entendimento em sentido contrário, afigura-nos que esse é o melhor entendimento, qual seja, o de que a ação declaratória de nulidade somente poderia ser ajuizada se os efeitos produzidos, em decorrência do negócio nulo, ainda não tivessem sido atingidos pela prescrição. Caso a pretensão, em decorrência do negócio nulo, já estiver prescrita, então não há de se falar na propositura da ação que visa arguir a nulidade do contrato, pois seria inútil a declaração de nulidade pura e simples. Nesse caso, o autor seria carecedor de ação, pois lhe faltaria o interesse de agir.¹³

4. PRESCRIÇÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

É muito raro existir consenso na doutrina, muito raro mesmo. E uma questão que não gera polêmica alguma é com relação à imprescritibilidade dos direitos da personalidade.

Entre todos, confira a lição de Francisco Amaral, para quem os direitos da personalidade são imprescritíveis “no sentido de que não

¹² LIAÑO, Miguel Pasquau. La acción de nulidad sí prescribe. In: *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. In: ECHEVERRÍA, Jesús Delgado (Coord.). Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007, p. 228 e 246. No mesmo sentido, confira-se: ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. 14. ed. Barcelona: Bosch, 1996, § 105, p. 437, v.2, t. I.

¹³ Nesse mesmo sentido, confira-se: VIANA, José Ribamar de Castro. Ação declaratória – Prescrição da pretensão condenatória – Falta de interesse de agir. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 26, ano VII, p. 215-218, abril-junho de 1982.

há prazo para o seu exercício. Não se extinguem pelo não uso, assim como sua aquisição não resulta do curso do tempo”¹⁴

Além desta característica, seriam eles também inalienáveis, intransmissíveis, impenhoráveis, indisponíveis, absolutos e extrapatrimoniais.

No entanto, esta imprescritibilidade deve ser vista de maneira não muito radical, sob pena de se instaurar verdadeiro caos e, assim, comprometer a segurança jurídica.

Destarte, quando a doutrina fala em imprescritibilidade ela está se referindo ao direito em si, e, não, a alguma violação a este direito. Exemplificando, se alguém publica um livro que não escreveu, ou grava e comercializa música que não compôs, pode o titular do direito, a qualquer momento, reclamar a cessação, mesmo que trinta ou quarenta anos depois.

No entanto, existe um prazo prescricional para que este mesmo titular exerça sua pretensão contra o autor do dano. Este prazo, salvo previsão expressa em lei especial, é de três anos, conforme o art. 206, § 3º, V, do CC/2002, que cuida da pretensão de reparação civil. Apenas para demonstrar o que estamos falando, note que o prazo prescricional para ajuizar ação indenizatória, em decorrência de violação ao direito de propriedade industrial, é de cinco anos, nos termos do art. 225 da Lei 9.279/96.

Neste sentido, confira os ensinamentos de Agnelo Amorim Filho, ao afirmar seguramente que “quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis), pois todas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 178, ou por um dos prazos gerais do art. 177”¹⁵ E a ação de reparação civil sempre está sujeita a sentença que produz efeitos condenatórios.

Outro não é o entendimento de José Jairo Gomes, ao expor que “afirma-se que o exercício tardio de direito da personalidade não obstaculiza sua eficácia, por isso ele seria imprescritível. Todavia, não

¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 252.

¹⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1960, v. 300, p. 33-34, outubro.

é correto falar-se em imprescritibilidade nesse caso, haja vista que a prescrição pressupõe sempre a existência de pretensão. Esta decorre da violação a Direito Subjetivo. Note-se, porém, que a pretensão de reparação de danos decorrentes da ofensa perpetrada contra direito da personalidade sujeita-se à prescrição, mas, nesta hipótese, o que prescreve é a pretensão surgida com a violação do direito”.¹⁶

O português José de Oliveira Ascensão segue esta mesma esteira de raciocínio. Afirma ele que “por mais longa que seja a passividade do autor, o seu direito não se perde com esse fundamento: não há prescrição ou não uso de direito de autor. [...]. O direito de autor não se perde também em consequência de usucapião do direito por terceiro”.¹⁷ Contudo, obtempera que “as consequências da violação podem ficar consolidadas com o tempo. [...]. Mais claramente, prescrevem as consequências da violação. Prescreve o direito a indemnização”.¹⁸

Uma última informação merece, no entanto, ser destacada. Segundo entendimento majoritário do STJ, os danos sofridos por pessoa durante a maior parte do período da ditadura militar são *imprescritíveis*, haja vista a violação expressa a direitos fundamentais: o direito à vida e à dignidade humana.¹⁹ Particularmente, somos contra

¹⁶ GOMES, José Jairo. *Direito civil: introdução e parte geral*, p. 190-191.

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992, n. 277, p. 412.

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*, n. 128, p. 194.

¹⁹ “1. Ação de danos morais em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, tendo a r. sentença extinguido o processo, sem julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932. O decisório recorrido entendeu não caracterizada a prescrição. 2. Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva. 3. O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática. 4. A imposição do Decreto nº 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal. 5. O art. 14, da Lei nº 9.140/1995, reabriu os prazos prescricionais no que tange às indenizações postuladas por pessoas que, embora não desaparecidas, sustentem ter participado ou ter sido acusadas de partici-

tal posicionamento. A prescrição é fruto do princípio da segurança jurídica. Portanto, caso a parte ou os seus familiares não exerçam a sua pretensão dentro do limite temporal estabelecido pela lei, devem sofrer os seus efeitos, quais sejam, o da impossibilidade de exigir em juízo a indenização devida.

Assim sendo, a violação do direito da personalidade, *per se*, não está sujeita à prescrição, mas, os efeitos decorrentes desta transgressão, com certeza, estão.

