

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano VII – Número 12 – jan./jun. de 2015



Belo Horizonte
2015

AMAGIS JURÍDICA

DIRETORIA TRIÊNIO 2013-2015

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

Juíza Luzia Divina de Paula Peixoto
Vice-Presidente Administrativa

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos
Vice-presidente Financeiro

Juiz Maurício Torres Soares
Vice-Presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira
Vice-Presidente dos Aposentados e Pensionistas

Juíza Ivone Campos Guillarducci Cerqueira
Vice-Presidente do Interior

Desembargador Tiago Pinto
Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juiz Morvan Rabêlo de Rezende
Diretor-Secretário

Juíza Maria das Graças Rocha Santos
Diretora-Subsecretária

Juíza Aldina Soares de Lima
Juíza Rosimere das Graças do Couto
Diretoras de Comunicação Social

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 José Roberto Sterse

Vice-presidente

Juiz Antônio Carlos Parreira

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 Marcio Aristeu Monteiro de Barros

Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Carlos Donizetti Ferreira da Silva

Conselho Editorial da Revista

Juiz Gilson Soares Lemes - Diretor da Revista
Desembargadora Jane Ribeiro Silva - Diretora da Revista

Juiz Antônio José Pêcego

Desembargador Antônio Carlos Cruvinel

Desembargador Belizário Antônio de Lacerda

Juiz Bruno Teixeira Lino

Juiz Bruno Terra Dias

Desembargador Caetano Levi Lopes

Juiz Carlos Frederico Braga da Silva

Juiz Carlos José Cordeiro

Juíza Eveline Mendonça Félix Gonçalves

Juiz Geraldo Claret de Arantes

Juiz Gilson Fonseca

Juiz Luís Fernando Nigro Corrêa

Juiz Luiz Guilherme Marques

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Mauricio Torres Soares

Juiz Ramom Tácio de Oliveira

Juíza Rosimere das Graças do Couto

Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenador de Comunicação da Amagis

Bruno Gontijo – MTB-MG: 11008

Jornalistas

Adriano Boaventura – MTB-MG: 09181

Fernanda Marques – MTB-MG: 12188

Georgia Baçvaroff – MTB-MG: 08441

Tiago Parrela – MTB-MG:14634

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

AMAURY SILVA

Juiz de Direito. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Mestre em Estudos Territoriais (Criminologia e Direitos Humanos). Professor Graduação e Pós-Graduação (Direito).

DOORGAL BORGES DE ANDRADA

Desembargador da 4ª Câmara Criminal do TJMG.

FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Visiting Scholar da University of California, Berkeley (EUA). Juiz do TJMMG.

HENRIQUE ALVES PINTO

Advogado. Professor de Direito de Civil da Faculdade de Direito CNEC – Unaí/MG. Ex-Professor substituto de Direito Civil e Direito do Consumidor da Universidade Federal de Uberlândia e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia e graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Uberlândia.

IVANA FERNANDES VIEIRA

Juíza de Direito em Minas Gerais. Master of Laws pela Universidade do Sul da Califórnia.

JAYME SILVESTRE CORRÊA CAMARGO

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Barra Mansa/RJ, Mestre em Direito Penal e Processo Penal, Doutor em Direito Político. Atualmente é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, integrando a 4ª Câmara Criminal e o Órgão Especial.

KÁRIN LILIANE DE LIMA EMMERICH E MENDONÇA

Desembargadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desde 28.01.2013. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Del Museo Social Argentino. Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos. Superintendente Adjunta da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (COMSIV-TJMG).

LUCIANA COSTA MELLO

Mestranda em Direito Empresarial (Faculdade Milton Campos). Pós-graduada em Direito Privado (Faculdade Cândido Mendes). Advogada.

NEWTON TEIXEIRA DE CARVALHO

Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG.

ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil. Professor do Centro Universitário Newton Paima e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

SELMA MARIA MARQUES DE SOUZA

Desembargadora do TJMG. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa. Pós-graduada em Direito de Empresas pela Universidade Estácio de Sá.

TARCÍSIO JOSÉ MARTINS COSTA

Desembargador. Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte. Ex-Conselheiro da Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse e de la Famille (Genebra). Autor do Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Adoção Transnacional e A Idade da Responsabilidade – Um enfoque sociojurídico da incapacidade Penal do Menor.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... xi

1 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DA LUTA POR RECONHECIMENTO

Amaury Silva..... 1

2 DESOBEDIÊNCIA CIVIL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fernando José Armando Ribeiro..... 13

3 A JUSTA INTERPRETAÇÃO PARA O INCISO I, DO ART. 1.829, DO CÓDIGO CIVIL, NO CASAMENTO REGIDO PELA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, EM QUE O FALECIDO TENHA DESCENDENTES E BENS PARTICULARES

Ivana Fernandes Vieira..... 45

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – VANTAGENS E DESVANTAGENS

Jayme Silvestre Corrêa Camargo..... 57

5 A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI N. 11.340/2006

Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça..... 75

6 O SOBERANO NA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Newton Teixeira de Carvalho..... 85

VII

| | |
|---|-----|
| 7 O PENSAMENTO JURÍDICO E FILOSÓFICO DE EVARISTO DE MORAES FILHO <i>Rogério Medeiros Garcia de Lima</i> | 111 |
| 8 REFLEXÕES SOBRE REVELIA E PROVA NO DIREITO COMPARADO <i>Selma Maria Marques de Souza</i> | 131 |
| 9 ALGUMAS FALHAS E INADEQUAÇÕES DO ESTATUTO DE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE <i>Tarcísio José Martins Costa</i> | 141 |

ESPAÇO ABERTO

| | |
|---|-----|
| 10 PARADIGMA, PRECATÓRIO E O PRAGMATISMO <i>Luciana Costa Mello</i> | 157 |
| 11 ACORDO NA DELAÇÃO PREMIADA NÃO É ILIMI- TADO E PARÂMETROS NA LEI N. 12.850/2013 <i>Doorgal Borges de Andrada</i> | 181 |
| 12 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSO- NALIDADE JURÍDICA DO NOVO CPC: BREVES CONSI- DERAÇÕES <i>Henrique Alves Pinto</i> | 187 |

APRESENTAÇÃO

A Amagis completa 60 anos em 2015, com lançamento da 12ª edição da *Revista Amagis Jurídica*. Ao revisitar as seis décadas da Associação, temos a oportunidade de conhecer a trajetória da magistratura mineira, com os inúmeros desafios impostos ao longo desse tempo, todos superados pelo trabalho conjunto e pela força da classe. É uma história, sobretudo, de união, em especial, nos momentos mais difíceis.

Pela trajetória da Amagis, também podemos conhecer boa parte da história constitucional e legal do Brasil desde 1955. Afinal, a magistratura mineira sempre se fez presente nos momentos decisivos do País, colaborando com a construção da cidadania e do Estado Democrático de Direito.

Ao longo dessa trajetória, a formação permanente dos magistrados sempre foi incentivada pela Associação com iniciativas, entre outras, como a publicação da *Revista Amagis Jurídica*. Esta edição, por exemplo, traz artigos sobre temas que estão na ordem do dia, como o novo Código de Processo Civil, a Audiência de Custódia e a Justiça Restaurativa. A publicação conta ainda com trabalhos sobre assuntos altamente relevantes como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a questão dos precatórios e o Direito Constitucional, entre outros.

Neste momento especial, além de uma ótima leitura a todos, desejamos vida longa e profícua à nossa Amagis.

Desembargador Herbert Carneiro

Presidente da Amagis

1

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DA LUTA POR RECONHECIMENTO

Amaury Silva¹

RESUMO

Este trabalho aborda o modelo de Justiça Restaurativa como substituto do sistema retributivo de sanções aplicadas pelo Estado por intermédio do direito penal. Registra os fundamentos filosóficos que sustentam a Justiça Restaurativa como mecanismo a ser habilitado para fins de solução mais efetiva dos conflitos sociais que são etiquetados como infrações penais. Explicita ainda, a forma de atuação do método, expondo suas vantagens e formas de intervenção consensual. Expõe a base teórica da luta por reconhecimento e a posiciona como referência central para a consolidação da Justiça Restaurativa e concretude de um ideal de justiça respaldado pelos direitos humanos.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Método consensual. Modelo retributivo. Luta por reconhecimento. Direitos humanos.

ABSTRACT

This paper discusses the model of restorative justice as a substitute for retributive system of penalties imposed by the State through criminal law. Records the philosophical foundations that underpin restorative justice as a mechanism to enable for more effective

¹ Juiz de Direito. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Mestre em Estudos Territoriais (Criminologia e Direitos Humanos). Professor Graduação e Pós-Graduação (Direito).

troubleshooting purposes of social conflicts that are labeled as criminal offenses. It explains also the form of method acting, exposing their advantages and forms of consensual intervention. Exposes the theoretical basis of the struggle for recognition and position as a central reference for the consolidation of Restorative Justice and concreteness of an ideal of justice supported by human rights.

Keyword: Restorative justice. Consensual method. Retributive model. Struggle for recognition. Human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modelo integrador e reação ao delito. 3. Justificativa para um modelo alternativo: a justiça restaurativa. 3.1. Justiça restaurativa e bem jurídico. 4. Luta por reconhecimento e sua inserção na base axiológica da justiça restaurativa. 4.1. Elementos intersubjetivos do reconhecimento. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O sistema criminal é objeto de permanente e intenso debate. E não sem razão, as discussões acadêmicas e técnicas são comentadas e comparadas pela visão e reação social quanto à percepção dos níveis de insegurança pública e impunidade.

Esses elementos: parâmetros científicos e posicionamento do senso comum são as condicionantes para a intervenção da política criminal que é praticada. Não necessariamente em uma ordem preestabelecida e tampouco de forma equilibrada e com distinção da relevância de cada um desses elementos.

O preponderante em termos de política criminal praticada é uma eficácia formal e pontual quanto aos resultados, que se informa e opera em torno do imediatismo. O caos há de ser resolvido ou lançada uma impressão de sua solução, o quanto antes, mesmo que não existam condições para eliminar, mitigar ou gerir a fabricação do caos.

2. MODELO INTEGRADOR E REAÇÃO AO DELITO

Na plataforma dos modelos reativos ao conflito social, catalogado como infração penal, a perspectiva de integração se articula pela ousadia de buscar uma efetividade da proteção à sociedade de maneira

abrangente. Não se propõe o sectarismo entre os atores atingidos por uma violação derivada do impasse social que recebe a etiqueta do delito. Todos são ofendidos, por isso, tudo pode ser restabelecido.

De Vitto (2005, p. 43) assevera:

[...] o modelo integrador se apresenta como o mais ambicioso plano de reação ao delito. Ele volta sua atenção não só para a sociedade ou para o infrator, mas pretende conciliar os interesses e expectativas de todas as partes envolvidas no problema criminal, por meio da pacificação da relação social conflituoso que o originou. Deste modo, pugna pela restauração de todas as relações abaladas, o que inclui, mas não se limita à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura positiva do infrator.

A construção da justiça restaurativa se apresenta como uma alternativa ao modelo retributivo, ou seja, imposição exclusiva de sanção àquele que viola o direito (liberdade). No modelo retributivo, a justificativa para a pena é a regra universal de liberdade como reconhece Kant, citado por Melo (2005, p. 55) para quem:

De fato, é essa regra universal de liberdade que dá o sentido da pena. Se tudo o que é contrário ao direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais, se um determinado uso da própria liberdade é um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é, contrário ao direito), então a coação, portanto a pena, que se lhe opõe, concorda com a liberdade segundo leis universais, é portanto conforme ao direito e, por conseguinte, ao direito está também associada a faculdade de coagir quem o viola, de harmonia com o princípio lógico da contradição.

[...]

Sua função, na relação com os demais integrantes do corpo civil, não pode, contudo, voltar-se para outra coisa senão a afirmação desta liberdade universal. Daí que a pena nunca pode servir apenas de meio para fomentar outro bem, quer para o próprio delinquente, quer para a sociedade civil, pois, do contrário, o homem estaria sendo manejado como simples meio para os propósitos de outrem e confundido entre os objetos do direito real.

A insuficiência do modelo retributivo pode ser referendada por uma abordagem empírica e percebida na concretude. A retribuição

é intensamente extensa em tempo e ações, sem um correspondente de pacificação que preserve a liberdade e evite a violação ao direito. Os efeitos colaterais são perversos, quer seja em relação ao infrator, vítima, sujeitos que integram a comunidade mais proximamente afetada pelo delito, enfim, à própria coletividade e ao Estado.

Sob a perspectiva da fundamentação filosófica do modelo retributivo, a crítica se ajusta à permanência factual do problema insolúvel, ao qual ele se propõe. Ora, inacessível ao modelo retributivo de sanção penal a obtenção da seguridade pela convergência no apaziguamento entre o sofrimento imposto à vítima pelo infrator e o sofrimento imposto pela pena ao infrator.

Melo (2005, p. 59) sintetiza:

Nesta discussão que travamos, se o sofrimento causado pela vítima não pode nunca ser amparado por inteiro, porque a experiência vivida não se apaga, ao agressor tampouco é possível ter querido algo distinto daquilo que quis no momento de sua ação. O direito e a justiça, num tal modelo retributivo, portanto, funda-se apenas na sucessão de imposições de sofrimento, mantendo o homem, com isso, sempre preso a uma situação passada, insuscetível de reversão para dar margem ao novo, o que se justifica por este olhar centrado marcadamente no passado, não no presente, muito menos no porvir.

3. JUSTIFICATIVA PARA UM MODELO ALTERNATIVO: A JUSTIÇA RESTAURATIVA

O referencial teórico que orienta a justiça restaurativa, segundo Melo (2005, p. 61) pode ser entendido como originário do pensamento de Nietzsche. Não é estabelecido o objetivo de que o confronto contido na violação ao direito seja preferencialmente dirigido para a solução pelo direito penal. Ao contrário, prioritariamente o direito das obrigações deve ser o elemento indicado para essas intervenções.

A pena como resposta de castigar não pode receber uma atribuição que não consegue desenvolver. A ideia de pacificação social e retorno ao estado anterior não tem como se sobrepor, à consecução possível de arranjos negociados e articulados para uma existência conjunta que seja mais suportável, tolerável e tolerante.

Ainda, segundo Melo (2005, p. 57), as observações de Foucault, em torno da questão referente às relações de poder, devem ser consideradas como base conceitual da justiça restaurativa. Para o sistema comum, em que figura a perspectiva retributiva da pena, a institucionalização da justiça, a partir de um terceiro elemento, diverso daqueles envolvidos no conflito traz como resultante a perda da autonomia desses atores para a solução próxima aos seus genuínos interesses. Em decorrência de valores já inseridos ao padrão da oficialização do justo, vinculados à ideia de uma verdade absoluta, a transigência entre os sujeitos fica prejudicada.

Foucault (2011, p. 42), ao analisar o vínculo do sistema judiciário com o poderio armado, e como seu substituto automático, identificou a imposição das soluções impostas, em franco detrimento das formas consensuais de distensão dos conflitos, afastando-se os envolvidos do protagonismo:

Substituir as guerras privadas por uma justiça obrigatória e lucrativa, impor uma justiça em que ao mesmo tempo se é juiz, parte e fisco e, substituindo as transações e acordos, impor uma justiça que assegure, garanta e aumente em proporções notáveis a extração de parte do produto do trabalho, isso implica que se disponha de uma força de coação.

Em uma aferição pragmática da atuação do sistema de justiça restaurativa verifica-se que a resolução dos conflitos se concentra em um método baseado na mediação expansiva. Essa formulação é condizente com a orientação dos fundamentos teóricos justificantes do modelo restaurativo.

Tanto a vítima como o infrator e a comunidade recebem vez e voz, para a articulação de uma solução como resposta aos interesses e direitos abalados e ofendidos pela ação delituosa. A resposta não toma como orientação principal o simbolismo retributivo ou a necessidade de expiação.

Paz e Paz (2005, p. 126) explicam a instrumentalização de um encontro ou jornada restaurativa:

Os programas de Justiça Restaurativa habilitam a vítima, o ofensor e os membros afetados da comunidade para que estejam

diretamente envolvidos – junto ao Estado – a fim de dar uma resposta ao delito.

. É uma maneira de pensar sobre o delito e a resposta a suas consequências.

. Busca a reintegrar à comunidade tanto a vítima como o ofensor.

. Reduz, a partir da prevenção, as possibilidades de danos futuros.

. Necessita do esforço cooperativo da comunidade e do Estado.

. Entende o delito como gerador de uma ferida nas pessoas e um rompimento em suas relações. Isto cria a obrigação de por as coisas em ordem.

A Justiça Restaurativa convoca a vítima, o delinquente e a comunidade na busca para soluções que promovam a reparação, a reconciliação e a segurança.

A Justiça restaurativa tem cinco tópicos básicos:

1 – O delito é mais que uma violação à lei é um desafio à autoridade do governo.

2 – O delito implica um rompimento em três dimensões: Vítima / delinquente / comunidade.

3 – O delito fere a vítima e a comunidade.

4 – A vítima, a comunidade e o delinquente, todos, devem participar para determinar o que está ocorrendo e qual o caminho mais adequado para a restauração do dano.

5 – A resposta deve basear-se nas necessidades da vítima e da comunidade e nunca na necessidade de evidenciar a culpa do infrator, os perigos que este represente, nem sua história de delitos.

O acordo restaurativo é atingido após a intervenção daqueles atores, formando-se um consenso que deixa de impor penas privativas da liberdade ou restritivas de direito. Retira-se o caráter estigmatizante de uma medida imposta exclusivamente pelo Estado. Pinto (2005, p. 24) esclarece que as soluções contidas nos acordos restaurativos podem envolver pedido de desculpas, reparação, restituição e prestação de serviços comunitários.

Esses conteúdos contribuiriam segundo Pinto (2005, p. 25) para a obtenção da reparação do trauma moral e dos prejuízos emocionais decorrentes da violação, colaborando ainda para a restauração e a inclusão, além de uma paz social com dignidade, ao contrário do oferecido pelo sistema retributivo (paz social com tensão).

Nesse ponto, é oportuno sublinhar que o sistema criminal, a partir da consideração de que o direito penal seja o utilitário do Estado para proteção de bens jurídicos, se alimenta desse objetivo também, isto é, tutelar bens jurídicos.

3.1 Justiça restaurativa e bem jurídico

Feito esse destaque, necessário entender o diálogo possível entre justiça restaurativa com o bem jurídico. A proteção aos bens jurídicos como mecanismo a ser utilizado pelo direito penal se situa como elemento de contenção aos excessos e abusos que o Estado exerce em razão do direito / poder de punir.

Uma visão do sistema criminal compatível com o Estado Democrático de Direito resulta na admissão de que o direito penal deve ser invocado apenas quando ocorrer severa lesão a bem jurídico de elevada categorização, justificando-se a resposta de maior intensidade.

Roxin (2006, p. 26) anota que o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos orienta o espectro de incidência do direito penal:

[...] serve-me, antes de tudo, como linha diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito.

Essa consagração ao ideário de proteção ao bem jurídico pelo direito penal é objeto de uma densa abordagem doutrinária. Para esse respaldo, Lemos (2014, p. 19) apresenta o seguinte apontamento:

Sem descurar dos novos interesses, Silva Sánchez ressalta da característica do Direito Penal como um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes.

A referência maior de proteção do cidadão e da coletividade em um Estado Democrático de Direito é a Constituição, com suas garantias e limites balizadores representados pelos bens jurídicos ali protegidos. É dizer: cumpre ao legislador criar tipos penais cujo parâmetro inafastável seja a referida norma fundante, compreensão esta, aliás, que nos parece neutralizar críticas direcionadas ao caráter de circularidade do conceito de bem jurídico.

Numa linha mais radical, Figueiredo Dias chega ao ponto de sustentar a inconstitucionalidade de norma penal que não tenha como lastro a proteção de um bem jurídico definido.

Pelo visto, em torno dos arranjos de mediação e suas finalidades, como parâmetro incorporado às práticas de justiça restaurativa, o modelo alternativo à retribuição em momento algum ignora a relevância do bem jurídico. A partir de uma afetação concreta do bem jurídico para os delitos de dano, um dos escopos mais salutares da atuação restaurativa é possibilitar a reparação do dano.

Mesmo em consideração aos chamados crimes de perigo, a afetação fictícia ao bem jurídico ou a modulação para perspectivas de garantia e tutela antecipadas não há qualquer embaraço na atuação de uma proposição restaurativa. Como proteção antecipada podem ser mencionadas as hipóteses que se referem à impossibilidade de rebai-xamento dos níveis de segurança na área de saúde (crimes envolven-do drogas e falsificação de medicamentos), trânsito (crimes com esse perfil) e integridade física (crimes referentes às restrições para porte e posse de armas).

Nesse universo, a justiça restaurativa opera de maneira direta nas relações estabelecidas entre sujeito ativo e comunidade, bem como em relação aos sujeitos passivos individualizados, dependendo da conexão dos fatos em concurso com crimes que comportem a identificação de vítima individual.

Assim, a justiça restaurativa não se isola como instrumento de intervenção educadora, a partir de um excesso de atuação do Estado em eventos de conflitos sociais, com uma ideologia de padroni-zação e inflexibilidade no controle exercido pelo sistema criminal. Ao contrário, a restauração pretendida além de abranger os desdobramentos materiais e diretos da ação delituosa, visa promover a interação social entre os atores para a articulação necessária ao apazigua-mento de ânimos em prol da convivência.

4. LUTA POR RECONHECIMENTO E SUA INSERÇÃO NA BASE AXIOLÓGICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Com essa amostragem, abre-se oportunidade para que a justiça restaurativa encontre referência como fundamento filosófico na luta por reconhecimento. Na realidade, é possível admitir que o modelo

restaurativo constitui uma verdadeira ferramenta para a adoção da luta por reconhecimento no cenário complexo e cáustico do sistema penal.

A luta por reconhecimento baseia-se em uma eticidade que se consubstancia pela relação de reconhecimento mútuo. A partir dessa conjuntura, o confronto, o conflito social e a violência são decorrências da ausência de reconhecimento entre os sujeitos sociais.

Honneth (2009, p. 78), hoje o principal articulador dessa abordagem filosófica, define:

Para a relação de reconhecimento, isso só pode significar que está embutida nela, de certo modo, uma pressão para a reciprocidade, que sem violência obriga os sujeitos que se deparam a reconhecerem também seu defrontante social de uma determinada maneira: se eu não reconheço meu parceiro de interação como um determinado gênero de pessoa, eu tampouco posso me ver reconhecido em suas reações como o mesmo gênero de pessoa, já que lhe foram negadas por mim justamente aquelas propriedades e capacidades nas quais eu quis me sentir confirmado por ele.

Essa problemática do conflito social é a matéria-prima do fenômeno criminal. O paroxismo da crise social é a negação do reconhecimento, cujo domínio do estado de direito em contraponto ao estado de natureza passa a exigir como configuração de delito.

Por isso, o modelo de justiça restaurativa se impregna da luta por reconhecimento. Na realidade seu objetivo é levar ao campo do efetivo, a luta por reconhecimento.

Os consensos inaugurados com o formato restaurativo constituem a mola propulsora do reconhecimento. Desde a gênese da compreensão do que seja o reconhecimento, obtida em Hegel, conforme acentuado por Honneth (2009, p. 63), como uma inerência universal aos homens é possível tal percepção:

[...] Hegel tronou a derivação teórica da luta por reconhecimento um pouco mais clara do que no texto anterior da época de Jena. A virada para a filosofia da consciência permite-lhe agora transferir os motivos do começo do conflito inequivocamente para o interior do espírito humano, o qual deve estar constituído de modo que ele, para realizar-se integralmente, tem de pressupor um saber sobre seu reconhecimento pelo outro, a ser adquirido somente de maneira conflituosa: o indivíduo só pode se proporcionar

um sentimento de garantia a respeito de ser reconhecido por seu parceiro de interação mediante a experiência da reação prática com que aquele responde a um desafio deliberado, ou mesmo a uma provocação.

4.1 Elementos intersubjetivos do reconhecimento

Os padrões de reconhecimento intersubjetivo são possíveis a partir dos elementos como amor, direito e solidariedade. É essa a perspectiva de Honneth (2009, p. 155) ao se debruçar sobre os pensamentos de Hegel e Mead e sua psicologia social.

O reconhecimento denegado é a fragilização dessas pontuações, campo fértil e deflagrador dos confrontos da criminalidade.

Honneth (2009, p. 157/8) desenvolve a ideia de aproximação entre o conteúdo hegeliano e de Mead sobre o reconhecimento:

Embora não se tenha encontrado nos escritos de Mead um substituto adequado para o conceito romântico de “amor”, sua teoria, como a de Hegel, desemboca também na distinção de três formas de reconhecimento recíproco: da dedicação emotiva, como a conhecemos nas relações amorosas e das amizades, são diferenciados o reconhecimento jurídico e o assentimento solidário como modos separados de reconhecimento. Já em Hegel são atribuídos respectivamente a esses três padrões de reciprocidade conceitos especiais de pessoa, no sentido de que a autonomia subjetiva do indivíduo aumenta também com cada etapa de respeito recíproco; mas só em Mead é dada à intuição inscrita nisso a versão sistemática de uma hipótese empírica, segundo a qual o grau de relação positiva da pessoa consigo mesma se intensifica passo a passo na sequência das três formas de reconhecimento.

Ao marcar a estrutura das relações sociais de reconhecimento, Honneth (2009, p. 211) enumera em associação como modos de reconhecimento: dedicação emotiva, respeito cognitivo e estima social. Em contraponto, as formas de desrespeito, respectivamente seriam maus-tratos e violação, privação de direitos e exclusão, e degradação e ofensa.

Nessa mesma ordem de ideias, os componentes ameaçados da personalidade seriam integridade física, integridade social e “honra” e dignidade.

5. CONCLUSÃO

A lógica da luta por reconhecimento orienta com fundamentos o mecanismo de justiça restaurativa. Começa por proclamar que o sistema de retribuição penal é insuficiente para que as estruturas sociais e as relações entre os sujeitos sejam restabelecidas. Não há solução a não ser reanimar os padrões de amor, direito e solidariedade que deveriam ser respeitados desde a fase anterior ao exaurimento promovido pelo conflito social.

O modelo retributivo evidencia e incrementa a afetação àqueles padrões, ou em relação a eles, permanece indiferente. Somente a justiça restaurativa com seu modelo de entender o conflito na sua dialética de reciprocidade, no seu formato plural é que tem condições de inverter a consequência inócua e maléfica da pena como um fim em si mesmo.

Os fundamentos que a tessitura filosófica de sustentação à luta por reconhecimento pode oferecer ao modelo de justiça restaurativa, servindo-se dele para fins de permitir que o campo da efetividade possa se beneficiar das construções teóricas, possibilitará o reconhecimento do modelo restaurativo, não como meramente alternativo ou simbólico, mas protagonista da transformação necessária.

Sen (2009, p. 436) alerta para a impossibilidade de resolução dos impasses na sua integralidade por um sistema racional de justiça, porém, diz que o limite do razoável é a própria razoabilidade:

A justiça é uma ideia de imensa importância que moveu as pessoas no passado e continuará a movê-las no futuro. E a argumentação racional e o exame crítico podem realmente oferecer um grande auxílio para ampliar o alcance e refinar o conteúdo desse conceito fundamental. No entanto, seria um erro esperar que todos os problemas decisórios com os quais a ideia de justiça tenha alguma relação concebível fossem resolvidos por meio do exame arrazoado. E também, como dissemos antes, seria um erro supor que, já que não é possível resolver todas as disputas através do exame crítico, então não teríamos bases sólidas suficientes para utilizar a ideia de justiça nos casos em que o exame racional leva a um juízo conclusivo. Vamos até onde podemos razoavelmente ir.

E é sob um viés de fortalecimento e amadurecimento que deve ser trabalhado o conceito e prática da justiça, sabendo-se de sua limitação, mas com o inconformismo de buscar seu permanente aprimoramento.

6. REFERÊNCIAS

DE VITTO, Renato Campos Pinto; MELO, Eduardo Rezende; PAZ, Silvana S.; PAZ, Silvana M.; PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al*, *Justiça restaurativa*. Coletânea de Artigos. Ministério da Justiça / PNUD, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

LEMOS, Bruno Espiñeira. *Discussões atuais de direito penal*. Relato de uma breve experiência na Alemanha. Editora Letra da Lei, 2014.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

2

DESOBEDIÊNCIA CIVIL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fernando José Armando Ribeiro¹

RESUMO

A ideia de resistência à ordem ou ao direito posto acompanha a própria evolução histórica humana, fazendo-se presente em todas as eras. Na realidade, como afirmava Oscar Wilde, “ali onde há um homem que exerce a autoridade, ali há também um homem que resiste à mesma”. Inserindo-se no amplo tema da resistência, encontra-se a temática da desobediência civil como uma de suas manifestações mais importantes, a qual constitui objeto de nosso trabalho. Trata-se de um dos temas mais ricos e polêmicos do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, e por seu intermédio faz-se possível o estudo e a crítica de alguns dos mais caros institutos de Direito. A desobediência civil revela-se uma espécie de resistência ao direito, perpetrada por motivos de justiça, traduzindo-se em uma forma de participação não convencional na produção do direito – posto que juridicamente não regulamentada –, visando extirpar algum tipo de injustiça na atuação, ou na omissão, da autoridade estatal. A desobediência civil apresenta-se como instituto suscetível de ser analisado de diversas perspectivas. Nosso trabalho fixar-se-á em uma abordagem jurídica da desobediência civil, sem, no entanto, renunciar ao auxílio de outros

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). *Visiting Scholar* da University of California, Berkeley (EUA). Juiz do TJMMG.

ramos do conhecimento humano, a fim de que possamos estabelecer a exata fundamentação, bem como os contornos do instituto.

Palavras-chave: Resistência. Desobediência civil. Obrigação política. Legitimidade. Direito fundamental.

ABSTRACT

The idea of resistance to the Law and the order is present in all human history. In fact, as Oscar Wilde said, “where there is a man who exercises authority, there’s also a man who resists it.” Intrinsically connected to the broad theme of resistance, civil disobedience is one of its most important manifestations, and it is the subject of this paper. It is one of the richest and most controversial themes of Constitutional Law and of Philosophy of Law, through which it is possible the study and critique of some of the most traditional legal institutes. Civil disobedience is a model of resistance to law perpetrated for reasons of justice, resulting in a form of unconventional participation in the production of law - since legally unregulated - aimed to extirpate some kind of injustice in the action or the omission from the state authority. Civil disobedience is a subject which can be analyzed from different perspectives. Our paper aims to develop a legal approach to civil disobedience, always counting with the contributions brought by the other fields of human knowledge.

Keywords: Resistance. Civil disobedience. Political obligation. Legitimacy. Fundamental right.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A pretensão à legitimidade da desobediência civil. 3. Desobediência civil e Estado Constitucional Democrático. 3.1 A desobediência civil e a regra de respeito à minoria. 4. A configuração jurídica da desobediência civil. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de resistência à ordem ou ao direito posto acompanha a própria evolução histórica humana, fazendo-se presente em todas as eras. Como poeticamente ressalta Márcio Túlio Viana (1996, p. 23), resiste-se a tudo,

resiste-se lutando – e até fugindo. Resiste-se com tiros, palavras, espadas, poemas, pancadas, subornos, prisões, greves, canções, pedras, sentenças, bombas, *terror*, *lock-outs*, *boicotes*, *espiões*, *traições*, *discursos*, *recursos*, *ameaças*, *trapaças*. Até com lágrimas se resiste [...] Resiste-se à guerra e à paz, ao amor e ao ódio, à doença e à dor, ao cansaço e ao sono, ao novo e ao velho, ao bandido e à polícia, ao trabalho e ao baralho, à mentira e à verdade, à procura e ao encontro, ao pecado e a Deus, ao fogo e à água, ao azar e à sorte, à morte e à vida, ao medo e por medo.

A desobediência civil, objeto do presente estudo, apresenta-se como uma espécie de resistência ao direito perpetrada por motivos de justiça, traduzindo-se em uma forma de participação não convencional na produção do direito – posto que juridicamente não regulamentada – visando extirpar algum tipo de injustiça na atuação da autoridade estatal. Suscetível de ser analisada de diversas perspectivas, múltiplos têm sido os enfoques dados pelos estudiosos que se debruçam sobre o tema: sociológico, político moral etc.

Nosso trabalho fixar-se-á em uma abordagem da desobediência civil sob o enfoque jurídico, a fim demonstrá-la como instituto não apenas aceitável, mas deveras imprescindível no quadro do Estado Constitucional Democrático, devendo, pois, ser tratado como seu componente legítimo, já que sustentado nos próprios princípios de justiça que o estruturam e o modelam. Sua fundamentação e justificação fazem-se, assim, segundo pensamos, rigorosamente inserida no universo do Direito, sustentando-se não em crises ou momentos apoteóticos vivenciados pelas sociedades, mas na normalidade institucional que acompanha a ordem no Estado Democrático, a qual, porém, faz-se sempre em meio à dialética das injustiças, desvios e arbitrariedades possíveis e passíveis de superação no transcurso da vivência humana intersubjetiva.

2. A PRETENSÃO À LEGITIMIDADE DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A classificação da conduta desobediente como *civil* pode ser feita segundo o critério formal que prescreve o termo *civil* como sinônimo de respeito à obrigação política. Todavia, a obrigação política configura-se, principalmente, como uma obrigação histórica, uma obrigação que exige, para a afirmação de sua existência, a definição

das condições e limites com os quais se determina, o que requer, por sua vez, a consideração acerca do contexto jurídico-político no qual ela se estabelece. Assim, deve-se primeiramente procurar demonstrar que essa obrigação não pode ser compreendida ou exigida da mesma maneira em um sistema constitucional-democrático que em um sistema pré-democrático ou pré-constitucional-democrático. Tal obrigação, se existente, não será jamais entendida da mesma forma por um cidadão alemão ou norte-americano do século XX que por um monarcômaco do século XVII ou por um “súdito” da Índia colonial britânica. Pretender seja diferente é correr o grave risco de manipular categorias irreais sob o pórtico de conceitos *standard*, transformando-as em anacrônicas ou extemporâneas.

A obrigação política é a obrigação que o indivíduo deve ao Estado e que o Estado deve ao indivíduo, a qual pressupõe o compromisso de obediência a toda uma série de obrigações ulteriores derivadas, sem que seja necessariamente requerido um consenso prévio a cada caso. Pelo simples fato de pertencermos a um Estado, adquirimos uma obrigação de obediência a suas leis, sendo que apenas em uma sociedade livre e aberta pode-se, rigorosamente, falar de uma obrigação política. Como assevera Passerin D’Entreves (1976, p. 31-33), a liberdade é condição essencial da obrigação política.

Teremos, assim, a *obrigação política*, cujo objeto consiste em estabelecer as relações entre o Estado e seus cidadãos, e a *obrigação de obedecer à lei*, cuja essência reside em poder determinar quando e em que circunstâncias deve uma pessoa atuar em conformidade com os comportamentos socialmente regrados. Valendo-nos da lição de Ugartemendia (1999, *passim*), podemos afirmar que a obrigação de obedecer à lei é uma obrigação *prima facie*. O conceito de *prima facie* diz respeito à noção de obrigação propriamente dita, atual ou *sans phrase*. Diante desse tipo de obrigação, de caráter pleno ou perfeito, a obrigação *prima facie* apenas tende a ser uma obrigação.²

² Poder-se-ia referir aqui também à lição de Klaus Günther (1992, p. 283), segundo a qual, na situação de aplicação na qual se encontram todos os destinatários das normas jurídicas (*discursos de aplicação*), as normas válidas podem apenas portar o *status* de “razões *prima facie*” para a justificação dos enunciados normativos.

Trata-se de uma obrigação *prima facie* posto que, acima dela situa-se, no contexto do Estado Constitucional Democrático, a obrigação política que envolve, numa ligação bilateral atributiva, tanto o cidadão quanto o Estado. Tal obrigação política encontra-se fundada, sobretudo, na afirmação universal da *liberdade*, a qual é feita mediante a proteção fornecida pela Constituição democrática aos direitos fundamentais. Ora, esta é a base para a fundação de todos os demais direitos, atuando como um laço que permeia todas as regulamentações jurídicas, sendo portanto sempre um parâmetro a ser considerado para se afirmar sobre a justiça das prescrições de qualquer obrigação jurídica.