5. ESTUDO DE TRÊS QUESTÕES ACERCA DA INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Neste *item 5* pretendemos analisar três questões importantes acerca da interrupção da prescrição. A primeira é o disposto no *caput* do art. 202 do CC/2002, a segunda, o seu inciso VI, e, a terceira, é sobre a interrupção da prescrição aquisitiva para fins de usucapião.

Antes de adentrarmos nos três temas aos quais nos propomos escrever nessa parte, vale lembrar que, nos termos do art. 219, § 1º, do CPC, “a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação”, e, segundo o § 2º do mesmo artigo, “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”. Por fim, de acordo com a Súmula n. 106 do STJ, “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

pação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e, em conseqüência, tenham sido detidas por agentes políticos. 6. Inocorrência da consumação da prescrição, em face dos ditames da Lei nº 9.140/1995. Este dispositivo legal visa a reparar danos causados pelo Estado a pessoas em época de exceção democrática. Há de se consagrar, portanto, a compreensão de que o direito tem no homem a sua preocupação maior, pelo que não permite interpretação restritiva em situação de atos de tortura que atingem diretamente a integridade moral, física e dignidade do ser humano” (STJ, 1ª T., REsp n. 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, j. 26.11.2002, RSTJ 170/120).

5.1 A prescrição pode ser interrompida mais de uma vez

O art. 202 do CC/2002 cuida das hipóteses de interrupção da prescrição. Trata-se de rol taxativo, e cujo *caput* anuncia que somente poderá ser interrompida uma só vez: “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á”. *A dúvida que paira é a seguinte: o caput do dispositivo legal dispõe que a prescrição somente poderá ser interrompida uma só vez, ou, então, que apenas poderá ser interrompida, uma vez, em cada uma das hipóteses dos incisos que ali estão elencados?*

Segundo Humberto Theodoro Júnior, “não importa que existam vários caminhos para se obter a interrupção da prescrição. Usando um deles, a interrupção alcançada será única. Não terá como o credor se valer de outra causa legal para renovar o efeito interruptivo”.²⁰ Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Francisco Amaral,²¹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.²²

Com todo o respeito, não podemos concordar com esse entendimento. E, para convencer a todos, basta citar um exemplo.

Imagine-se que Mariana celebrou contrato de compra e venda com Juliana. O prazo prescricional para a cobrança da dívida, no caso de inadimplemento, é de 5 anos (art. 206, § 5º, do CC/2002). Mariana, porém, antes de ingressar em juízo com a ação cabível, optou por interpelar Juliana extrajudicialmente. Caso tal medida reste infrutífera, o ajuizamento da ação de cobrança será a única saída. Ocorre que, com a interpelação judicial, já ocorreu a primeira interrupção da prescrição (art. 202, V, do CC/2002). Sendo assim, com o ajuizamento da ação, o prazo prescricional continuará fluindo normalmente, e, caso Mariana não receba de Juliana o valor que lhe é devido em 5 anos, contados do dia seguinte do recebimento da interpelação extrajudicial,

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 353, p. 255, v. III, t. II.

²¹ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 586.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, p. 475-476, v. I.

terá operado a prescrição no curso do processo. Em outras palavras, criou-se algo muito mais tenebroso do que a prescrição intercorrente.

É verdade que se poderia dizer que, para não se ter esse tipo de problema, bastaria não fosse interpelado o devedor, e que simplesmente fosse ajuizada imediatamente a demanda judicial. De fato, essa seria uma solução, no entanto, há dois inconvenientes graves.

O primeiro é que é sabido que uma simples interpelação extrajudicial, assinada por advogado, intimida o devedor e pode surtir efeitos imediatos. *In casu*, teria de se abrir mão de seu uso.

O segundo problema é muito mais delicado. Há algumas ações nas quais é obrigatória a interpelação ou notificação extrajudicial para constituir em mora o devedor, não obstante existir termo certo e determinado da data do vencimento da dívida, ou seja, trata-se de mora *ex re* e, mesmo assim, criou-se tal requisito para a propositura da ação. Na verdade, é um grande contrassenso. Ora, se a mora é *ex re*, não há de se falar em interpelação com fins de constituição em mora do devedor, tendo em vista já existir data certa e determinada do seu vencimento. Isso somente seria necessário se a mora fosse *ex persona*. No entanto, já que o STJ se posicionou de tal maneira, mesmo sabendo que se trata de mora *ex re*,²³ cabe a nós mortais seguir a sua ordem.

Entre elas, destacamos a ação de busca e apreensão em virtude de inadimplemento no contrato de alienação fiduciária. O STJ exige seja feita interpelação/notificação extrajudicial, para constituir o devedor em mora, antes de se manejar a busca e apreensão. A única controvérsia é se a interpelação/notificação precisa ser entregue em mãos ao devedor,²⁴ ou se bastaria provar que foi entregue no endereço correto.²⁵

²³ STJ, 3ª T., REsp n. 37.535/RS, Rel. Min. Paulo Costa Leite, j. 30/09/1993, *RSTJ* 57/402.

²⁴ “Para a comprovação da mora do devedor, não basta que a notificação tenha sido expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos: deve demonstrar-se que a carta tenha sido por ele recebida. Precedentes” (STJ, 4ª T., REsp n. 539.842/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 21/10/2003, *DJ* 19/12/2003, p. 489).

²⁵ “Na linha de precedentes da Corte, não se faz necessária notificação pessoal do devedor para o efeito da constituição em mora, não havendo, no caso, contestação de que tenha sido entregue no endereço correto” (STJ, 3ª T., REsp

Posto o problema, pode-se ver que a controvérsia é muito mais grave, uma vez que, aqui, a imprescindibilidade da interpelação decorre da orientação do STJ, isto é, sem ela, o processo será extinto sem resolução do mérito. Dessa forma, feita a interpelação extrajudicial, ocorrerá a interrupção do prazo prescricional, reiniciando-se a partir do dia seguinte do seu recebimento pelo devedor. Por conseguinte, como já ocorreu a interrupção da citação uma vez, a citação na ação de busca e apreensão não terá o condão de interrompê-la novamente. Assim, se a ação não chegar ao fim em 5 anos – que é o prazo prescricional nesse caso – ocorrerá a prescrição do feito, ficando o credor sem receber aquilo a que tem direito.

Isso é Justiça? A nosso ver, não. De que adianta os doutrinadores se gabarem dessa suposta “evolução” do CC/2002,²⁶ sob argumentos de que se está visando acabar com a má-fé e a procrastinação do credor, que poderia, na vigência do CC/1916, interromper a prescrição quantas vezes quisesse.

É por isso que insistimos em dizer que a melhor interpretação para o *caput* do art. 202 do CC/2002 é a de que a prescrição pode ser interrompida uma única vez com base no mesmo fundamento jurídico. Isso significa que, se já houve uma interpelação extrajudicial, e, conseqüentemente, ocorreu a interrupção da prescrição (art. 202, V, do CC/2002), não pode o credor pretender interpelar o devedor, anos depois, com essa mesma finalidade. Por outro lado, caso a ação cabível seja proposta, então necessariamente ocorrerá nova interrupção da prescrição, só que, agora, com base em outro inciso do dispositivo legal (art. 202, I, do CC/2002).

Na eventualidade de se pretender sustentar que a interpelação ou a notificação extrajudicial não interrompem a prescrição, por não es-

n. 503.677/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 02/09/2003, DJ 28/10/2003, p. 286).

²⁶ Entre todos, confira-se: “Esta limitação nos parece bastante salutar, no sentido de moralizar a utilização da possibilidade de interrupção, evitando-se abusos generalizáveis e a própria perpetuação da lide” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, p. 476 v. I.). Nesse diapasão: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 485, v. I.

tares elencadas no rol taxativo no art. 202 do CC/2002, e, com isso, pretender-se tornar ineficazes os exemplos acima, pensamos que não há razão. Primeiro, porque é da tradição, dos usos e dos costumes do nosso Direito admitir-se o seu uso com essa finalidade. Segundo, porque a melhor interpretação do inciso V do art. 202 do CC/2002²⁷ é no sentido de que, ali, abarcam-se tantos os meios judiciais quanto os extrajudiciais. Esse, aliás, é o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, que assevera que,

Mais importante que a previsão dos atos de constituição de mora pela via judicial, é a questão de reconhecer-se também à interpelação extrajudicial o efeito de interromper a prescrição. O art. 202, V, ao referir-se somente ao ato judicial dá a idéia de ser atributo apenas da interpelação processada em juízo aquela eficácia interruptiva.

Se, para o novo Código, não é apenas o protesto judicial que interrompe a prescrição (pois, o protesto extrajudicial de títulos tem a mesma força), não há razão para deixar de reconhecer igual eficácia também às interpelações extrajudiciais, operadas por via do Registro de Títulos e Documentos, ou entregues pessoalmente ao obrigado, mediante recibo ou protocolo [...].

Se esse protesto ou interpelação, operado extrajudicialmente, tem a mesma força de colocar o devedor em mora, me parece razoável reconhecer-lhe essa mesma força, quando se trata de impedir a consumação da prescrição. É o rumo indicado pela modernização do direito obrigacional exigida pela sociedade contemporânea.²⁸

Em contrapartida, se se tivesse utilizado apenas a ação judicial para se exigir o cumprimento da obrigação, tem-se que o despacho do magistrado que ordenou a citação do réu interromperia a prescrição (art. 202, I, do CC/2002),²⁹ e essa, apenas voltaria a seguir seu curso normal, quando da prática do último ato do processo que a interrom-

²⁷ A sua redação é a seguinte: “por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor”.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, n. 357.1, p. 267-268, v. III, t. II,

²⁹ Em sentido contrário, entendendo que é a citação válida e pessoal que interrompe a prescrição, confira-se: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, n. 355.1, p. 259-260, v. III, t. II. A nosso ver, a regra

peu, conforme dispõe o parágrafo único do art. 202 do CC/2002. Esse ato, normalmente, é o trânsito em julgado. Entretanto, não se pode querer afirmar que a prescrição volta a correr após a *res iudicata* da fase de conhecimento do processo, pois, do contrário, correr-se-ia o risco de que a prescrição ocorreria durante a fase de execução do processo. Na verdade, conforme já exposto anteriormente, a execução prescreve no mesmo prazo da ação (Súmula n. 150 do STF). Assim, esse conceito de execução deve ser estendido à fase de cumprimento de sentença, claro, sob pena de serem geradas situações de extrema injustiça e incoerência.

É importante registrar que, caso a interrupção da prescrição só ocorresse uma única vez, não importando se fosse com base em fundamentos (incisos) diversos, percebe-se que nas hipóteses verdadeiramente de mora *ex persona*, isto é, aquelas que não têm termo certo e determinado e necessitam de comunicação do contratante ao obrigado para incorrer em mora, haveria aquele mesmo caos narrado acima, na medida em que a interpelação interromperia o prazo prescricional e, a citação do processo (seja de conhecimento ou de execução) não poderia fazer o mesmo, uma vez que a prescrição já fora interrompida uma vez, por meio da interpelação. Imperioso destacar, contudo, que, segundo Carpenter, “a interpelação feita com o só intuito de constituir em mora, não é causa interruptiva da prescrição”.³⁰ Com o devido respeito, discordamos, tendo em vista que o intérprete não pode distinguir onde o legislador assim não o fez. Ademais, seria uma verdadeira balbúrdia, dentro do processo, ficar discutindo a natureza da interpelação.

Portanto, após todas essas considerações, pode-se facilmente chegar à conclusão de que a prescrição pode ser interrompida mais de uma vez, desde que seja com fundamento em diferentes incisos do art. 202 do CC/2002. Desse modo, a primeira interpelação extrajudicial

do CPC foi revogada pelo CC/2002. Entendemos, contudo, que a eficácia da interrupção depende da citação válida e pessoal do réu.