No âmbito do Estado Constitucional Democrático, o critério de delimitação da obrigação política e, portanto, do qualificativo *civil* de uma conduta é o que vem determinado pela Constituição Democrática. A conduta civil, desobediente ou não, é aquela acorde com os postulados e requisitos estabelecidos pela ordem constitucional democrática ou pelos princípios de justiça que a fundamentam. Isso porque a ordem constitucional democrática, gerada e estruturada sobre a Constituição Democrática, não consiste senão na juridicização procedimental e materialmente democrática da relação política “poder-sujeição” dirigida a racionalizar e a controlar a atuação do Poder Público, bem como assegurar a garantia dos direitos fundamentais de todos. Afinal, como sustenta Enterría (1988, p. 46-47),

a concepção de direitos fundamentais que asseguram o livre desenvolvimento dos cidadãos como pessoas singulares e solidárias e que por sua vez permitem a decisiva participação dos mesmos no funcionamento e controle do sistema político se convertera em um dogma universal, por mais que nem sempre, e nem sequer predominantemente, vá acompanhado de consequências efetivas. Documentos solenes internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Assembleia-Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, e todos os Pactos e Convênios aplicativos e de desenvolvimento posteriores: Convênio Europeu para a proteção dos Direitos humanos e Liberdades fundamentais, de 1950; Declaração VII da Ata final de Helsinki, de 1975, etc.), religiosos (Encíclicas da Igreja Católica como a *Pacem in Terris* de 1963, ou a *Redemptor Hominis* de 1979, declaração *Gaudium et Spes* do Conselho Vaticano II), culturais, etc., proclamam esta idéia como a verdadeira ética

universal de nosso tempo, quiçá o último resíduo ético irreduzível de uma civilização bem mais desmitificadora, senão nihilista. A Constituição é o primeiro dos instrumentos técnicos específicos a serviço de tais valores éticos substantivos.

Ao tomar em consideração uma Constituição democrática é ao núcleo essencial desta que se deve dedicar especial atenção, vale dizer, ao reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, a vigência do princípio democrático e a submissão do poder público ao Direito (*rule of law*).³ É a visão da Constituição democrática como zona de mediação e convergência entre a legitimidade democrática do poder político e afirmação de uma garantia mínima de justiça material.

Assim, a desobediência civil tem lugar em um quadro jurídico-institucional em que as obrigações jurídicas podem elas próprias deixar de ser acordantes ou congruentes com os princípios e valores que fundamentam a legitimidade do sistema jurídico-constitucional-democrático, bem como com os princípios e valores que fazem possível o projeto de juridicização da relação poder e liberdade sob o império do processo democrático. Apresenta-se como uma desobediência porque supõe a transgressão de normas jurídicas concretas do ordenamento positivo, mas configura-se também como *civil*, vale dizer, uma desobediência que se realiza tendo por fundamento os mesmos princípios e valores de legitimação do sistema jurídico-político, não sendo violadora da obrigação política cidadã de respeito a tais princípios. Como afirma Habermas (1988, p. 72-73), “a desobediência civil remete a princípios fundamentais que são os que servem para legitimar a mesma Constituição (Democrática)”.

Assim é que os desobedientes civis não apelam para a sua consciência moral senão para os princípios sustentadores do ordenamento jurídico-democrático, primacialmente para a Constituição democrática. Tal fundamentação principiológica cumpre um papel de correção e aperfeiçoamento do possível distanciamento

³ O princípio do *Rule of Law* estende-se desde sua concepção clássica até a inclusão da regra de que nenhuma esfera da atuação do Estado deve escapar à submissão à Lei (império da lei como contrário à *raison d'Etat*), bem como ao princípio da transparência.

entre legalidade e legitimidade num sistema jurídico-democrático. Na análise de Cohen (1995, p. 588),

a desobediência civil invoca os princípios das democracias constitucionais, apelando à idéia dos direitos fundamentais ou da legitimidade democrática. A desobediência civil é, destarte, um meio para reafirmar o vínculo entre a sociedade civil e a política (ou entre a sociedade civil e a econômica), quando as tentativas legais de exercício de influência da primeira sobre a segunda tenham efetivamente falhado, tendo se esgotado outras vias.

Esta função legitimante cumprida pela desobediência civil, baseada não mais em um mero solipsismo moral, senão na remissão aos princípios e valores fundantes da própria ordem constitucional democrática e por ela reconhecidos, encontrar-se-á sempre fortalecida e ampliada, adotando-se uma concepção não hipostaziada ou não substancialista da Constituição: a Constituição como “Constituição aberta”, como garantia da alternância possível entre opostos.⁴

Assim revelada, temos que a desobediência civil não seria mais que uma forma de participação da coletividade de cidadãos, a partir dos próprios princípios que informam a legitimidade constitucional, na construção, abertura e defesa da Constituição Democrática. Como assevera Estévez Araújo (1994, p. 139-150), uma forma de participar da democracia, mas também, e fundamentalmente, uma forma democrática de participar. E participar daquilo sobre o qual repousa a essência do Estado Constitucional Democrático, qual seja, a justa participação nos bens do Estado, dentre os quais figura, com destacada proeminência, a *liberdade*, que, por sua vez, encontrar-se-á concretizada nos direitos fundamentais constitucionalmente declarados.

Como sustenta Arendt (1985, p. 12 *et seq.*), a primeira característica da desobediência civil no plano dos valores – do *para quê* ou da *legitimidade*, é o fato de ser ela um ato *consciente* e premeditado –

⁴ A este respeito ver OTTO, I. *La constitución abierta*, p. 46; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, *passim*; ELY, J. Hart. *Democracy and distrust*, *passim*; ENTERRÍA, E. García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *passim*; SCHNEIDER, H. P. *Democracia y constitución*, *passim*; LINDE PANIAGUA, E. *Constitución abierta*, *passim*; LUCAS VERDÚ, Pablo. *La constitución abierta y sus enemigos*, *passim*.

no plano do entendimento –, e *intencional* ou desejado, no plano da vontade. A visão quase maniqueísta que circunda a consciência humana de que o ato de obediência representa uma conduta “boa”, enquanto a desobediência representaria uma conduta “má”, encontra sua justificação na própria formação psicológica do homem. Diversos estudos já foram realizados procurando explicar como se tornou historicamente viável a obediência massiva ante um fenômeno tão bárbaro e condenável como a experiência histórica do nacional-socialismo e os campos de concentração vivenciados na Alemanha nas décadas de 1930-1940.

Segundo apontam os resultados desses estudos, a explicação de semelhantes eventos estaria na falta de sentido crítico que temos diante da autoridade, o qual termina por impedir uma reação consciente e voluntária no sentido de desobedecê-la. Contudo, o acatamento a mandamentos injustos não se encontra apenas em momentos de exceção da história humana, não faltando mesmo os que defendem que as estruturas sociais nas quais se baseava o fascismo não apenas não desapareceram, como na verdade se modernizaram e aumentaram ainda mais sua eficácia. Daí a necessidade pungente da liberdade, tanto fática quanto intelectual, a fim de que a potencialidade da divergência impeça o homem de retroceder novamente a processos de barbárie⁵.

Em um quadro de justificação moral da desobediência civil, esta seria o resultado de uma antinomia entre a autoridade e a razão, conquanto submeter-se à autoridade passa a ser incompatível com os ditames da razão. Há uma exigência de submissão por parte da autoridade, sendo que o que é requerido coloca-se como contrário à razão, levando a que a submissão à autoridade apresente-se como irracional. A autoridade exige, aí, que se atue de forma contrária à consciência moral, e, exigindo o abandono da autonomia moral, revela-se imoral.

Todavia, como argumenta Falcón y Tella (2001, p. 38),

o que ocorre com as razões de consciência é que ninguém pode nela penetrar para saber qual é na verdade o motivo da conduta antijurídica, tornando-se impossível distinguir entre a desobediência civil interessada e a altruísta. Ao final, tudo se reduz a uma questão de prova: como pode-se determinar objetivamente que

⁵ A este respeito, vide análise feita por Falcón y Tella (2001, p. 31).

um ato foi realizado em consciência ou não?; pode averiguar-se de outra maneira que não a indagação ao indivíduo implicado? Ademais, nunca há um acordo total sobre nada, e o bom para uns é mal para outros. Basta pensar no tema da despenalização do aborto ou do consumo de drogas, ou em casos limites como o furto famélico, em determinadas condutas sexuais, no súdito alemão que recebe ordens do comando nazista de massacrar os prisioneiros de guerra, naquele crente ao qual a lei impede de praticar os rituais de seu culto. Outro inconveniente de usar a consciência como critério de legalidade é que tal princípio inevitavelmente projeta o sistema de valores de quem o propõe e rechaça as crenças igualmente sinceras dos demais. Por isto, para que a desobediência civil seja viável, é preciso que se aplique genérica e uniformemente, outorgando às distintas crenças individuais a mesma proteção.

Não se pode, pois, em um Estado Constitucional Democrático, pretender firmar juridicamente a justificação da desobediência civil com base na autonomia moral, posto que, como sustenta Rawls (1997, p. 412-418),

ao justificar a desobediência civil não se apela a princípios de moralidade ou a doutrinas religiosas, conquanto possam coincidir com as próprias pretensões e respaldá-las. [...] Ao contrário, invoca-se a concepção comum da justiça inerente à ordem política, especialmente a infração à igualdade de liberdades fundamentais.

3. DESOBEDIÊNCIA CIVIL E ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

A desobediência civil manifesta-se como uma conduta *prima facie* ilegal que tem em vista a defesa de valores fundamentais da ordem constitucional democrática, sustentadores da própria legitimidade do sistema, sem os quais ter-se-á perdido a própria racionalidade que se espera inerente a todo direito posto no contexto dos Estados Constitucionais Democráticos. Qual será, entretanto, a base jurídica para a fundamentação da desobediência civil? Ou, considerando de outra forma, quais serão os fundamentos do ordenamento constitucional democrático passíveis de viabilizar uma conduta desobediente civil?

A Constituição e todos o demais Direito em um Estado não são obras dadas, mas construídas, consequências concretas do consenso racional historicamente evolutivo que abarca toda a formação social ocidental, desde os tempos antigos até os nossos dias. Tendo-se que o Direito revela-se preestabelecido pela *ordem* imanente à sociedade de indivíduos, e se são os valores constituintes desta ordem que revelarão o nível do consenso ético intersubjetivo por eles atingido, toda concepção sobre o Direito e sobre a Justiça terá como matriz a própria *realidade*. Uma realidade que se revela justamente no quadro de valores – ideias tornadas princípios normativos –, que estabelecem programas fundantes da estrutura política e jurídica.

O marco dos Estados de Direito modernos, todavia, vem impingir profundos traços diferenciadores na conformação da realidade cultural da qual o direito emerge como um produto de destacada importância. É que a realidade político-jurídica se fará estabelecer sobre dois marcos fundamentais que revelam nítida mudança com relação à realidade cultural pré-moderna: primeiramente, a legitimidade do direito deixa de ser alienada, passando a se fundar no próprio homem, sendo este, então, o único paradigma válido para se afirmar a legitimidade ou a ilegitimidade do sistema, que tem no povo o seu autor exclusivo e será legítimo sempre que dele se origine e conte com sua contínua participação⁶. Ademais, no plano da legalidade, a declaração de direitos fundamentais, como universal, deve ser estendida e garantida a todos os homens, que serão iguais enquanto livres, sendo a liberdade o fundamento concreto da sua igualdade. Esta igualdade revelar-se-á como uma afirmação historicada – e portanto concreta – da possibilidade de juridicização dos diversos valores que conformam nossas sociedades pluralistas, num diálogo permanente com o tempo histórico que nos condiciona. É que a normatização democrática terá de ser feita diante da dialética do reconhecimento e abertura, não apenas para com os valores já afirmados (tornados normas), mas também

⁶ Poder-se-ia mesmo dizer que o Estado Democrático é aquele que assume compromisso radical e insuprimível com a universalização do conceito de *cidadania*, se entendermos com Rosemiro Leal 2002, p. 151) que “*cidadania* é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de *decisões*, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou”.

como abertura permanente para sua autoconstrução inclusiva tanto nos contextos procedimentais de *aplicação*, quanto de *justificação*.⁷

Ora, questão central na ordem dos Estados Constitucionais Democráticos será então aquela atinente à *regra de respeito à minoria*, base implícita de sustentação de toda esta ordem, sem a qual soçobra todo o edifício do constitucionalismo democrático. Assim sendo, inúmeras serão as garantias e instrumentos processuais instituídos visando à proteção dos interesses minoritários em face das deliberações das maiorias. Entendemos, todavia – e a história o tem demonstrado –, que em alguns momentos a regra de respeito à minoria resta ineficaz por não encontrar no sistema jurídico meio hábil a assegurar-lhe a proteção de seus interesses. Será justamente esta a base de justificação da desobediência civil, como uma garantia constitucional implícita de defesa da regra de respeito à minoria.

3. 1 A desobediência civil e a regra de respeito à minoria

O fenômeno do constitucionalismo moderno caminha de mãos dadas com a retomada do ideal democrático na modernidade, sendo ambos originados de fontes comuns, qual seja, a restrição de uma visão de mundo fundamentalista típica da Alta Idade Média – visão esta aniquiladora do princípio da livre escolha – e o retorno a uma realidade caracterizada por uma participação mais efetiva do cidadão no processo político. Assim é que o constitucionalismo apresenta-se como uma consequência da limitação histórica do poder dos reis em prol dos indivíduos – chegando a seu momento de culminância com

⁷ Em profundo trabalho acadêmico acerca do princípio da igualdade, fundamentalmente na perspectiva habermasiana, ensina Marcelo Galuppo (2002, p. 206) que ao “garantir instrumentos para inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos, a ideia de um Sistema de Direitos como garantia e mesmo como substrato da legitimidade do Estado Democrático de Direito, que é essencialmente um Estado pluralista, revela a importância da igualdade para o paradigma procedimental do direito e da política presente na Ética do Discurso e na Teoria Discursiva do Direito. A liberdade da vontade e, sobretudo, a igualdade (no caso, igualdade formal e substancial de participação nos discursos de justificação e de aplicação de normas jurídicas) à medida que condicionam a realização da situação ideal de fala, são pressupostos da legitimidade das normas práticas produzidas ou aplicadas pela comunidade real de comunicação, sobretudo das suas normas jurídicas”.

a consagração concreta e universal dos direitos fundamentais – e a democracia moderna não é mais que a lenta evolução de uma maior autonomia individual que se inicia já no século XV.

Quando se fala de democracia, a referência há de ser sempre o mundo grego, sendo de notar que o ideal da democracia direta será sempre uma referência fundamental no transcurso das ideias políticas no Ocidente. Como salienta Henrique Cláudio de Lima Vaz (1985, p. 6), é sob a influência da polaridade consagrada desde a Antiguidade entre o ideal democrático e a democracia real que se desenvolveram tanto a filosofia política quanto a política como arte. O arbítrio despótico deverá ceder lugar à soberania da lei no governo da cidade, fazendo-se possível o exercício da própria razão política, que, como ensina Lima Vaz (1985, p.6), pode-se caracterizar tanto como discussão sobre a melhor forma de governo quanto como prática do *bios politikós*, da vida política como forma mais alta de convivência entre os homens.

Tanto a ideia de democracia como as condições da prática democrática delimitam um espaço pleno de significação de natureza essencialmente axiológica. Como valor, a vida política terá sua superioridade garantida não por meio do cálculo do útil ou do eficiente, mas sim em termos do bem mais perfeito, situando-se, pois, longe de uma mera escala mecanicista que coloca a política como jogo de forças. A filosofia política não deverá nunca deixar de ser vista como uma precisa hierarquia de fins, sendo que, como nota Lima Vaz (1985, p. 5),

aqui encontra seu fundamento a eminente dignidade ética do político, e não foi sem razão que Aristóteles articulou organicamente Ética e Política como ciências de uma *praxis* que se constitui, no seu desdobramento único, como *praxis* individual ou ética e *praxis* social ou política.

A superioridade da forma democrática da vida política só é pensável sob o espectro da própria essência ética do político, tomando-se o ético, com Lima Vaz (1985, p. 7), como o domínio da autorealização, da *autárqueia* ou da autopossessão de si do homem. Com efeito, a partir dessa essência é possível definir a superioridade do político sobre o despótico e, já na esfera do político, afirmar a superioridade

do sistema democrático sobre toda a demais esfera política. E, como destaca Lima Vaz (1985, p. 7),

a essência ética do político é reconhecida explicitamente quando se afirma a igualdade dos cidadãos perante a lei e a eqüidade da lei na sua regulação da vida do cidadão: *isonomia* (igualdade da lei para todos) e *eunomia* (eqüidade da lei), são os predicados que permitem à lei ou ao conjunto fundamental de leis (*politeia*) constituir-se no espaço propriamente político, ou espaço de realização humana dos indivíduos na cidade.

A democracia – como ideal e como prática – aprofunda necessariamente a essência ética do político ao definir em termos de liberdade participativa e responsável a resposta do cidadão à regulação da lei, definindo o corpo político na sua expressão simbólica fundamental como *ekklesia* dos *eleútheroi* – assembleia dos homens livres – que nela têm direito de participar, de falar e de decidir (LIMA VAZ, 1985, p. 7). A vivência da experiência democrática, de forma quase que imediatamente sucessiva à própria invenção grega do espaço político, e sendo ela caracterizada por uma democracia direta simbolizada na soberania da *ekklesia*, desvendou, de um lado, com cristalina evidência, a natureza ética da ação política. Por outro lado, tornou manifestas na participação democrática ou no exercício político da liberdade a radicalidade das suas exigências. Como ensina David Held (1987, p. 34),

na Grécia antiga, um cidadão era alguém que participava no ato de ‘distribuir’ julgamentos e ocupar cargos públicos. A cidadania significava a participação nos assuntos públicos. Esta definição clássica é notável em dois aspectos. Primeiro, ela sugere que os antigos gregos teriam considerado difícil localizar cidadãos nas democracias modernas, exceto, talvez, como representantes e ocupantes de cargos públicos. O âmbito limitado da política contemporânea para o envolvimento ativo teria sido considerado como antidemocrático. Segundo, a idéia de cidadania na Grécia clássica teria encontrado eco em poucas comunidades antes, durante ou depois de sua elaboração inicial. As democracias antigas são regimes bastante atípicos na história política da qual temos registros. A idéia de que os seres humanos deveriam ser cidadãos ativos em uma ordem política, cidadãos de seu Estado, e não meramente súditos cumpridores de seus deveres, teve poucos defensores desde as primeiras associações humanas até o início da Renascença e o fim do absolutismo.

É que, como salienta Lima Vaz (1985, p. 8), outras e infinitamente mais complexas são as condições em que a experiência democrática é retomada na esteira da formação dos Estados modernos. Como mostra Rosenfield, a democracia direta acaba capturada aí nas linhas de força do pensamento utópico, e as tentativas de efetivação histórica que a acompanham acabam por negá-la no paradoxo das “democracias populares”, que não são uma coisa nem outra, conquanto se apresentem caracterizadamente como ditaduras de um partido único que encarna a “utopia no poder”.

A retomada do ideal democrático na modernidade apresentar-se-á estreitamente ligada ao princípio da igualdade, seja pelo pensamento de origem liberal, seja na sua vertente socialista. Decorrência direta do princípio da igualdade, *a regra de decisão da maioria* passa a se inserir nos principais modelos democráticos do mundo como preceito verdadeiramente garantidor da afirmação concreta da essência da democracia, expressa admissão institucional da igualdade natural e aritmética entre os homens, base sustentadora de todo o sistema. Ora, se todos se põem como iguais em um quadro de total equivalência qualitativa natural, a direção política em uma sociedade, para ser democrática, nada mais deve buscar senão ser a tradução literal de uma vontade incontrolável e absolutamente soberana manifesta pelas maiorias.

Entretanto, como sabiamente adverte Lima Vaz (1985, p. 8-9),

se é verdade que a emergência histórica do ideal democrático revelou, no seu nível mais profundo, a essência ética do político, foi justamente a partir do problemático conceito de igualdade que se obscureceu a passagem da idéia à prática democrática e foi no terreno dessa passagem que o caminho da democracia no mundo moderno desviou-se pelos atalhos sombrios que desembocaram nas trevas do totalitarismo.

Uma vez tendo o liberalismo obtido vitória sobre o absolutismo do Estado, muitos pensadores liberais começaram a expressar temor pelo crescente poder do *demos*, centrando suas preocupações nas novas ameaças à liberdade, desta vez ventiladas pelo propalado governo da maioria, tendo em vista que a promessa democrática poderia ser minada pelo próprio povo, agindo em concerto contra as minorias. Assim, o próprio caráter democrático de um regime passa a residir,

em essência, no respeito às minorias, pela simples razão de que, como salienta Kelsen (1993, p. 69-70),

uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria, condenada a não exercer absolutamente influência alguma, acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem a minoria – de seu próprio caráter de maioria.

Daí o recurso a outros instrumentos de decisões coletivas, como os *sistemas da proporcionalidade* e da *unanimidade* encontrados nas democracias parlamentares e sempre consagrados nos contextos em que os interesses em jogo são sobremaneira importantes e/ou potencialmente tão divergentes que têm de ser defendidos a qualquer custo, ou seja, mesmo à custa da interrupção do processo decisório.

Todavia, se em ambientes específicos como aqueles vivenciados por organismos coletivos internacionais tais procedimentos se revelam tanto teórica como concretamente aconselháveis, o mesmo não se pode dizer a respeito do processo de deliberação democrática nos Estados, haja vista a aproximação inevitável com o ideal da democracia direta, irrealizável no quadro das sociedades complexas de nossos dias.

O princípio básico estruturador das democracias tem sido, assim, o sistema majoritário, baseando-se na regra da maioria para a distribuição dos benefícios ou custos do processo decisório. Ele funciona quando, dentro do grupo que decide, a *metade mais um* dos membros tem a mesma preferência sobre a alternativa que deve ser escolhida como decisão vinculadora de todo o grupo, falando-se assim em maioria predominante ou hegemônica. É neste quadro que se torna pungente a questão das minorias.

Como assegura Held (1987, p. 175), “o valor do processo democrático está no governo das ‘múltiplas oposições minoritárias’, não no estabelecimento da ‘soberania da maioria’”. Contrariamente à noção de que a política democrática é, em última instância, guiada pelas elites em competição, parece estar ela verdadeiramente ancorada em um consenso sobre valores que estipula os parâmetros da vida política. Nesse sentido, Held (1987, p. 176) admite a existência de políticos ou

elites políticas que tiveram um profundo impacto na direção assumida por uma nação, contudo, sua força e importância só podem ser adequadamente compreendidas em relação à cultura política da nação da qual eles emergem e se apresentam como reflexos.

Assim, para uma construção racional da ideia de democracia, há que se estabelecer uma conceituação adequada da própria noção de igualdade, sendo que a primeira tarefa será a desmistificação da propalada “evidência” de que a noção de igualdade é constitutiva da ideia de democracia. Pois, como ensina Lima Vaz (1985, p. 8), “definida na sua verdadeira acepção, a igualdade é o pressuposto necessário mas não suficiente da ideia de democracia”.

Segundo Lima Vaz (1985, p. 9-10), as modernas teorias políticas, obedecendo à inspiração da “ideologia do individualismo” (Dumond), obscureceram esse problema ao operar fundamentalmente com a noção de igualdade quantitativa ou aritmética, resultante da comparação entre grandezas homogêneas que seriam os próprios indivíduos participantes do corpo político. Reduz-se, assim, os indivíduos a grandezas iguais, tais quais átomos movendo-se num espaço social isotrópico. O pressuposto mecanicista desse pensamento residiria na hipótese absolutamente improvable da igualdade natural entre os homens da qual resultaria a constituição da sociedade pelo pacto de associação entre iguais.

É que, como sustenta Lima Vaz (1985, p. 9),

a natureza é o domínio da *diferença* e, enquanto procedem da natureza, os homens se constituem em indivíduos pela particularidade das suas diferenças irreduzíveis. A única igualdade possível aqui é aquela que resulta da negação da diferença qualitativa: a igualdade abstrata do número. Mas, operando-se com esse modelo, a igualdade social só pode ser pensada como multidão de indivíduos isolados e mantidos num sistema social de natureza mecânica pela ação de uma força que age *ab extrinseco*. Basta que essa força se concentre nas mãos de um só e estará presente o modelo perfeito do sistema totalitário: todos são iguais porque todos são escravos.

O grande perigo, pois, inerente ao processo democrático é que a maioria possa assegurar todo o resultado decisório à custa da minoria. Em vez de ser um instrumento de composição pacífica de conflitos e interesses, a regra de decisão da maioria acaba por exasperá-los, ainda

que haja um respeito aos direitos formais das minorias. De fato, como sustenta Bobbio (1997, p. 310), para além do reconhecimento dos direitos formais das minorias existem benefícios fundamentais que só podem ser distribuídos com equidade se a regra majoritária funcionar com resultados “de soma positiva”, o que pressupõe que todos possam lucrar alguma coisa. Não é este o caso quando existe uma maioria hegemônica. Então, a decisão coletiva poderá ser “de soma zero”, no sentido de que uma parte ganha o que a outra perde.

Ademais, como destaca Dahl, o desrespeito à minoria pode advir não apenas da maioria estabelecida, mas também das próprias minorias existentes, que não possibilitam a formação de um consenso racional:

A questão no mundo real não é se uma maioria e, muito menos, ‘a’ maioria vai agir de forma tirânica por meio de procedimentos para impor sua vontade a uma (ou a) minoria. Ao invés disso, a questão mais relevante é a extensão em que as várias minorias em uma sociedade frustrarão as ambições umas das outras com a aceitação passiva ou indiferença de uma maioria de adultos, ou eleitores.

[...]

se há algo a ser dito a favor do processo que realmente distingue a democracia (ou poliarquia) da ditadura... a distinção chega (muito próxima)... de ser a diferença entre o governo de uma minoria e o governo de minorias. Comparado ao processo político de uma ditadura, as características da poliarquia grandemente estendem o número, tamanho e diversidade das minorias cujas preferências influenciarão o resultado das decisões governamentais. (HELD, 1987, p. 175)

4. A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Em uma perspectiva *formal-procedimental*, o respeito à minoria exige não só a plena possibilidade de participação constante no procedimento democrático, como a disponibilidade de todos os meios necessários para que possa a minoria de hoje converter-se futuramente na maioria estabelecida, que por sua vez será imediatamente alcançada pela perene possibilidade de mudança inerente ao processo democrático.

Todavia, a regra de respeito à minoria não pode ser considerada apenas sob a perspectiva *formal-procedimental*, como instrumento

que viabilize a participação das minorias nas decisões políticas, mas deve ser sempre vista também de uma perspectiva *substancial*, como igualdade na distribuição da liberdade, vale dizer, em igualdade na proteção a todos atribuída pelos direitos fundamentais. Isto se deve a que, na gênese do constitucionalismo e do Estado moderno se encontra um novo conceito do Direito como realidade concreta que aponta para a justiça.

Vale dizer, a Revolução Francesa veio propiciar o aparecimento de um novo vetor do justo para a ordem jurídica moderna, o qual deverá sempre partir da declaração dos valores universais – que informam a racionalidade imanente na sociedade – como também universalmente garantidos a todos e garantidos (universalmente) por todos. Conforme destaca Salgado (1998, p. 8-9), declaração, ato de decisão e efetivação, não mais mera consciência da juridicidade dos valores ou reconhecimento da sua juridicidade, mas de direitos, ou seja, declaração dos valores como direitos subjetivos fundamentais.

Assim é que Hegel reconhecerá na Revolução Francesa o momento histórico da realização da liberdade, objetiva e subjetiva, bem como do Direito nela fundado, posto que uma Constituição foi elaborada segundo o conceito do Direito. Nela, tudo encontrará seu fundamento. A vontade geral se estabelecerá como o universal que resulta da dissolução dos dois mundos da alienação: o afetivo e o da fé. Tem-se o processo de reconciliação do universal consigo mesmo, sendo esta unidade garantida pela razão, porque está na consciência e, ao mesmo tempo, no mundo objetivo como leis da natureza e leis éticas (SALGADO, 1996, p. 307-308).

Como ensina Salgado (1996, p. 311),

somente a Revolução tornou possível que o homem conduzisse a sua própria vida e fizesse livremente sua história, organizando racionalmente a vida por meio do direito racional, por *Hegel* considerado forma de realização da liberdade.

Na verdade, a partir da Revolução Francesa, a liberdade numa sociedade política tem uma forma de organização que lhe é própria: a ordem jurídica constitucional, pela qual as leis organizam a liberdade do povo. Esse duplo sentido da liberdade, o direito subjetivo (liberdade do sujeito) e a lei, é reconhecido por *Hegel* como conquista da Revolução.

A história dos direitos fundamentais se funde na própria história do Estado Constitucional, ambos advindos da limitação do poder e seu deslocamento do despotismo da nobreza – que buscava sua legitimação na vontade divina, ou numa escolha de “melhores” – para a vontade geral do povo.⁸ Assim, a Constituição e a Declaração de Direitos devem ser vistos como realidades inseparáveis, como já destacava o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁹ Os direitos fundamentais apresentam-se, assim, como a grande conquista da Revolução Francesa, instância de afirmação concreta da liberdade humana e de proteção cabal de sua dignidade. São prerrogativas que o avançar da história apresenta como sendo indispensáveis a uma vida humana digna e satisfatória, havendo uma dupla possibilidade de sua constatação: por um lado, como direitos, têm de compor o quadro das faculdades outorgadas na ordem jurídica pelo seu estatuto fundamental denominado Constituição; como valores, entretanto, encontram-se presentes independentemente de estarem ou não consagrados numa Constituição, vale dizer, são reivindicáveis, ainda que a Constituição seja avessa aos princípios incorporados à cultura e à consciência dos povos civilizados.

Nesse sentido, ensina Salgado (1986, p. 17) que:

O conceito de direitos fundamentais apresenta, pois, dois aspectos: a) no aspecto formal, como direitos propriamente ditos, são garantidos numa constituição como prerrogativas; b) no aspecto material, como valores, são pré-constitucionais, pois que produtos das culturas civilizadas, e determinam o conteúdo desses direitos nas constituições.

Ora, a conformação do Estado Constitucional Democrático dá-se não apenas pela declaração abstrata dos direitos fundamentais, mas sim por sua garantia concreta e universal. Vale dizer, não apenas por sua legitimidade referida ao povo, nem somente por seu conhecimento por parte de todos, mas também por sua extensão efetiva e paritária

⁸ Para uma análise profunda e crítica da história dos direitos fundamentais vide Sampaio (2004).

⁹ Segundo o art. 16 da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos individuais não for assegurada nem determinada a separação de poderes não terá Constituição”.

a todos os cidadãos, sendo que o próprio princípio de *igualdade* – base fundamental de sustentação desta ordem –, para se conformar à realidade do Estado Constitucional Democrático e não se perder no momento da abstração individual, deverá ser uma derivação da *liberdade*, no sentido de que todos são iguais como livres (igualdade em liberdade) (HEGEL).

Assim, para que a conformação dos Estados como Democráticos e Constitucionais se faça de forma racional, imprescindível que se façam a todos extensíveis as prerrogativas tradutoras do próprio conceito da liberdade, reveladoras da noção do justo, é dizer, que os direitos fundamentais sejam sempre a todos garantidos concretamente. Ademais, deve-se ter em vista que o modelo de democracia moderna trará sempre e necessariamente a pressuposição de uma convivência equitativa entre o funcionamento da regra majoritária – que atua com base numa certa forma de homogeneidade das preferências individuais – e a presença de grupos que não partilham uniformemente, em determinado momento, dos consensos racionais estabelecidos, reveladores do nível de homogeneidade pressuposto.

É que, nos Estados Constitucionais Democráticos, uma ordem jurídica justa passa ser a que declara com prioridade os direitos fundamentais, definindo, assim, o conteúdo da ideia de justiça. Estes serão o conteúdo da justiça material, e o cerne da obrigação política em torno da qual se estabelecerá toda a demais normatividade estatal. É que a racionalidade que define a justiça está em primeiro lugar na seleção de valores, considerando-se que tais valores contêm em si a dimensão da universalidade, vale dizer, que convalidam o interesse de todos, sendo, portanto, uma racionalidade material, de conteúdo e não apenas formal, isto é, deixada ao vago e indefinível critério de definir se tal conduta é ou não racional

Todavia, é de salientar que não se reduz com isto a importância do momento formal, mas apenas se constata que não lhe é dado, como ensina Salgado (1998, p. 8-9), definir a racionalidade material, por exemplo, se determinada conduta é racional ou não. O momento formal será, entretanto, responsável pela positivação de tais valores, vale dizer, pela decisão que declara esses valores como direitos. Será assim afirmadora de racionalidade positiva e não material, a qual já

vem definida pelo interesse universal e possibilidade de contemplação universal de todos. Será “uma racionalidade posta, ou uma universalidade posta, criada, por ato de vontade e não apenas reconhecida por ato intelectual” (SALGADO, 1998, p. 8-9).

O âmbito da *justiça formal*, pois, será caracterizado pela conformação da legitimidade com a própria legalidade declarada, enunciativa de normas que por sua vez são modeladoras do seu próprio fazer, havendo, ao lado das normas fundamentais, as garantias fundamentais, as regras processuais e as de organização postas em função desses princípios, sendo que os princípios ou direitos fundamentais declarados universalmente caracterizam o Estado de Direito e as regras de organização e procedimentais o Estado Democrático.

Entretanto, como ressalta Salgado (1998, p. 8-9)

na verdade, as regras de organização e de procedimento não são um posterior temporal, mas somente lógico. O ato de declaração dos direitos tem de observar pressupostos de organização (quem declara, se todos, se alguns, se representantes), e de procedimento (*como se declaram*). A precedência temporal não ocorre entre os direitos declarados e as regras de organização ou de procedimentos, mas entre a consciência dos valores e a declaração desses valores como direitos. Trata-se, portanto, de uma consciência jurídica bidimensional: *reconhecimento* da universalidade desses valores, universalidade material, de conteúdo, não já como valores simplesmente, porém como direitos de todos, exigíveis, e ato decisório *declarativo* desses direitos, que dá sua universalidade formal.

O conceito de *justo formal* no Estado Constitucional Democrático faz-se, pois, produto da articulação perfeita entre as esferas da legalidade e legitimidade, sendo que, se aquela consiste na enunciação de direitos através dos procedimentos sistematicamente previstos, a legitimidade advirá da relação da autoridade oponente dos direitos com a fonte final do poder, que por sua vez se fará também disciplinada por normas procedimentais, como: o princípio da origem do poder na vontade popular, a regra de decisão da maioria e a regra de respeito à minoria.

Entretanto, o Estado Constitucional Democrático trará, ao lado do conceito de *justo formal*, um aprimorado conceito de *justo material*, o qual demonstra o nível de evolução histórica obtido e institucionalizado na realidade concreta de tais Estados. Vale dizer que nele

teremos a superação do particularismo do “direito abstrato” (HEGEL) fragmentário e aviltante do liberalismo de primeira fase, bem como a ruptura com o formalismo estéril dos direitos que se passam a justificar pelo processo operacional de seu *modus faciendi* – que se faz tolerante ao totalitarismo –, isto é, em uma perspectiva exclusivamente procedimental que confunde legalidade e legitimidade,¹⁰ alçando todos estes direitos a uma categoria essencialmente jurídico-política, por meio de uma articulação orgânica da sociedade e do Estado.

Esta articulação faz-se possível, como previa Hegel (1993, §§ 257-260), por meio do reconhecimento das normas morais como um dado imprescindível à existência do Estado. É que o Estado Constitucional Democrático será todo ele mediatizado pela racionalidade que permeia desde seus procedimentos regulatórios da produção normativa, até o conteúdo material dos seus direitos que se põem como concretização efetiva do consenso racional da sociedade, vale dizer, como momento de superação das contradições de tal sociedade, no momento em que tais direitos passam a existir apenas como direitos concretos e universais dentro do Estado. Ganha ele então os verdadeiros contornos de uma comunidade ética, espaço concreto da realização da liberdade de todos.

É diante deste quadro de consenso ético racional compartilhado – que deve então dizer respeito a todos os indivíduos –, que se observa a regra de respeito à minoria em toda sua extensão. Uma extensão que transcende de muito a mera esfera procedimental democrática, atingindo uma esfera axiológico-jurídica-positiva, a partir do momento

¹⁰ Evidentemente, aqui não nos referimos ao procedimentalismo discursivo instaurado pela reviravolta linguístico-hermenêutica, o qual, a nosso ver, já pressupõe concessões mínimas à substancialidade, ao tratar das condições ideais de fala – lastreadas que estão em postulados de igualdade e liberdade e tolerância –, mas, sim, ao procedimentalismo do instrumentalismo formal, autossuficiente porque autorreferenciado, como o do positivismo kelseniano. Nesse sentido Habermas, nas *Tanner Lectures* reconhece que “a aplicação do direito cada vez menos se pode explicar sem fazer referência explícita aos fins políticos tanto quanto a uma fundamentação e consideração morais dos princípios.” (*Apud GALUPPO*, 2002, p. 161-162). Para uma visão esclarecedora sobre a importância Da Tolerância Na AutoCompreensão Do Estado Democrático De Direito, Vide Galuppo (2002) e Cittadino (1999).

em que se faz indispensável para garantir não apenas a participação procedimental democrática (dada pelo sistema), mas a própria manutenção do sistema democrático imbuído da racionalidade que lhe é inerente e imprescindível, sob pena de regredir ao formalismo inócuo já superado.

Assim, deve-se conceber a regra de respeito à minoria como um implícito do sistema constitucional democrático, base de sustentação da concretude do conceito de *justo racional* revelado no contexto de tal Estado. É que ela não apenas se apresenta como elemento constitutivo da dimensão da *universalidade*, que se revela impreterível para a afirmação da própria racionalidade do Direito, como se faz também garantidora de que a ordem jurídica não se erija apenas pela decisão da maioria, mas mediante o interesse concertado de todos, inclusive da minoria, cujo bem primeiro que pretende resguardar é a liberdade de cada indivíduo. É que o poder se legitima não mais simplesmente por sua emanção da vontade majoritária, senão porque essa mesma vontade está submetida à liberdade de todos concretizada no elenco dos direitos fundamentais.

Todavia, sabe-se possível a ruptura no quadro da justiça *formal* ou *material* do sistema, mediante a ordenação de normas que afetem seja a participação democrática de minorias, vale dizer, que estorvem o procedimento da democracia, seja a justa garantia universal que deve circundar os direitos fundamentais, impedindo a sua total extensão a indivíduos que, embora participantes da produção do consenso racional constitucionalmente estabelecido (cidadãos), têm de alguma forma denegada a participação nos efeitos plenos advindos de tais direitos.

Haverá, portanto, um conflito estabelecido dentro do sistema constitucional democrático, o qual não poderá restar insolucionado. Ora, a solução pode se encontrar – como na maioria das vezes se encontrará – já inserida em recursos aduzidos expressamente pelo sistema – que nos Estados contemporâneos vêm vultuosamente prescritos por seus respectivos ordenamentos. Todavia, em não havendo instrumento hábil à solução da violação da regra de respeito à minoria, persistindo a validade formal do ato normativo materialmente injusto, cujo conteúdo ou efeitos sejam afrontantes à plena aplicação dos direitos fundamentais às minorias, há de haver uma solução implícita decorrente do sistema. Tal solução será justamente a desobediência civil.

Não se pode, pois, aceitar a opinião daqueles que sustentam não ser possível compatibilizar a desobediência civil com a democracia, sob a pressuposição de que, ao fazê-lo, estar-se-ia colocando em cheque um dos fundamentos do próprio processo democrático, qual seja, a regra de decisão da maioria. Violar uma norma jurídica equivaleria, neste sentido, a substituir a regra de decisão da maioria pela regra da minoria, o que levaria a uma ruptura insanável do próprio “jogo” democrático.

Em verdade, o fato de que uma desobediência vulnere uma decisão majoritária não a torna conseqüentemente injustificável na democracia. Tal se poderia verificar quando da desobediência a uma norma materialmente tão injusta (violadora dos direitos fundamentais) – conquanto procedimentalmente democrática – que a desobediência faz-se mesmo necessária à manutenção do nível de racionalidade inerente à ordem democrática e como respeito à própria obrigação política legitimadora da normatividade do sistema.

Neste sentido, lúcida a lição de Arendt (1973, p. 111), para quem “uma regra da maioria sem restrições legais, isto é, uma democracia sem uma constituição, pode ser terrível na supressão dos direitos das minorias, e muito efetiva em sufocar as dissidências sem o uso da violência”. Nos Estados Constitucionais Democráticos contemporâneos, não cabe mais a sustentação da regra da decisão da maioria como princípio moral último, quanto menos pretender identificá-lo com a própria democracia.¹¹ Trata-se de um instrumento da democracia, não de sua essência. Assim, uma coisa é ir contra a democracia (o procedimento democrático), e outra, não exatamente idêntica, é desobedecer a uma decisão do Poder Público tomada em aplicação direta ou mediata da regra da maioria.

Afinal, como adverte Lima Vaz (1985, p. 10)

a grande ideia que preside ao advento histórico do político como advento do domínio da igualdade *reconhecida* é a idéia de justiça. Ela permite negar o particularismo arbitrário do poder despótico ao se constituir como regra universal de distribuição equitativa do primeiro e maior bem que é o direito ao reconhecimento.

¹¹ A propósito, vide Passerin D’entreves, (1970, p. 213 *et seq.*); Bobbio (1981, p. 43); La Torre (1995, p. 708 *et seq.*).

[...]

A igualdade política, por sua vez, pertence à essência do Estado de Direito. Mas, como se vê, não se trata da igualdade quantitativa dos indivíduos nivelados pela necessidade universal de satisfazer suas carências naturais. Com efeito, essa forma primeira e inferior de igualdade acaba concretizando-se historicamente na diferença *extrínseca* imposta pela relação de *dominação*. E é justamente a diferença extrínseca da dominação que é, em princípio, negada pela igualdade política. Essa suprassume dialeticamente as diferenças *intrínsecas* que caracterizam os indivíduos ou grupos sociais e os constitui sujeitos de direito, ou seja, os eleva à esfera propriamente política do universal reconhecimento.

Uma das diferenças entre a desobediência intrassistêmica (não anticonstitucional) e a contrassistêmica (revolucionária ou anticonstitucional) reside precisamente no fato de que, conquanto esta pretenda resolver o dissenso que separa minorias de maiorias mediante a desconsideração da regra de decisão da maioria, impondo em seu lugar o critério de decisão que mais lhe convenha, a desobediência intrassistêmica não o faz. Não se pode pretender ser o mesmo a desobedecer uma norma jurídica concreta aprovada pela maioria ou impor-lhe uma decisão a respeito, pois desobediência civil não significa desobedecer a uma norma jurídica que suprime a regra da maioria como fundamento da decisão jurídico-normativa.

O desobediente civil desobedece a uma decisão tomada pela maioria, mas nunca pretende impor seu critério através de formas alheias ao princípio da maioria. Assim, a desobediência civil é uma desobediência participativa e/ou denunciante no sentido de que se utiliza a “infração” como meio de *reconsideração* ou *retificação* de ato normativo revelador de clara injustiça contra a minoria (violador da obrigação política concernente no respeito aos direitos fundamentais). Todavia, a desobediência civil é realizada assumindo-se ou não se esquivando às sanções institucionalizadas pelo próprio ordenamento para coibir tal conduta desobediente. Tal aspecto é revelador da sua submissão ou respeito profundo para com a regra da decisão da maioria.

A desobediência civil apresenta-se, assim, como uma instância desmitificadora do método da decisão majoritária, possibilitando uma abordagem corretiva de qualquer uso ilimitado ou abusivo desse método. Funciona, pois, como um instrumento de repolitização do Estado

de Direito a ser utilizado pelas minorias políticas que passam a fazer um uso muito mais efetivo dos valores fundamentais incorporados nas instituições democráticas.

Assim, em uma acepção formal, a desobediência civil deve ser vista não mais como procedimento, ou não apenas mais um procedimento de busca de um uso *intensivo* das instituições democráticas, senão como o último garante da legitimidade do próprio Estado de Direito. Em uma acepção material, a desobediência civil tem o condão de asseverar que o princípio democrático é irredutível à regra de decisão da maioria, concorrendo, pois, para o aperfeiçoamento global da própria democracia material ou substancial, visando à afirmação radical do *justo material* do sistema constitucional democrático, mediante a garantia do justo cumprimento de todas as consequências advindas da universalidade inerente e essencial dos direitos fundamentais. É uma forma de participação democrática extrainstitucional, mas ao mesmo tempo intrassistêmica ou pró-sistêmica.

A desobediência civil revela-se, pois, imprescindível se quisermos realmente assumir, na sua integralidade e em todas as consequências a democracia como manifestação política de autonomia jurídica (autonormação). Pois, como assevera Rosemiro Leal (2002, p. 170)

o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante.

Todavia, ao nosso sentir, em uma sociedade regida por uma Constituição democrática, para ser civil, não pode a desobediência dirigir-se contra a ordem constitucional democrática, posto que tal ordem está baseada na juridificação democrática da relação “poder-sujeição”, em um consenso racional sobre a ideia e os princípios de justiça. Assim, o respeito aos direitos fundamentais e o estabelecimento de procedimentos jurisdicionais e outros mecanismos para sua garantia e implementação, bem como para o controle da atuação dos poderes públicos à luz de tais direitos e adstrito à supremacia do Direito, constituem fonte de legitimidade do sistema (=obrigação política).

A existência de um núcleo constitucional assim definido implica a não justificabilidade jurídica de qualquer desobediência que possa se dar em menoscabo da Democracia, dos direitos fundamentais e do *rule of law*, sendo que qualquer forma de desobediência, para se configurar como civil, deverá respeitar o núcleo constitucional desse sistema democrático.

Não se pode esquecer que na desobediência civil há sempre uma norma desobedecida, sendo, portanto, uma conduta ilícita, ao menos *prima facie*. Todavia, o órgão judicial encarregado de apreciar a antijuridicidade ou ilicitude, bem como sua justificação jurídica, considerará que dita conduta, apesar de apresentar-se como violadora de direito, está juridicamente protegida por um princípio fundamental do sistema democrático constitucional (regra de respeito à minoria) haja vista as circunstâncias inerentes ao caso concreto. Constata-se, pois, a existência de um conflito entre duas garantias jurídicas: aquela advinda de um princípio fundamental que atribui um direito – direito fundamental que o desobediente civil considera estar exercendo por intermédio de sua conduta – e a norma que limita ou restringe tal princípio – norma que protege outro bem jurídico ponderado pela decisão da maioria.

Poder-se-ia pretender que o conflito se resolvesse pela só constatação de um limite juridicamente (legalmente) estabelecido ao direito fundamental e à regra de respeito à minoria. Entretanto, a determinação de limites a tais princípios pelo legislador, em um sistema em que prevalece a regra das liberdades, é uma determinação apenas *prima facie* justificada, não uma determinação definitivamente justificada.

O conflito, portanto, só será definitivamente dirimido em sede jurisdicional, sendo aí onde se determinará, mediante oportuna e concreta *adequação normativa* dos bens jurídicos envolvidos, o que está de fato justificado no caso em questão: o exercício do direito fundamental ou a norma jurídica que o limite, protetora de um bem jurídico que lhe é contraposto. Assim, por se tratar de um princípio fundamental implícito no sistema constitucional democrático, vale dizer, a regra de respeito à minoria, a apreciação da desobediência civil deverá ficar a cargo da jurisdição constitucional, estabelecida em provimento jurisdicional procedimentalmente mediado pelo juiz constitucional.¹²

¹² A temática do juiz constitucional encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da jurisdição constitucional, que, sob a perspectiva histórica, radica no fenômeno de transição do Estado legal para o Estado constitucional, no qual a

5. CONCLUSÃO

O Estado Constitucional Democrático apresenta-se como um momento de concretização da consciência histórica da liberdade, posto que o homem atinge aí não só a consciência da sua liberdade individual, mas, ao mesmo tempo, a consciência dessa mesma liberdade em todo ser humano, compreendendo que, por ser universal, deve ser realizada e garantida a todos e por todos. É um Estado que erige a liberdade como seu valor polar e a distribui equanimemente pela sociedade, nas múltiplas formas de participação e aproveitamento de todos os demais valores nele consagrados e objetivados.

Há, pois, uma nítida e racional vinculação do indivíduo às enunciações objetivas impostas pelo poder político, haja vista que um dos princípios cardiais do sistema é justamente o da origem do poder na vontade popular. Daí que a obrigação política no Estado Constitucional

ideia de uma supremacia hierárquica da Constituição a eleva à condição de medida de juridicidade do exercício do poder político. É um tema que remonta ao século XIX, quando, nos EUA, será pela primeira vez desenvolvida na prática a ideia do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Seu estabelecimento, todavia, não se fez de forma pacífica ou natural, isenta de debates, dúvidas ou questionamentos. Muito se discutiu – e ainda hoje são intensos os debates – acerca da possibilidade, natureza e limites da jurisdição constitucional. Entre as principais indagações que se fizeram e ainda se fazem presentes, Baracho (2000) destaca as seguintes: “Devem ser submetidas as deliberações do Legislativo, órgão representativo por excelência, às regras e princípios contidos na Constituição? Compete, realmente, ao Poder Judiciário, o encargo de decidir acerca da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público? Se há um órgão cuja função principal reside no controle da atividade dos poderes públicos, *quis custodiet ipsos custodes?*”). Questionamentos como estes estiveram, durante longo tempo, no centro de inúmeros debates no âmbito da teoria constitucional, fazendo-se notar com grande ênfase nos debates travados entre Hans Kelsen e Carl Schmitt na década de 1930, acerca do *guardião da Constituição*. Atualmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito, urge ressaltar a enorme transformação operada no seio da teoria processual, que passa a descentralizar o eixo das decisões jurídicas da razão do julgador (*da mihi factum, dabo tibi ius*), alocando-o no espaço procedimental de uma razão discursiva, em que todos os destinatários do provimento jurisdicional far-se-ão autoconstrutores, em simétrica paridade, das diretivas normativas advindas do ordenamento Constitucional democrático. (Nesse sentido, as instigantes reflexões de Leal (2000) e Cattoni (2001).

Democrático adquire um perfil absolutamente distinto dos perfis das demais formações estatais históricas. Nele, a obrigação política é decorrência da própria autonomia humana, sendo esta, por sua vez, originária do universal reconhecimento da igualdade inerente a todos os homens, que se porão como iguais na medida da sua liberdade. A ordem jurídica dos Estados Constitucionais Democráticos se fará pela escolha e declaração de valores universais, os quais passarão a ser universalmente garantidos a todos como direitos.

A partir daí é que se pode auferir, entre tais valores objetivados, os direitos fundamentais que serão declarados, base para a fundamentação do justo material em tais Estados, vale dizer, a ordem jurídica justa será aquela que declara e garante com prioridade os direitos fundamentais. A legitimidade global da ordem estará, assim, afirmada à medida que se conforme com os ditames da Constituição democrática, a qual terá como núcleo fundamental (base da obrigação política) a declaração dos direitos fundamentais e a objetivação dos procedimentos para a convalidação da legalidade e a remissão constante e efetiva à fonte de legitimação advinda da vontade popular.

Todavia, a participação democrática em um Estado Constitucional não pode ser vista apenas como disponibilidade de meios procedimentais de participação nas deliberações políticas – que também o é –, mas, fundamentalmente, como extensão e garantia da liberdade, agora valor universal assegurado objetivamente pelo Estado, consubstanciada no elenco dos direitos fundamentais.

É nessa perspectiva que se compreende a regra de respeito à minoria em toda sua extensão, como um princípio fundamental implícito do sistema. Violar, portanto, a regra de respeito à minoria não é apenas criar estorvos à participação política desses indivíduos, mas atentar-se contra qualquer de seus direitos fundamentais. A violação dos direitos fundamentais deve ser, pois, amplamente protegida, posto que da sua garantia depende a própria ideia de justiça material no Estado, tendo os Estados modernos continuamente desenvolvido instrumentos de garantia e efetivação de tais direitos.

Todavia, faz-se sempre possível – e o correr da história o demonstra como bastante frequente –, que a lesão perpetrada pela lei contra direitos fundamentais remanesça sem a adequada proteção e reparação

pelos instrumentos previstos no sistema. Ora, a violação de um princípio fundamental do sistema constitucional democrático, consubstanciado na regra de respeito à minoria, deverá necessariamente ser solucionada, sob pena de comprometimento da racionalidade e da justiça imanente do sistema.

Assim é que se apresenta a desobediência civil como uma autêntica garantia constitucional implícita, tendo como escopo a proteção da regra de respeito à minoria, revelando-se como uma ação voltada contra norma válida e posta por autoridade legítima – daí seu caráter de ação *prima facie* ilegal –, mas que se apresenta como justa e legítima, posto que fundamentada na regra de respeito à minoria (legitimidade) e visando à proteção e à garantia final de direitos fundamentais (justiça). Esta a sua configuração jurídica.

6. REFERÊNCIAS

- ARENDDT, H. *Crisis of the republic*. Harmondsworth: Penguin, 1973.
- ARENDDT, H. *La disobbedienza civil e altri saggi*. Milano: Giuffrè, 1985.
- BARACHO, J. Alfredo de Oliveira. *Curso de processo constitucional: anotações*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Democrazia, maggioranza e minoranze*. Bologna: Il Mulino, 1981.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 10. ed. Brasília: UnB, 1997. 2v.
- CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COHEN, C. *Civil Society and Political Theory*. Massachusetts; London: The MIT Press, Cambridge, 1995.
- ENTERRÍA, E. García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1988.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. *La desobediencia civil*. Madrid: Macial Pons, 2001.

- GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 37, p. 303-312, 1992. Disponível em: <<http://www.doxa.com>>. Acesso em: 1º maio 2014.
- HABERMAS, J. Derecho y violencia: un trauma alemán. In: HABERMAS, J. *Ensayos Políticos*. Tradução de R. Garcia Cotarelo. 3. ed. Barcelona: Península, 1988.
- HEGEL, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Edição de K. H. Ilting e Tradução de Carlos Díaz. Madrid: Libertarias/Prodhufi, 1993.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.
- KELSEN, H. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LA TORRE, M. Democrazia e tensioni. Rappresentaza, principio di maggioranza, dirittifondamentali. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, n. 4, p. 700-739, 1995.
- LEAL, Rosemiro P. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LIMA VAZ, Henrique C. de. Democracia e sociedade. *Síntese: Nova Fase*. Belo Horizonte, n. 33, p. 5-14, 1985.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. *Obbedienza e resistenza in una società democratica e altri saggi*. Milano: Ed. di Comunità, 1970.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. Legitimidad y resistencia. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, n. 13, p. 27-34, 1976.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais e a Assembleia Constituinte. In: AMORIN, Edgar (Ed.) *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte: CONEX-UFGM, 1986, p. 9-41.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Justiça e conflitos do sistema jurídico democrático. *Sino do Samuel – Jornal da Faculdade de Direito da UFGM*. Belo Horizonte, n. 41, p. 8-9, 1998.

SAMPAIO, José Adércio L. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

UGARTEMENDIA, J. I. *La desobediencia civil en el Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

3

A JUSTA INTERPRETAÇÃO PARA O INCISO I, DO ART. 1.829, DO CÓDIGO CIVIL, NO CASAMENTO REGIDO PELA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, EM QUE O FALECIDO TENHA DESCENDENTES E BENS PARTICULARES

Ivana Fernandes Vieira¹

RESUMO

O art. 1.829, inciso I, do CC, com o objetivo de proteger o cônjuge meeiro no casamento regido pela comunhão parcial de bens, quando o patrimônio do falecido for composto por bens particulares, inaugurou o regime de concorrência entre os herdeiros e o cônjuge sobrevivente. Entretanto, sua redação não é clara quanto à maneira pela qual se deve dar a divisão patrimonial concorrencial. Em consequência, surgiram diversas interpretações ao aludido dispositivo legal, em completa divergência do senso comum de como será dividido o patrimônio pós-morte, causando flagrante tratamento desigual entre as pessoas. Isso porque, os casamentos duram cada vez menos e o titular do patrimônio particular não tem conhecimento das consequências jurídicas da concorrência ou não tem condições financeiras para alterar tais resultados jurídicos. Em razão disso, este estudo traz uma interpretação sistêmica da regra

¹ Juíza de Direito em Minas Gerais. Master of Laws pela Universidade do Sul da Califórnia.

inserta no referido inciso, ao considerar a realidade social, a vontade do titular do patrimônio, o paradigma da autorresponsabilidade e, notadamente, o princípio basilar do Direito de Família e Sucessões, segundo o qual o patrimônio deve se manter no mesmo grupo familiar. A linha interpretativa ora sustentada, ao integrar o arcabouço jurídico, constitucional e legal, o aproxima do que ordinariamente acontece na sociedade, afastando, por consequência, as interpretações pontuais existentes, porque estas são voltadas somente para um dos protagonistas da relação jurídica sucessória, ou seja, para o cônjuge sobrevivente.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Regime de Comunhão Parcial de Bens. Descendentes. Cônjuge sobrevivente. Concorrência.

ABSTRACT

The article 1829, section 1, in the Civil Code, in order to protect the spouse who is entitled to half the property acquired after marriage in the so-called Partial Property Communion, one of the types of matrimonial property regimes, inaugurated a system of competition among the heirs and the surviving spouse. However, its text is unclear as to how the distribution of property should be done. As a result, there have been many different interpretations of the referred law, in complete divergence from the common sense of how the postmortem assets should be divided, causing fragrantly unequal treatment between the individuals. This is because marriages last shorter and shorter nowadays and the holder of the assets is not aware of the legal consequences of the competition or cannot afford to change such legal results. Therefore, this study brings a systemic interpretation of the rule inserted in that section, taking into account the social reality, the will of the owner of the property, the paradigm of self-responsibility and, notably, the fundamental principle of family law and inheritance, which claims that the estate should remain in the same family group. This interpretation integrates the legal and constitutional framework, and gets closer to what originally happens in society, pushing away the existing interpretations, because those focus only on one of the parts in the legal relationship of succession, that is, the surviving spouse.

Keywords: Law of Succession. Partial Property Communion. Descendants. Surviving spouse. Competition.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Correntes interpretativas ao art. 1829, I, do CC, que visam definir os termos da concorrência, quando o casamento foi regido pelo sistema da comunhão parcial de bens, mencionadas no Recurso Especial n.1.117.563 – SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. 3. Fundamentos para se concluir que os bens particulares não devem ser partilhados com o cônjuge sobrevivente, por ser medida de justiça e por corresponder aos anseios populares. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 1.829, I, do Código Civil, a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Verifica-se que, com o objetivo de amparar o cônjuge sobrevivente, o artigo em análise trouxe o regime da concorrência com os descendentes. A partir de então, apressadas interpretações surgiram a fim de definir como se daria a distribuição dos bens com a morte de seu titular. Consequentemente, têm-se resultados totalmente divorciados da realidade, do senso comum, chegando a beirar a imoralidade, pois, no afã de se aplicar a norma, passou-se a partilhar os bens particulares com aquele que nem sequer contribuiu para a sua formação.

Nesse contexto, pretende-se com este artigo trazer o leitor à reflexão acerca da possibilidade de se interpretar o citado inciso I, do art. 1.829, do CC, de forma mais justa, condizente com o que ordinariamente acontece, quando tratamos do casamento regido pelo regime de comunhão parcial de bens, dissolvido pela morte, tendo em vista que a interpretação que ora se propõe respeita a vontade do titular do patrimônio que foi manifestada ao se casar, no que toca ao destino de seus bens. Tal forma de pensar também corresponde ao entendimento mais disseminado nos dias atuais, posto que afinado com o senso comum dos brasileiros.

2. CORRENTES INTERPRETATIVAS AO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL, QUE VISAM DEFINIR OS TERMOS DA CONCORRÊNCIA, QUANDO O CASAMENTO FOI REGIDO PELO SISTEMA DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, MENCIONADAS NO RECURSO ESPECIAL N. 1.117.563 – SP, DE RELATORIA DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Três são as mais conhecidas correntes doutrinárias interpretativas ao art. 1829, I, do Código Civil.

A primeira delas deriva do Enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília, no ano de 2004, um ano, portanto, do início de vigência do Código Civil de 2002.

De acordo com o citado enunciado, tendo os cônjuges se casado pelo regime da comunhão parcial de bens e o falecido deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente participa da sucessão somente quanto a tais bens, excluindo-se os bens adquiridos na constância do matrimônio, que são objeto da meação. Não havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente não participa da sucessão, bastando-lhe a meação. De acordo com essa linha interpretativa, a partilha dos bens é semelhante à da comunhão universal de bens.

Para a segunda corrente, defendida por Maria Helena Diniz, no casamento pela comunhão parcial, separa-se a hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares da situação em que ele não deixou bens particulares, sempre considerando a existência de descendentes. Se o cônjuge pré-morto não tiver deixado bens particulares, o sobrevivente não recebe nada, a título de herança. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela lei (arts. 1.830, 1.832 e 1.837), não apenas os bens particulares, mas, todo o acervo hereditário.

A terceira corrente inverte as ideias defendidas pelas anteriores. Segundo sua precursora, desembargadora aposentada do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, a sucessão do cônjuge fica excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares. Somente se fala em sucessão na hipótese em que o falecido não os deixou, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança dos bens comuns.

A mais lúcida interpretação, defendida neste trabalho, é aquela acolhida pela ministra Nancy Andrighi, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.377.084-MG e 1.117.563-SP.

De acordo com esta quarta corrente, o direito à concorrência é limitado aos bens comuns, independentemente de haver ou não bens particulares.

Justifica seu entendimento no REsp. n. 1.117.563-SP, a ministra Nancy Andrighi:

[...] torna-se impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé. A eticidade, por fim, vem complementar o sustento principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica [...].

Assim, a concorrência somente nos bens comuns, independentemente de haver ou não bens particulares, mantém intacta a vontade do titular do patrimônio por ocasião de sua morte, pois, segundo a ministra Nancy Andrighi, pensamento ao qual adiro, “não se pode ter após a morte o que não se queria em vida”.

3. FUNDAMENTOS PARA SE CONCLUIR QUE OS BENS PARTICULARES NÃO DEVEM SER PARTILHADOS COM O CÔNJUGE SOBREVIVENTE, POR SER MEDIDA DE JUSTIÇA E POR CORRESPONDER AOS ANSEIOS POPULARES

As duas primeiras interpretações, ao admitir a partilha dos bens particulares, simplesmente ignora o exercício da autodeterminação pelo titular do patrimônio que, ao optar pelo regime de comunhão parcial de bens, escolheu repartir apenas os bens adquiridos na constância do casamento, em caso de haver o término da sociedade conjugal.

Essa condição deve prevalecer tanto na dissolução da sociedade conjugal em vida, quanto na extinção pela morte, pois se fosse vontade do indivíduo repartir ou separar integralmente seu patrimônio, ele teria se utilizado do pacto antenupcial para fazer valer as regras do regime da comunhão universal ou da separação total de bens, respectivamente.

As duas primeiras correntes não somente traem a vontade do titular do patrimônio, que não mais pode manifestá-la, como também implicam na abolição do regime de comunhão parcial de bens, que foi a maneira de divisão de patrimônio definida em vida pelo indivíduo, quando do evento morte, transformando a partilha numa verdadeira comunhão universal de bens.

Também são injustas, porque com o objetivo de amparar o cônjuge sobrevivente, pode vir a deixar os filhos, fruto de relacionamento anterior, desamparados. Ora, o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, na dicção do art. 1.831, do CC, tem o direito real de habitação. Ainda lhe é conferido o direito à pensão previdenciária por morte. Agora, também, o direito à concorrência. E, aos filhos, nada nesse sentido.

Segundo apontam as Estatísticas do Registro Civil 2011, divulgados pelo IBGE, de 17 de dezembro de 2012, os casamentos estão durando cada vez menos no Brasil. A maioria dos casais (56,5%) está se divorciando antes de completar 15 anos de união. Não completam uma década 41,6% deles.

Assim, se o cônjuge sobrevivente contrai segundas núpcias, o que é comum de acontecer, pois, salvo raríssimas exceções, ninguém quer viver só, o patrimônio poderá ser mais uma vez repartido, seja por terminar a sociedade conjugal por vontade própria, seja no caso do evento morte.

Nessa segunda situação, se adotarmos a linha de pensamento que permite a divisão dos bens particulares, o cônjuge sobrevivente terá a meação, a parcela dos bens particulares, o direito real de habitação e a pensão previdenciária. E os filhos do casamento anterior? Se forem poucos os bens – situação mais provável de acontecer no Brasil – ficarão com quase nada. Logo, desamparados. Aí temos a injustiça. E, apenas para instigar o leitor à reflexão, lembremo-nos que muitas das segundas núpcias são contraídas com cônjuges bem mais jovens,

muitos deles com a mesma idade dos filhos do falecido e, portanto, com a mesma força de trabalho desses.

Citemos outra situação comum de acontecer: o falecido contraiu segundas núpcias, deixou apenas um imóvel residencial como herança, adquirido antes da constância do novo casamento e no qual residia com o cônjuge sobrevivente. Nessa situação, o cônjuge sobrevivente terá direito à habitação e à pensão previdenciária.

Se os filhos do casamento anterior forem maiores, ficarão à mercê da vontade do cônjuge sobrevivente em promover a venda do bem, pois nem direito a aluguéis terão, já que o direito à moradia é pleno. É o famoso “ganha, mas não leva”! Se forem menores, terão direito somente à cota parte da pensão previdenciária até a maioridade e somente depois da venda do imóvel residencial, terá a sua parte do mesmo. Observe-se que pode se passar longos anos até que o imóvel seja vendido, pois, se o cônjuge sobrevivente for jovem, ele (a) poderá usufruir do imóvel durante toda a sua vida.

Desta forma, a(o) viúva(o) torna-se superprotegida(o), podendo ficar com a pensão, o direito real de habitação e com parte de bens anteriores ao casamento, enquanto os filhos ficam sem nada ou muito menos que o cônjuge sobrevivente, prejudicados por uma interpretação conferida à norma legal, que não correspondia à vontade paterna ou materna quando vivos. Filhos esses, registre-se, provavelmente já prejudicados durante toda a vida pela falta de pensão e devida assistência dos pais, como frequentemente é visto nas varas de família.

Estes filhos terão que continuar a correr para tentar prover o próprio sustento, sem, muitas vezes poder dar atenção adequada aos seus avós. E a(o) viúva(o), não raras vezes sem laços afetivos com a família do cônjuge, especialmente se não tiver tido filhos com o falecido, já financeiramente bem protegido(a), vai viver uma nova vida e se esquece completamente de que deveria, pelo menos, visitar os pais daquele(a) que lhe foi tão provedor. Isto é a realidade, não retórica.

Pode-se dizer, ainda, que a partilha dos bens particulares, na forma proposta pelas duas primeiras correntes interpretativas, é discriminatória.

Como sabido e já dito, é entendimento do cidadão comum, do homem médio, que somente os bens adquiridos na constância do casamento são partilhados no caso do término do vínculo conjugal

pelo divórcio, pela separação ou pela morte, no casamento sob o regime de comunhão parcial. Esse homem não tem conhecimento de como funciona o regime da concorrência sucessória.

Desse modo, aqueles que sabem das consequências de tal regime – em geral são aquelas pessoas que dispõem de recursos financeiros, possivelmente optarão pelo pacto antenupcial, com a escolha do regime da separação de bens, já que se quisessem partilhar o patrimônio integralmente, escolheriam o regime de comunhão universal de bens, também por meio do pacto. Se os mais abastados, cientes de como será a partilha de seus bens, não optarem por alterar o regime de bens, agiram de acordo com sua vontade. Casaram-se conscientes de que no evento morte os bens particulares serão partilhados com o cônjuge do momento.

Entretanto, a maioria dos brasileiros, além de não ter conhecimento das implicações do regime de concorrência e, se tiver, provavelmente não terá recursos financeiros e efetivo acesso aos meios legais para celebrar o pacto antenupcial, a partilha dos bens particulares, sem considerar a manifestação de vontade ao se casar, implica em verdadeiro tratamento desigual entre pessoas que dispõem de recursos financeiros e a maioria da população, que não dispõe. O tratamento desigual para aqueles que estão na mesma situação fática – evento morte, partilha de bens, descendentes e cônjuge, não se justifica, de acordo com a doutrina constitucionalista.

Nesse momento, impende observar que existe a linha interpretativa segundo a qual no regime de separação de bens a concorrência ocorre da mesma forma que no regime de comunhão parcial de bens – com a partilha dos bens particulares. Este estudo não visa abordar o direito das sucessões de acordo com esse regime, mas novamente para instigar à reflexão, pensemos na pessoa que decide se casar aos 69 anos. Com essa idade, a lei não impõe a separação obrigatória de bens, que somente ocorrerá aos 70 anos, de acordo com a atual redação do inciso II, do art. 1.641, do CC, dada pela Lei n. 12.344/2010. Consequentemente, havendo o enlace, não haverá possibilidade nenhuma de separar os bens particulares por seu proprietário, pois o destino do patrimônio já foi decidido pelo Estado: passará boa parte para o cônjuge que muito provavelmente nada fez para a sua construção.

Sob outro enfoque, pode-se dizer que a intervenção estatal, a ponto de garantir bens particulares ao cônjuge sobrevivente, da mesma

forma trai a vontade deste, pois, ao eleger, responsabilmente, o regime de comunhão parcial de bens no momento que contraiu as núpcias, o cônjuge sobrevivente também manifestou sua vontade no sentido de que somente será beneficiado com o fruto que seu esforço e de seu falecido parceiro lhe propiciou. Manifestou, portanto, a sua vontade de somente responder pelos bens adquiridos na constância do casamento, seja a título de meação, seja a título de concorrência, pela nova norma.

O lado negativo desta imposição implica em atribuir ao cônjuge sobrevivente responsabilidade por aquilo que não quis, uma vez que, ao herdar bens particulares, para não receber o bem particular, terá que formalizar a renúncia à herança, arcando com o ônus legal (administração e conservação) e financeiros (despesas com honorários advocatícios e impostos), até que se liberte desta responsabilidade. Possivelmente o leitor duvide da existência de situação em que o patrimônio herdado possa ser rejeitado. Contudo, à guisa de exemplo, basta pensar em um imóvel em péssimas condições de uso e mal localizado.

4. CONCLUSÃO

Como o direito é um fenômeno inconcluso, é possível conferir interpretações às regras jurídicas, adequando-as às necessidades e às realidades sociais. Em virtude disso, pode e deve o intérprete do direito fixar seu olhar inicialmente para o que foi decidido pelo titular do patrimônio ao escolher o regime de bens, interpretando o inciso I, do art. 1.829, do CC de maneira sistêmica. De tal forma, não somente a vontade do titular é respeitada, mas também o princípio basilar que rege o direito das sucessões, segundo o qual o patrimônio hereditário deve se manter dentro da família (art. 1.784, CC). Daquela família que efetivamente contribuiu para a aquisição dos bens.

Com base nessa possibilidade, interpretações condizentes com a tese defendida nesse artigo já existem no Superior Tribunal de Justiça e em outros estados, como São Paulo e Rio Grande do Sul, sendo que, felizmente também se inclui neste rol o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao reconhecer que:

[...] não obstante as celeumas que se formaram em torno da concorrência sucessória, disciplinada pelo art. 1.829, I, do Código Civil, entre o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo

regime da comunhão parcial de bens, e os descendentes do autor da herança, o STJ fixou o entendimento de que a sucessão, por ser uma projeção do regime patrimonial vigente na vida do casal, incide justamente sobre os bens comuns e não sobre os particulares.

Por oportuno, destaco a ementa da citada decisão da ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO COM O DE CUJUS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02.

1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares.

3. *No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.*

4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer.

5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa ce-leuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal.

6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou – seja

por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial – por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente. (Recurso Especial n. 1.377.084-MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi. J. em 8.10.2013) (Grifos nossos).

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que nas sucessões, cujo casamento era regido pelo sistema da comunhão parcial de bens, o patrimônio particular do falecido não deve ser partilhado com o cônjuge sobrevivente, concorrendo este somente nos bens comuns, como forma de respeitar a decisão de ambos os partícipes da relação, acerca da partilha de bens adotada ao se casar, em completa atenção ao princípio basilar sucessório, segundo o qual o patrimônio deve ser mantido dentro do núcleo familiar que colaborou para a sua formação.

5. REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STJ. *Recurso Especial n. 1.377.084/MG*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8.10.2013, *DJe* 15.10.2013.

STJ. *Recurso Especial n. 1.117.563/SP*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.12.2009, *DJe* 6.4.2010.

TJMG. *Apelação Cível n. 1.0024.03.040496-6/001*. J. em 9.9.2013. 6ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Selma Marques, julgado em 3.9.2013, *DJe* 13.9.2013.

Sites

<<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/maioria-dos-casamentos-termina-antes-do-10o-ano-no-brasil>>. Acesso em: 16 maio 2015.

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/view?searchterm=jornada%20de%20direito%20civil>>. Acesso em: 16 maio 2015.

4

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – VANTAGENS E DESVANTAGENS

Jayme Silvestre Corrêa Camargo¹

RESUMO

Visa este estudo considerar as vantagens e desvantagens da implantação da audiência de custódia que, independentemente de aprovação pelo Congresso Nacional, mas por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, com base em tratados internacionais, a despeito de reações contrárias, está gradativamente se tornando uma irreversível realidade no nosso país.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Vantagens. Desvantagens. Tratados internacionais. Irreversível realidade.

ABSTRACT

The present study aims to consider the advantages and disadvantages of the implementation of the custody hearing that irrespective of approval by Congress, but on the initiative of the National Council of Justice, based on international treaties, despite negative reactions, is gradually becoming an irreversible reality in our country.