³⁰ CARPENTER, Luiz Frederico S. *et al.* Manual do Código Civil brasileiro (da prescrição). Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919, n. 136, p. 302, v. IV, apud CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, n. 139, p. 189.

recebida pelo devedor interrompe a prescrição, já uma segunda não teria esse condão. Caso o credor pretendesse ou necessitasse interromper a prescrição novamente, então seria o caso de, por exemplo, ajuizar a ação cabível, pois sabemos que o despacho do juiz que determina a citação do réu também é uma causa de interrupção da prescrição (art. 202, I, do CC/2002). Essa é, sem dúvida, a melhor exegese do dispositivo legal em comento.

5.2 Atos do devedor que importam em reconhecimento do direito do credor

Nesse *item* analisaremos uma vertente do inciso VI do art. 202 do CC/2002. Será que o ajuizamento de ação anulatória de negócio jurídico teria o condão de interromper a prescrição? Em outras palavras, será que a propositura dessa ação pode ser equiparada a um ato inequívoco, do devedor, reconhecendo o direito do credor?

A nosso ver, a resposta a ambas as perguntas supraformuladas é de cunho positivo.

No magistério de Yussef Said Cahali, encontramos o seguinte posicionamento:

Em geral, tem-se cuidado da demanda do credor contra o obrigado, como sendo a ação, aqui referida, que interrompe a prescrição.

Mas o devedor pode provocar o sujeito ativo, promovendo contra este uma ação visando que se declare prescrita a ação do sujeito ativo, por se ter completado o respectivo prazo. Certamente, essa sua demanda, pelo seu caráter dúplice, provoca a interrupção da prescrição.

O mesmo se diz da demanda do sujeito passivo, visando a nulidade ou redução do pretendido crédito do sujeito ativo, que embasaria eventual ação visando sua cobrança.³¹

Certamente, este é o entendimento que deve prevalecer no dia a dia forense. É claro que quando o devedor ajuíza uma ação em face de seu credor ele está reconhecendo que existe, contra ele, uma obrigação que deve ser cumprida. Contudo, ele (devedor) crê que há alguma

³¹ CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008, n. 34.5., p. 105.

causa que impede o seu cumprimento. Ademais, seria de todo absurdo exigir que o credor promovesse a ação cabível para fazer valer o contrato, em face do devedor, se este, por sua vez, já ajuizou ação anulatória. O bom senso recomenda que a ação do credor só seja manejada ao término da ação promovida pelo devedor, pois, caso essa última logre êxito, não poderá o credor fazer valer o seu direito, pois ele foi tido como nulo pelo Judiciário.

É justamente por isso que a jurisprudência tem entendido, por exemplo, que a propositura de ação de consignação em pagamento pelo devedor interrompe o prazo prescricional da pretensão do credor.³² Dessa forma, ocorrendo o trânsito em julgado da ação de consignação em pagamento promovida pelo devedor em face do credor, faz recomeçar a fluência do prazo prescricional da pretensão deste contra aquele, não importando estar a lide em fase de liquidação ou uma das partes estar questionando suas verbas sucumbenciais.³³

Caso se sustente que a hipótese aqui aventada por nós não importe em ato inequívoco que importa no reconhecimento do direito do credor pelo devedor, então, pelo menos, que se aplique o princípio da razoabilidade, pois ele teria o poder de flexibilizar os ditames da regra do dispositivo legal em comento para fazer com que a prescrição fosse interrompida, sem que, com isso, se estivesse alterando o rol taxativo do art. 202 do CC/2002.

5.3 Interrupção da prescrição aquisitiva em decorrência de citação válida em outro processo

Há uma corrente minoritária na jurisprudência do STJ com um entendimento extremamente estapafúrdio acerca da não interrupção

³² Cf. “O ajuizamento da ação de consignação em pagamento consiste em causa que interrompe a prescrição, pois o devedor, por meio desta ação, pretende consignar em juízo o valor que entende devido, importando, por conseguinte, em ato inequívoco de reconhecimento do direito do credor, nos termos do art. 172, inc. V, do CC/16 (correspondência: art. 202, inc. VI, do CC/02)” (STJ, 3ª T., REsp n. 648.989/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 285).

³³ Cf. STJ, 4ª T., REsp n. 226.291/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 05/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 344.

da prescrição aquisitiva³⁴ para fins de se propor ação de usucapião: “a teor da reiterada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a ação possessória cujo pedido fora julgado improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião”.³⁵

Entretanto, este não é o posicionamento mais correto, e nem mesmo o majoritário. Atualmente, a jurisprudência do STJ vem decidindo o seguinte: “para o art. 219 do Código de Processo Civil, ‘a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição’. Quanto à interrupção da prescrição, a lei não distingue entre pedido julgado procedente e aquele declarado improcedente. Evidenciado o inequívoco exercício do direito e a boa-fé do autor, ainda que com a propositura de ação incabível, interrompe-se o prazo prescricional”.³⁶

Ora, é evidente que não se pode admitir que a prescrição aquisitiva não seja interrompida pelo simples fato de o pedido não ter sido acolhido. O CPC, no seu art. 219, não excepcionou, logo, não pode o intérprete pretender assim fazer.

Com opinião nesse mesmo sentido, confira-se a doutrina clássica de Antônio Luís Câmara Leal:

Nosso legislador, porém, tendo dado à citação, em si, o efeito de interromper a prescrição, só à nulidade desta, por defeito de forma, ou à sua ineficácia por circundução, ou à sua inadmissibilidade por preempção da instância ou da ação, é que atribuiu o efeito de impedir a interrupção prescricional.