Keywords: Custody Hearing. Advantages. Disadvantages. International treaties. Irreversible reality.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Barra Mansa/RJ, Mestre em Direito Penal e Processo Penal, Doutor em Direito Político. Atualmente é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, integrando a 4ª Câmara Criminal e o Órgão Especial.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Prisão cautelar. 2.2. Fundamento. 2.3. Sistemática atual. 2.4. Objetivo. 2.5. Outros países. 2.6. Previsão constitucional. 2.7. Vantagens. 2.8. Desvantagens. 2.9. Possíveis resultados da audiência de custódia. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Custódia é a ação de guardar, de proteger, podendo significar *detenção, prisão, vigilância*.

Para este estudo, custódia é o estado de quem é preso pela autoridade policial para averiguações, ou conservado sob segurança e vigilância, como medida de preservação, prevenção ou proteção.

Em alguns países denominada Audiência de Garantias, a Audiência de Custódia é o ato judicial em que logo após a sua prisão o indivíduo é apresentado ao juiz, que o presidirá e decidirá sobre a necessidade e a legalidade desta sua custódia pelo Estado.

Nesta audiência deverão ainda estar presentes um defensor e o representante do Ministério Público, possibilitando ao magistrado não só uma melhor avaliação do *periculum libertatis*, mas também considerar a suficiência e a adequação das medidas cautelares diversas, estabelecidas no art. 319, do Código de Processo Penal.

Ao ser apresentado o preso ao juiz, será a ele assegurada entrevista prévia com seu defensor e informado do seu direito ao silêncio.

A implantação da audiência de custódia propicia um contato pessoal do preso com o juiz. Com isso, o magistrado passa a ter à sua disposição um importante mecanismo para constatar a realidade daquele indivíduo levado à sua presença. Até então um ente quase abstrato, possível ator de um fato tido como contrário à lei, passa o preso agora a ser alguém, uma pessoa protagonista de uma história, com sentimentos relacionados à dor, vergonha, ódio, arrependimento, etc.

A audiência de custódia oferece ao juiz uma maior facilidade de aferir as condições deste indivíduo acautelado, verificando se portador de alguma enfermidade física ou psíquica, se foi vítima de tortura ou de maus-tratos, concluindo pelo relaxamento da prisão em flagrante, pela sua conversão em preventiva, ou ainda pela concessão da liberdade provisória.

Também no contato pessoal com o preso haverá melhor possibilidade de o juiz avaliar a aplicação de prisão domiciliar na hipótese de sua extrema debilidade em razão de doença grave ou quando se tratar de gestante, mesmo que não disponível no momento da audiência atestado médico comprovando suas condições pessoais.

Com a audiência de custódia poderão ainda ser evitados desaparecimentos e execuções sumárias.

O cerne da questão não se limita à sua implantação, uma vez que vem sendo imposta independentemente de uma prévia discussão com aqueles que atuam no âmbito do Direito Penal. Na verdade, há uma corrente que entende que o Delegado de Polícia encontra-se apto para presidir essa audiência, já que pelas suas atribuições legais vem presidindo atos que se assemelham à audiência de custódia; outra corrente pensa que o Estado não se encontra aparelhado e um terceiro grupo considera a hipótese de aguardar a sua aprovação no Congresso Nacional.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Prisão cautelar

O Estado detém o *jus puniendi*, contudo devendo exercê-lo após o devido processo legal, ou seja, somente quando já transitada em julgado a sentença condenatória é que o indivíduo, se for o caso, será recolhido ao cárcere.

Assim, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (CF, art. 5º, inciso LVII).

Exceção, contudo, é a prisão cautelar, ou seja, aquela efetuada na fase processual ou mesmo ainda antes do início do processo, que é admitida em situações excepcionais, quais sejam, as previstas no parágrafo único do art. 312, do CPP, após a Lei 12.403 de 04.05.2011, que tem a seguinte redação:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Assim, enquanto em trâmite o processo criminal instaurado, a regra geral é a prevista no (art. 5º, LVII, da CF/1988), devendo imperar o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Vê-se, pois, que a prisão cautelar deve ser tolerada unicamente em casos excepcionais, restritos à previsão da lei e devidamente fundamentada, já que fere o princípio básico constitucional referido.

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, introduziu importantes mudanças na prisão e na liberdade do indivíduo, tornando possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, seja na fase investigativa, seja na processual.

A nova lei introduziu ainda mudanças em relação à liberdade provisória com fiança, no tocante aos crimes considerados afiançáveis, a competência e o limite de valor para o seu arbitramento.

Quanto à prisão preventiva, passou a ser admitida somente nas hipóteses de crimes com pena máxima prevista acima de quatro anos e em caso de descumprimento das medidas cautelares.

Todavia, lamentavelmente não vem conseguindo essa lei o seu objetivo; talvez pela reinante sensação de impunidade, cultura arraigada quanto à prisão ser a solução jurídica para todos ou quase todos os males relacionados à prática de infrações, ou mesmo para saciar a sanha justiceira de uma sociedade desencantada com a audácia de criminosos, ou ainda por motivos outros, mas o certo é que não se conseguiu evitar o incessante número de encarceramentos.

Portanto, excetuadas as hipóteses taxativas previstas em lei, a prisão cautelar é injusta, prevendo a lei vários remédios para substituí-la, em geral com bons resultados, evitando o cometimento de abusos em detrimento do preso, possivelmente fragilizado pelo momento pelo qual está passando.

Importante destacar o fato de que hoje mais da metade dos presos são provisórios, pairando sobre eles apenas suspeitas, ou seja, ainda são em tese inocentes, já que sem sentença condenatória transitada em julgado.

E não se pode esquecer dos efeitos insuportáveis que pode gerar a prisão, uma vez que comum a ocorrência de maus-tratos e corrupção, o que evitável com a audiência de custódia por estas informações poderem ser relatadas às autoridades judiciais. Vale ainda observar as sérias consequências relacionadas à superlotação, além de doenças, violência, traumas, perda do lastro familiar, entre outras.

A Corte Internacional de Direitos Humanos ressaltou que

o juiz é garante dos direitos de toda pessoa que esteja na custódia do Estado, pelo que lhe corresponde a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias e garantir um tratamento conforme o princípio da presunção de inocência.

Portanto, para os que são favoráveis à audiência de custódia, ela favorece o preso ao permitir que o juiz, em contato direto com o acautelado e em curto lapso de tempo a partir de sua prisão, possa aquilatar a real situação dos fatos, decidindo de maneira mais apropriada.

2.2 Fundamento

A exigência da apresentação, sem demora, do preso ao juiz, é prevista em vários tratados internacionais, sendo que em dois deles o Brasil é signatário: a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em decorrência do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992; e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, recepcionado no Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, CADH, ou Pacto de San José da Costa Rica, prevê no artigo 7.5:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Já o art. 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, estabelece:

Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado. A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em decorrência do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992; e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos julgamento em qualquer outra fase do processo e, se for caso disso, para execução da sentença.

Como se pode observar, muito embora tais normas internacionais estejam incorporadas em nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1992, o Brasil não as estava respeitando, via de regra demorando o preso um longo período de tempo para ser levado à presença de um juiz.

Percebe-se, por conseguinte, que a sistemática a ser aplicada já alcança um atraso superior a vinte anos. Inexplicavelmente após tanto tempo decorrido, e a reboque de inúmeros países, é que deverá ser cumprida, de forma gradativa, a exigência da imediata apresentação do preso ao juiz, atendendo-se então à norma contida naqueles tratados.

Segundo o Comitê de Direitos Humanos da ONU, que é o organismo responsável por interpretar o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o período compreendido entre a prisão de um indivíduo e o momento em que ele comparece perante uma autoridade judicial não pode ultrapassar alguns dias, até mesmo quando o país estiver sob estado de emergência.

Dúvidas não há quanto aos dois diplomas internacionais fazerem parte de nosso ordenamento jurídico, pois foram ratificados pelo Brasil, que dessa forma assumiu o compromisso de cumprir integralmente as suas normas em todo o território nacional através de seus Poderes, instituições e agentes públicos.

2.3 Sistemática atual

Hoje, ao ser preso em flagrante, o conduzido é levado à autoridade policial para ser lavrado o auto de prisão em flagrante delito,

posteriormente encaminhado ao juiz, que relaxará essa prisão se não for legal, ou então a homologará, cabendo ainda ao juiz decidir, se for o caso, sobre o pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa (art. 319, do CPP).

Atualmente, o juiz decide sem ter contato com o preso. Se entender o magistrado pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, o seu primeiro encontro com o preso possivelmente ocorrerá muito tempo depois, por certo quando de seu interrogatório.

Conforme argumento da corrente favorável à implantação da audiência de custódia, antes de 2008 o interrogatório era o primeiro ato realizado em juízo, possibilitando ao juiz, ao seu término, conceder ao réu a liberdade provisória mediante a obrigação de comparecer a todos os atos do processo. Contudo, a partir daquele ano, com a reforma realizada, passando o interrogatório do acusado, na maioria das vezes, para o final da instrução processual, a despeito de vantajoso para a defesa, resultou a inovação em sacrifício da liberdade pessoal do detido.

A Lei 12.403, de 2011, teve o mérito de alterar significativamente a prisão cautelar, mas pecou ao não estabelecer um prazo máximo para a prisão preventiva e por não impor o dever de apresentação imediata do detido ao juiz, deixando um grave prejuízo ao preso, que com a implantação da audiência de custódia se pretende sanar.

2.4 Objetivo

O objetivo da audiência de custódia é o de adequar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o nosso país é signatário.

A audiência de custódia tem seu objeto restrito, não havendo interrogatório nem produção antecipada de provas. Simplesmente atende à necessidade de controle jurisdicional em decorrência de uma prisão em flagrante.

Esse controle jurisdicional, que era praticado exclusivamente pelo magistrado, passa a contar com a presença do preso, do Ministério Público e da Defesa.

Com isso, se dá também efetividade ao disposto no art. 282, § 3º, do CPP, no sentido de que o contraditório legitima o ato decisório,

uma vez que pode acolher e rejeitar os argumentos, contando com a participação dos agentes processuais.

Como a sua implantação é gradativa, magistrados vêm afirmando não haver previsão legal para concessão de habeas corpus onde ainda não realizadas as audiências de custódia.

Segundo os tratados internacionais, o preso deverá ser conduzido à presença de um juiz, ou de “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 7.5), “outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais” (Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, art. 9.3) e ainda “outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais” (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 5.3).

Assim, deve-se indagar se a audiência de custódia pode ser realizada por outra autoridade que não seja o juiz. A resposta é que a audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão – e em nosso país este controle somente cabe ao juiz.

A Constituição da República e o Código de Processo Penal incumbem ao Delegado de Polícia a função de lavrar o flagrante, podendo ele ainda conceder fiança nas hipóteses previstas em lei. Sua atuação é, portanto, restrita, devendo ser atendidas as disposições do art. 319, do Código de Processo Penal. Destarte, não há como considerar seja o Delegado de Polícia a outra autoridade referida pela Convenção.

Na verdade, essa discussão não chega a ter muito sentido. Considerando que a audiência de custódia objetiva, entre outras finalidades, a prevenção da tortura e a repressão a prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, isso implica que a autoridade que deve presidi-la tenha independência e imparcialidade, podendo para fazer cessar qualquer ilegalidade.

A propósito, devem ser interpretados em conjunto os arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, CADH.

Art 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais [...]

Art 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...]

2.5 Outros países

A audiência de custódia já é uma realidade em países da Europa e da América Latina. No Brasil está em vias de implantação gradual.

Na América Latina, Peru, México, Argentina, Chile e Equador já introduziram esse direito em suas legislações, passando a realizar uma audiência denominada “audiência de controle da detenção” ou “audiência de flagrante”, sendo exigida a apresentação da pessoa presa perante um juiz no prazo máximo de 48 horas depois da prisão.

Na Colômbia, o Código de Processo Penal também estabelece que, em casos de prisão por ordem judicial, o detento precisa ser colocado “à disposição” do juiz no prazo de 36 horas.

A exigência de apresentação do preso ao juiz também é encontrada em legislações da África do Sul, Alemanha, Portugal, Espanha, França, Reino Unido, Suécia, não podendo ser ultrapassado o prazo de 72 horas contado da prisão.

2.6 Previsão constitucional

Há argumentos que por não haver no Brasil qualquer previsão em lei quanto à obrigatoriedade de realização da audiência de custódia, esta não se mostra legalmente exigível.

Por outro lado, em sentido contrário, há entendimento de que a audiência de custódia efetivamente deve ser obrigatória, ressaltando que prevista em tratados internacionais firmados pelo Brasil – a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – que, por versarem sobre Direitos Humanos, têm caráter suprallegal, ou seja, estão em uma posição abaixo da Constituição da República e acima da lei.

Alguns de seus simpatizantes destacam que por não se tratar de matéria processual, a sua adoção não constitui invasão de reserva constitucional atribuída com exclusividade ao Poder Legislativo da União.

No Congresso Nacional, está tramitando o Projeto de Lei do Senado 554/2011, que altera o art. 306, do Código de Processo Penal, dando-lhe nova redação:

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310. § 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Pela Emenda Substitutiva n. 1, do Senador Francisco Dornelles (PP-RJ), mas rejeitada pelo Relator na CCJ, seria possível a realização da audiência de custódia tanto com a presença física do preso, como por videoconferência, com a justificativa de que este último reduziria a circulação de presos nos prédios dos fóruns e nas ruas, diminuindo os riscos à segurança pública, institucional e também do próprio preso.

Em que pesem as opiniões favoráveis, foi a possibilidade da videoconferência afastada sob a alegação de ficar frustrado o caráter

antropológico e humanista da audiência de custódia, criando um distanciamento entre o juiz e o preso.

Todavia, respeitados os entendimentos contrários, não haverá em futuro próximo como o Judiciário descartar essa ferramenta tecnológica.

Alguns entendem ser a audiência de custódia aplicável em qualquer hipótese de prisão cautelar uma vez que os tratados internacionais firmados pelo Brasil não a exigem apenas em casos de prisão em flagrante.

Alegam que a previsão é a de indistintamente qualquer pessoa presa, detida ou retida, deve ser apresentada ao juiz.

Ademais ainda argumentam que os tratados de direitos humanos devem sempre ser interpretados de forma a melhor proteger o ser humano sujeito de direitos, não podendo o intérprete restringir o sentido dessa regra.

Desta forma, observam que o PLS 554/2011, se for aprovado nos termos em que se encontra, já estará impregnado com vício de convencionalidade, pois os referidos tratados assinados pelo Brasil possuem status normativo constitucional ou, no mínimo supralegal.

A jurisprudência do STF, contrariando a constituinte de diversos países, vem entendendo que a norma possui status supralegal, por se tratar de uma garantia.

Contudo, a despeito da tese a ser acolhida, é indiscutível terem estes tratados eficácia plena e imediata eis que versam sobre direito e garantia humana fundamental e invalidam qualquer norma jurídica em sentido contrário, em razão do que a doutrina denomina de controle de convencionalidade das leis.

2.7 Vantagens

Conforme destacado, a audiência de custódia busca ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, à garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), à garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LV da CF) e também à do próprio contraditório, recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3º do CPP.

Ressalta-se também que a sua adoção pode prevenir a tortura, já que o risco de maus-tratos é geralmente maior nos primeiros momentos após a detenção, quando a polícia questiona o suspeito. Por conseguinte, havendo atraso na apresentação do preso ele se torna mais vulnerável à tortura e a outras formas graves de maus-tratos cometidos por policiais abusivos.

Ainda a propósito desta finalidade, a exigência da audiência de custódia contribui diretamente para a prevenção de desaparecimentos forçados e execuções sumárias.

Outro objetivo da audiência de custódia é o de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias.

Certo é que ela previne o ciclo da violência e da criminalidade já que possibilita ao juiz analisar se está diante da prisão de um criminoso ocasional ou de algum habitual e perigoso.

2.8 Desvantagens

Um dos tribunais de justiça estaduais, em uma norma interna sobre o funcionamento das audiências, fixou que o réu não seja apresentado durante os plantões judiciais, mas apenas em horário comercial, reconhecendo a dificuldade material de se efetivar o procedimento.

Pergunta-se como se dará essa audiência em lugares onde as distâncias são imensas e o efetivo policial para fazer o transporte do preso é por deveras limitado? Já se antevê que os prédios dos fóruns se transformarão em verdadeiras delegacias.

Muitos até admitem ser interessante a proposta, mas alegam que se trata de matéria processual e como tal só podendo ser objeto de deliberação pelo Poder Legislativo Federal.

Ocorre que a audiência de custódia na forma como está sendo concebida é uma verdadeira temeridade. A novidade vem embalada e oferecida como a solução para todos os males até hoje impostos aos presos, sendo a única ou a principal solução para os problemas do Judiciário. Acontece, todavia, que a maneira precipitada como vem sendo implantada, sem uma análise mais profunda, pode acarretar mais malefícios que benefícios, possivelmente ocasionando um desastre para a aplicação da verdadeira justiça que se almeja.

A carência de magistrados, promotores de justiça e defensores públicos no país implicará no fato de que nem sempre será possível em um prazo de 24 horas reunir todos esses agentes em um único ato.

Logo, invocando excesso de prazo ou inobservância de diligência essencial, a consequência será a impetração de *habeas corpus* e a colocação de presos em liberdade, independentemente de serem perigosos ou não. Dessa forma, não se está estipulando uma audiência de custódia, mas uma audiência de soltura.

Muito embora em alguns outros países seja previsto prazo maior para a apresentação do preso ao juiz, no Brasil é de que seja no exíguo prazo de 24 horas, valendo para todos os delitos, indistintamente.

Os magistrados goianos em manifesto publicado consideram que a audiência de custódia tem como objetivo camuflado tão-somente reduzir o número de presos provisórios e desobrigar o Poder Executivo da criação de novas vagas e de realizar investimentos no sistema de segurança pública, com vistas à ressocialização, algo hoje inexistente.

Consideram ainda que esse projeto alimenta uma falsa expectativa na população de que o contato físico do preso em flagrante com o juiz fará com que o magistrado, analisando somente aspectos relativos à aparência e a características físicas (cor de pele, sexo, crença e origem), ou simplesmente se baseando em relatos de tortura, relaxe a prisão em flagrante ou conceda liberdade provisória, sem observância do regramento legal em vigor, o que não se coaduna com a postura dos magistrados brasileiros.

2.9 Possíveis resultados da audiência de custódia

Entre os possíveis resultados da audiência de custódia, podemos elencar:

- Relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal);
- Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal);
- Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal);

- Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial);
- Análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas;
- Outros encaminhamentos de natureza assistencial.

Nesta entrevista, que não é um interrogatório, não serão admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento, sendo possível, nesta fase, a juntada de documentos.

3. CONCLUSÃO

Diante do apresentado, verifica-se que depois de uma inércia absurda de mais de 20 (vinte) anos e ainda mais absurdamente agora, com a sua imposição sem qualquer debate com os envolvidos na sua aplicação, a audiência de custódia tem por finalidade principal atender a uma exigência do sistema internacional de direitos humanos.

Como vem sendo dito, os juízes continuarão as suas atividades jurisdicionais do mesmo modo, ou seja, quem solta continuará soltando; quem mantém preso, da mesma forma continuará agindo.

A audiência de custódia é uma novidade e geralmente o novo incomoda a muitos. A sugestão que ora se apresenta é a de que com boa vontade talvez tenhamos um bom resultado, dando oportunidade para que com o tempo venha ela a ser aperfeiçoada.

4. REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, data.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, data.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal* – Entre o garantismo e a efetivação da sanção. São Paulo: RT, data.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, data.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 554 de 2011*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Estúdio Editores, data. (Coleção para Entender Direito).

COSTA, Thiago. *Audiência de custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório?* Disponível em: <<http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

COSTA, Thiago Frederico de Souza. *A audiência de custódia (PLS 544/2011) e sua interpretação conforme a Constituição Federal e os tratados internacionais sobre direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7280&tit=A-audi%EAncia-de-custodia-\(PLS-n%BA-554,-de-2011\)-e-sua-interpretacao-conforme-a-Constit#VNI-F_5WPEhQ](http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7280&tit=A-audi%EAncia-de-custodia-(PLS-n%BA-554,-de-2011)-e-sua-interpretacao-conforme-a-Constit#VNI-F_5WPEhQ)>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, data.

GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, data.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, data.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: RT, data.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, data.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, data.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209#_ftn12. Acesso em: 10 jul. 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia (parte 2)*. Disponível em: <<http://>

www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Afinal, quem tem medo da audiência de custódia (parte 3)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte3>>

MANIFESTAÇÃO dos magistrados do Estado de Goiás, publicado em 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias/>>.

MASSON, Cleber. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Método, data.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo. Atlas, data.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, data.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, data.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, data.

PAIVA, Caio. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, data.

PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, data.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, em 24 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes>>

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, data.

SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Audiência de custódia: sugestões à proposta. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4.227, 27 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35852>>. Acesso em: 9 jul. 2015.

SANTOS, Cleopas Isaías. A nova sistemática da prisão em flagrante. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação: teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: JusPodivm, data.

SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado Democrático*. São Paulo: Estúdio Editores, data. (Coleção para Entender Direito).

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, data.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, data.

WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*, v. 921/2012, p. 331-355, 2012.

5

A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI N. 11.340/2006

Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça¹

RESUMO

Este artigo tem por objetivo abordar o problema da definição da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006. Segundo o entendimento predominante na jurisprudência, trata-se de medidas de natureza cautelar, necessariamente vinculadas à instauração do respectivo processo principal. Todavia, em interpretação mais adequada aos valores resguardados pela Lei Maria da Penha, defende-se que tais mecanismos assumem a natureza de tutela inibitória, não impondo a obrigatoriedade da instauração de processo criminal em desfavor do agressor.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas protetivas. Natureza jurídica. Cautelar. Tutela inibitória.

ABSTRACT

This paper attempts to investigate the legal nature of the protective measures provided for by the Law n. 11.340/2006. According to the argument prevailing in jurisprudence, their nature is provisional,

¹ Desembargadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desde 28.01.2013. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade *Del Museo Social Argentino*. Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos. Superintendente Adjunta da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (COMSIV-TJMG).

imposing therefore the need for the institution of standard criminal proceedings. However, under an interpretation more adequate to the values underlying the Maria da Penha Law, it is possible to argue that their nature is satisfactory, not relying on the institution of standard criminal proceedings.

Keywords: Maria da Penha Law. Protective measures. Legal nature. Provisional measures. Satisfactory measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Medida cautelar *versus* tutela inibitória. 3. Medidas protetivas previstas na Lei n. 11. 340/2006 como tutela inibitória. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.340/2006, conhecida por Maria da Penha, foi promulgada com o intuito de tornar mais rigorosa a punição da violência doméstica e familiar, assim, proteger, não apenas a incolumidade física e a saúde da vítima – em específico, a mulher, mas, também, a tranquilidade e a harmonia no seio familiar. Nesse sentido, sobreleva destacar o caráter nitidamente protecionista desta lei e não somente o aspecto punitivo, por vezes, bastante evidenciado.

Certo é que a análise do texto legal e dos mecanismos de combate à violência ali insertos não podem estar apartados da finalidade legal, qual seja: a proteção da mulher. Nesse contexto, o trabalho que ora se apresenta pretende trazer a lume o problema referente à definição da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006.

Cumprir registrar que a previsão de tais medidas (art. 22 da Lei n. 11.340/2006) é, atualmente, apontada como um dos maiores avanços no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no nosso país. Quanto à natureza jurídica, todavia, muito se discute a respeito, não havendo, ainda consenso acerca de tal aspecto.

Tal tema é controverso e, por essa razão, divide os estudiosos do tema, bem como aqueles que trabalham no dia a dia com essa matéria: parte minoritária defende caráter autônomo, satisfativo e de tutela inibitória das medidas protetivas, ao passo que a corrente majoritária

brada pela natureza cautelar, instrumental e acessória das medidas protetivas.

Neste trabalho, a despeito dos problemas procedimentais enfrentados em razão das lacunas existentes na Lei Maria da Penha – silente acerca da natureza jurídica das medidas protetivas – serão analisadas as nuances concernentes aos dois posicionamentos com vistas a identificar a posição mais adequada à proteção da mulher e, por conseguinte, qual delas dá maior efetividade aos institutos afetos à Lei Maria da Penha.

2. MEDIDA CAUTELAR *VERSUS* TUTELA INIBITÓRIA

Conforme afirmado, a posição jurisprudencial majoritária é no sentido de que as medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 possuem natureza jurídica de medidas cautelares e, em assim sendo, vinculam-se à existência de processo criminal.

Segundo tal perspectiva, as referidas medidas protetivas visam alcançar a imediata proteção da mulher, garantindo, dessa forma, que as agressões sejam interrompidas de maneira a permitir o desenvolvimento regular do processo. Em outros termos, pode-se dizer que a concessão de medidas protetivas em favor da vítima deve primar por tornar eficaz a prestação jurisdicional futura.

Tal entendimento lastreia o indeferimento de medidas protetivas em situações em que a vítima não manifesta interesse em iniciar uma ação penal contra o agressor:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – LEI MARIA DA PENHA – MEDIDAS PROTETIVAS – NATUREZA JURÍDICA CAUTELAR – GARANTIA DA EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – IMPRESCINDIBILIDADE DE PERSECUÇÃO CRIMINAL – DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

01. As medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha possuem caráter cautelar, sendo instrumento importante para a proteção das vítimas de violência doméstica e para o trâmite processual, garantindo a eficácia da prestação jurisdicional.

02. Possuindo natureza acessória, as medidas protetivas não podem perdurar se não subsistir a ação principal. (TJMG, Apelação Criminal n. 1.0024.10.235577-3/001, Relator(a): Des.(a) Rubens

Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 05.05.2015, publicação da súmula em 15.05.2015).

EMENTA: APELAÇÃO – LEI MARIA DA PENHA – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – EXTINÇÃO DO FEITO EM PRIMEIRO GRAU – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS – INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO CRIMINAL INSTAURADO A FIM DE SE APURAR O ILÍCITO – LONGO LAPSO TEMPORAL DECORRIDO DESDE O EVENTO – DECISÃO MANTIDA.

- As medidas protetivas do artigo 22 da Lei n. 11.340/06 têm natureza excepcional/cautelar e possuem características de urgência e preventividade.

- O longo lapso temporal decorrido desde o ocorrido, aliado à inexistência de procedimento criminal instaurado para apuração da prática de ilícito penal, inviabiliza o deferimento tardio das medidas requeridas em caráter cautelar, de cunho emergencial, visando atender necessidade de segurança da vítima e/ou de sua família. (TJMG, Apelação Criminal n. 1.0245.12.010286-9/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, julgamento em 18.06.2015, publicação da súmula em 26.06.2015).

Lado outro, o entendimento jurisprudencial minoritário defende a natureza inibitória das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Tal instituto, que, em nosso ordenamento positivo ostenta *status* constitucional (art. 5º, XXXV, CR/88), representa importante mecanismo contra lesão ou ameaça de violação a direitos.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta a importância da tutela inibitória, fazendo, inclusive, parâmetro comparativo com a tutela cautelar, *in verbis*:

A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como ‘preventiva’, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito. [...]

A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo,

bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não patrimonial.²

A tutela inibitória, portanto, é cabível quando se pretende conservar a integridade do bem jurídico tutelado com o objetivo de prevenir ou impedir a prática e/ou a continuidade de um ilícito, salvaguardando-se, assim, o próprio direito.

É importante distinguir, de forma clara, as medidas protetivas das medidas cautelares, vez que interpretá-las equivocadamente pode, *a contrario sensu*, colocar em xeque a própria efetividade do instituto e, ao revés, criar situações de desproteção para a vítima.

Conforme exposto inicialmente, a Lei Maria da Penha, criada com a finalidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, com o intuito de garantir a integridade física ou psíquica da vítima em situações de violência, estabelece providências judiciais, entre as quais se inserem as medidas protetivas de urgência, cujo caráter preventivo está expresso no próprio texto legal, cujo art.1º dispõe:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A proteção da integridade física e psíquica da mulher consiste no próprio direito, cuja satisfação só pode ser obtida por meio da tutela inibitória devido ao caráter preventivo que lhe é ínsito, sob pena de perecimento do bem tutelado.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2012. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

Na doutrina, o caráter satisfativo das medidas protetivas é defendido por Maria Berenice Dias:

As medidas deferidas, em sede de cognição sumária, não dispõem de caráter temporário, ou seja, não é imposto à vítima o dever de ingressar com ação principal no prazo de 30 dias. Todas têm caráter satisfativo, não se aplicando a limitação temporal prevista na lei civil. Subtrair a eficácia da medida depois do decurso de determinado prazo, conforme é sustentado em sede doutrinária, pode gerar situações para lá de perigosas. Basta supor a hipótese de ter sido afastado o ofensor do lar em face das severas agressões perpetradas contra a mulher, tendo ela ficado no domicílio comum junto com a prole. Decorridos 30 dias da efetivação da medida, de todo descabido que, pelo fim da eficácia da decisão, tenha o agressor o direito de retornar ao lar.³

Para a defensora pública Julia Maria Seixas Bechara, as medidas protetivas de urgência ostentam natureza jurídica de tutela inibitória cível. Tanto é assim que em artigo intitulado *Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência* enfrenta a questão da natureza jurídica das medidas protetivas e faz críticas à cautelaridade. Para ela, as características da cautelar (instrumentalidade, temporariedade e não satisfatividade) são incompatíveis com a finalidade das protetivas, ressaltando que:

[...] a exigência de futura propositura de ação significaria nova desproteção à vítima, em atendimento a formalismo incompatível com o mecanismo de solicitação da ordem. Isso posto, conclui-se que a medida protetiva, porque autônoma e satisfativa, não é tutela de natureza cautelar, mas sim tutela inibitória. Com efeito, ao entregar à vítima o direito material invocado – consistente em sua proteção perante o suposto agressor – dispensa a medida protetiva qualquer outro procedimento, produzindo efeitos enquanto existir a situação de perigo que embasou a ordem (*rebus sic stantibus*). A circunstância de a demanda ser fundada em perigo e baseada em cognição sumária – na fase de

³ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.22439>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

antecipação de tutela da protetiva – não implica, necessariamente, a caracterização da medida como cautelar.⁴

Para proteção dos direitos fundamentais indisponíveis, a tutela inibitória é mais eficiente que a medida cautelar, haja vista o caráter preventivo, porquanto visa prevenir ou impedir a prática e/ou a continuidade de um ilícito, garantindo-se, assim, a essência do próprio direito, o qual – frise-se – é a integridade física da vítima.

O entendimento, segundo o qual as medidas protetivas de urgência previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 possuem natureza de tutela inibitória fundamentam decisões que concedem as medidas protetivas independente da existência de manifestação expressa da vítima no sentido de instaurar futuro processo criminal em desfavor do agressor.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – LEI MARIA DA PENHA – CRIME DE AMEAÇA PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – MEDIDAS PROTETIVAS REQUERIDAS PELA VÍTIMA – INDEFERIMENTO PELO JUÍZO PRIMEVO – NATUREZA JURÍDICA DE TUTELA INIBITÓRIA – AUTONOMIA E SATISFATIVIDADE – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. Em virtude do caráter protetivo da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), há que se conferir às medidas protetivas previstas no art. 22, a natureza jurídica de tutela inibitória, vez que categorizá-las como tutela cautelar equivale a esvaziar teleologicamente a lei, bem como prorrogar indefinidamente a situação de vulnerabilidade e desproteção da mulher.

2. O art. 22 da referida Lei condicionou a concessão das medidas protetivas tão somente à existência da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, não fazendo qualquer menção à necessidade da existência de um inquérito policial ou um processo criminal em curso. (TJMG, Apelação Criminal 1.0245.12.024609-6/001, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10.02.2015, publicação da súmula em 20.02.2015).

⁴ BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2.661, 14 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

3. MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI N. 11.340/2006 COMO TUTELA INIBITÓRIA

É importante salientar que na redação final da Lei n. 11.340/06 não prevaleceu o termo “medidas cautelares” constante do texto original do anteprojeto de Lei n. 4.559/2004, o qual foi trocado pela expressão “medidas protetivas de urgência”.

Tal fato por si só, independente do antagonismo jurisprudencial acerca da natureza jurídica das medidas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha, reforça seu caráter autônomo e satisfativo.

Certo é que inexistente na Lei n. 11.340/2006 qualquer elemento que permita concluir pela natureza cautelar das medidas protetivas ou ainda que a concessão desta está condicionada à existência de um processo principal.

Afora isso, a interpretação que atribui natureza jurídica de cautelar às medidas protetivas é, com certeza, prejudicial à vítima, haja vista que, por questões técnicas de ordem procedimental, o deferimento de tais medidas fica vinculado à instauração de uma ação penal, relegando-se, assim, a um segundo plano, a situação de risco vivenciada pela ofendida.

Urge salientar que a finalidade das medidas protetivas é exatamente proteger direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, evitando-se, por conseguinte, na hipótese específica, a perpetuação da violência doméstica, razão pela qual é desarrazoado considerá-las como mero instrumento preparatório e acessório, aspecto que, a meu ver, fragiliza a tese da cautelaridade.

Segundo Fausto Rodrigues de Lima, citado por Alice Bianchini, na obra *Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*, as medidas protetivas:

[...] não são instrumentos para assegurar processos; têm por finalidade proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem; não são, necessariamente, preparatórias de ação judicial; não são acessórios de processos principais, nem se vinculam a eles; não visam processos, mas pessoas; assemelham-se aos *writs* constitucionais que,

como o HC ou o mandado de segurança, não protegem processos, mas direitos fundamentais do indivíduo.⁵

Assim, considerando que a medida protetiva possui natureza de tutela inibitória, o deferimento destas independe do interesse da vítima na persecução penal, vez que a manutenção da proteção obtida, embora transitória, deve estar desvinculada da propositura de eventual ação contra o agressor. Não se mostra razoável, portanto, deixar a vítima à deriva ou a mercê do agressor (ou algoz), caso não tenha sido proposta a ação penal.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, podemos sintetizar as conclusões da seguinte forma:

4.1. A definição da natureza jurídica das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha divide a jurisprudência em dois grupos antagônicos, sendo que a corrente majoritária as enxerga como mecanismos cautelares e a minoritária como tutela inibitória.

4.2. A vinculação das medidas cautelares à instauração de um processo criminal contra o agressor compromete a proteção da vítima, que embora possa manifeste seu desinteresse na persecução criminal, necessita de proteção.

4.3. Enxergar as medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei 11.340/2006 como mecanismos autônomos e satisfativos é mais adequado aos intuitos da lei, eis que prioriza a manutenção da integridade física e psíquica da agredida, sendo temerário vincular tal proteção à expressa manifestação de instaurar um processo principal.

4.4. O termo “medidas cautelares” constante do anteprojeto de Lei n. 4.559/2004, na redação final da Lei 11.340/2006, foi alterado pelo legislador para a expressão “medidas protetivas de urgência”. Tal fato, por si só, independentemente do antagonismo jurisprudencial acerca da natureza jurídica das medidas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha, reforça ainda mais seu caráter autônomo e satisfativo.

⁵ BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha - Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero, as medidas protetivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.194-195. (Coleção Saberes Monográficos).

5. REFERÊNCIAS

BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.661, 14 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero, as medidas protetivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Saberes Monográficos).

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal n. 1.0024.10.235577-3/001*, 6ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Rubens Gabriel Soares, julgado em 05 de maio de 2015, publicação da súmula em 15 de maio de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal n. 1.0245.12.010286-9/001*, 7ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Cássio Salomé, julgado em 18 de junho de 2015, publicação da súmula em 26 de junho 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal n. 1.0245.12.024609-6/001*, 1ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Kárin Emmerich, julgado em 10 de fevereiro de 2015, publicação da súmula em 20 de fevereiro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.22439>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2012. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

6

O SOBERANO NA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Newton Teixeira de Carvalho¹

RESUMO

Neste texto trabalhamos no campo da biopolítica, demonstrando que vivemos, na atualidade, em permanente estado de exceção. Tendo como teórica principal Agamben e Walter Benjamin de concluir-se que, pelos braços da biopolítica, retornamos à *zoe* que, para os autores aludidos, seria a preterição da democracia pelo biopoder e, com isso, perdemos nossa liberdade que será recuperada somente com o retorno à *bíos*. Assim, tanto na soberania absoluta como na biopolítica, há uma preocupação específica com a vida nua (*zoé*), deixando a vida política a nenhum plano. Há, na biopolítica, a prevalência da economia que, usurpando da política, exige a adjetivação: economia política que, nada mais é do que a *oikonomia* dos gregos, isto é, de uma administração pública da vida nua, com fins de lucros e não de efetivação do bem comum, numa constante busca de superação de desigualdade e de uma distribuição de riqueza, mais equânime. Preocupa-se com os reflexos econômicos de uma determinada decisão, olvidando, em prol da economia, até mesmo inúmeros direitos fundamentais. Por conseguinte, não é difícil concluir que as técnicas da *governamentalidade*

¹ Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG.

biopolítica, utilizando-se de uma expressão foucaultiana, consequência da dicotomia povo/população, esvaziam tanto o Estado de Direito como a democracia, instituições necessárias ao exercício de ações políticas de cidadania. O autoritarismo reinante na biopolítica, por meio das técnicas de governo, acordou o soberano, adormecido após o advento do Estado de Direito, reduzindo a vida e a população a objetos de direitos. Portanto, com certeza, pelos braços da biopolítica, retornamos à *zoé*. Perdermos nossa liberdade. Precisamos recomeçar, com urgência, o retorno à *bíos*.

Palavras-chave: Soberano. Biopolítica, Estado de exceção. Biopoder.

ABSTRACT

In the current article we worked in the field of biopolitics, demonstrating that we live, nowadays, in permanent state of exception. The main theory of Agamben and Walter Benjamin concludes that, by the biopolitics, we return to the *zoé*, that for the alluded authors, would be the pretermission of democracy for the biopower and, with this, we lost our freedom that will be recovered just with the return to the *bíos*. Thus, both in absolute sovereignty as in the biopolitics, there is a specific concern with the bare life (*zoé*), what places the political life in no plan. There is, in the biopolitics, the prevalence of the economy that, usurping of the politics, requires the characterization: political economy that comes from the greek word *oikonomia*, what means a public administration of bare life, aiming the profits and not the effectuation of common good, in a constant investigation of overcoming the inequality and of distributing the wealth in a more equitable way. It concerns with the economic reflections of a determined decision, forgetting, for the benefit of economy, even numerous fundamental rights. Furthermore, it is not difficult to conclude that the techniques of *biopolitics governmentality*, utilizing of a expression of Foucault, consequence of dichotomy people/population, empty both the rule of law and the democracy, institutions necessities to the exercise of politics actions of citizenship. The authoritarianism prevailing in the biopolitics, through the techniques of governments, woke the sovereign, asleep after the advent of the rule of law, reducing the life and the population to an object of rights. Therefore, for sure, by the

biopolitics, we return to the *zoé*. We lost our freedom. We need to restart, urgently, the return to the *bíos*.

Keywords: Sovereign. Biopolitics. State of exception. Biopower.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O surgimento da biopolítica como técnica de governo. 3. Violências perpetradas pela biopolítica. O “muçulmano” como paradigma da biopolítica. 4. O estado de exceção em Walter Benjamin, Carl Schmitt e Giorgio Agamben. 5. O estado de exceção também como técnica biopolítica. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Discorreremos neste trabalho sobre biopolítica, demonstrando, com fundamentos em diversos autores, que ainda persiste nos tempos atuais o soberano, decidindo sobre os destinos de inúmeras vidas, se devem continuar vivas, embora despidas de direitos (vida nua) ou se, de imediato ou após inúmeros sofrimentos, devem morrer.

Demonstraremos, por conseguinte, que o ser humano é mero objeto, na biopolítica, e que Agamben não deixa de ter razão quando retoma as colocações de Walter Benjamin, de que estamos em um permanente estado de exceção, com a incorporação ou aceitação, na biopolítica, da excepcionalidade como técnica de governo.

Conforme esclarece Agamben (2002, p. 9), necessário trazer ao debate, para uma melhor compreensão da biopolítica, a distinção que os gregos faziam entre *zoé* e *bíos*. Lembra-nos esse autor que os gregos reportavam-se à palavra *zoé* para significar o viver que igualava todos os seres vivos, na simples vida natural. É a vida nua. O termo *bíos*, por sua vez, indicava a maneira de viver de um grupo ou de um indivíduo, isto é, uma vida qualificada ou um modo particular de vivência. É a vida política.

Portanto, a simples vida natural, no mundo clássico, é excluída da *polis*. Podemos, no momento presente, viver distante da política, se permanecermos apenas na *zoé*. Contudo, devemos ir além e adentrar na *bíos*, por meio de nossa capacidade de existência política, se assim o desejarmos e também se não formos cerceados em nossas liberdades, como acontece na biopolítica. Esse era um caminho natural a ser percorrido pelo ser humano, da *zoé* à *bíos*, da vida natural à vida

humana, exercitada mediante ações políticas, no espaço público, uma expansão da *polis* para além de um limite geográfico, previamente delimitado.

Nos dois termos aludidos (*zoé* e *bíos*), distingue-se a afirmação aristotélica (ARISTÓTELES, 2000, p. 146), segundo a qual o homem era um “animal vivente e, além disso, capaz de sua existência política”. Entretanto e como afirma Agamben (2002, p. 15), “problemático é justamente o significado daquele ‘além disso’ a permitir o entendimento de que a política era o lugar propício a transformar o viver em viver bem”. Portanto, o objeto da política é transformação da vida nua (*zoé*). É a transformação da voz, pertencente a todos os viventes, em linguagem, singular aos homens.

Esta analogia entre linguagem (*bíos*) e voz (*zoé*) é admissível, a partir de Aristóteles, ao afirmar que é na *polis* que ocorre a travessia da voz à linguagem, o que leva Agamben (2002, p. 15), a partir desta assertiva, fazer as seguintes interrogações: “de que modo o vivente possui a linguagem?” e, por conseguinte, “de que modo a vida nua habita a *polis*?”.

A partir de então, a dupla categorial, de fundamental importância na política ocidental, conforme ressalta Agamben (2002, p. 16), não é o amigo-inimigo. Para este autor, agora estamos diante da vida nua-existência política (*zoé-bíos*), exclusão-inclusão, eis que “A política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva”.

Desse modo e nessa comparação entre poder soberano e vida nua, Agamben ressuscita a figura do *homo sacer*² e, nesse sentido, retorna à vida nua que, no dizer do citado autor, é a “vida matável e insacrificável”, como função essencial na política moderna.

Assim, ao mesmo tempo em que na democracia moderna, o homem deixa de ser objeto do poder político, contraditoriamente, com a biopolítica, retorna à condição de objeto adestrado às mãos dos governantes,

² *Homo sacer*: aquele que todos podiam matar, porém o Estado não podia sacrificá-lo. Portanto, a vida deste homem era incluída, por exclusão, no ordenamento jurídico.

o que caracteriza o surgimento da biopolítica. Na biopolítica, a discussão retorna à vida nua, ao corpo biopolítico do cidadão, à *zoé*, à inclusão/exclusão desta vida na política ou, pior, se deverá ser incluída por exclusão, cabendo ao soberano, ainda neste século XXI, a decisão de apartar as pessoas da *bíos*, a qualquer momento, deixando-as viver exclusivamente na *zoé*, reduzindo assim, a vida humana à mera vida natural. É o que podemos chamar de coisificação do ser humano.

Por fim, nossa pretensão é demonstrar que uma das maiores dificuldades, ou desafio da democracia, na atualidade, é superar os poderes biopolíticos do soberano, que coloca, friamente, a liberdade e a felicidade dos homens na *zoé*, quando o caminho deveria permanecer na *bíos*, permitindo que a busca pelo bem seja por meio de práticas discursivas e não pela imposição do soberano na biopolítica, cabendo-lhe decidir o destino de todos, dentro ou fora de um determinado espaço geográfico.

2. O SURGIMENTO DA BIOPOLÍTICA COMO TÉCNICA DE GOVERNO

Conforme ressalta Ruiz (2012, p. 1-5), o termo biopolítica é anterior a Michel Foucault, que resgatou o conceito criado pelo pensador sueco Rudolph Kjellen, em 1916, para quem o “Estado é semelhante a um organismo vivo que necessita crescer para existir”. Aliás, Kjellen, na mesma obra *Staten som livsform*, evidenciou outro termo, qual seja, geopolítica, também festivamente recebido para justificar desmandos diversos praticados pelas ditaduras, como o caso brasileiro no ano de 1964.

Assim, e por intermédio de Kjellen, não foi difícil, por derivação, chegar à tanatopolítica, com o aniquilamento das vidas inúteis em nome do desenvolvimento de vidas melhores. É a implantação da política de mortes seletivas ou a aplicação da Lei de seleção (des)natural pelo soberano que, neste momento, volta a parodiar a figura “Deus”, nesta confusa e retrógrada simbiose, ainda existente, entre teologia e política.

Destarte, não é difícil concluir que Foucault foi o maior crítico da biopolítica, enquanto os dois autores, anteriormente citados, entendiam que política e biologia deveriam se fundir, nessa excrescência chamada de Biopolítica, que acabou, na prática, tornando-se

uma Biopolícia e, por conseguinte, olvidando o Estado Democrático de Direito.

O comportamento antidemocrático, alienado e enfermiço do biólogo Uexküll, que transformou todos nós praticamente, para não falar em ameba, em um agrupamento de rebanhos (biopolítica, via nua) cercados em um curral (geopolítica) é destacado pelas seguintes colocações do filósofo Ruiz:

Uexküll faz referência direta ao Estado alemão e compara os problemas do Estado com as patologias do corpo. Uexküll incorpora na biopolítica a lógica patológica. A perspectiva biopolítica da patologia possibilitou a Uexküll identificar no Estado agentes patológicos que ameaçam o conjunto do corpo social, de igual forma que ameaçam o corpo dos indivíduos. Uexküll traça um paralelo biopolítico entre corpo biológico e sociedade. Assim como o corpo para sobreviver tem que eliminar os agentes patológicos que ameaçam sua existência, o Estado deve extirpar as ameaças internas que desafiam seu crescimento ou até sua existência. Uexküll ainda especifica que patologias como a greve ou a democracia são formações cancerosas que têm que se extirpar junto daqueles que a as promovem. Para Uexküll, o Estado é um entre orgânico que se organiza hierarquicamente, e não democraticamente. Não são os tecidos que decidem o que se deve fazer, mas é o cérebro que tem o privilégio exclusivo de comandar o corpo. No corpo não há democracia, mas hierarquia funcional. Algo que o Estado deveria imitar para ser fiel à sua natureza orgânica. (RUIZ, 2012, p. 1)

Também Morley Roberts, em 1938, na obra *Bio-politics. An essay in the physiology, pathology and politics of social and somatic organism*, busca na biologia a explicação para a vida em sociedade e igualmente acentua a relação existente entre política e medicina, eis que as questões sociais deverão ser tratadas como moléstias de um corpo.³ E afirma, conforme Ruiz (2012, p. 1): “O estudante de biologia

³ Faltou a este biólogo, a exemplo dos outros biólogos aludidos neste trabalho, descrever a cura, por meio de medicamento, dos “problemas sociais”, a exemplo do que pretendem fazer alguns congressistas, agora, neste país, com os issoafetivos. Se bem que, pela colocação desses adeptos negativos da biopolítica, mais fácil seria receitar veneno, extirpando, de imediato, os *problemas biológicos sociais*.

política deveria estudar os comportamentos nacionais das massas e seus resultados como se fossem secreções e excrescências em desenvolvimento”.

Com isso, a genealogia do conceito biopolítica nos remete diretamente a uma de suas consequências mais perversas: a destruição das vidas inúteis em nome do crescimento das vidas melhores. A biopolítica de Kjellen deriva imediatamente numa tanatopolítica. Essa, por sua vez, justifica-se como uma política de mortes seletivas com objetivo de “cuidar” a vida dos cidadãos melhores ou mais importantes. Já na sua origem, a biopolítica mostrou que seu lado mais obscuro desemboca inevitavelmente numa tanatopolítica. Ela não se legitima como um poder despótico arbitrário, mas como uma política eugenista para o bem da maioria dos cidadãos. O objetivo biopolítico da tanatopolítica é defender a sociedade de “vidas indignas de ser vividas” (termo utilizado nas obras da época) e assim também “vidas perigosas”.

Além disso, Uexküll desenvolve biopoliticamente o conceito de parasita. Os parasitas vivem no corpo sugando sua energia e debilitando-o. “[...] O Estado é um corpo social que deve identificar suas parasitas e, como faz qualquer médico para defender o corpo, extirpá-los mediante a eliminação física” (RUIZ, 2012, p. 2).

Conforme sabemos, a biopolítica sobrepôs a tais teses, por intermédio do nazismo e fascismo, regimes de governo que encamparam, até as últimas consequências, os absurdos e os teratológicos ensinamentos acima transcritos, projetando o Estado à dimensão biológica naturalista.

Contrapondo-se à biopolítica, como absurda manifestação, surgiram também diversos pensadores contemporâneos, cientes da depravação filosófica e do barbarismo político advindos do falso liame entre medicina/biologia e política, a aniquilar a democracia. Nesse sentido, destaca-se Emmanuel Lévinas, em artigo publicado em 1934 – *Algumas reflexões sobre a filosofia do hitlerismo* – na revista *Sprit*, n. 26. Para esse autor, o nazismo, laboratório da biopolítica, era perigoso precisamente por exaltar o corpo, o sangue e a raça como partes do ser.

Walter Benjamin, em seu ensaio de 1932, portanto antes de Lévinas, sem utilizar a palavra biopolítica, desenvolve o termo que foi retomado posteriormente por Agamben, em suas diversas obras, chamado de vida nua, isto é, a vida humana que, em razão da cessação

dos direitos e de ser domada pelo estado de exceção, sobrevive como pura vida biológica.

Nesse sentido, Benjamin almeja evidenciar o contrassenso da relação entre direito e vida humana. A vida torna-se refém do direito que a normatiza – dentro da ordem com a obrigação de resguardar a ordem. Assim, o Direito se sobrepõe a vida, seu cerne é, na verdade, a preservação da ordem. A vida para o Direito passa a ser o meio utilizado para garantir a ordem. E, nesse estado de exceção, voltamos à mera vida natural (*zoé*).

Destaca-se, também, neste momento, a importância de T. Adorno e H. Marcuse, quanto à demonstração dos efeitos biopolíticos do capitalismo. Nota-se que esses pensadores não utilizaram o termo biopolítica, mas Adorno, aplicando o conceito de *sociedade administrativa*, evidencia que no capitalismo tudo se restringe a uma administração eficiente e lucrativa, inclusive a vida humana. Marcuse, por sua vez, com o *homem unidimensional*, demonstra que o capitalismo inibe o crescimento de subjetividades livres com a padronização unidimensional dos desejos, gostos e condutas. E, por fim, Foucault, utilizando esses dois conceitos, sintetizou-os como *governamentalidade biopolítica das populações*.

Para Foucault, a biopolítica não se esgota na tanatopolítica. Vai além, muito além. Aliás, Ana Arendt (2010) assim também concluiu, cerca de 20 (vinte) anos antes, apesar de ser praticamente ignorada por Foucault. Por conseguinte, os dois autores acabam por afirmar que a biopolítica não se prende no aniquilamento da vida inútil, mas sim em tornar a vida útil produtiva. É a vida humana operária.

Com relação à Arendt, que também não utiliza o termo biopolítica, na investigação sobre o conceito moderno de sociedade, correlacionando-o com a antiga *oikos* grega, permitiu uma linha de vinculação com o governo biopolítico da vida humana. O espaço da vida cidadã é desenvolvido na *polis*. O lugar de deliberação e autonomia é a *ágora*. Na *oikos* grega ou no lar romano os espaços são de administração e governo da vida natural (*zoé*). Há obediência ao chefe da casa, portanto, não há deliberação na *oikos*, mas apenas administração das condutas dos sujeitos, como faz a biopolítica.

Ressalta-se, além disso, em Arendt, que o conceito de sociedade era desconhecido na Antiguidade, porém, corresponde à antiga *oikos*,

eis que é um espaço subtraído da deliberação política. A política, na sociedade moderna, restou confinada ao Estado. A sociedade foi estabelecida como espaço da gerência privada e corporativa dos negócios e não como ambiente deliberativo da democracia. Tanto na *oikos* como na sociedade não se delibera politicamente, apenas se gerencia funcionalmente. Assim, nesses espaços não há autonomia, mas apenas governo de potencialidades dos sujeitos.

Foucault, por sua vez, apesar de não fazer menção às teses biopolíticas de Arendt, como já ressaltado, utilizou pela primeira vez o conceito de biopolítica na conferência que ministrou na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em 1974, ao falar do nascimento da medicina social. As pesquisas sobre biopolítica foram ampliadas por esse autor, sobretudo no último capítulo da *História da sexualidade I*. A vontade de saber, publicado em 1976, em que aborda o tema “Direito de morte e poder sobre a vida”; sem olvidar os três cursos que ministrou no *College de France* entre os anos 1975 e 1979, todos com a mesma temática.

Por fim, para terminar a síntese sobre os autores que trabalham com a biopolítica, questionando-a, é que nos socorremos de Giorgio Agamben, para demonstrar que, por meio da biopolítica, a vida humana foi capturada e governada pela exceção. É neste momento que Agamben se socorre do *homo sacer*, a evidenciar que, desde o direito romano, política e direito tiveram por objetivo a captura da vida humana e de uma administração governamental submissa à ordem.

Agamben ampara sua tese em Benjamin (estado de exceção), passando por Arendt (o governo da *oikos* grega) e, ainda, utilizando-se das pesquisas de Foucault (vida útil, vida inútil), razão da importância deste pesquisador, no que diz respeito à análise da biopolítica.

3. VIOLÊNCIAS PERPETRADAS PELA BIOPOLÍTICA. O “MUÇULMANO” COMO PARADIGMA DA BIOPOLÍTICA

“Muçulmano” era o apelido pejorativo dos prisioneiros dos campos de concentração que, em consequência de suas debilidades físicas e mentais – verdadeiros “esqueletos humanos” –, com a redução da vida humana a mera sobrevivência biológica. Assim, estes seres

desumanizados pela biopolítica, apenas por instinto de sobrevivência, permaneciam por várias horas, dobrados sobre os joelhos, com a cabeça inclinada, a exemplo dos muçulmanos em oração diária.

A comparação muçulmano/prisioneiro dos campos de concentração, na Alemanha, não é atualmente correta, eis que poderá despertar ou disfarçar um possível preconceito religioso, porém e considerando que os prisioneiros dos campos de concentração, em estado terminal, assim foram rotulados por Agamben, entendemos, por coerência e para facilitar a compreensão do tema, manter a comparação.

A figura do muçulmano foi retratada por Agamben (2002) na obra *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha* e também no livro *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Pretendeu este autor colocar o muçulmano como o paradigma da biopolítica. É a vida diminuída ao limite de pura sobrevivência biológica. O muçulmano, como *homo sacer* piorado, causava impacto nos que adentravam ao campo de concentração, eis que, mais cedo ou mais tarde, todos acabavam “muçulmanizados” naquele espaço biopolítico. Portanto, todos testemunhavam os absurdos que aconteciam naquele local sem poder se manifestar validamente eis que, naquela condição, a debilidade neuronal era tamanha que lhes impossibilitava falar correta e inteligivelmente.

As palavras dessas pessoas “muçulmanizadas” eram desconexas. E, se para Aristóteles, a linguagem com sentido é o que diferencia o humano do animal, o “muçulmano” era a regressão do humano à condição animal. Assim e não obstante testemunha presencial de tudo, o “muçulmano” não podia testemunhar nada, em razão da perda da linguagem pela privação da palavra. É por tal razão que o “muçulmano” constituiu o paradigma das vítimas da violência biopolítica até o presente momento e, pior, existem, nos tempos atuais, muitos “muçulmanos”, em razão de uma vida indigna que a biopolítica produz.

Agamben (2002) suscita a questão envolvendo os enfermos comatosos, se são pessoas humanas ou não e, o que é mais importante, a decisão: se são eles pessoas ou meros corpos vivos, pertencem a quem? O feto é vida humana ou não? São questões bioéticas. Também há que se enxergar a figura do “muçulmano” na pessoa do torturado, eis que se encontra, a exemplo do “muçulmano”, capturado e trancafiado, nos porões das Delegacias e das ditaduras ainda existentes em diversos países.

Na tortura, nas prisões ou campos ainda existentes, não “basta deixar viver, urge fazer sofrer”, eis que nestes locais a exceção é norma biopolítica de governabilidade. Viver, nesses sítios, é mais doloroso do que morrer. Portanto, vivemos sim em um permanente estado de exceção, eis que vidas humanas, diariamente, estão sob a ameaça de alguns entre vários os soberanos criados pela biopolítica, a reduzir a vida humana à mera vida natural. Na biopolítica, há a destruição do sujeito, em vida.

Na verdade, no “muçulmano” e no torturado, mais uma vez a ortodoxia do Direito contribui para a manutenção do estado de exceção ou para a repetição, de tempos em tempos, desses lastimáveis acontecimentos. Como sabemos, com a testemunha, busca-se a recomposição de fatos objetivos. É a busca da verdade objetiva. Do contrário, de nenhum ou de pouco valor são as declarações das vítimas, que ficam reduzidas, pelo ordenamento jurídico, a meras informações. Depois, vítimas remanescentes de campos de concentrações ou de torturas, quase sempre estão impossibilitadas de testemunhar os acontecimentos pretéritos que, além de serem considerados subjetivos quando relatados por elas, também geralmente não estão, estas vítimas, em condições de prestá-los ou são descredenciadas, eis que “muçulmanizadas”.

Mediante a estratégia de nulificação do testemunho da vítima, existe outra mais perversamente utilizada pela biopolítica, que é a de ocultar, para olvidar as consequências de suas atrocidades perpetradas em desprezo à vida humana. Por intermédio das estratégias de esquecimento, garantida fica a impunidade dos verdugos e, lado outro, a violência é naturalizada como garantia de impunidade.

Depois, para existir história, necessário é que os fatos sejam contados. Assim, sem narrativa de fatos não há história ou, se expostos de maneira conveniente, essa história será a contada e não a acontecida. É por tal razão que os regimes autoritários investem em narrativas para justificar o estado de exceção e a violência perpetrada durante algum período excepcional.

A naturalização e a institucionalização da violência biopolítica significa, a nosso ver, a permanência de atos de estado de exceção, que viram rotinas e acabam tolerados e até mesmo encampados pela sociedade, como as torturas, os maus tratos, as técnicas de interrogatórios, exercitadas e aperfeiçoadas nas Delegacias de Polícia, a

matança sumária, os sumiços dos “presos para averiguação”. Sem desprezar o policiamento ostensivo e à baioneta, bem como a “polícia de pacificação”,⁴ a Justiça secreta nos Estados Unidos, por exemplo, entre vários outros atos absurdos praticados no dia a dia, tudo pode ser entendido, com normalização de tais fatos, causas pelas quais o estado de exceção tornou-se regra.

Por intermédio de Agamben (2008) podemos, ainda, fazer interessante analogia entre a história e o direito, também como espaços de produção de verdades e, para confirmar estas verdades produzidas, aparecem os dogmas (a teologia não se faz presente apenas na política). Agamben afirma que o direito não pretende o estabelecimento da justiça e também não se preocupa com a verdade, mas, sim, estabelecer o julgamento por meio do processo. Ocorre que o processo já é um transtorno, uma sanção e, quando se trata de provar a inocência, é uma violência contra vários princípios constitucionais. Depois, advindo o julgamento, encerrada encontra-se a possibilidade de certificação da verdade e da justiça, que são substituídas pela sentença. A coisa julgada sepulta qualquer injustiça praticada, ao impedir, raríssimas exceções, novo julgamento. Por meio do julgamento e da coisa julgada, várias atrocidades são legitimadas ou sepultadas e, tornam-se, com isso consequências das verdades produzidas e dogmatizadas pelo direito.

4. O ESTADO DE EXCEÇÃO EM WALTER BENJAMIN, CARL SCHMITT E GIORGIO AGAMBEN

Falar em estado de exceção, em Agamben, é trabalhar a vida humana encurralada como mera vida nua, como pura vida natural (*zoé*), já que desprotegida de direitos, consequência da suspensão da ordem jurídica. Demonstram, como consequência da lógica construída neste trabalho, a revelação da potência da vontade soberana, que tem poder de capturar a vida humana e desposá-la de direitos, motivo pelo qual Agamben ressuscita a figura do *homo sacer* e, também rotula de

⁴ Ressalta-se a adjetivação. O correto é a utilização do termo polícia. A partir do momento da adjetivação, a dúvida que fica é com relação ao remanescente da polícia, se é ou não pacífica!

“muçulmanos” os prisioneiros, em fase terminal, dos campos de concentração da Alemanha da era nazista.

É o próprio Agamben que indica, no debate atual sobre o estado de exceção, dois autores fundamentais que são Carl Schmitt e Walter Benjamin. E, sobre o paradoxo destas duas referências, Ruiz (2011a, p. 1) destaca que “Schmitt é um teórico do autoritarismo que contribuiu amplamente para legitimar juridicamente o regime nazista, enquanto Benjamin é um radical militante antifascista que pagou com a própria vida seu compromisso intelectual contra o nazismo”.

Lendo a obra de Schmitt, o autor indica que há uma distinção entre ditadura comissária, pela qual o estado de exceção tem por escopo a defesa ou a restauração da constituição vigente, suspendendo o seu efeito, ditadura soberana, na qual acontece a anulabilidade da ordem jurídica no estado de exceção, como lei e como vontade soberana.

Na obra *Teologia Política* (SCHMITT, 2006),⁵ escrita em 1922, Schmitt deixa de relacionar o estado de exceção como formas de ditaduras, porém, a decisão, elemento formal e jurídico, é introduzida como instituto político inerente à soberania. Trabalhando com o conceito de anarquia, Schmitt pretende encaixar o estado de exceção à ordem jurídica sendo a exceção a garantia última do direito e da ordem, em Schmitt. Para este autor exceção não é anarquia. Tal colocação schmittiana, entretanto, é reconhecida por ele próprio como controvertida, em face da pretensão de incluir no direito algo extrínseco ao próprio direito.

Nesse ensaio, a ambiguidade é destacada, talvez propositalmente, no próprio título já que *Gewalt* pode significar tanto poder como violência, levando ao questionamento acerca da institucionalização da violência no poder, que se transforma, negativamente, em biopoder.

Todavia, o termo violência há que ser analisado com certo cuidado, eis que poderá ser manuseado estrategicamente, por parte do ocupante (vencedor) ou do desocupante (vencido) do poder. Pode ser relativizado. Portanto, e se levado até as últimas consequências, o poder constituinte, como proposta de instauração de uma nova ordem

⁵ Por esta obra, tem-se que a exceção é o alicerce da teoria da soberania.

política, também é considerado como violência. Benjamin, por conseguinte, no ensaio antes aludido, faz a distinção entre violência que institui e conserva o direito (violência mítica) e violência que depõe o direito (violência divina). Esta, a divina (novamente o socorro à teologia) é chamada de violência revolucionária (RUIZ, 2011a, p. 2).

Pode-se acrescentar a violência perpetrada pelo próximo direito, a deslegitimar toda proposta reivindicatória, de lutas por melhoria de condições de vida, pela teimosia em não modificar o errado e também por emoldurar as lutas sociais, no ordenamento jurídico, como ilegais e, por conseguinte, anulando-as, com a aplicação do próprio direito como punição e consequente desmanche deste movimento. Esta é uma violência que o poder constituído pratica, rotineiramente, sob os aplausos daqueles que também, direta ou indiretamente, usufruem das benesses deste mesmo poder.

Volvendo ao fecundo debate entre Benjamin e Schmitt, destacamos que daí surgiu várias obras e ensaios, inclusive com o envio de uma missiva de Benjamin a Schmitt, em dezembro de 1930. Benjamin, no ensaio sobre a *Crítica da violência* (1922), questiona Schmitt sobre a obra *Die Kiktatur* (1921), advindo, por parte Schmitt, a réplica na obra *Teoria Política*. A tréplica benjaminiana aparece, em 1928, na obra *Origem do drama barroco* (2011a, p. 2).⁶

Para Benjamin, a concepção barroca de soberania desenvolve-se a partir do debate sobre o estado de exceção, incumbindo ao príncipe o cuidado de excluí-lo e não decidir sobre ele, alterando, por conseguinte, a concepção schmittiana sobre a relação entre soberania e exceção. O soberano, em Benjamin, não decide sobre a exceção, incluindo-a na ordem, mas sim a exclui, deixando-a fora da ordem. Estado de exceção, em Benjamin, é uma catástrofe, a arrastar, tal zona de indeterminação, a própria ordem jurídica.

Ao confirmar o estado de exceção como regra, Benjamin, além do fascismo, socorre-se dos excluídos socialmente, privados dos

⁶ Ruiz afirma que “se para Schmitt o que vincula a soberania à exceção é a decisão, Benjamin mostra que o soberano barroco está permanentemente impossibilitado de decidir. Desta forma tão sutil, Benjamin estaria respondendo as teses de Schmitt na obra *Politische Theologie*, que por sua vez pretendia criticar o ensaio de Benjamin Por uma crítica da violência”.

direitos fundamentais, garantidos formalmente nas diversas constituições em vigência, mundo afora. É uma suspensão de fato desses direitos, pela exceção. A exclusão para essas pessoas é modo normal de vida e fora, opostamente ao pensamento schmittiano, do contexto jurídico. A exceção e a normalidade se tornam indiscerníveis, desaparecendo, por conseguinte, a distinção entre violência e direito. Surge uma zona de anomia, com atuação pura da violência. É a exceção da exceção.

Ao contrário de Benjamin, Schmitt pensa a vida encarcerada no direito, que entende como ordem, estabelecida e garantida pela decisão soberana. Em um último momento a eficácia da norma é suspensa, pela exceção. Portanto, há cessação da lei, que vige sem validade, ou com vigência sem significado. Na exceção plena, ocorre a anulação de toda a ordem jurídica. A lei deixa de existir e a vontade soberana é, então, lei. Aqui, o funcionamento é o inverso, ou seja, o arbítrio do soberano, como lei, é aplicado imediatamente.

A lei suspensa, ou seja, sem significado, nos remete, com certeza, à obra *O processo*, de Kafka. É uma lei oca, sem aplicabilidade. A lei é despida de sentido com relação à vida humana, que é desfavorecida, eis que suspensos são direitos facilitadores de sua defesa, manutenção e emancipação. É a hipocrisia persistindo, frente ao ato ditatorial do soberano. Direitos são reconhecidos, porém inaplicáveis. Do direito à expectativa do direito. É o vazio constitutivo do ordenamento jurídico.

Portanto, Benjamin, ao contrário de Schmitt, sugere pensarmos a vida mais adiante do direito, sem coação ou até mesmo sem necessitar dele, o direito. É este o estado de exceção perseguido por Benjamin, a exceção da exceção, face à inutilidade do direito. O que poderia ser uma utopia, assim entendida por nós, como pensar com visão no futuro, aproximando-o da realidade, com o escopo de modificá-la para melhor, foi encampado por Foucault, sugerindo raciocinarmos um direito livre e sem relação alguma com a soberania. É o pensar a vida sem o direito com suas distorções, em um processo de legitimação da biopolítica.

O marxismo pretendeu colocar em prática a verdadeira exceção (exceção da exceção). Entretanto, o ideal comunista (doação segundo as possibilidades e recebimento em consonância com as necessidades),

fórmula retirada das comunidades cristãs primitivas, a dispensar o Estado, encontra-se em evidência no anarquismo. É a busca, no marxismo, da sociedade sem classe, dispensando a violência do direito. Contudo, e para chegar a este estágio avançado, foi introduzida, contraditoriamente, a autocracia do proletariado, como fase (duradoura) de transição. A partir desse momento, a exceção foi encampada pelo marxismo também. A ditadura do proletariado, pensada como estágio provisório, é o estado de exceção. E mais, no marxismo, esta exceção, até o presente momento, tornou-se regra de governo.

Em Schmitt “a biopolítica moderna mostra que a norma é o instrumento pelo qual a vida é apreendida como objeto de adestramento utilitarista. A vida normatizada é controlada como recurso produtivo e governada como bem útil a serviço de outros fins” (RUIZ, 2011a, p. 2).

Assim, tanto a exceção jurídica como a norma, capturam a vida humana, cada uma com suas respectivas habilidades, com o escopo de instrumentalizá-la. Em ambas e em consequência da instrumentalização da vida, a violência persiste e é cada vez mais canalizada, na biopolítica, em prol da eficiência de um governo utilitarista. O estado de exceção persegue, continuamente, o controle biopolítico da vida (des)humana.

5. O ESTADO DE EXCEÇÃO TAMBÉM COMO TÉCNICA BIOPOLÍTICA

Benjamin, inicialmente, e, depois, Agamben, afirmam que o Estado de exceção tornou-se paradigma de governo, com o convertimento da exceção a norma, com a degradação, segundo Agamben, das pessoas a *homo sacer* e a “muçulmano”. Agamben demonstra, cabalmente, que por meio da exceção jurídica se governa a vida humana. E persistir no estado de exceção é encampar o estado totalitário, com a prevalência da vontade soberana. O Estado Democrático de Direito não foi capaz de extirpar a vontade soberana que, como potência, poderá se expressar sempre que o soberano entender necessário.

Ademais, o estado de exceção é fundamentado no estado de necessidade, instituto de larga utilização no direito penal, que deixa à discricção do julgador entender se determinada pessoa agiu acobertado

por essa exclusão de antijuridicidade. Na política, estar ou não em estado de necessidade, a permitir a utilização do estado de exceção, fica a critério do soberano. Não há como definir, de antemão, o que é estado de necessidade. Não existe uma prévia formulação jurídica do que seja esse estado de necessidade, por se encontrar, tal estado, no limiar do direito e da política. Tais medidas excepcionais não podem ser compreendidas, integralmente, no âmbito do direito. Portanto, incorreta é a busca de legitimidade jurídica à exceção e à decisão do soberano sobre a aplicabilidade deste estado. Foi este o esforço de Schmitt, desconstruído por Benjamin e por Agamben.

A exceção não apenas revela o soberano, como também incide sobre a vida humana, desumanizando-a, retrocedendo à *zoé*. A soberania, despida da captura da vida humana, não se sustenta. É a inclusão da vida na exceção, com a suspensão do direito. Por isso é que a exceção é considerada uma inclusão excludente ou uma exclusão inclusiva, por Agamben. “Exclui o direito para incluir a vida na exceção. A exceção opera como estrutura política paradoxal que captura a vida humana ao mesmo tempo em que a abandona à condição de mero ser vivente” afirma Ruiz (2011, p. 1).

Ressalte-se que o estado de exceção foi instituído pelo Estado de Direito. Anteriormente era desnecessário, exceção era norma, pela vontade do soberano. Era a ordem e o direito; era a lei, continuamente. Para abolir esta arbitrariedade é que o Estado de Direito foi organizado. Entretanto, esta vontade soberana ainda persiste como potência do Estado, que dela poderá se utilizar quando bem entender, justamente em razão de ser inerente à arbitrariedade o desprezo à lei, como vontade popular.

Pelo estado de exceção, como técnica política de governo, o direito poderá ser suspenso a qualquer momento e, por conseguinte, a vida humana se torna, automaticamente, em vida nua, no *homo sacer* romano, no “muçulmano” dos campos de concentração. Ou seja, no homem despido do direito e controlado, a partir de então, bio e politicamente. Esta técnica controla e governa a todos, o que a torna também, policial. É a partir de tais colocações que devemos entender Benjamin e Agamben quando afirmam que estamos em permanente estado de exceção. Ora, não é difícil concluir, por conseguinte, que

retornamos, deste modo, aos estados totalitários e absolutistas, apesar de alguns países ainda conservarem o título de democrático, talvez por força apenas da tradição ou de um capitalismo imperialista.

6. CONCLUSÃO

A soberania absoluta não se preocupou com o discurso de legitimação, principalmente considerando que nela a legitimidade do poder ocorria pela vontade do soberano. A vontade (decisão) é a bússola (des)orientadora da melhor forma de governo. Portanto, as técnicas de governo surgiam da sabedoria pessoal do príncipe. Não há necessidade de desenvolvê-las. O poder soberano é a lei. Nele a vida humana existia debaixo de constantes ameaças do soberano. É o que Foucault chamou de “fazer morrer e deixar viver”, já que o soberano/legislador tinha o poder de tirar a vida. Era a vida, no regime de soberania absoluta, “matável”. Viver, nesse regime, era uma permissão tácita do poder soberano.

Na atualidade, houve modificação nesta imperativa relação vida/poder. Não há poder sem vida, porém, a vida, como acontece na biopolítica, não podia se tornar mero objeto de poder, num flagrante retrocesso político democrático. O poder deve proteger a vida, como ela é e, a partir daí, melhorá-la, sem juízo de valores ou medição de consequências econômicas. A política deve amparar e implementar a subjetividade (e não criá-la), bem como socorrer os desvalidos e não descartá-los, em razão de sua suposta inutilidade.