³⁴ Há um doutrinador de escol que, com arrimo em Caio Mário da Silva Pereira, não concorda com o emprego da expressão prescrição aquisitiva: FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 745-746.

³⁵ STJ, 2ª Seção, AR n. 440/SP, Rel. Min. Castro Filho, j. 24/08/2005, DJ 03/10/2005, p. 114. Nesse sentido, confirmam-se: STJ, 4ª T., REsp n. 149.186/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 04.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 466; STJ, 3ª T., REsp n. 10.385/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 11.05.1999, DJ 14.06.1999, p. 185.

³⁶ STJ, 2ª Seção, EREsp n. 54.788/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27.09.2006, DJ 06.11.2006, p. 300. Nesse sentido: STJ, 4ª T., REsp n. 23.751/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.12.1992, DJ 08.03.1993, p. 3.121; STJ, 4ª T., REsp 53.800/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 09.12.1997, DJ 02.03.1998, p. 93.

Do destino da demanda não cogitou o nosso Código, de modo que, qualquer que seja sua sorte, ela não retrotrairá, influenciando sobre a interrupção, para infirmá-la. [...].

Essa não foi a orientação de nossa lei. À citação deu ela a virtude interruptiva da prescrição, e a ela somente atendeu, para que, independentemente do resultado da demanda, pudesse operar eficazmente a interrupção.³⁷

Humberto Theodoro Júnior também comunga do posicionamento acima. O jurista indaga se, caso ocorresse a extinção do processo sem resolução de mérito, ainda assim ocorreria a interrupção da prescrição caso a citação válida tenha se consumado. Ele responde que “não é o processo que interrompe a prescrição, mas a citação nele efetuada. Uma vez interrompida pela citação, não se preocupa nossa lei com o destino que poderá ter a demanda subsequente”.³⁸

Finalmente, na jurisprudência do STJ já se pôde analisar essa questão, e a conclusão a que se chegou foi a mesma das doutrinas acima mencionadas, qual seja, a de que o que importa é a validade da citação, e, não, o resultado do processo.³⁹

6. A FAMIGERADA POSSIBILIDADE DE O JUIZ CONHECER DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO

No dia 16 de fevereiro de 2006, foi promulgada a Lei n. 11.280/06, que, ao fazer uma mudança no instituto da prescrição, não só enfureceu os doutrinadores país afora, como também conseguiu depreciar algo que já estava num estado perfeito e acabado. O dispositivo legal ao qual estamos nos referindo é o novo § 5º do art. 219 do CPC, que possui a seguinte redação: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. A mesma lei ainda revogou, expressamente, o art. 194 do CC/2002, que tinha o seguinte enunciado: “O juiz não pode suprir, de

³⁷ CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, n. 135, p. 183.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, n. 355.4, p. 263, v. III, t. II.

³⁹ Cf. STJ, 4ª T., REsp n. 47.790/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 31/05/1994, *DJ* 27/06/1994, p. 16.989. Nesse sentido, confirmam-se: STJ, 2ª T., REsp n. 1.067.911/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 18/08/2009, *DJe* 03/09/2009; STJ, 3ª Seção, REsp n. 1.091.539/AP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/11/2008, *DJe* 30/03/2009.

ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

Mais uma vez trazendo à baila os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, vejamos:

O mesmo raciocínio equivocado se faz presente na reforma do CPC, com que a Lei nº 11.280/2006 pretendeu acelerar a solução das causas com a pretensa outorga de poderes ao juiz para decretá-la, sumariamente e ex officio, a prescrição, sem qualquer ressalva nem mesmo para os casos de direitos puramente patrimoniais e disponíveis. Com isso, passa-se por cima da própria natureza de direitos e interesses situados, substancialmente, no âmbito da autonomia da vontade, quebrando-se um sistema cujo núcleo nem se situa no direito processual, mas no direito material, em que reconhecidamente não predomina a ordem pública e deve prevalecer, com soberania a liberdade do titular de faculdade de caráter nitidamente privado. A simples celeridade processual não justifica tamanha supressão da iniciativa individual.⁴⁰

Como são muitas as nossas críticas à reforma, optamos por fazê-las em forma de tópicos, pois assim ficará mais fácil para o leitor.

- i) É inconstitucional, por dois motivos. *Primeiro* porque, sendo a prescrição um direito de defesa do credor, que pode ou não utilizá-lo, dependendo do caso concreto, e de acordo com seus interesses, violaria, portanto, o princípio da ampla defesa, que, entre as suas várias facetas, permite que a parte escolha a sua tática de defesa. *Em segundo lugar*, porque viola o princípio da isonomia, tendo em vista que permite que o juiz auxilie uma das partes (normalmente o réu) dentro do processo.
- ii) É ilegal, porque permite que o juiz se pronuncie de ofício sobre algo que não é de sua conta, ou seja, não é de ordem pública, haja vista o caráter notoriamente privado da prescrição.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A exceção de prescrição no processo civil. Impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: IOB, v. 41, p. 82-83, maio/jun. 2006.

- iii) É contraditória a reforma. *A uma*, porque manteve o art. 191 do CC/2002,⁴¹ que permite que a parte interessada renuncie a prescrição, expressa ou tacitamente. *A duas*, porque retirou a coerência do sistema jurídico, que prega a congruência e harmonia de suas normas.⁴²
- iv) É inconveniente, na medida em que cria mais um ônus para os magistrados brasileiros, que estão completamente assobrados de processos. Agora, além dos vários deveres que o juiz tem, terá ainda que se preocupar em contar prazo, a fim de averiguar a ocorrência ou não de prescrição nos processos que estão sob sua competência.

É com base nesses argumentos, sem falar em outros que possam existir, que o juiz *não deve* aplicar a regra em comento.

Caso, entretanto, queira colocá-la em uso, tem-se que precisaria agir da seguinte maneira, conforme obtempera Alexandre Freitas Câmara:

Assim, se ao juiz parece ter decorrido o prazo prescricional e tal matéria não foi suscitada pelo interessado, não poderá ele reconhecer a prescrição sem dar às partes oportunidade para manifestar-se sobre a questão por ele de ofício suscitada. Perdoe-se a insistência, mas é preciso fixar bem este ponto: o poder do juiz de conhecer de uma certa matéria de ofício não lhe dá autorização para dispensar o contraditório, elemento legitimador dos provimentos estatais.

Em termos práticos, isso significa que o juiz não poderá, por exemplo, indeferir a petição inicial liminarmente em razão da prescrição. O fato de ser o demandado interessado na matéria (já que pode ter a intenção de renunciar ao benefício) impede a decretação *in limine litis* da prescrição. Terá o juiz, de qualquer maneira, de determinar a citação do demandado e, no caso de

⁴¹ “Art. 191: A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

⁴² Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. Publicada no *Juris Síntese*, n. 71 – maio/jun. de 2008.

este não se manifestar expressamente sobre a prescrição na contestação, determinar expressamente às partes que sobre a mesma se manifestem no prazo que lhes assinar (ou em cinco dias, se outro prazo não lhes for assinado).⁴³

Respeitar o princípio do contraditório aqui, conforme alerta o doutrinador carioca, não é relevante só porque se trata de um dispositivo constitucional, mas, sim, porque há uma série de implicações práticas. Apenas como exemplo, pense-se no caso de a prescrição ter sido interrompida no passado, sem que seja do conhecimento do magistrado. Evita-se, com isso, a interposição desnecessária de recursos para os tribunais da nossa Nação. Outra vantagem é a de possibilitar que o credor renuncie, expressa ou tacitamente, a prescrição da pretensão pronunciada pelo juiz, fato este perfeitamente possível de acontecer, do ponto de vista jurídico, pois o art. 191 do CC/2002 continua vigorando e produzindo efeitos. Essa é, a nosso ver, a melhor exegese do art. 219, § 5º, do CPC.

Na jurisprudência, não obstante podermos colher um ou outro acórdão,⁴⁴ ainda é cedo para saber como será a tendência de nossos tribunais acerca do tema, isto é, se é legal, se é constitucional, bem como seus parâmetros de aplicação.

Terminamos essa parte renovando nossa profunda indignação em relação a essa ridícula reforma e esperando, que a jurisprudência, tenha a sabedoria de consertar mais esse estrago do nosso pobre legislador.

7. QUAL O PRAZO PRESCRICIONAL CONTRA O PODER PÚBLICO NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO?

O art. 1º do Decreto n. 20.910/32 assim dispõe: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. Já o art. 10 do mesmo diploma legal estatui que “O disposto nos artigos anteriores não altera

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição, *cit.*

⁴⁴ Entre eles, confirmam-se: STJ, 1ª T., REsp n. 996.021, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 18/09/2008; TRF 1ª R.1ª T., Ap. n. 1999.34.00.013987-1/DF, Rel. Juiz Fed. Itelmar Raydan Evangelista, *DJe* 23/09/2008.

as prescrições de menor prazo, constantes, das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas as mesmas regras”.

Por sua vez, o CC/2002, no seu art. 206, § 3º, V, estabelece que “prescreve em três anos a pretensão da reparação civil”.

Fica, então, a dúvida: qual é o prazo prescricional contra o Poder Público nas ações de indenização?

Recentemente, o STJ teve a oportunidade de julgar um caso e enfrentou essa problemática. O acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA TRÊS ANOS.

1. O legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

2. O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil – art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 – prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

3. Recurso especial provido.⁴⁵

Não concordamos com o julgado. Antes de emitirmos nossa opinião, vamos ver como a doutrina tem trabalhado esse assunto.

Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha,

Significa que a prescrição das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública é quinquenal, ressalvados os casos em que a lei estabeleça prazos menores. Na verdade, os prazos prescricionais inferiores a 5 (cinco) anos beneficiam a Fazenda Pública.

Diante disso, a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública submete-se ao prazo prescricional de 3 (três) anos, e não à prescrição quinquenal. Aplica-se, no particular, o disposto no art. 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil de 2002, não somente em razão do que estabelece o art. 10 do Decreto nº 20.910/32,

⁴⁵ STJ, 2ª T., REsp n. 1.137.354/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 08/09/2009, *DJe* 18/09/2009.

mas também por se tratar de norma posterior. E, como se sabe, a norma posterior, no assunto tratado, revoga a anterior.

O que se percebe, em verdade, é um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. A legislação especial conferiu-lhe um prazo diferenciado de prescrição em seu favor. Enquanto a legislação geral (Código Civil de 1916) estabelecia um prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, a legislação específica (Decreto nº 20.910/32) previa um prazo de prescrição próprio de 5 (cinco) anos para as pretensões contra a Fazenda Pública. Nesse intuito de beneficiá-la, o próprio Decreto nº 20.910/32, em seu art. 10, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la.

A legislação geral atual (Código Civil de 2002) passou a prever um prazo de prescrição de 3 (três) anos para as pretensões de reparação civil. Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral - aplicável a todos, indistintamente - ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público. A estas deve ser aplicado, ao menos, o mesmo prazo, e não um superior, até mesmo em observância ao disposto no art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

Enfim, a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública sujeita-se ao prazo prescricional de 3 (três) anos, e não à prescrição quinquenal.⁴⁶

Entre os inúmeros administrativistas que entendem que a prescrição contra o Estado, nas ações de natureza pessoal, continua sendo a quinquenal, temos que o melhor contraponto foi feito por Elody Nassar, que afirma que,

A responsabilidade civil da Administração Pública, desse modo, situa-se segundo os parâmetros atinentes ao Direito Administrativo, não guardando nenhuma dependência em relação ao normatizado pelo Direito Civil. [...].