Ressalta-se que, em todas as ciências, em todas as pesquisas, as adjetivações geralmente surgem para apequenar o substantivo, quando não o nulificar. O substantivo, aqui considerado, é a política, simplesmente. Talvez aí se encontre o motivo pelo qual alguns autores acima aludidos, resistiram à utilização do termo biopolítica, cuja junção é estratégica, isto é, para disfarçar a adjetivação assombrosa: política biológica (biopolítica).

A subversão, antes aludida, ocorreu no momento em que o soberano foi despido do poder arbitrário que detinha sobre a vida, conferindo a ela uma potência política anteriormente inexistente. A vida, bem biológico, deve, na biopolítica, ser preservada, porém apenas para utilização. Acaba a ameaça de morte, do poder soberano

absoluto. Surge a vida como potência produtiva, mecânica e útil. Aparece o homem máquina, produtor e reproduzidor. Mesmo assim, a reprodução somente poderá acontecer condicionada ao advento de um produto humano biológico sadio. Do contrário, sequer poderá nascer, para viver na vida nua, na *zoé*, eis que sequer potência existe neste pseudoproduto, de pouca ou nenhuma utilidade, além dos necessários investimentos, para manutenção deste ser desumanizado e coisificado pela biopolítica.

Parece-nos fácil concluir que, tanto na soberania absoluta como na biopolítica, há uma preocupação, específica, com a vida nua (*zoé*), deixando a vida política a nenhum plano. Necessário concluir que a arbitrariedade continua. A ausência de discurso também continua. Tanto em um como no outro caso, o ser humano é renegado, em prol de um ente sacralizado, o Estado, numa tremenda inversão de valores.

Há, na biopolítica, a prevalência da economia que, usurpando a política, exige a adjetivação: economia política, que nada mais é do que a *oikonomia* dos gregos, isto é, de uma administração pública da vida nua, com fins de lucros e não de efetivação do bem comum, numa constante busca de superação de desigualdade e de uma distribuição de riqueza mais equânime.

Ressaltamos, também, a preocupação econômica contaminando as decisões judiciárias nos tempos atuais. Preocupa-se com os reflexos econômicos de uma determinada decisão, olvidando, em prol da economia, até mesmo inúmeros direitos fundamentais. A partir de então, ou seja, da influência biopolítica, o judiciário, antes de declarar direitos, líquidos e certos, já que amplamente debatidos na fase constituinte, deverá perquirir se haverá verba para o cumprimento de uma possível decisão. Portanto e a exemplo do que aconteceu na política, o fator econômico torna-se pressuposto indispensável para declarar direitos.

Necessário não desprezar o fato de que a econômica política manifesta-se na biopolítica, mediante a existência de mecanismos naturais, que não podem ser olvidados ou contrariados, sob consequência de refletir, negativamente, na forma de governo. Presente, na economia política, o utilitarismo, já que, na razão biopolítica, a legitimidade ou ilegitimidade do governo leva em consideração a eficiência (produção de resultados positivos) ou ineficiência, causa que leva à substituição do governante. Aqui, mais de que nunca, os “fins justificam os meios”.

Havendo resultado econômico positivo, de nada importará a ética e o governo será considerado excelente.

O utilitarismo encontra-se presente também na política brasileira e passa a ser um problema cultural, mediante o pensamento de alguns eleitores que escolhem e mantêm no poder determinados representantes, sob o argumento, inconsiderado e pueril, de que, apesar da desonestidade, o político realiza obras, faz e acontece. Assim, uma vez realizadas as obras, feito e acontecido, os meios empregados ou “desempregados” na persecução dos objetivos nada importam. É a normalização de atos ilegais.

Há, por conseguinte, também na biopolítica, espaço de “verificação” (2012, p. 3),⁷ ou seja, um espaço para construção e produção de verdades. Prevalece, nesta política especializada, como vimos acima, a lógica econômica da utilidade, nada interferindo as questões éticas nas técnicas de governo. A vida humana, neste espaço de *verificação* (verdades fabricadas), aparece como objeto científico natural a atrair, necessariamente, uma utilidade. A (in)verdade, nesta economia, continua sendo a firmação do alquebrado capitalismo, como arquétipo produtivo.

Desse modo, a economia, na biopolítica, tem por escopo, além da produção de lucros, necessários à perpetuação do combalido e injusto capitalismo, também a produção de verdades, como instrumento legitimador de sua intromissão na vida política. Por meio das verdades produzidas e aceitas, sem uma necessária e maior reflexão, as inverdades latentes nesta biopolítica são processadas como verdades e as consequências perniciosas desta política são aceitas, naturalmente. As práticas então vigentes são legitimadas por essas verdades

⁷ Destaque para as seguintes e impressionantes colocações: a) “A vida é um bem útil para um fim necessário”; b) “A eficiência das técnicas biopolíticas de governo é medida pela sua capacidade de obtenção de lucros, mesmo que a custo de sofrimento humano em grande escala com a exploração da vida de trabalhadores ou povos inteiros submetidos à lógica do capital. Afinal, na tabela de resultados apresentada pelas planilhas institucionais a obtenção de lucros legitima as novas técnicas de governo. Na sombra das técnicas biopolíticas sobrevivem ignoradas multidões de vítimas que possibilitam a eficiência dos seus resultados. O sofrimento humano não entra no cálculo de custos das artes econômicas de governo. Ele é necessário, na maioria dos casos, um mal necessário, inevitável” (RUIZ, 2012, p. 3).

produzidas pela própria biopolítica. Não há como contestá-la, posto que necessárias à maquiagem e conseqüente manutenção do capitalismo.

A partir deste espaço de verdade, constata-se que o capitalismo, sob a vestimenta de mercado, labora com a vida humana, tida como recurso natural, útil e produtivo. Trabalha este mercado com a produção de desejos, para estimular a produção de consumo. É o mercado, obrando como espaço de subjetivação, atuando, produzindo e formatando sujeitos, a partir das expectativas e ansiedades inerentes ao ser humano, governados como sujeitos naturais, num escancarado retrocesso à *zoé*.

Como sabido, esse mercado capitalista não mais carece de um espaço físico, de presença material. É ele hoje virtualizado, desmaterializado e *desterritorializado*. Essa *entificação* do mercado capitalista também o tornou um espaço de *veridição* e regulador das atividades humanas, tornando-se onipresente, onisciente e onipotente e “justo”, deferindo premiação aos bons investidores e castigando os incompetentes. É a divinização do mercado, templo sagrado do capitalismo biopolítico, que deixou distante o mercado medieval, como espaço físico de escambo, com a natural busca pelo preço justo. O mercado atual, contrariamente ao mercado medieval, deixa de ser espaço de justiça.

Com efeito, naquele mercado medievo não existia a especulação, prática normal e rotineira do mercado hodierno. Era, por conseguinte, proibido, naquela época, especular com a escassez. Evitavam-se as fraudes e especulações, o preço era fixado em consonância com o trabalho concluído. Destarte, imperava naquele comércio o modelo de justiça distributiva, como idealizada por Aristóteles e, depois, por Santo Tomás de Aquino. Por conseguinte, os produtos de primeira necessidade eram mais baratos, permitindo uma justa distribuição das mercadorias e o acesso a elas por todos.

É, pois, o mercado capitalista construído por meio de técnicas da economia política. A verdade por ele produzida, como espaço de “veridição” da biopolítica, direciona-se para o governo das atividades sociais, em particular, e da vida humana, em geral. Há neste espaço a naturalização de mecanismos inerentes à natureza humana. Busca o bom governo, despido do atributo de justiça, que, na lógica capitalista, significa lucro.

Nesse mercado capitalístico, prepondera a eficiência como critério único de legitimação de governo, portanto, não há que se falar em injustiça, já que tais espaços de negociação obedecem, exclusivamente, às leis de mercado que, por serem naturais, não se revestem de valores éticos. Há, perceptivelmente, neste local, um retorno ao estado de natureza, prevalecendo os interesses dos mais fortes, com a predominância da verdade natural em substituição à justiça ética. Não se faz referência se determinado negócio é justo ou injusto, bem ou mal. Busca-se, a todo custo, a eficiência dos resultados; atos humanos estão distantes.

Não é difícil concluir que as técnicas da *governamentalidade* biopolítica, utilizando-se de uma expressão foucaultiana, consequência da dicotomia povo/população, esvaziam tanto o Estado de direito como a democracia, instituições necessárias ao exercício de ações políticas de cidadania. O autoritarismo reinante na biopolítica, por meio das técnicas de governo, acordou o soberano, adormecido após o advento do Estado de Direito, reduzindo a vida e a população a objetos de direitos.

Nota-se que a racionalidade biopolítica, que se inicia a partir do final século XVI e XVII, consiste no governo da vida humana, a ser administrada eficientemente. Os seres humanos são apenas números numa contabilidade indispensável à maximização do lucro, viabilizando o capitalismo. Sem a biopolítica, como encampada, haveria necessidade de repensar, novamente, o capitalismo, como posto.

É certo que a política também deve, na constante busca do bem-estar de todos, se comunicar com as diversas ciências, porém, o que não pode continuar acontecendo é ser ela abocanhada pelas demais ciências (biologia, medicina e economia, por exemplo), sob consequência de se perder, temporariamente, até que retorne, com incalculáveis prejuízos, seu percurso, o de ciência autônoma. A utilização das demais ciências, se necessário, na política, será apenas em reforço a seus postulados e não para sobrepô-los. Não se trata de uma teoria política pura, porém de demonstrar a autonomia das ciências políticas, diante dos significados das demais ciências. Ao que parece está acontecendo com a política, ao se tornar ou deixar se levar pela biopolítica, o que estava ocorrendo com a ciência jurídica, antes da indispensável intervenção kelsiana.

Assim, arrematamos este trabalho, com a notável Hannah Arendt (2010),⁸ ressaltando nossas limitações, que sintetiza, com perfeição o que acima expusemos ao criticar a degradação da autonomia do político nas sociedades atuais, substituída que foi pela gerência competente do social. Governa-se a natureza das pessoas, na busca de um governo eficiente.

Assim, com certeza, pelos braços da biopolítica, voltamos à *zoé*. Perdermos nossa liberdade. Precisamos recomeçar, com urgência, com o retorno à *bíos*.

7. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz, o arquivo e a testemunha*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDT, Hannah. *O que é política*. Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

ARISTÓTELES. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A Guilhon Albuquerque. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUIMARAENS, Francisco de. *Direito, ética e política em Spinoza – Uma cartografia da imanência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUIMARAENS, Francisco de. *Direito, Estado e sociedade*. Spinoza e o conceito de multidão: reflexões acerca do sujeito constituinte. Rio de

⁸ Para Hannah Arendt “O sentido da política é a liberdade”.

Janeiro: Pontifícia Universidade Católica. Departamento de Direito, v. 9, jul./dez. 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ROBERTS, Morley. *Bio-politics*. An essay in the physiology, pathology and politics of social and somatic organism. London: London Dent [1938].

RUIZ, Castor Bartolomé. (2011). O estado de exceção como paradigma de governo. *Revista IHU Online*, n. 373, ano XI, 12.09.2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4080&secao=373>. Acesso em: 14 jul. 2014.

RUIZ, Castor Bartolomé. (2011a). A exceção jurídica e a vida humana. Cruzamentos e rupturas entre C. Schmitt e W. Benjamin. *Revista IHU Online*, n. 374, ano XI, 26.09.2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4098&secao=374>. Acesso em: 14 jul. 2014.

RUIZ, Castor Bartolomé. (2011b). A testemunha, um acontecimento. *Revista IHU Online*, n. 375, ano XI, 03.10.2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4113&secao=375>. Acesso em: 14 jul. 2014.

RUIZ, Castor Bartolomé. (2011c). A vítima da violência: testemunha do incomunicável, critério ético de justiça. *Revista IHU Online*, n. 380, ano XI, 14.11.2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4203&secao=380>. Acesso em: 14 jul. 2014.

RUIZ, Castor Bartolomé. (2012). A economia e suas técnicas de governo biopolítico. *Revista IHU Online*, n. 390, ano XII, 30.04.2012.

Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4395&secao=390>. Acesso em: 14 jul. 2014.

RUIZ, Castor Bartolomé. (2012a). Genealogia da biopolítica. Legitimações naturalistas e filosofia crítica. *Revista IHU Online*, n. 386, ano XII, 19.03.2012. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4308&secao=386>. Acesso em: 14 jul. 2014.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antopniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

7

O PENSAMENTO JURÍDICO E FILOSÓFICO DE EVARISTO DE MORAES FILHO

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

RESUMO

Este trabalho esboça o perfil biográfico do jurista e pensador brasileiro Evaristo de Moraes Filho. Resenha o seu desempenho profissional, atividades acadêmicas, produção bibliográfica e pensamento. Atuou intensamente no campo do Direito do Trabalho. Com inclinações socialistas, considerou os trabalhadores brasileiros preparados para lutar pelos seus direitos. Para Moraes Filho, não se pode elaborar uma sociologia jurídica sem considerar o elemento valorativo ou normativo do direito.

Palavras-chave: Evaristo Moraes Filho. Pensamento. Jurídico. Filosófico.

ABSTRACT

This monograph discusses the biographical profile of the Brazilian jurist and philosopher Evaristo de Moraes Filho. Resume his professional and academic performance, literature and thought. He worked extensively in the field of Labor Law. He adopted socialist ideas and considered the Brazilian workers prepared to fight for their rights.

¹ Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

For him, we can not draw up a legal sociology without considering the evaluative or normative element of the law.

Keywords: Evaristo Moraes Filho. Thought. Legal. Philosophical.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Perfil biográfico de Evaristo de Moraes Filho. 3. Atuação profissional. 4. Produção bibliográfica. 5. Evaristo de Moraes, o pai. 6. Antônio Evaristo de Moraes Filho, o irmão. 7. Cassação pelo regime militar de 1964: episódio tragicômico. 8. Evaristo de Moraes Filho e o Direito do Trabalho. 9. Evaristo de Moraes Filho e o marxismo. 10. Um marxista “liberal”? 11. Pensamento jurídico de Evaristo de Moraes Filho. 12. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho esboça o perfil biográfico do jurista e pensador brasileiro Evaristo de Moraes Filho. Resenha o seu desempenho profissional, atividades acadêmicas, produção bibliográfica e pensamento.

O jurista, natural do Rio de Janeiro, possui destacada atuação profissional e acadêmica na área do Direito do Trabalho, além de vasta bibliografia publicada.

Integra a Academia Brasileira de Letras, entre outras entidades de destaque.

Experimentou as turbulências de dois duradouros períodos de governos autoritários no Brasil. Em 1969, foi cassado pelo Ato Institucional n. 5 e afastado compulsoriamente das atividades universitárias.

Aderiu ao marxismo ainda na juventude, o que não o impediu de exaltar, por exemplo, os princípios liberais do contraditório e da ampla defesa.

Seu pensamento concebe uma sociologia jurídica que não abandone o elemento valorativo ou normativo do direito. Logo, não destoa do chamado culturalismo jurídico.

2. PERFIL BIOGRÁFICO DE EVARISTO DE MORAES FILHO

Evaristo de Moraes Filho nasceu em 5 de julho de 1914, na cidade do Rio de Janeiro, então Capital Federal.

É filho de Evaristo de Moraes e de Flávia Dias de Moraes. O pai era famoso advogado e homem público.

É casado, há mais de setenta anos, com Hilda Flores de Moraes. O casal tem dois filhos, Regina Lúcia de Moraes Morel e Antônio Carlos Flores de Moraes, quatro netos e dois bisnetos.

Cursou o primeiro e segundo grau na Escola Pública Nilo Peçanha, no bairro carioca de São Cristóvão, onde ingressou em 1921.

Sua formação foi muito marcada pela frequência ao Ginásio 28 de Setembro, dirigido pelo general Liberato Bittencourt, um dos remanescentes do cientificismo das primeiras décadas do século XX.

Bacharelou-se em Direito pela Universidade do Brasil, em 1937. Teve como colegas de turma o historiador José Honório Rodrigues e Alzira Vargas, filha do presidente Getúlio Vargas.

Concluiu o bacharelado e a licenciatura em Filosofia, respectivamente, em 1948 e 1949.

Ingressou na Academia Brasileira de Letras em 4 de outubro de 1984, na vaga de Alceu Amoroso Lima.

É membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Brasileira de Filosofia.

É membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, desde 29 de novembro de 1989.

Integra diversas instituições culturais brasileiras e estrangeiras.

Recebeu, entre outras condecorações, as medalhas Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua, Mérito do Trabalho, Teixeira de Freitas e Mérito da Magistratura.

É meio-irmão do renomado advogado criminalista Antônio Evaristo de Moraes Filho, já falecido.

Por ocasião do centenário de seu nascimento, Evaristo de Moraes Filho recebeu homenagem da Ordem dos Advogados do Brasil. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, presidente do Conselho Federal da entidade, classificou o homenageado como um dos ícones do Direito brasileiro:

Em nome dos mais de 800 mil advogados de nosso País, externo o merecido reconhecimento a Evaristo de Moraes Filho como

detentor de uma das mais brilhantes trajetórias jurídicas. Um exemplo para todos nós de dedicação à Justiça. (Portal OAB Conselho Federal, 18.07.2014. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/27283/oab-sauda-o-jurista-evaristo-de-moraes-filho-pelo-seu-centenario>> Acesso em: 16 fev. 2015.)

3. ATUAÇÃO PROFISSIONAL

Evaristo de Moraes Filho é um dos mais importantes estudiosos do Direito do Trabalho no Brasil.

Em sua carreira universitária, na antiga Universidade do Brasil (atual Universidade Federal do Rio de Janeiro), foi livre docente, catedrático de Direito do Trabalho e titular de Filosofia Social.

Fundou o dirigiu o Instituto de Ciências Sociais (IFCS), que passou a absorver os cursos de Filosofia e História, além das Ciências Sociais, com a extinção da Faculdade Nacional de Filosofia. Deixou, portanto, de ser um centro de pesquisa, como imaginava seu fundador.

Obteve os títulos de Doutor em Direito (1953) e Doutor em Ciências Sociais (1955).

Em 13 de junho de 1969, foi cassado pelo Ato Institucional n. 5, após ter permanecido preso incomunicável em uma unidade militar, no Rio de Janeiro. Em consequência, foi compulsoriamente afastado das atividades de magistério.

Em suma, sua carreira se projeta sobre políticas públicas sociais, magistério e pesquisa. Foi secretário das Comissões Mistas de Conciliação no então Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; procurador-regional da Justiça do Trabalho da 5ª região, em Salvador (BA); e procurador-geral da Justiça do Trabalho, entre outras funções públicas.

Teve destacada atuação no processo de elaboração da lei de regulamentação do direito de greve, em 1953, bem como na Comissão do Código do Trabalho, entre 1956 e 1958.

Presidiu a Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Processual do Trabalho, em 1963 e 1964, tendo também redigido o texto final por volta de 1965.

Integrou a Comissão Afonso Arinos, na década de 1980, idealizada pelo falecido presidente Tancredo Neves para elaborar estudos

e anteprojeto de Constituição a ser enviado, como mera colaboração, à Assembleia Nacional Constituinte. O presidente José Sarney, que sucedeu Tancredo, nomeou a referida comissão. Iniciou os trabalhos sob intensa crítica da esquerda.

Por muito tempo, a Comissão foi o único foro de debates sobre os temas constituintes e constitucionais. Logo que seu anteprojeto se delinear, viu-se que era um estudo sério e progressista. Era a vez de a direita e de os conservadores agredirem-na, e o fizeram com virulência. (SILVA, 1997, p. 89-90).

4. PRODUÇÃO BIBLIOGRÁFICA

Na vasta obra de Evaristo de Moraes, destacam-se, entre inúmeros outros, os seguintes títulos: *Profetas de um mundo que morre; Francisco Sanchez e a dúvida metódica na Renascença Portuguesa, O ensino de Filosofia no Brasil, Rui Barbosa e a filosofia existencial cristã, História do Positivismo no Brasil, As ideias fundamentais de Tavares Bastos, Rui Barbosa e a questão social, Fundamentos do Direito do Trabalho, As relações humanas na indústria, O método da Ciência do Direito;* e introdução às *Reminiscências de um rábula criminalista*, de Evaristo de Moraes.

5. EVARISTO DE MORAES, O PAI

Para conhecer Evaristo de Moraes Filho é importante apresentar o seu pai, Evaristo de Moraes, nascido no Rio de Janeiro, em 26 de outubro de 1871, filho de Basílio Antônio de Moraes e Elisa Augusta de Moraes.

Foi rábula e advogado criminalista. Estreou na tribuna do júri em 12 de outubro de 1894. Somente aos 45 anos de idade, em 1916, obteve o grau de bacharel pela Faculdade de Direito de Niterói. Foi orador da turma.

Atuou em vários julgamentos famosos e publicou diversas obras, entre as quais se destacam: *Problemas de direito penal e de psicologia criminal; Reminiscências de um rábula criminalista; Ensaios de patologia social; Criminalidade passional; e Um erro judiciário: o caso Pontes Visgueiro.*

Em 1938, foi nomeado lente de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, na antiga capital federal.

Integrou a Academia Carioca de Letras e presidiu a Sociedade Brasileira de Criminologia.

Faleceu em 30 de junho de 1939, no Rio de Janeiro.

Teve destacada atuação política e social nos primórdios da República:

Foi fundador da Associação Brasileira de Imprensa e em 1890 participou da construção do Partido Operário, primeira agremiação partidária de caráter socialista da História do Brasil. [...]

Na década de 1910 trabalhou na defesa dos marinheiros rebeldes na Revolta da Chibata. Tornou célebre a campanha pela anistia dos presos, que somente suspenderam a revolta com a promessa jamais cumprida de o governo brasileiro não cometer represálias contra os rebeldes. Foi advogado de defesa de João Cândido Felisberto, o marinheiro conhecido como 'Almirante Negro' pela sua formidável campanha estratégica na condução da rebelião dos marinheiros, imortalizado como o marinheiro da menor patente que derrotou a Marinha em vários episódios da Revolta da Chibata.

Em 1920 Antônio Evaristo de Moraes fundou o Partido Socialista, e foi o principal responsável pela sua participação na Segunda Internacional, notabilizando-se como o primeiro partido brasileiro a se filiar a uma internacional socialista. Evaristo se notabilizou ao defender a tese de que os intelectuais de esquerda tinham uma obrigação revolucionária de se aliar com a classe operária a fim de ajudá-la na intervenção socialista na política.

Especializou-se na defesa trabalhista, embora tenha se notabilizado no tribunal do júri. Graças a seu histórico de defesa das questões laborais, integrou o Ministério do Trabalho, inovação criada por Getúlio Vargas, colaborando pela Consolidação das Leis do Trabalho. (BIOGRAFIA do advogado Evaristo, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI63572,51045-Biografia+do+advogado+Evaristo+de+Moraes>> Acesso em: 16 fev.2015.).

Evaristo de Moraes Filho escreveu sobre o pai, ao apresentar a reedição do livro *Reminiscências de um rábula criminalista* (MORAES, 1989, p. 42-43):

Evaristo foi, sobretudo, bom, pregando e praticando a caridade. [...]

Pelo resto da vida, Evaristo sempre esteve ao lado da igualdade de direitos entre homem e mulher, mais de uma vez partilhou da mesma campanha de Berta Lutz, campeã do feminismo brasileiro. [...]

Apesar de vitorioso, de ver reconhecido o seu valor e proclamados os seus méritos, Evaristo não enriquecera, nunca soubera lidar com dinheiro; se praticasse o comércio seria um desastre, pois seria capaz de vender a mercadoria por preço inferior ao que lhe havia custado. Logo às primeiras linhas da defesa de Leuenroth, em 1918, deixara escrito: 'Entrando muito cedo na vida pública, forçado, aos 17 anos, a ganhar o pão para mim e para os meus, mestiço pobre, sem tradições avoengas, nem padronagem dos poderosos, assisti, ainda, ao fim da porfiosa campanha abolicionista e colaborei, embora sem destaque, na propaganda republicana'.

Evandro Lins e Silva, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e um dos maiores criminalistas brasileiros de todos os tempos, também assinalou (MORAES, 1989, p. 262-263):

Evaristo de Moraes foi um extraordinário autodidata e sua curiosidade intelectual o levava a interessar-se pelos mais diversos campos do conhecimento humano. O centro dos seus estudos era o direito penal, não apenas como ciência normativa, mas, sobretudo, como base ou ponto de partida para observar, compreender e analisar as causas da criminalidade e outros aspectos da organização social. [...]

Conquistou cedo um lugar de destaque na sua profissão e nos meios intelectuais. Depois que ele surgiu, como que de repente, a advocacia criminal ficou simbolizada e passou a girar em torno de sua figura. Despontara a grande estrela do foro penal, o maior advogado criminalista do país em toda a sua história. [...]

Foi o mais completo advogado criminal que conheci. Foi meu Mestre e a ele devo muito do pouco que e do aprendizado para a minha vida profissional. Fui e continuo sendo um seu discípulo aplicado.

6. ANTÔNIO EVARISTO DE MORAES FILHO, O IRMÃO

Evaristo de Moraes Filho é meio-irmão, por parte de pai, do renomado advogado criminal Antônio Evaristo de Moraes Filho (1933-1997).

Embora não haja estatística oficial, o criminalista é considerado o que mais defendeu presos políticos durante o regime militar de 1964, com atuação em cerca de mil processos:

(As defesas) incluem ex-presidentes como João Goulart, Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e Fernando Henrique Cardoso. Também é longa a lista de julgamentos com repercussão nacional que contaram com sua atuação. O assassinato de Ângela Diniz por Doca Street; o crime da Rua Toneleros (atentado que feriu Carlos Lacerda e matou o major Rubens Vaz); a extradição do criminoso nazista Franz Stangl, chefe do campo de concentração de Treblinka; o ‘caso Mônica’, e a defesa do então presidente Fernando Collor de Mello, no processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal, são alguns deles. Antônio Evaristo de Moraes Filho morreu em 1997, aos 63 anos de idade. Estava no auge da carreira. Para o ex-ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, ele foi nada menos que o ‘maior advogado da segunda metade do século XX’. Para o jornalista Elio Gaspari, que se livrou de ser extraditado para a Itália devido à intervenção do advogado, Evaristo de Moraes era daquelas pessoas ‘capazes de transformar horas difíceis em momentos inesquecíveis’. (REVISTA Consultor Jurídico, 2014).

Era doutor em Direito Penal e professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Foi conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil, membro do Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária e presidente do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária.

7. CASSAÇÃO PELO REGIME MILITAR DE 1964: EPISÓDIO TRAGICÔMICO

O século XX foi marcado por várias turbulências políticas no Brasil. O constitucionalismo republicano brasileiro, instaurado em 1889, vive até hoje “debaixo de uma perspectiva histórica sombria” (BONAVIDES, 2004, p. 54).

Aliás, a fragilidade e descumprimento sistêmico do Estado de Direito são características da América Latina, onde existe uma cultura de interrupção sistemática do regime constitucional (VIEIRA, 2011, p. 25).

As atividades profissionais e acadêmicas de Evaristo de Moraes Filho se desenvolveram durante dois duradouros períodos de governos autoritários no Brasil.

Primeiramente, o Estado Novo, implantado por um golpe em 10 de novembro de 1937. O presidente Getúlio Vargas tornou-se ditador, com poder de governar por decretos-leis (FAUSTO, 1994, p. 365-366).

O Estado Novo durou até 1945. O país, na vigência da Constituição de 1946, viveu sob regime democrático até 31 de março de 1964, quando sobreveio o golpe militar:

Não era a primeira vez que os militares intervinham no processo político. Desde a guerra com o Paraguai eles tomaram consciência de seu papel político. Mas só na República passaram a intervir mais frequentemente no processo do poder. Tratava-se de um militarismo tutelar. A partir do Golpe de 1964, passou a dominador. (SILVA, 2011, p. 41-42).

O recrudescimento do regime autoritário ocorreu em 1969, com a edição do Ato Institucional n. 5 (AI-5). Entre outras medidas arbitrárias, restabelecia “os poderes presidenciais para cassar mandatos e suspender direitos políticos, assim como para demitir ou aposentar servidores públicos” (FAUSTO, 1994, p. 480).

Como já reportamos alhures, em 13 de junho de 1969, Evaristo de Moraes Filho foi cassado pelo AI-5 e afastado compulsoriamente das atividades universitárias.

A cassação foi tragicômica:

Ocorrera caso até de cassação por engano. Segundo Miguel Reale, Evaristo de Moraes Filho fora cassado no lugar do meio-irmão, Antônio Evaristo de Moraes Filho. Evaristo era dezenove anos mais velho que Antônio, que foi defensor de vários presos políticos, razão provável da cassação. Quando Evaristo foi protestar da cassação junto a um major do MEC, este, surpreso, perguntou-lhe: ‘O senhor raspou o bigode? Ainda na semana passada o vi na televisão defendendo os subversivos’. Evaristo não usava bigode... (VILLA, 2014, p. 209).

Posteriormente, Evaristo relatou:

Fui preso em junho e aposentado compulsoriamente em setembro de 1969. Quando veio a anistia, todos os professores receberam carta do Reitor da UFRJ, Renato Caldas, convidando-os a voltar, dispensando-os assim de requerimento, o que seria vergonhoso e humilhante. Escrevi-lhe uma carta, dizendo que não compactuava com a paranoia oficial: não fiz nada, fui preso; não fiz nada, fui aposentado; não fiz nada, fui anistiado. Fui o único titular, no Rio, que não aceitou o convite de volta. A professora Elisa Frota Pessoa, adjunta de Física, também não quis voltar, não aceitou a suposta anistia. (KUMASAKA; BARROS, 2014).

8. EVARISTO DE MORAES FILHO E O DIREITO DO TRABALHO

Evaristo de Moraes Filho publicou, em 1952, artigo intitulado *O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*. O autor recusou a chamada “cultura da incapacidade dos brasileiros” e atribuiu aos trabalhadores nacionais maioria para lutar pelos seus direitos. Evidenciou a importância das lutas operárias na constituição das leis trabalhistas. Valeu-se de argumentação sociológica para se opor às concepções normativo-doutrinárias dos juristas e às teses sobre o “insolidarismo social”, formuladas por cientistas sociais brasileiros (VILLAS BÔAS, 2004, p. 19-32).

Foi profissional e estudioso do Direito do Trabalho, definido como o “complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas” (DELGADO, 2002, p. 50).

Esse campo da ciência jurídica nasceu da incapacidade do Direito Civil, de formação liberal-individualista, fornecer resposta jurídica adequada ao fato novo da relação empregatícia. Submetia as questões surgidas no interior da relação de emprego ao velho modelo de contrato bilateral, pela ótica individual dos sujeitos isolados da relação empregatícia (DELGADO, 2002, p. 86-88).

Na segunda década do século XX, a civilística deixou de ter supremacia na imagem jurídica da sociedade civil de seu tempo.

Até então, o direito privado e a teoria do direito civil da pandectística eram modelos para as restantes disciplinas da ciência jurídica, nomeadamente para o Direito Penal e o Direito Político. Dissolveu-se a unidade sistemática do Direito Civil, inspirada pela aspiração de unidade burguesa, que se julgava representante da sociedade nacional, no seu conjunto. Campos socialmente mais significativos do Direito Civil – Direito do Trabalho inclusive – ganharam autonomia em seus domínios particulares (WIEACKER, 1993, p. 628).

Dois marcos fundamentais do surgimento do Direito do Trabalho foram o Manifesto Comunista, de Marx e Engels (1848), e a encíclica católica *Rerum Novarum* (1891) (DELGADO, 2002, p. 86-88).

O Brasil é país de formação colonial, economia essencialmente agrícola e sistema econômico construído em torno da relação escravista de trabalho, até fins do século XIX. Entre nós, a institucionalização do Direito do Trabalho foi iniciada em 1930 e firmou a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista, até o final da ditadura getulista em 1945:

O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada *questão social*. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, através de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justaltrabalhista, estreitamente controlado pelo Estado. (DELGADO, 2002, p. 100-108). (Grifo no original).

A Constituição brasileira de 1988, por fim, instituiu “diversificado o painel de direitos sócio-trabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante” (DELGADO, 2002, p. 121-122).

Atualmente, com a globalização e a crise econômica mundial, o Direito do Trabalho é alvo de ataques em âmbito global. Em Portugal, por exemplo, são criticadas as leis trabalhistas:

Portugal manteve leis do trabalho pós-revolucionárias que protegiam o emprego e tornavam difícil despedir os empregados, ou colocá-los em *lay off*, mesmo que se mostrasse que os seus níveis

de produtividade eram insuficientes – outra falha censurada pelas instituições internacionais.

O esperado influxo de investimento estrangeiro em indústria de elevada qualidade não se materializou de forma substancial. (HATTON, 2011, p. 278).

9. EVARISTO DE MORAES FILHO E O MARXISMO

Evaristo de Moraes Filho, na juventude, sofreu influência do positivismo. Como muitos dos seus contemporâneos, chegou ao marxismo por meio do positivismo (KUMASAKA; BARROS, 2014).

O marxismo brasileiro parece condenado à condição insuperável de versão positivista, de sorte que é entendido, pelos seus partidários, sobretudo como uma religião – isto é, como algo a ser cultuado e não como verdadeiro saber especulativo – destinada pura e simplesmente a inspirar uma atividade política (PAIM, 1979, p. 86-87).

Evaristo relatou a experiência marxista ao longo de sua vida:

Cursei a Faculdade de Direito e a Nacional de Filosofia. Mal saído do Ginásio, ingressei com 17 anos na Faculdade de Direito. [...] Só então fui mordido pelo marxismo, que me deu a concepção geral do mundo e da vida.

O mundo que eu pensava que estava morrendo era o capitalismo, mas ele não morreu até hoje. Com razão, pôde escrever Celso Furtado que o capitalismo é dinâmico, altera-se, modifica-se, inventa novos métodos de exploração, mas se mantém vivo. E é verdade. Inventaram a sociedade anônima, a participação nos lucros, o acionariado operário, a cooperativa, mas no fundo a propriedade privada dos meios de produção se manteve firme nas mãos de grandes fortunas, cada vez mais concentradas (monopólios, oligopólios, etc...). [...]

Nos anos de estudante [...] eu pensava que quando chegasse aos 60 (se chegasse) o mundo já seria outro. Hoje [...] o capitalismo está cada vez pior, porque mais ganancioso, inumano e selvagem. (KUMASAKA; BARROS, 2014).

Há décadas, Maurice Duverger apontava que, “a despeito da amplitude dos seus desacordos, ocidentais e marxistas estão mais

próximos do que pensam na sua concepção da política” (DUVERGER, 1972, p. 301 e 302).

Em 1989, finalmente, ocorreu a Queda do Muro de Berlim, sucedida pela derrubada paulatina dos regimes comunistas na União Soviética e países do Leste europeu (“Cortina de Ferro”). Miguel Reale apontou a convergência de ideologias:

De um lado, os liberais extremados se deixavam fascinar pelos sortilégios da livre concorrência, apontada como única fonte de bem-estar social; de outro, os social-democratas mais conscientes deram-se conta da necessidade de proceder à revisão de suas diretrizes básicas.

É desse contraste ou entrechoques de ideias que iria emergir o fato político mais relevante de nosso tempo, o da *convergência das ideologias*, não no sentido de uma solução única, mas sim no sentido de recíprocas influências entre elas, levando a diversos programas revisionistas. (REALE, 1998, prólogo) (Grifos no original).

Evaristo de Moraes, enfim, é crítico do arcaísmo da estrutura social brasileira:

A meu ver, a chamada Revolução de 30 foi o maior blefe da História do Brasil, como já o havia sido a República. Nunca tivemos uma revolução de estrutura, de profundidade. Tudo, sempre, tem sido mero arranjo da própria elite dirigente do país, sem mudança dos privilégios e da classe dominante. De qualquer modo, é inegável, o povo acreditou nela. Houve entusiasmo e esperanças. O Partido que a levou a cabo chamava-se Aliança Liberal. Em discurso de Getúlio, de 1931, ele próprio confessava que a Revolução era uma continuidade das pregações de Rui Barbosa e de Nilo Peçanha: era preciso ‘republicanizar a República’, com ‘liberdade e representação’. A Revolução queria e deveria ser liberal. O povo em geral, os social-democratas, os socialistas reformistas ficaram com Getúlio e acreditaram nas suas promessas de mudança. Evaristo de Moraes (seu pai), por exemplo, foi o primeiro Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho. (KUMASAKA; BARROS, 2014).

10. UM MARXISTA “LIBERAL”?

Interessante episódio envolveu Evaristo de Moraes, o pai. Tinha um problema de consciência para assumir a defesa do médico e intendente

municipal José Mendes Tavares, acusado de ser o mandante do homicídio passional que vitimou o capitão-de-fragata Luís Lopes da Cruz, em 1911.

A opinião pública apoiava a vítima. Mendes Tavares não tinha a solidariedade dos correligionários da véspera, adeptos da vitoriosa candidatura militar de Hermes da Fonseca à presidência da República.

Evaristo fora aliado da derrotada campanha civilista de Rui Barbosa, derrotado por Hermes no pleito presidencial de 1910. Daí o seu dilema moral para assumir a defesa de um recente antagonista político.

Escreveu carta a Rui. A resposta veio datada de 26 de outubro de 1911. O texto foi reproduzido no livro *O dever do advogado. Carta a Evaristo de Moraes*. No prefácio, escrito por Evaristo de Moraes Filho, lemos:

Três parágrafos da resposta de Rui lhe resumem com perfeição a doutrina, desde então sempre repetida entre nós e tornada verdadeiro dogma da deontologia profissional do advogado. Ei-los:

‘Ora, quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda por mais executando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais.

‘Se a enormidade da infração reveste caracteres tais, que o sentimento geral recue horrorizado, ou se levante contra ela em violenta revolta, nem por isto essa voz deve emudecer. Voz do Direito no meio da paixão pública, tão susceptível de se demasiar, às vezes pela própria exaltação da sua nobreza, tem a missão sagrada, nesses casos, de não consentir que a indignação degenerem em ferocidade e a expiação jurídica em extermínio cruel. [...]

‘Recuar ante a objeção de que o acusado é ‘indigno de defesa’, era o que não poderia fazer o meu douto colega, sem ignorar as leis do seu ofício, ou traí-las. Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto *indigna de defesa*. Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova; e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta, não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas. Cada uma delas constitui uma garantia, maior ou menor,

da liquidação da verdade, cujo interesse em todas se deve acatar rigorosamente” (BARBOSA, 2002 p. 18-19) (Grifo no original).

Evaristo, o pai, assumiu a defesa e conseguiu a absolvição de Mendes Tavares em três júris sucessivos. Desvinculou-o da acusação de ser mandante ou participante no crime.

É curiosa a louvação feita por Evaristo de Moraes Filho à missiva escrita a seu pai, por Rui Barbosa.

Contraditório e ampla defesa, princípios decantados pelo juris-consulto e político baiano, são postulados do *liberalismo*, doutrina contestada pelo *marxismo*, do qual é adepto Evaristo Filho...

Deveras, o paradigma do *Estado Liberal* tem como princípio basilar a *legalidade*. A teoria dos três poderes, consolidada por Montesquieu, fundamenta o Estado Liberal, coíbe o arbítrio dos governantes e oferece segurança jurídica para os governados. É o Estado legalmente contido, também chamado, por isso, *Estado de Direito* (GARCIA DE LIMA, 2003, prólogo; SARAIVA, 1983, p. 8).

A Constituição brasileira de 1988 – na tradição do nosso constitucionalismo republicano – possui grande intimidade com a linha constitucional norte-americana:

A Constituição brasileira, no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, dispõe, no inciso LIV do art. 5º, que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. Essa cláusula constitucional nos veio diretamente de duas Emendas à Constituição Federal norte-americana” (MACIEL, 1998, p. 33).

Na seara marxista, diversamente, o processo penal da antiga União Soviética chegou ao ponto de partir “duma presunção de culpa que punha a cargo do arguido a prova de sua inocência” (BETTIOL, 1974. p. 317).

O escritor e dissidente soviético Alexander Soljenítsin (1918-2008), ganhador do Prêmio Nobel de Literatura em 1970, publicou o famoso livro *Arquipélago Gulag*, onde narrou terríveis atrocidades cometidas contra presos políticos em sua pátria:

Eis a relação simples entre todos estes fatos: já que é necessário acusar de qualquer maneira, são inevitáveis as ameaças,

as violências e as torturas, e quanto mais fantasiosa for a acusação, mais cruel deve ser a investigação, para obrigar às confissões. [...]

Desenvolvendo-se em espiral, as deduções da jurisprudência de vanguarda voltaram aos pontos de vista da pré-Antiguidade ou da Idade Média. Como os carrascos medievais, nossos procuradores e juízes concordaram em considerar como principal prova da culpabilidade a confissão do acusado.

“Entretanto, a ingênua Idade Média, para arrancar as desejadas confissões recorria a meios dramáticos, impressionantes: a rodana, a roda, o assador, as cavilhas e a empalação. No século XX, graças ao progresso da medicina e a uma considerável experiência carcerária (houve alguém que defendeu isso muito a sério numa tese), reconhece-se que uma tal concentração de meios, tratando-se de uma aplicação em massa, se tornaria supérflua e pesada. [...]

“O princípio da nossa instrução judicial consiste em privar o acusado até do conhecimento das próprias leis” (SOLJENÍTSIN, 1975, *passim*).

11. PENSAMENTO JURÍDICO DE EVARISTO DE MORAES FILHO

Evaristo de Moraes Filho publicou o livro *O problema de uma sociologia do direito* (1950). Sustentou que, na elaboração de uma sociologia jurídica, não se pode abandonar o elemento valorativo ou normativo do direito:

Um dos problemas capitais dessa ciência é estabelecer as relações existentes entre a normatividade social e a normatividade científica.

A função do direito é compor o conflito de interesses que existe na sociedade. Daí, a primeira característica do direito: a universalidade em relação à variabilidade dos casos históricos. Só assim o direito realizará seus ideais valorativos de segurança e de justiça.

Mas não basta a universalidade, pois é necessária, também, a positividade. A positividade supõe: exterioridade e coercibilidade.

[...] O direito não tem vida própria, encontrando-se entrosado na vida da cultura, na vida social. Participa dessas vidas, acompanhando de perto suas trajetórias históricas.

Quanto à sociologia jurídica objeto desse livro, é considerada como o estudo dos fatos jurídicos como fatos sociais, bem como a investigação dos efeitos sociais das teorias e das noções jurídicas elaboradas pela jurisprudência.

Por sua vez, a filosofia do direito é o estudo dos fins do direito, dos valores e dos ideais de justiça” (GUSMÃO, 1955, p. 181-182).

O pensamento de Moraes Filho se ajusta ao chamado culturalismo jurídico:

O direito não é uma simples realidade física ou natural (naturalismo), nem um esquema meramente formal (formalismo), mas um objeto cultural, isto é, uma realização do espírito humano, com um suporte (ou substrato) e uma significação. (MONTORO, 2000, p. 88).

Há no modelo normativo a previsão de um fato ou de um *complexo fático*, que é a base necessária à formação da hipótese.

Se, por outro lado, se enuncia uma dada consequência, declarando-a obrigatória, é sinal que se pretende atingir um objetivo, realizando-se algo de *valioso*, ou impedindo a ocorrência de *valores negativos*.

Finalmente, essa correlação entre *fato* e *valor* se dá em razão de um enlace deontico, isto é, em termos lógicos de dever ser, com que se instaura a norma.

Desse modo, verifica-se que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a *forma da regra jurídica*, é inseparável da sua *base fática* e de seus *objetivos axiológicos*: *fato*, *valor* e *forma lógica* compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito.

Quando, pois, dizemos que o Direito se atualiza como fato, valor e norma, é preciso tomar estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência *fática*, *axiológica* e *lógica* que marcam o *processus* da experiência jurídica, o terceiro momento representando a composição superadora dos outros dois, nele e por ele absorvidos e integrados.

É essa a teoria que denominamos ‘normativismo concreto’, para cujo estudo esperamos que consultem uma de nossas obras fundamentais, ‘O Direito como Experiência’.

O certo é que, enquanto para um adepto do *formalismo jurídico*, a norma jurídica se reduz a uma ‘proposição lógica’, para nós, como para os que se alinham numa compreensão concreta do

Direito, a norma jurídica, não obstante a sua estrutura lógica, assinala o ‘momento de integração de uma classe de *factos* segundo uma ordem de *valores*’, e não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera. (REALE, 1980, p. 103-104) (Grifos no original).

A sociedade enquanto conjunto de pessoas em movimento decide pelos valores que ele, formula-os como expressão histórica. Devemos compreender a cultura como um elemento capaz de impor ao sujeito o autoaperfeiçoamento. A cultura passa a ser entendida como um sistema de forças que tem objetivos éticos. A prática cultural provoca a eliminação das anomalias da vida social, e o conceito de seleção natural empregado por Darwin ganha o sentido de uma seleção ética, jurídica, religiosa, intelectual, estética, cuja orientação contraria a noção de evolução biológica. (CARVALHO, 2011, p. 82-83).

Essa linha de pensamento é adotada pela jurisprudência, como se lê em lapidar acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a mais alta Corte nacional para interpretação da lei federal:

O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, ‘há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro’. ‘Para cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert (*Les Forces Créatives du Droit*, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado’; ‘deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada’, pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta. (trecho do voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do Recurso Especial n. 196-RS. *Revista dos Tribunais*, v. 651, p. 170-173, janeiro de 1990.).

12. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. Carta a Evaristo de Moraes. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.
- BETTIOL, G. *Instituições de direito e de processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BIBLIOTECA Virtual Evaristo de Moraes Filho. Disponível em: <http://www.bvemf.ifcs.ufrj.br/producao_intelectual.htm>. Acesso em: 14 abr. 2014.

- BIOGRAFIA do advogado Evaristo de Moraes. Portal Migalhas, Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI63572,51045-Biografia+do+advogado+Evaristo+de+Moraes>> Acesso em: 16 fev.2015.
- BONAVIDES, Paulo. As quatro crises constitucionais do Brasil constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CARVALHO, José Maurício de. *Miguel Reale: Ética e Filosofia do Direito*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- DUVERGER, Maurice. *Introdução à política*. Trad. Mário Delgado. Lisboa: Editorial Estúdios Cor, 1972.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento Educacional, 1994.
- GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 1955.
- HATTON, Barry. *Os portugueses*. Trad. Pedro Vidal. 4. ed. Lisboa: Clube do Autor, 2011.
- KUMASAKA, Hiro Barros; BARROS, Luitgard O. C. *Entrevista com Professor Evaristo de Moraes Filho*. Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência - CLE, Unicamp, 8 mar. 1988. Disponível em: <http://www.cle.unicamp.br/arquivoshistoricos/Audiovisual/Depoimentos_Historal/eevaristo.pdf> Acesso em: 09 abr. 2014.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988 – Doutrina e jurisprudência. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 68, p. 33-41, 1998.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES FILHO, Evaristo de. Portal da Academia Brasileira de Letras, Biografias, Disponível em: <<http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/biografias/evaristodemoraes.htm>> Acesso em: 16 fev. 2015.

MORAES FILHO, Evaristo de. Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro – CDPB, Disponível em: <http://www.cdpb.org.br/dic_bio_bibliografico_moraesfilho.html> Acesso em: 10 fev. 2014.

MORAES, Evaristo de. *Reminiscências de um rábula criminalista*. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1989.

OAB saúda o jurista Evaristo de Moraes Filho pelo seu centenário. Portal OAB Conselho Federal, Ordem dos Advogados do Brasil, 18 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/27283/oab-sauda-o-jurista-evaristo-de-moraes-filho-pelo-seu-centenario>> Acesso em: 16 fev. 2015.

PAIM, Antônio. *O estudo do pensamento filosófico brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1979.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

REVISTA Consultor Jurídico. Direito penal não resolve desigualdade social, 5 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/entrevista-renato-moraes-filho-antonio-evaristo-moraes-filho-criminalista>> Acesso em: 16 fev. 2015.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional). São Paulo: Malheiros, 2011.

SOLJENÍTSIN, Alexander. *Arquipélago Gulag*. Trad. Francisco A. Ferreira, Maria M. Llistó e José A. Seabra. São Paulo: Difel, 1975.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y Estado de derecho. In: GARAVITO, C. R. (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 25-46.

VILLA, Marco Antonio. *Ditadura à brasileira: 1964-1985: A democracia golpeada à esquerda e à direita*. São Paulo: LeYa, 2014.

VILLAS BÔAS, Gláucia. Evaristo de Moraes Filho e a maioria dos trabalhadores brasileiros. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, jun. 2004, p. 19-32.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed., Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1993.

8

REFLEXÕES SOBRE REVELIA E PROVA NO DIREITO COMPARADO

Selma Maria Marques de Souza¹

RESUMO

A proposta que ora se apresenta tem como objetivo a abordagem de alguns aspectos dos efeitos da revelia, sobrelevando a relatividade que se lhe deve emprestar diante da necessidade, nem sempre eventual, de se prosseguir na instrução, seguindo-se preceitos constitucionais e infraconstitucionais existentes no Brasil e no exterior. Soma-se à importância da reflexão, a relevância na formação de um contraditório não limitado à tradição, em que ao Autor e ao Réu cabe a responsabilidade de provar as alegações, utilizando-se do sistema da dinamização ditado por Peyrano, no qual o magistrado deve, dentro das limitações impostas, atribuir o encargo àquele que tenha maior possibilidade de fazê-lo, buscando com esta iniciativa uma decisão justa e efetiva, o que está incorporado no novo Código de Processo Civil brasileiro.

Palavras-chave: Reflexão. Responsabilidade. Iniciativa. Decisão. Justiça.

ABSTRACT

The proposal now presented, aims at the approach of some aspects of the effects of defeat, outweighing to relativity must borrow

¹ Desembargadora do TJMG. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa. Pós-graduada em Direito de Empresas pela Universidade Estácio de Sá.

on the need, it is not always possible, to pursue education, followed by constitutional principles and existing infra-constitutional in Brazil and abroad. In addition to the importance of reflection, the relevance in the formation of an adversarial not limited to tradition, in which the author and to the defendant's responsibility to prove the allegations, using the pivoting system dictated by Peyrano, in which the magistrate must, within the limitations imposed, assign the charge to have greater opportunity to do so, seeking with this initiative a fair and effective decision, which is incorporated in the new code of Civil procedure.

Keywords: Reflection. Responsibility. Initiative. Decision. Justice.

SUMÁRIO: 1. Considerações. 2. Portugal. 3. Estados Unidos. 4. França. 5. Itália. 6. Espanha. 7. Alemanha. 8. Suíça. 9. Argentina. 10. Conclusão. 11. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES

Em analisando a prova, seus ônus e bônus, alguns exemplos devem ser considerados, em face do princípio maior e universal do direito de defesa, ainda que em primeiro momento possa ele ser considerado como opção do requerido.

Esta simples abordagem primeira é, sem dúvida, aquela que, também em um primeiro momento, pode significar precipitação no julgamento, seja pela contumácia, seja pela antecipação, devido ao convencimento prévio, o que vem expressar o liame da importância da realização de uma prova completa.

Vê-se, de início, como o vêm os italianos, que a moderna concepção, por exemplo, de ampla defesa, não se distancia do Direito brasileiro, na medida em que assimilam o espírito do art. 24 da Carta Maior com o art. 101 do Código de Processo Civil, nas interpretações de Camoglio.²

² COMOGLIO, Luigi Paolo. La Corte Constiuzionale Ed Il processo civile. *Riv. Dir. Proc. XXIII*. Padova: Cedam, 1968, p. 766. *Idem* Raporti civili (coment. CF ital. 24, I). VIGORITI, Giuseppe Branca Vincenzo. I dirittions tituzionali de lle parti nel processo civili italiano. *In*: CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio;

Não é outro o tratamento que conferem os franceses na interpretação do Código de Processo Civil, artigo 16, valendo lembrá-lo.³

E, por falar nos franceses, a garantia fundamental do cidadão, diante do poder estatal, ali só teve início com a Revolução Francesa, em 1789, pois, até então, a prova, ainda que ilícita, era admitida em favor do Estado, passando a sociedade, a partir de então, não mais tolerar, ainda que relativamente, as ofensas às integridades física e moral ali praticadas.

Naquela época, parecia ser neutro o julgador que tinha a sua atividade limitada, cultura que veio progredir para o melhor, com o segundo conflito mundial, devido à cultura política.

O professor Videira, refletindo sobre a questão, em Coimbra, ao se referir sobre princípios doutrinários que os portugueses adotam e ao Direito Processual da concorrência, mencionou o princípio inquisitório, mas elevou o contraditório, todos pela citação de Nelson Nery, na obra pesquisada.⁴

A amplitude da defesa faz pensar sobre a relatividade que se apresenta compatível com os efeitos da revelia e da confissão, havendo observações internas para serem comparadas ao direito externo.

TARUFFO, Michele (Coord). *Comentario breve al Codice di Prcedura Civile*. 6. ed. Padova: Cedam 2009, p. 350; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Contradittorio (verbete)*. Digesto delle discipline privativis che (Sezione civile), 4. ed. Torino: Utet, 1989, v. IV, n. 1 e 2, p.3 e 5 *et. seq.* Respectivamente. “Nesse sentido a doutrina italiana moderna, entendendo haver estreita ligação entre a Constituição Italiana, 24 e o CPC italiano 101, razão pela qual contraditório significa garantia de ação e de defesa para ambas as partes.”

³ CPC francês e obra citada: Art. 16. Administração da prova. p. 54 *la justice au quotidien*.

⁴ A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império: (...) VIII: Ninguém será preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contados da data da prisão, sendo em Cidades, Vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as. (*Revista dos Tribunais*, Curitiba, 2010, p. 217).

A visão de tais princípios (revelia e confissão), de forma distorcida, pode ser claudicante no processo civil interno, embora o enfoque seja para o externo, na medida em que, em sentido infraconstitucional, a lei processual civil atual, ao contrário da lei processual penal, consagra à revelia no artigo 319 (artigos 344 a 346 do CPC de 2015). A originalidade da sua redação, revelando-a como a simples falta de contestação, faz necessário salientar que não se confunde com a falta da peça material da defesa, mas se refere tão somente quanto a interpretação dos fatos, considerando verdadeiros aqueles alegados pelo autor.

Tal afirmativa, no entanto, aliada aos demais princípios constitucionais e infraconstitucionais, não expressa, por si só, o êxito do autor na demanda, mas garante, em tese, o direito aplicável.

As exceções do artigo 320 do mesmo diploma processual interno, nos seus incisos I a III – artigo 345 do CPC de 2015 –, a eles não se limita, pois o *caput* do artigo, a despeito daquelas, deve atrelamento ao princípio da relatividade, que se eleva com a conjugação de outro princípio, o da proporcionalidade, em ousada interpretação pessoal.

Quem acredita ser o autor mais que um ser humano chega a ser extremista, quando despreza a coerência, ao não compreender a aplicação da discricionariedade pelo julgador, quando não se satisfaz com os efeitos impostos no artigo 319 – artigos 356 e 357 do CPC de 2015 –, e ao processo dispõe sobre a instrução, determinando que qualquer das partes apresente as provas a serem feitas.

Tal determinação, nada mais é que a consagração do princípio da relatividade, que não se desalinha do espírito do processo moderno expressivo da dinamização, feito para consolidar o direito, por meio da efetivação da busca da verdade real.

A despeito de o atual artigo 319 do CPC interno – artigos 344 a 346 do CPC de 2015 – determinar, porque norma impositiva, o tratamento a ela despendido tem, nos dias atuais, conotação restritiva, não apenas pela faculdade que tem o juiz de instaurar a fase instrutória para que o autor comprove suas alegações, como também pela eventual possibilidade de,⁵ em aplicando o artigo 330 – artigos 355 e 356

⁵ Artigo 330 do CPCB: “O juiz conhecerá diretamente do pedido proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de

do CPC de 2015 – entender que o processo já se encontra instruído, documental o suficiente para que ele profira sentença, ainda que não em favor do autor.

Outra possibilidade que tem o magistrado no Brasil, a despeito de eventual inexistência da defesa, é decidir a lide, ainda que sem julgamento do mérito, na hipótese de carência de ação, e demais implicações do artigo 267 do CPC – artigos 485 e 486 do CPC de 2015, tornando-se relevante destacar a admissão no Código de aplicação futura do julgamento parcial de mérito.

2. PORTUGAL

Para os portugueses, há o artigo 483 do Código de Processo Civil português, cujas considerações de José Lebre de Freitas, A. Montalvão Gonçalves e o Professor Rui Pinto, após tratarem da nulidade de citação, conferem ao mencionado dispositivo o sentido da inexistência da interpretação dúbia da revelia pelo fato de que revel é aquele que não apenas apresenta qualquer peça de resistência, mas aquele que, embora a apresente materialmente, não refuta as alegações impostas.⁶

Não há de ser confundida a relatividade da revelia para fins da não aplicação da confissão absoluta da veracidade dos fatos articulados pelo autor, com os efeitos da revelia relativa. Ela, para os coirmãos, acontece quando o réu, embora não conteste a ação dentro do prazo da defesa, intervém no processo “[...] ainda que seja apenas para constituir, por procuração, mandatário judicial, escolher domicílio para notificação ou apresentar um documento que não possa valer como contestação”.

Impossível deixar de dar enfoque ao tema, levando em conta os efeitos relativos da revelia aqui considerados, ao que os portugueses denominam, sob a análise do artigo 484 do seu Código de Processo Civil, efeito cominatório “semplesse, em oposição ao efeito cominatório

direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia.”

⁶ PINTO, Rui; FREITAS, José lebre de; MACHADO, A Montalvão. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 2, p. 288-290.

pleno, que vigorou até a revisão do texto ocorrida em 1995/1996, nos processos sumários e sumaríssimos”.

3. ESTADOS UNIDOS

Para os georgianos, exemplificando, a inexistência de contestação “tem o mesmo efeito de uma declaração de culpabilidade, no que diz respeito à sentença no processo penal, mas não pode ser considerada como admissão de culpabilidade para quaisquer outras finalidades.”⁷

4. FRANÇA

O Direito francês, ultrapassando as ordenações que distinguiam a falta de comparecimento da falta da defesa – o reinado de Felipe – “aboliu as medidas coercitivas e restritivas impostas por influências normativas (multa, sequestro, confisco de bens etc.)” – passou a desprezar as chamadas revelia imutável e contumácia imediata e adotar o regime de perda de ação pelo réu que não comparecesse três vezes. Ao autor, se falhasse, por meio do seu advogado, era-lhe norma imposta no artigo 154 do CPC/22, revogado pelo decreto datado de 1935.

Apesar da revogação anotada, o sistema francês vigente admite que o réu anule a citação via justificação, como acontece nos primeiro e segundo graus, até a fase de cumprimento de sentença.⁸

5. ITÁLIA

Retornando ao externo, vale anotar o entendimento de parte da doutrina italiana que não atende a interpretação julgamento sem mérito, pois, para os adeptos, qualquer encerramento de processo é mérito.

No que pese o respeito pelos doutrinadores italianos que assim pensam, por exemplo, Fazzalari, na nossa cultura processual, não se pode adotar tal assertiva, na medida em que o conceito de sentença

⁷ COMUNICADO N. 4 the University of Georgia itjp/2010.

⁸ MOREL, René. *Traité élémentaire de procédure civile*. Paris: Recueil Sirey, 1949, p. 5.

(decisão de primeiro grau) é claro quando o artigo 459 do CPC a contextualiza com ou sem mérito.⁹

Quanto à contumácia imediata, admitem-na apenas na fase inicial do processo. Pode-se afirmar, inspirados por Carnellutti, que conscientiza a todos da importância da obrigatoriedade de audiência preliminar no juízo instrutório, sistema processual nesta parte semelhante ao francês. Também lembra que da apresentação das partes no referido juízo instrutório só pode haver ausência e não mais contumácia (ver artigos do Código revogado, 1940; e artigo 115 da Lei 69/2009), embora ali exista também o sistema de justificação.¹⁰

Conforme Matirolo (1903), não existe disciplina efetiva sobre a matéria (ver artigo 293 do Código de Processo Civil, que trata da contumácia como efeito preclusivo),¹¹ no seu país.

Vê-se também que o próprio Código de Processo Civil italiano, no art. 423, impõe a possibilidade interpretativa favorável de que ao magistrado é possível antecipar a tutela pedida pelo autor, diante do silêncio do réu, o que significa dizer que também em certos casos não há parcimônia em aplicar efeito absoluto e não relativo, à revelia.¹²

⁹ Artigo 459 do CPCB: “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.”

¹⁰ MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 1996, v. I, p. 157-158. “Proprio in virtù de questa capacità espansiva, al principio del contraddittorio deve esse rericosciuto um ruolo centrale, diinsopprimibile strumento di garanzia e diattuazione del diritto costituzionale di difesa, da esplicare non soltanto a favore delle parti costituire in ogni fase del processo ma anche sai ppure entro limiti necessariamente pui ristretti, a tutela della parte contumacer del diritto di quest’ultima dia vere conos senza d ideterminati atti del processo ai fini Del possibile, successivo esercizio del diritto difesa (v.l’art.292, CPC, nonché Le sentenzadella Corte costituzionale. 250 del 1986 e 317 del 1989 in tema dinotificazione AL contumace de verbale in cui si dá alto del la produzione di scrittura privata non indicata in atti alto stessonotificati in precedenza(vol.II, parágrafo 75).

¹¹ MATIROLLO, Luigi. *Tratatto di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1903, v. 3, p.810-811.

¹² MOUTINHO, Felipe M. Cordeiro. *Academia Brasileira de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.abdcp.org.br/abdcp>>.

Não é dado, porém, inobservar a especialidade da apreciação da prova no direito do trabalho, à análise efetiva das impugnações e seus efeitos.¹³

6. ESPANHA

Os espanhóis, envolvidos com a rebeldia na contumácia, convergem aos espíritos franceses e italianos, prevendo audiências, até a sua junção com o modelo português.

Com a evolução dos tempos, que permite lembrar fatos históricos, o Direito dos espanhóis passou a admitir o comparecimento tardio das partes, o que vem elucidado por Gisele Leite, à lembrança dos artigos 499 e 500 do diploma adjetivo.

7. ALEMANHA

Os alemães rendem-se aos efeitos da revelia a *ficta confessio*, embora também observem os efeitos dos debates obrigatórios em audiência, com efetivação “garantista”.¹⁴

8. SUÍÇA

Na Suíça, a valorização da citação efetiva não impede a aplicação da contumácia, que admite reversibilidade, ficando ela mitigada em face de existência dos artigos 136 e 140 do Código de Processo Civil de Genebra, à semelhança (repete-se a fonte) do sistema de Direito europeu.¹⁵

9. ARGENTINA

Os argentinos consideram contumaz aquele que é ausente do processo até o final, ainda que haja pluralidade de réus e apenas um

¹³ PISANI, Andrea Proto. *Lezionidi diritto processual e civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 910-911.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, Janes, mencionado no recente trabalho anteriormente referido, p. 18.

¹⁵ Nota 50. Trabalho citado. JOFRE, Tomas. *Manual de procedimientos*. Buenos Aires: La Ley, 1941, v. I.

não conteste a ação, e que tem a revelia declarada por solicitação das partes.¹⁶

10. CONCLUSÃO

De todo o contexto abordado, o sistema brasileiro é compatível com os demais externos, ainda que não totalmente, na medida em que admite o reconhecimento da verdade do autor pelo silêncio do réu, quanto ao fato alegado na peça inicial, preservadas a lealdade processual e a ampla defesa, permitindo ao réu revel acompanhar o processo sem nele intervir até a formalização do interesse por meio do representante legal.

A partir de então, e, como também afirmado, permite ao juiz julgar ou não o processo naquele estado e ou prosseguir na instrução, dinamizando-o, seguindo Peyrano, teoria institucionalizada no novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei 13.105/2015 – artigo 357, III – a vigor a partir de março de 2016 .

Apesar de, em certas situações, serem considerados a confissão e o fato notório como independentes de provas, regra explícita do artigo 334, I, do Código de Processo Civil brasileiro – artigo 374, I, do CPC de 2015 –, à semelhança do artigo 115 do Código de Processo Civil italiano, com as regras de experiência não se confundem, pois elas são especiais e inerentes ao conhecimento e a vivência de cada magistrado.

Exemplos poderão ser tomados para se constatar a relevância da prova ou a relatividade da interpretação dos elementos que se lhe possam emprestar, o que vem a contrastar com o objeto da reflexão em torno da significância da aplicação dos princípios da relatividade e da proporcionalidade na dinamização do processo, buscando uma decisão justa e efetiva.¹⁷

11. REFERÊNCIAS

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Contradittorio (verbete)*. Digesto delle discipline privativis che (Sezione civile). 4. ed. Torino: Utet, 1989, v. IV, n. 1 e 2.

¹⁶ Artigos 188 e 191 do CPC argentino.

¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele *apud* MARI-
NONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista
dos Tribunais, 2009, , p. 113.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Corte Costituzionale Ed Il processo civile. Riv. Dir. Proc. XXIII*. Padova: Cedam, 1968.
- COMUNICADO N. 4 the University of Georgia itjp/2010.
- JOFRE, Tomas. *Manual de procedimientos*. Buenos Aires: La Ley, 1941, v. I.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MATIROLLO, Luigi. *Tratatto di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1903, v. 3.
- MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 1996, v. I.
- MOREL, René. *Tratité elementaire de procedure civile*. Paris: Recueil Sirey, 1949.
- MOUTINHO, Felipe M. Cordeiro. *Academia Brasileira de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.abdcp.org.br/abdcp>>.
- PINTO, Rui; FREITAS, José lebre de; MACHADO, A Montalvão. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 2.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezionidi diritto processual e civile*. Napoli: Jovene, 1994.
- REVISTA dos Tribunais. Curitiba, 2010.
- VIGORITI, Giuseppe Branca Vincenzo. I dirittions tituzionali de lle parti nel processo civili italiano. In: CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele (Coord). *Comentario breve al Codice di Pcedura Civile*. 6. ed. Padova: Cedam 2009.

9

ALGUMAS FALHAS E INADEQUAÇÕES DO ESTATUTO DE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Tarcísio José Martins Costa¹

RESUMO

É incontestável que a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) representou um grande avanço no desdobramento evolutivo do Direito brasileiro, em consonância com a moderna normativa internacional. Ao longo deste estudo, apontamos alguns pontos que devem ser revistos numa futura reforma, constatados em mais de 20 anos de vigência, visando o seu aperfeiçoamento: omissão quanto à definição dogmática de ato infracional grave; liberação compulsória aos 21 anos, mesmo sem o cumprimento da medida aplicada; prazo máximo de internação de apenas 3 anos, ainda que negativo o laudo psicológico; ausência de disciplina quanto ao tratamento dispensado ao infrator psicopata ou por instinto. Tudo isso a gerar inconcebível impunidade e fortalecer os defensores do inadmissível retrocesso da redução da idade penal, para 16 ou 14 anos.

¹ Desembargador. Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte. Ex-Conselheiro da *Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse e de la Famille* (Genebra). Autor do *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, *Adoção Transnacional* e *A Idade da Responsabilidade – Um enfoque sociojurídico da incapacidade Penal do Menor*.

ABSTRACT

There is no doubt that the Law 8.069 / 90 (Statute of Children and Adolescents), represented a major breakthrough in evolutionary offshoot of Brazilian law, in line with modern international norms. Throughout this study, we point out some points that should be reviewed in a future reform, noted in more than 20 years of existence, aiming its improvement: omission regarding the dogmatic definition of serious offense; compulsory release at 21, even without the compliance of the applied measure; maximum period of stay of only three years, although negative psychological report; lack of discipline on the treatment of the psychotic offender or by instinct. All this to generate inconceivable impunity and strengthen the defenders of the unacceptable setback reducing the penal age to 16 or 14 years.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Omissão quanto ao procedimento do conselho tutelar relativo à criança infratora. 2.1. Prazo máximo de internação de três anos. 2.2. Reavaliação no prazo máximo de seis meses. 2.3. Liberação compulsória aos 21 anos. 2.4. Impossibilidade de aplicação da internação ao adolescente que pela primeira vez venha cometer infração grave, sem violência ou ameaça contra pessoa. 3. A Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Omissão quanto ao tratamento dispensado ao adolescente psicopata. 5. Liberdade assistida e semiliberdade. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ninguém desconhece que o Estatuto da Criança e Adolescente, a despeito de ter representado um enorme avanço no desdobramento evolutivo do Direito brasileiro, está paulatinamente caindo no descrédito de nossa população, até mesmo de juristas de renome e de pessoas cultas, em razão não só de um processo de generalizada desinformação a seu respeito, mas também por apresentar algumas lacunas e imperfeições graves.

Estamos convencidos de que a demora na sua revisão, notadamente da Seção VII – Da Internação – artigos 121 a 127 – culminará por acarretar graves consequências, notadamente o retrocesso da redução da idade penal, fruto de uma irresistível pressão da opinião

pública sempre desejosa de medidas mais drásticas. Basta lembrar que, na ampla pesquisa de opinião realizada junto à magistratura nacional, constatou-se que 75% dos juizes brasileiros são favoráveis à redução da idade para efeito de imputação penal.

O Instituto Vox Populi, na pesquisa encomendada pela Confederação Nacional dos Transportes – CNT, divulgada nos idos 1999, ainda sob o impacto das frequentes rebeliões ocorridas na extinta FEBEM de São Paulo, revelou que nada menos do que 84% dos entrevistados desejam que os menores de 16 anos respondam criminalmente pelos atos infracionais praticados. Naquela oportunidade, foram recolhidas, num só dia, 26,2 mil assinaturas em prol da redução da maioridade penal dos atuais 18 anos para 14 anos. O resultado da campanha, ao que se sabe, foi anexado a um pedido para que a Câmara dos Deputados e o Senado revejam a legislação.

Recentemente, com a morte brutal do adolescente Victor Hugo Deppman, vítima de um tiro deferido por um menor assaltante, no portão da casa onde morava com a família, na zona leste de São Paulo, a discussão sobre a redução da idade penal hoje voltou à baila. Segundo dados da pesquisa Datafolha, realizada em abril de 2013, 93% das pessoas ouvidas se manifestaram favoráveis à medida, 6% contrariamente e 1% não tem opinião formada.

Como enfatizou o saudoso Des. Alyrio Cavallieri, em depoimento prestado na audiência pública realizada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 10 de novembro de 1999, convocada para discutir a PEC n. 171/93 e emendas apensadas, que alteram o art. 228 da Constituição da República, objetivando a redução da maioridade penal:

Para manter o ideal da idade de 18 anos para responsabilidade penal é necessário oferecer algo à comunidade acossada pela violência e que emite pedidos de socorro desesperados. Os defensores do Estatuto têm que se conscientizar de que não conseguirão salvar o patrimônio cultural da manutenção da idade com discursos teóricos irrealísticos. A solução está em oferecer ao povo, sobretudo aos seus representantes, os Parlamentares, algo de sensível – uma lei que enfrente a delinquência juvenil de forma consistente.

Diferentes congressos organizados por entidades da área, entre outras, a *Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse e*

de la Famille, e sediada em Genebra, e Associação Internacional Mercosul dos Juízes da Infância e da Juventude, reunindo representantes de mais de 60 países, sempre se manifestaram contra a redução da idade penal. Desde 1993, centenas de juízes e promotores de justiça, em Congresso Nacional, realizado em Curitiba, organizado pela Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude, que à época contava também com a participação do Ministério Público, decidiram, à unanimidade, pela revisão e aprimoramento do Estatuto, posicionando-se contra a redução da idade penal.

A seguir, apontamos algumas lacunas e falhas da Lei n. 8.069/90 (ECA), que, caso não sanadas, culminarão no grave retrocesso da redução da idade.

2. OMISSÃO QUANTO AO PROCEDIMENTO DO CONSELHO TUTELAR RELATIVO À CRIANÇA INFRATORA

De acordo com o art. 105 – – 0 Estatuto divide os menores em dois grupos: crianças até 12 anos e adolescentes de 12 a 18 anos incompletos (art. 2º). As crianças que cometem atos infracionais não são submetidas à autoridade judicial, mas encaminhadas aos Conselhos Tutelares, constituído por pessoas leigas (art. 171).

Sabe-se que o Estatuto não prevê nem mesmo a aplicação de uma simples advertência à criança infratora, ainda que da maior gravidade o ato infracional por ela praticado. Além disso, os abrigos são instituições abertas, transitórias, não implicando privação de liberdade (art. 92 e 101). Bem por isso, o tráfico está recrutando crianças cada vez mais novas. Veja-se recente pesquisa da OIT, segundo a qual 27% dos que ingressaram no tráfico o fizeram quando tinham de 10 a 12 anos.

É preciso, portanto, suprir essa lacuna e traçar o procedimento a ser seguido pelos Conselhos Tutelares, nos casos de infrações graves cometidas por menores de 12 anos de idade e aplicações de sanções de caráter pedagógico.

Além do mais, ressoa flagrante a inconstitucionalidade dos dispositivos que subtraem a apreciação das lesões praticadas por crianças, porquanto o art. 5º, XXXV, da Constituição, dispõe com todas as letras que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

ameaça a direito”. Embora praticado por criança, o crime é irremediavelmente lesão ou ameaça a direito.

Note-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente não dedica um único dispositivo sobre como deve o Conselho Tutelar proceder, em relação às crianças que lhes são encaminhadas por envolvimento em ato infracional (leve ou grave). Entretanto, se ela tiver mais de 12 anos, será encaminhada ao Juizado, entregue a delegado, promotor, advogado, juiz – todos profissionais do Direito – e o mesmo Estatuto lhes fornece 19 artigos, 20 parágrafos e 16 alíneas ensinando-lhes como proceder.