Para isso, nessa linha, o prazo da prescrição administrativa há de ser lido a partir do regime jurídico delimitado pelo Direito Administrativo, afastando-se a necessidade do eterno retorno ao Direito Privado. Isto porque, hodiernamente, é incontroverso que o Direito Administrativo configura um sistema ao qual não se

⁴⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 85.

pode mais negar o reconhecimento de sua autonomia temática e científica. [...].

Por fim, concluímos que o Decreto n. 20.910/32 estabelece a prescrição quinquenal para todas as dívidas, direitos e ações contra a Fazenda Pública, não se aplicando, as regras do Código Civil direcionadas ao direito privado, às entidades de direito público.⁴⁷

Outros doutrinadores que pensam exatamente como o autor acima, ou seja, de que a prescrição do administrado contra o Poder Público continua sendo de 5 anos, são Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴⁸ Diógenes Gasparini,⁴⁹ Alexandre de Moraes⁵⁰ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁵¹

Analisando essa questão à luz da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lei 12.376/2010, vemos que a regra prescricional, trazida pelo CC/2002, não teve o condão de alterar a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/32. Os dois primeiros parágrafos do art. 2º da LIDB dispõem o seguinte: “§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” e § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Como se pode ver, os dispositivos acima citados devem ser interpretados de maneira conjunta, complementando um ao outro. Assim, podemos afirmar que a regra geral é aquela estampada no § 2º, ou seja, a lei nova, seja geral ou especial, não altera a lei já existente, salvo se se tratar de uma das três hipóteses mencionadas pelo § 1º.

⁴⁷ NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 313.

⁴⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1.010-1.011.

⁴⁹ Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

⁵⁰ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 259.

⁵¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 610.

Então, a questão gira toda em torno de se saber se existe incompatibilidade entre o CC/2002 (lei posterior) e o Decreto n. 20.910/32. Será que existe?

Na doutrina, verifica-se que uma forma muito utilizada para se responder esse tipo de pergunta é valer-se do chamado *critério da especialidade*. Segundo ele, “a norma especial revoga a geral no que esta tem de especial. A geral só revoga a especial se alterar totalmente o regime no qual está aquela incluída”.⁵²

Outro critério que poderia ser empregado é o da *antinomia real*. Dentro dele, há alguns metacritérios, sendo que um deles serve exatamente para a situação atual que estamos presenciando e vivendo: “de especialidade e cronológico, valeria a metarregra de que a norma anterior-especial (critério de especialidade) prevaleceria em face da norma posterior-geral (critério cronológico)”.⁵³

No caso em tela, estamos diante de uma lei geral (CC/2002) que veio posteriormente à lei especial (Decreto n. 20.910/32).

Portanto, a pergunta que deve ser respondida, de modo a se saber se houve ou não alteração na regra de prescrição das ações do particular contra o Estado, é: houve alguma mudança total no regime em que o Poder Público está incluído? E a resposta, a nosso ver, só pode ser negativa. O CC/2002, que é um diploma legal voltado para os particulares, cuidou e regulou da prescrição entre particulares. O direito administrativo, ciência do Direito autônoma e independente que é, continua com suas regras próprias, assim como o direito privado tem as suas.

Não bastasse isso tudo que já foi dito, ainda podemos trazer a lume o *princípio da segurança jurídica*,⁵⁴ que, sem sombra de dúvidas, foi violado por essa recente decisão do STJ. Esse princípio prega, principalmente, a previsibilidade. Ora, nesse acórdão em que se deci-

⁵² MAFRA, Teresa Cristina Monteiro *et al.* *A LICC e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 72.

⁵³ MAFRA, Teresa Cristina Monteiro *et al.* *A LICC e o Código Civil de 2002*, p. 74.

⁵⁴ Sobre o princípio da segurança jurídica, confira-se: BERALDO, Leonardo de Faria. Aspectos do princípio da segurança jurídica. *In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira.* (Org.). *Direito Civil: Atualidades*, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 585-619, v. III.

diu que a prescrição contra o Estado é de 3 anos, em vez de 5, que é o prazo que vem sendo aplicado há mais de 75 anos, só pode ser visto como imprevisibilidade. Caso viesse uma lei nova, e expressamente reduzisse o prazo prescricional, seria outra situação completamente diferente, e ninguém poderia reclamar de violação do princípio da segurança jurídica. A propósito, Francisco Amaral assevera que “a segurança jurídica significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito. Os sistemas jurídicos devem permitir que cada pessoa possa prever o resultado de seu comportamento”.⁵⁵

À guisa do final, não poderíamos deixar de tecer breves comentários sobre o art. 10 do Decreto n. 20.910/32, que, aliás, já o transcrevemos no início desse *item* 7. Na verdade, temos que a sua exegese mais correta é no sentido de que se deve aplicar os prazos prescricionais menores, que constem de outras leis, desde que não haja incompatibilidade. Apenas para ilustrar, tomemos como exemplo uma lei que entra em vigor no ano de 2010 e que disponha que o prazo para se ajuizar ações de prestação de contas e de revisões contratuais, contra o Estado, é de um ano. Qual prazo deveria ser aplicado nesse nosso caso hipotético? Evidentemente o prazo menor. Por quê? Simples. Há compatibilidade entre as duas normas. Já na árdua disputa entre o Decreto n. 20.910/32 e o CC/2002, podemos perceber, nitidamente, a incongruência que existe, uma vez que o primeiro diploma legal é voltado para o Poder Público, enquanto que, o segundo, regula apenas as relações de direito privado. Outros ramos do Direito podem valer-se de institutos e categorias jurídicas previstas no CC/2002, mas desde que não contenham regramento próprio. No ponto ora debatido, vê-se que já há um prazo prescricional especial para as ações contra o Estado. Dessa forma, até que haja uma lei alterando isso, a prescrição continuará sendo de 5 anos.

Concluindo, essa decisão do STJ é inconstitucional, pois viola claramente o princípio da segurança jurídica. Ela também é ilegal, na medida em que se valeu de prazo prescricional errado para o Poder Público. Faltou, com a devida vênia, atenção àquele tribunal. As regras de hermenêutica ensinam que a regra que deveria ter prevalecido era a especial, e, não, a geral. Desse modo, continuamos entendendo, assim como a maior parte da doutrina pátria, que a prescrição das

⁵⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 18.

pretensões do particular contra o Estado é de 5 anos, não se podendo, sequer cogitar, na aplicação da prescrição de 3 anos do CC/2002.

8. PRESCRIÇÃO ACOLHIDA NA SENTENÇA E AFASTADA NO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE RELATIVA DE SE CONTINUAR O JULGAMENTO EM SEGUNDO GRAU

Situação que não é difícil de acontecer na prática é a de o juiz de primeiro grau acolher a exceção de prescrição e o tribunal afastá-la. Diante disso, seria possível a continuação do julgamento ou, obrigatoriamente, a sentença teria de ser anulada e os autos deveriam retornar à primeira instância? A resposta é simples, mas vai depender do caso concreto.⁵⁶

Pode até ser que, há alguns anos, fosse sustentada a impossibilidade, por supressão de instância e violação do princípio do duplo grau de jurisdição. Ocorre que, com o advento da Lei n. 10.352/01, que acresceu o § 3º ao art. 515 do CPC,⁵⁷ isso não mais poderia ser alegado. Aliás, mesmo antes disso, temos que seria viável a possibilidade de o tribunal dar continuidade no julgamento, dependendo do caso, haja vista o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC.⁵⁸

Com efeito, se até mesmo quando ocorrer a extinção do processo, sem resolução do mérito, é possível que o tribunal adentre no mérito, quanto mais se tiver ocorrido o julgamento do mérito, uma vez que a decisão que acolhe a prescrição resolve o mérito (art. 269, IV, do CPC).⁵⁹

⁵⁶ Admitindo-se, vide *RePro* 69/221. Negando-se, vide *Repro* 69/214.

⁵⁷ “§ 3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

⁵⁸ “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º. Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º. Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

⁵⁹ Entendendo não se poder aplicar o art. 515, § 3º, do CPC, a casos em que a extinção se deu com resolução do mérito, confira-se: TRF 1ª R., 1ª T., Ap.

Todavia, faz-se mister salientar que nem sempre o tribunal poderá afastar a prescrição acolhida pela sentença e prosseguir no julgamento da demanda. Isso porque, v.g., é possível que a prescrição tenha sido acolhida logo após a apresentação da contestação. Destarte, as partes não tiveram, ainda, a oportunidade de produzir provas, haja vista o fato de a fase instrutória sequer ter-se iniciado. Dessa forma, caso o tribunal quisesse continuar o julgamento, poderia haver ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Desse modo, a melhor solução que se pode dar para o caso posto em discussão é que, “se o juízo de primeiro grau acolhe a arguição de prescrição após concluída a instrução do processo, pode o Tribunal, estando a lide em condições de ser apreciada, afastar a prescrição e prosseguir no exame dos demais pontos postos em debate, julgando procedente ou improcedente a ação”.⁶⁰ Do mesmo modo, “afastada a prescrição aceita no primeiro grau, o Tribunal deve julgar o mérito da causa, se em condições de ser apreciado”.⁶¹

Sendo assim, cremos que, caso a prescrição reconhecida na sentença seja afastada em grau de apelação pelo tribunal, o julgamento só deverá prosseguir se a fase instrutória do feito tiver terminado e não houver nenhum indício de que alguma das partes pretendia produzir mais alguma prova.⁶² Do contrário, será o caso de reformar a sentença e determinar a descida dos autos para que as provas que ainda faltam possam ser produzidas. Caso conste dos autos petição das partes requerendo o julgamento antecipado do processo (protocolizada quando o processo ainda estava em primeira instância), temos que este seria um substrato irrefutável, para o tribunal, de que o julgamento da apelação deve continuar, salvo se a turma julgadora

n. 01000242733/PI, Rel. Des. Fed. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, *DJU* 29/10/2002, p. 152.

⁶⁰ STJ, 4ª T., REsp n. 141.595/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 23/11/1999, RSTJ 133/365.

⁶¹ STJ, Corte Especial, EREsp n. 299.246/PE, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06/03/2002, *DJ* 20/05/2002, p. 96.

⁶² Nesse mesmo sentido, confira-se: SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Se o tribunal afasta a prescrição reconhecida na sentença proferida após a discussão da lide, deve prosseguir no julgamento do mérito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 634, ano 77, p. 226-228, agosto de 1988.

determinar, *ex officio*, a produção de alguma prova, com arrimo no art. 130 do CPC.

8. BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*. 14. ed. Barcelona: Bosch, 1996, t. I, v. 2.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1960, v. 300, outubro.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERALDO, Leonardo de Faria. Aspectos do princípio da segurança jurídica. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). In: *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. III.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. Publicada no *Juris Síntese*, n. 71, maio/jun. de 2008.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CARVALHO NETO, Inácio. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. I.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. I.

LIAÑO, Miguel Pasquau. La acción de nulidad sí prescribe. In: *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. In: ECHEVERRÍA, Jesús Delgado (Coord.). Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007.

MAFRA, Teresa Cristina Monteiro *et al.* *A LICC e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Se o tribunal afasta a prescrição reconhecida na sentença proferida após a discussão da lide, deve prosseguir no julgamento do mérito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 634, ano 77, agosto de 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III, t. I. e II

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A exceção de prescrição no processo civil. Impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: IOB, v. 41, maio/jun. 2006.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIANA, José Ribamar de Castro. Ação declaratória – Prescrição da pretensão condenatória – Falta de interesse de agir. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 26, ano VII, abril-junho de 1982.

Impresso em maio de 2012