2.1 Prazo máximo de internação de três anos

O art. 121, § 2^a, dispõe que a medida da internação não comporta prazo determinado. A sua vez, em total contradição, o § 3^o estatui que, em nenhuma hipótese, o período máximo de internação excederá a três anos.

Tomemos, neste particular, o exemplo multicitado pelo saudoso Des. Moacir Danilo Rodrigues, ex-juiz de Menores de Porto Alegre, que se repete com frequência, do adolescente que praticou uma infração penal reveladora de extrema periculosidade e que seja imperiosa a sua internação. Submetido a sucessivas perícias semestrais, devido ao intenso risco que representava, mesmo, assim, foi desinternado, porque embora o § 2^o do art. 121 expresse que a medida não comporta prazo determinado, o § 3^o, é imperativo ao determinar a liberação com três anos de internação.

Portanto, findo o período de três anos, ainda que negativo o laudo técnico apresentado, o adolescente perigoso ganhará forçosamente a liberdade, mesmo que se saiba de antemão que voltará a matar, roubar ou estuprar.

O prazo determinado é antipedagógico. Assemelha-se à pena criminal, desestimulando a adoção de comportamento adequado.

Daí a importância de se facultar ao juiz, em casos excepcionais, envolvendo adolescentes de maior periculosidade, prorrogar a internação, além dos três anos, ouvidos o Ministério Público e a equipe interdisciplinar, assegurada a ampla defesa.

É importante observar que o Código de la Niñez y Adolescencia, do Uruguai, de 1997, inspirado nos mesmos princípios que nortearam o Estatuto, foi bem mais rigoroso ao fixar o limite da medida privativa de liberdade em cinco anos.

Assim, persistindo a grave deformação e não recomendada a progressão pela equipe interdisciplinar, a prorrogação do tempo de internação, pelo menos, por mais um ou dois anos, é medida que se recomenda, de sorte a não exceder a cinco anos, tal como previsto no Código uruguaio.

Dessa a forma, estaremos seguindo a diretriz traçada pela melhor doutrina, quanto à indeterminação da medida de internação, acolhida, em parte pelo próprio Estatuto, ao dispor no § 2º do art. 121, que a internação não comporta prazo determinado, devendo ser reavaliada a cada seis meses.

De qualquer sorte, deverá ser obedecida rigorosa separação por critérios, além da idade e compleição física, pela gravidade da infração, tal como determina o art. 123 do ECA.

2.2 Reavaliação no prazo máximo de seis meses

O mesmo art. 121 estatui que a manutenção da medida de internação deverá ser reavaliada, em decisão fundamentada, a cada seis meses.

A nosso ver não é crível que uma personalidade gravemente deformada possa se estruturar em tão curto espaço de tempo.

De certa feita, uma viúva, inconformada, esbravejava nos corredores do Juizado de Belo Horizonte contra a soltura de um adolescente que, por motivo fútil, assassinou seu marido. O autor do ato infracional, na sua primeira reavaliação, que resultou favorável, obteve a liberação em apenas seis meses. De acordo com a pobre mulher, ele é traficante de drogas e dias depois estava armado, ameaçando-a de morte.

Em lugar nenhum do mundo, mesmo onde predominam os princípios da despenalização, da descriminalização, do Direito Penal Mínimo e do Direito Socioeducativo Juvenil, quem mata por motivo fútil ou torpe, à traição ou com requintes de crueldade, maior ou menor de idade, não permanece institucionalizado por apenas seis meses. Sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e de seus familiares, tal resposta, além de injusta e inadequada, configura verdadeira impunidade. Para o adolescente infrator uma incompreensível e prejudicial liberalidade, a

comprometer seu próprio futuro, pois quase sempre voltará a delinquir. Ao completar 18 anos, caso isso ocorra, culminará por receber uma condenação criminal e cumprir pena em uma penitenciária, escola de criminalidade, onde passará a conviver com criminosos empedernidos. Como já enfatizado, não é crível que irá se estruturar em tão pouco tempo, mesmo porque inexistente processo educativo a prazo fixo.

2.3 Liberação compulsória aos 21 anos

Segundo o art. 121, § 5º, a liberação do adolescente é obrigatória aos 21 anos de idade. Seguindo-se o raciocínio anterior, desconsidera-se completamente a ressocialização.

No Juizado de Belo Horizonte, em obediência ao comando dos §§ 3º e 5º, do art. 121, este prevendo a liberação compulsória aos 21 anos, tivemos, por diversas vezes, de determinar a liberação de adolescentes com grave desvio de personalidade. Inclusive, a de um jovem autor de quatro homicídios. Aplicada a medida socioeducativa da internação, poucos dias depois o adolescente fugiu do Centro de Integração do Adolescente – CIA, situado em Sete Lagoas, a 60 Km de Belo Horizonte. Apreendido três anos depois da fuga, foi recambiado para a mesma unidade, onde permaneceu menos de um mês, até os 21 anos de idade.

Em Santa Rita do Sapucaí – MG, há alguns anos, um inconformado juiz, de certa feita, teve de liberar compulsoriamente um jovem adulto, autor de um gravíssimo homicídio. O rapaz, que fugiu logo após a prática do ato infracional, foi apreendido sete dias antes do aniversário. Permaneceu internado durante uma semana e foi festejar os seus 21 anos e a sua liberdade no bar da esquina.

Caso o adolescente não fosse liberado, o magistrado poderia ser submetido à pena de prisão de 6 meses a 2 anos, de conformidade com o art. 235 do Estatuto.

2.4 Impossibilidade de aplicação da internação ao adolescente que pela primeira vez venha cometer infração grave, sem violência ou ameaça contra pessoa

Outra falha da maior gravidade apontada pelos especialistas, especialmente os que se engajam no tratamento das dezenas de casos

concretos surgidos no dia a dia dos Juizados da Infância e da Juventude das grandes capitais, é a impossibilidade jurídica da aplicação da medidasocioeducativa da internação ao adolescente que pela primeira vez venha cometer um ato infracional grave, porém sem violência ou grave ameaça contra pessoa (ECA, art. 122, I e II).

É importante ressaltar que o Estatuto se omitiu quanto à definição do que seja ato infracional grave, deixando de incluir o tráfico de drogas, considerado crime hediondo, a gerar inconcebível impunidade.

A propósito, tem sido citado, com frequência, o exemplo do adolescente que foi preso pela polícia portando um fuzil AR 15, trazendo consigo quilos de cocaína. Uma vez julgado, não lhe foi aplicada a medidasocioeducativa da internação, isto porque o art. 122 dispõe que só poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Consagrados intérpretes consideram o rol taxativo, portanto, incabível a aplicação da medida extrema fora dele.

Acrescento mais dois casos vivenciados no Juizado da Infância de Belo Horizonte. À luz do dispositivo enfocado também não poderia ser aplicada a medida da internação a dois adolescentes, sem registro do cometimento de outras infrações graves, que durante a noite, mediante arrombamento, subtraíram um lote de substâncias psicotrópicas destinado ao hediondo comércio das drogas. E mais. Ainda destruíram o dispensário do hospital. Da mesma forma, aos três adolescentes que invadiram e saquearam uma escola, no período noturno, culminando por atear fogo em duas salas de aula.

Situações semelhantes, como bem ponderou o Des. Níveo Geraldo Gonçalves, ex-juiz da Infância e da Juventude do Distrito Federal, no citado Congresso de Curitiba,

[...] têm gerado tratamentos incompletos, até mesmo verdadeira impunidade, avolumando-se o envolvimento dos adolescentes em condutas graves, como latrocínio, o homicídio e o estupro.

Estes fatos têm levado a população de nosso país a desacreditar no Estatuto da Criança e do Adolescente e até mesmo grandes juristas e magistrados cultos.

O juiz aposentado Judá Jessé de Bragança Soares, ex-diretor do DEGASE, órgão da Secretaria de Justiça do Rio de Janeiro, encarregado de supervisionar estabelecimentos de infratores, há alguns anos, chegou a impetrar *habeas corpus* em favor de adolescentes traficantes internados com base no art. 122 do Estatuto, ao sustentar a inconveniência da internação em caso de tráfico de tóxicos. Contrapõe que não houve o alegado cochilo da lei, não podendo os críticos do dispositivo em evidência invocar o direito alternativo ou fazer uma interpretação extensiva do sentido de violência ou grave ameaça.

3. A SÚMULA 492 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recentemente, com a edição da Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça, ao estatuir que “O ato infracional análogo ao tráfico, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de media socioeducativa de internação ao adolescente”, reacenderam-se as discussões sobre a matéria, especialmente tendo em conta que a grande maioria dos atos infracionais atribuídos a adolescentes está, direta ou indiretamente, ligada ao tráfico.

Com efeito, a teor da jurisprudência do STJ, consolidada na súmula em referência, a internação há que se amoldar às hipóteses taxativamente previstas nos incisos I, II e III, do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a segregação do adolescente é medida extrema, devendo ser aplicada e mantida somente quando evidenciada sua necessidade, em observância ao espírito do Estatuto, que visa à sua reintegração à sociedade.

E mais, segundo emerge do HC 186.950/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28.06.2011 e publicado no *DJe* de 01.08.2011:

[...] III. Em que pese o ato infracional praticado pelo adolescente – equiparado ao crime de tráfico de drogas – ser revestido de alto grau de reprovação, tal conduta é desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa.

[...]

V. Consoante entendimento pacífico desta Corte Superior, a reiteração, para efeitos de aplicação da medida de internação, não se confunde com a reincidência, sendo necessária a prática de, ao menos, três atos anteriores para a aplicação da medida de internação.

VI. Deve ser reformada a sentença [...], afastando-se a aplicação de medida socioeducativa de internação, e permitindo que o adolescente aguarde tal desfecho em liberdade assistida.

IV. Não se admite a aplicação de medida mais gravosa com esteio na gravidade genérica do ato infracional ou na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, mesmo se levando em conta a quantidade de entorpecente apreendida.

Depois de lidar com centenas e centenas de adolescentes envolvidos no tráfico, por mais de dez anos, quando titular da Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, entendo também que o ato infracional análogo ao tráfico, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação ao adolescente. Entretanto, todas as demais circunstâncias que envolvem a sua prática não podem deixar de ser sopesadas pelo julgador. Daí a expressão por si só contida na súmula.

Não tenho dúvidas de que, no exemplo acima citado, do adolescente preso pela polícia portando, além de quilos de cocaína, um fuzil AR 15, caso aplicada simplesmente a letra fria da lei, mesmo porque o legislador estatutista nem sequer se preocupou em definir ato grave, a ele, em princípio, não se poderia aplicar a medida da internação, isto porque, em face da lacuna da lei, não estariam delineadas as taxativas hipóteses alistadas nos incisos I, II e III do artigo 122. Todavia, a absurdez da situação salta aos olhos, a impor a alteração do dispositivo enfocado.

Finalmente, não se pode esquecer, no que diz respeito à figura típica conhecida como tráfico de entorpecentes, que o legislador, a despeito da inexistência do emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa, considera o crime de natureza grave ao prescrever pena de reclusão. E mais. Trata-se de crime hediondo. Recorde-se, por importante, que a internação, no caso de tráfico de tóxicos, visa, frequentemente, além da garantia da ordem pública, a própria proteção pessoal do adolescente. De mais a mais, não se pode fechar os olhos à realidade

do tráfico e do consumo de drogas nas favelas e bairros periféricos das grandes e médias cidades, que chegou a mudar a própria geografia do crime, transformando-se no principal ingrediente das chacinas de crianças e adolescentes, ocorridas nas áreas mais miseráveis.

Em 2010, de acordo com os dados divulgados pela Vara Infracional de Belo Horizonte (SEPI – Setor de Pesquisa Infracional), 9.864 adolescentes foram apreendidos na capital mineira e encaminhados ao Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Atos Infracionais. Desse total, 2.182 foram detidos por tráfico de drogas (27,2%) e 1.483, por uso, totalizando 47,7% dos atos infracionais. Os furtos (855) e roubos (619), quase sempre vinculados à droga, representaram, respectivamente, 10,7% e 7,7%. Por outro lado, os homicídios consumados (32) e tentativas (24), representam, respectivamente, 0,41% e 0,3%. Os estupros, 18 casos (0,2%). Chega-se à conclusão que o envolvimento com a droga é responsável pelo vertiginoso aumento da delinquência juvenil. O relatório aponta, ainda, que 66% dos adolescentes com passagem pelo CIA-BH são usuários de maconha.

Em São Paulo, segundo dados oficiais divulgados em 2013, nove mil e dezesseis (9.016) adolescentes em atendimento na Fundação Casa, em todo o Estado, apreendidos pela prática de atos infracionais, estavam assim distribuídos quanto à natureza da infração: 41,85% tráfico de drogas, 44,1% roubos, 1,9% furtos, 0,6% homicídios, 0,9% latrocínios e 9,6% pela prática de diversos outros atos.

Em estados como Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Bahia e Pernambuco o tráfico avança também em ritmo acelerado. Na verdade, ninguém desconhece a relação entre o tráfico e uso de drogas com os crimes contra o patrimônio, roubo e o furto, especialmente.

Para que se tenha uma ideia da dimensão e gravidade do problema, de acordo com dados coligidos pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (Undoc), o monstruoso comércio internacional de drogas fatura, anualmente, US\$ 1 trilhão, tendo o Brasil, na América latina, transformado-se na principal rota de distribuição do produto oriundo dos cartéis bolivianos e colombianos.

A sua vez, o 2º Levantamento Nacional de Políticas Públicas de Álcool e Drogas (Lenad), realizado pelo Instituto Nacional de Políticas Públicas de Álcool e Drogas, da Universidade de São Paulo (USP), revelou números assustadores. Nosso País já é o segundo maior

mercado consumidor mundial de cocaína e derivados, com 20% do mercado global, e o maior mercado de *crack*: um (1), em cada cem (100) adultos, consumiu *crack* no último ano; um (1), em cada quatro (4) usuários da droga, consome mais de duas vezes por semana; 45% dos consumidores experimentaram a droga antes dos 18 anos; 67% dos usuários começaram a fumar maconha entre 12 e 17 anos e 1,5% com menos de 12.

Lado outro, os chefes do tráfico, cada vez se mostram mais ousados, implantando gente sua nas portas e, até mesmo, dentro das escolas, a fim de aliciar meninos de oito, dez ou mais anos de idade.

4. OMISSÃO QUANTO AO TRATAMENTO DISPENSADO AO ADOLESCENTE PSICOPATA

Consideramos também insatisfatória a resposta da Lei n. 8.069/90 à situação dos inúmeros adolescentes psicopatas, autores de atos infracionais gravíssimos. A medida protetiva de requisição de tratamento psiquiátrico, prevista no art. 101, V, do ECA, neste particular, necessita de uma disciplina própria, indispensável à proteção do adolescente infrator, de seus familiares e da sociedade.

Sugerimos que, em qualquer fase do cumprimento da medida, evidenciado o estado mental patológico do adolescente, a colocar em risco a sua própria incolumidade física ou a de outros, se faculte ao juiz decretar o seu recolhimento em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, na sua falta, em outro estabelecimento dotado de características hospitalares, se tal providência for considerada indispensável para fins de tratamento curativo. A internação hospitalar, em casos excepcionais, desde que recomendada por especialistas, poderá ser substituída por tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de um ano e máximo de três, conforme previsto pela lei penal no caso de aplicação da medida de segurança (Código Penal, art. 97, § 1º).

5. LIBERDADE ASSISTIDA E SEMILIBERDADE

Quanto às medidas da semiliberdade e da liberdade assistida, entendemos que deveriam ser aplicadas obrigatória e alternativamente, como forma de transição para o meio aberto, aos adolescentes que cumpriram a medida socioeducativa da internação, por infração grave.

Isto porque, como bem observa Aldo de Assis Dias, “não há tratamento do menor infrator sem os cuidados de seus dois pólos: observação e classificação, cuidados de transição e reinserção em meio livre (semiliberdade e ‘*after care*’).” Além do mais, inexiste no Direito do Menor, atual Direito da Criança e do Adolescente, o instituto do livramento condicional, benefício em virtude do qual o apenado tem o cumprimento de sua pena interrompido, obtendo a liberdade mediante certas condições. Assim, uma vez cumprida a internação e obtida a liberação, mediante reavaliação favorável, o adolescente autor de um homicídio, estupro ou latrocínio não poderá simplesmente ser colocado em liberdade, sem qualquer acompanhamento, tal como admitido no § 4º do art. 121 do ECA. Deverá passar, obrigatoriamente, por um período de acompanhamento, sob orientação psicológica, o que, por certo, contribuirá para a sua recuperação e, via de consequência, para a redução dos elevados índices de reincidência que se observam entre os egressos das instituições juvenis.

6. CONCLUSÕES

Além da correção das falhas apontadas, visando o aprimoramento do diploma em vigor, estamos preconizando, como reforma de maior profundidade na área da criminalidade juvenil, a adoção de um tratamento diferenciado para os diversos grupos etários, dentro do próprio marco estatutista.

Como se sabe, a natureza não dá saltos (*natura non facit saltus*). O ser humano, pouco a pouco, vai se diferenciando, evoluindo, amadurecendo, tornando-se mais reflexivo. Assim, não nos parece adequado dispensar ao adolescente entre 16 e 18 anos o mesmo tratamento conferido a um menor de 12, 13 ou 15 anos de idade. Admitindo-se graduações, repita-se, dentro do próprio marco estatutista, além de um contraponto ao gravíssimo retrocesso da redução da idade penal, estaremos encaminhando uma solução em bases muito mais realistas e justas, sem qualquer alteração na idade da capacidade penal prevista no art. 228 da Constituição Federal. Portanto, sem mexer na inimputabilidade.

Defendemos, intransigentemente, que os menores de 18 anos de idade continuem, como hoje, inimputáveis, não só por um imperativo de política criminal, mas por sua notória incapacidade de agir pensada

e refletidamente, conforme unanimemente reconhecido por renomados psicólogos.

Por outro lado, o estabelecimento de um tratamento especial e diferenciado para o jovem entre 16 e 18 anos, autor de ato infracional de maior gravidade, implica em uma resposta correta aos clamores da opinião pública, compreensivelmente assustada com o aumento da delinquência juvenil. Como tivemos oportunidade de observar no editorial do *Abraminj Informativo*, n. 11/12, sob o título A Reforma do Estatuto e a Redução da Idade Penal:

A situação exige medidas eficazes e realistas, e não o simples paliativo de uma lei de execuções de medidas sócio-educativas, que embora necessária, sequer tangencia as sérias objeções formuladas por renomados especialistas. Se a medidasocioeducativaé também um instrumento de defesa social, o Estatuto não pode deixar de conciliar os direitos individuais indisponíveis, como a segurança e a vida, cada vez mais ameaçados também por adolescentes, com os princípios da brevidade e excepcionalidade que presidem a aplicação da medida extrema da internação.

Como base desse tratamento especial, seriam levados em conta, além da faixa etária, a maior gravidade do ato infracional cometido. Assim, caso imputado um ato infracional considerado de maior gravidade pelas circunstâncias do fato e condições pessoais a um adolescente entre 16 e 18 anos incompletos, revelador de grave deformação de personalidade, atingido o atual limite máximo de três anos de internação, tal como previsto no § 3º do art. 121 do ECA, sem que tenha sido revogada a medida, o juiz poderá em decisão fundamentada prorrogá-la por mais um ano. Na prática, a sua duração a não excederá a cinco anos, pois caso cometido o ato infracional aos 16 anos de idade, depois de cinco anos o adolescente terá completado 21 anos.

Todavia, uma vez completada a maioridade se ainda for contraindicada a revogação, por representar o jovem adulto uma ameaça à paz social e garantia da ordem pública, sugerimos a aplicação do disposto no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Penal: “O menor que completar 21 anos sem que tenha sido revogada a medida de internação, será transferido para colônia agrícola ou para instituto de trabalho, reeducação ou de ensino profissional, ou sessão especial de outro

estabelecimento, à disposição do Juiz criminal”. A permanência na instituição destinada ao jovem adulto não poderia exceder a dois anos.

A solução, que constitui medida de defesa social, foi aplicada durante o longo período de vigência de nosso mais antigo código – Código Mello Mattos de 1927 –, com suas alterações, constando também das recomendações feitas pelos juristas sul-americanos especializados em Direito de Família e do Menor, por ocasião da 2ª Reunião realizada no Rio de Janeiro, de 27 de junho a 3 de julho de 1963.

Portanto, na futura reforma do Estatuto, espera-se que não só os prazos fixados para internação, mas também os de revisão da medida sejam reconsiderados, pois não é aceitável que o prazo de reeducação de um adolescente, que tenha praticado crimes de extrema gravidade, como estupro, homicídio qualificado e latrocínio, fique limitado obrigatoriamente apenas aos três anos. É evidente que, se ao término desse prazo depois de submetido a sucessivas reavaliações, não apresentar condições favoráveis à reinserção social e familiar, em razão de sua personalidade gravemente deformada, será de todo temerário simplesmente liberá-lo para um regime em meio aberto.

A solução, a nosso convencimento, é possibilitar ao juiz a prorrogação do prazo para o cumprimento da medida de internação, ouvidos a equipe interdisciplinar e o Ministério Público, assegurada a ampla defesa, bem como a fixação de um período de tempo mais condizente com a realidade para a reavaliação periódica da manutenção da medida, para fins de liberação ou progressão, sobretudo, quando se tratar de ato infracional de maior gravidade.

Quanto ao período de reavaliação, a nosso ver, dos atuais seis meses, no máximo, deve ser prorrogado para um ano, podendo, no entanto, ser realizado o exame a qualquer tempo se o determinar o juiz da execução.

Impõe-se, portanto, que se corrijam as falhas acima referidas e, sobretudo, seja preenchida a lacuna do art. 122, estabelecendo-se, com clareza, a definição dogmática do que venha a ser ato infracional grave, omitida pelo legislador estatutário.

No que diz respeito ao ato infracional praticado por criança, é também importante que se preencha lacuna apontada, pois o Estatuto se omitiu quanto ao procedimento a ser seguido pelos Conselhos Tutelares, constituídos por cidadãos do povo, em sua maioria leigos, diante da inexistência de um único artigo a orientá-los como devem proceder.

Consideramos também insatisfatória a resposta da Lei n. 8.069/90 à situação dos inúmeros adolescentes psicopatas ou por instinto, autores de atos infracionais gravíssimos. A medida protetiva de requisição de tratamento psiquiátrico, prevista no art. 101, V, do ECA, neste particular, necessita de uma disciplina própria, indispensável à proteção do adolescente infrator, de seus familiares e da sociedade.

Quanto às medidas da semiliberdade e da liberdade assistida, entendemos que devem ser aplicadas obrigatória e alternativamente, como forma de transição para o meio aberto, aos adolescentes que cumpriram medida socioeducativa da internação, por infração grave, a fim de possibilitar acompanhamento e diminuir os elevados índices de reincidência.

Todavia, todas essas mudanças de nada adiantarão se não forem adotadas políticas públicas realmente eficazes de atendimento ao adolescente infrator, que enfatizem as ações preventivas e possibilitem a implantação de um sistema verdadeiramente socioeducativo em nosso País.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Instituto Vox Populi. *Pesquisa encomendada pela Confederação Nacional dos Transportes – CNT*, 1999.

COSTA, Tarcísio José Martins. A reforma do Estatuto e a redução da idade penal. *Abraminj Informativo*, n. 11/12, abr./set. 1999.

DIAS, Aldo de Assis. *O menor em face da Justiça*. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1968.

GONÇALVES, Níveo Geraldo; CAVALLIERI, Alyrio (Org.). *Falhas do Estatuto*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SÃO PAULO. Instituto Nacional de Políticas Públicas de Álcool e Drogas. *2º Levantamento Nacional de Políticas Públicas de Álcool e Drogas (Lenad)*. Universidade de São Paulo (USP), 2012.

SOARES, Judá Jessé de Bragança. Algumas considerações sobre a medida socioeducativa da internação. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC*, ano 4, v. 5, p. 244.

STJ. HC 186.950/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28.06.2011. *DJe* 01.08.2011.

URUGUAI. *Código de la Ninez y Adolescencia*, 1997.

ESPAÇO ABERTO

10

PARADIGMA, PRECATÓRIO E O PRAGMATISMO

Luciana Costa Mello¹

RESUMO

Este artigo fornece considerações sobre Paradigma, Precatório e o Pragmatismo. É pesquisa de natureza didática que procura deixar claro que a lei será útil se fornecer uma decisão melhor ao caso concreto. O magistrado deve, portanto, sentenciar com a preocupação de atender às necessidades sociais e humanas. O artigo, assim, tem por objetivo mostrar que, na linha pragmática, o direito tem valor se suas normas produzirem resultados eficazes, já que justiça e eficiência devem andar juntas. O que se quer, em síntese, é tornar manifesto que a compreensão pragmática do direito será possível sem desnaturação deste, pois todo problema deve ter solução ajustada ao seu contexto. O processo metodológico bibliográfico é o principal meio de estudo apresentado.

Palavras-Chave: Sentença. Paradigma. Realidade. Precatório. Pragmatismo. Direito. Desnaturação. Justiça. Eficiência.

ABSTRACT

This article provides considerations for paradigm, Precatory and pragmatism. Is didactic in nature research that seeks to make it clear that the law will be helpful if you provide a more specific case decision. The magistrate must therefore sentence with the concern of

¹ Mestranda em Direito Empresarial (Faculdade Milton Campos). Pós-graduada em Direito Privado (Faculdade Cândido Mendes). Advogada.

meeting the social and human needs. The article thus aims to show that the pragmatic line the law has value if its standards to produce effective results, since justice and efficiency must go together. What you want, in short, is to make clear that the pragmatic understanding of duty shall be possible without denaturation of this, because every problem must be adjusted to its context. The methodological process is the primary means of bibliographic study presented.

Keywords: Sentence. Paradigm. Reality. Precatory. Pragmatism. Right. Denaturation. Justice. Efficiency.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Paradigma. 2.1 Verdade. 2.2 Tomas Kuhn. 3. Richard Posner e o Pragmatismo. 4. Pragmatismo e precatório. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema “Paradigma, Precatório e o Pragmatismo” foi desenvolvido com base principal nas contribuições do jurista americano, Richard Posner, cujo pensamento sustenta-se na ideia de que a lei será útil se fornecer uma decisão melhor ao caso concreto. O magistrado deve, portanto, segundo Posner, sentenciar com a preocupação de atender às necessidades sociais e humanas.

Para o autor estadunidense, quando se aplica uma lei, não vale a pena discutir se ela é falsa ou verdadeira, mas examinar os possíveis resultados de sua aplicação, isto é, as consequências em torno da decisão que se vai tomar.

Portanto, o direito na linha pragmática tem valor se suas normas produzirem resultados eficazes, já que justiça e eficiência devem andar juntas.

Ao tratar do tema, viu-se em estado da arte concepções do direito dadas pelo jusnaturalismo, pelo positivismo e pelo pós-positivismo.

No jusnaturalismo, o direito seria compreendido por aquilo que é real, com a ressalva da possibilidade de sua valoração pelo direito ideal; no positivismo, o direito deve ser compreendido pelo que é (tal qual), e não pelo que deveria ser; numa concepção pós-positivista, o direito surge de uma mescla do seu ser (descritivo), somado por um

dever ser ideal, acrescido de um procedimento que seja capaz de possibilitar o debate em torno da essência desse direito.

Além dessas concepções, identificou-se, também, a compreensão pragmática do direito, modelo que se distancia do positivismo, no instante que despreza a existência de hierarquia das fontes. Assim, no pragmatismo, o guia da decisão judicial está em seus aspectos finalísticos.

Portanto, nos termos dessa corrente, o juiz, ao invés de justificar a sua decisão em valores morais (democracia, cláusula do igual respeito, decisão compatível com a constituição, etc.), justifica essa, com suporte em questões econômicas, políticas e sociais. (FERNANDES, 2008, p. 218).

Desse modo, o julgador, quando julga, desloca o seu foco decisório para os elementos fáticos do fenômeno jurídico, tornando, então, a vertente sociológica uma diretriz da norma.

Como este artigo segue o pragmatismo, a problematização consiste no fato de que o direito pragmático perderia o seu caráter deontológico (obrigatório), bem como o seu código binário (válido/inválido; lícito/ilícito), ficando desnaturado, porque colonizado pela economia, pela lógica do lucro ou prejuízo, o que motivaria o seu desaparecimento.

Portanto, julgar com base em alternativas interpretativas ou não cognitivamente aceitas, com opção de se poder escolher, inclusive, uma alternativa interpretativa condizente com critérios de justiça, conveniência social e econômica, além de ser uma questão que incomoda (problematização do tema), é a justificativa do trabalho.

A suposição da pesquisa (hipótese), ratificada em conclusão, é de que a compreensão pragmática do direito se torna aceitável e sem que haja a sua desnaturação, porquanto justiça e eficiência são conceitos inseparáveis. Além disso, todo problema comporta solução que se ajuste ao seu contexto.

Pretendeu-se, ademais, mostrar (objetivo) que as necessidades humanas e sociais são indispensáveis à Justiça. Na persecução do trabalho, foram discutidos temas relacionados ao paradigma, à verdade, ao pragmatismo e ao precatório.

Os resultados encontrados servirão para despertar as discussões em torno de uma visão pragmática do direito.

2. PARADIGMA

A partir dos ensinamentos de Oliveira (2011), destacam-se três ideias básicas nesta parte do artigo para se perceber que a realidade é vista a partir de contextos: uma relacionada à verdade; a outra, sobre a noção de paradigma; e, uma última, sobre a aplicação do conceito de paradigma ao Direito.

2.1 Verdade

Também, a partir das notas deixadas por Oliveira (2011), a noção da realidade sempre intrigou o homem. Num primeiro momento, a realidade tentou ser explicada ao modo da ciência contemplativa dos antigos; depois, os modernos tentaram mostrar o que era o mundo através da observação e do método experimental.

Segundo Marcondes (2007), citado por Oliveira (2011), a partir do rompimento da tradição racionalista de Descartes, enriquecida por Kant² e Hegel, ao longo do século XIX surgiram opções filosóficas evidenciando conclusões de que a centralidade da razão, a valorização do conhecimento, a ênfase de método ou da fundamentação da ciência, o recurso à lógica, a preocupação com a crítica, eram, em verdade, fatores que limitavam o conhecimento e, por isso, não davam conta de explicar toda a experiência humana.

Também, entre essas alternativas filosóficas, aparece o idealismo alemão pós-kantiano abandonando o sentido crítico e a interpretação da filosofia transcendental de Kant como alguma coisa que pudesse levar à construção de um sistema de saber; nesse momento surge o romantismo, que busca uma maior aproximação entre filosofia e arte, e deixa a problemática do conhecimento para dar maior ênfase à sensibilidade do que à razão.

² Baracho Júnior expõe o seguinte pensamento de Kant: A compreensão do Direito deve ser buscada na razão, devendo ter valor universal, não se vinculando à ordem positiva, que reflete apenas o Direito em um certo tempo e lugar. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p.49).

Nesse século XIX, diz Marcondes (2007), está Schopenhauer, que coloca a vontade como lugar central para caracterizar a realidade; está Kierkegaard, que valoriza a fé e a experiência religiosa numa perspectiva problematizadora de nossa existência; está Nietzsche e sua crítica à tradição filosófica e seus valores, procurando mostrar os pressupostos de nossas crenças e preconceitos.

Na contemporaneidade, aponta Marcondes (2007), ocorre uma busca de resposta para a crise do projeto modernidade, existindo contribuições que visam atualizar o racionalismo e o fundacionalismo, próprios da filosofia moderna, com alternativas de conhecimento a partir de filósofos como Heidegger e Wittgenstein.

Nesse contexto, expõe Marcondes (2007), questiona-se a subjetividade como base de fundamentação do conhecimento e da ética, momento em que a linguagem passa a ser vista em diferentes perspectivas, sendo, então, uma alternativa para a reflexão filosófica.

Desse modo, não se pode fechar os olhos para esse valioso legado histórico, que abre novas e imensas possibilidades de pensamento.

2.2 Tomas Kuhn

Segundo Tomas Kuhn (2006), o conhecimento científico não surge da mera evolução ou de um processo constante e gradativo de acumulação. O conhecimento científico surge das rupturas que se dão com a ordem anterior, representando essas rupturas verdadeiras revoluções substitutivas do paradigma em vigor.

A natureza do conhecimento científico, no dizer de Tomas Kuhn (2006), está vinculada a valores e a critérios de decisão que são adotados pelos membros de uma comunidade científica. Assim, as revoluções científicas nascem de mudanças dos compromissos e das crenças até então compartilhados por essa comunidade.

Tomas Kuhn diz que existe semelhança entre as revoluções científicas e as revoluções de cunho político:

As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram

em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente [...]. (KUHN, 2006, p.125-126).

Portanto, como esclarece Oliveira (2011), no conhecimento científico de Kuhn, as decisões e os compromissos assumidos pela comunidade científica dependem da estrutura comunitária da ciência. O conhecimento então é paradigmático. Diz Kuhn:

Considero paradigmas as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (KUHN, 2006, p. 13).

Elucidando sobre o que seja paradigma, Carvalho Neto (1999) expõe que o paradigma é como se fosse um filtro moldando a maneira de percepção da realidade.

Pode-se dizer, em resumo, que o paradigma é um pressuposto (foco compreensivo) para a constatação da realidade (mundo ou verdade).

Marcelo Oliveira (2002) lembra que a utilização da noção de paradigma no Direito serve para estabilizar a tensão existente entre o real e o ideal, ao postular que haveria um horizonte histórico de sentido para a prática jurídica, ainda que mutável, que pressuporia uma certa noção do contexto social do Direito, com o objetivo de se compreender a perspectiva em que os problemas jurídicos deveriam ser interpretados, para que o Direito possa cumprir a sua função de integração social.

3. RICHARD POSNER E O PRAGMATISMO

O pragmatismo, segundo Oliveira (2011), é uma corrente interpretativa do direito, com origem nos Estados Unidos, que se aparta do positivismo jurídico em sentido estrito, exercendo importante influência na atualidade.

Também, no dizer de Oliveira (2011), o pragmatismo possui uma vertente sociológica por deslocar o foco da análise para os elementos fáticos do fenômeno jurídico, principalmente para a contribuição das decisões judiciais na conformação pragmática do direito.

O pragmatismo ou realismo jurídico, como expõe Ramos (2010), citado por Oliveira (2011), também exerceu, na primeira metade do século XX, marcante influência teórica e prática nos Estados Unidos. Esse pragmatismo norte-americano afastava-se do positivismo, em seu aspecto de posicionamento hierarquizado das fontes do direito, porque embora os Estados Unidos estivessem sob regência de uma Constituição, esta por lá era aquilo que os juízes diziam que fosse.

No pragmatismo, diz Oliveira (2011), existe, portanto, uma abertura ao mundo empírico e prevalência da dimensão normativa fundada na realidade social. Veja a lição de Dimoulis, citado por Oliveira (2011):

Se a maioria dos juspositivistas considera decisivas as normas que foram criadas pelos legisladores, sendo dotadas de generalidade e vinculando os aplicadores, o realismo jurídico adota uma visão totalmente diferente. Considera decisivo para a definição do direito o processo de aplicação de normas, o denominado direito em ação (*Law in action*) ou direito presente (*actual Law*), em contraposição às normas abstratas que não passam de um direito no papel (*Law in the books*). (DIMOULIS, 2006, p.149).

Olhe também a observação de Valle, citada por Oliveira (2011):

[...] o pragmatismo jurídico se destaca pela atenção conferida ao contexto, à normatividade dos fatos e às conseqüências da decisão. Para o pensamento pragmatista, a verdade ou a correção do conhecimento consiste na concordância do pensamento com os objetivos práticos do homem – naquilo, portanto, que provar ser útil e benéfico para a sua conduta prática, ou, como bem pontua Gideon Calder, a verdade, dito com a forma de classificação mais genérica que se pode encontrar, é o que funciona. (VALLE, 2009, p.100).

Como também narra Oliveira (2011), se no início do pragmatismo despontaram-se os nomes de Charles Sander Peirce e Willian James, hoje, entre as figuras mais salientes, estão Richard Posner e Richard Rorty. No Brasil, observa Oliveira (2011), destaca-se Roberto Mangabeira Unger, por considerar a discricionariedade do juiz como o principal aspecto da interpretação jurídica.

Pois bem, o pragmatismo seria uma forma compreensiva do direito que pudesse desnaturá-lo?

Ora, quando se dá ênfase em grau maior à normatividade dos fatos e as consequências políticas, econômicas e sociais de uma decisão, ganhando o problema mais força do que a norma e o sistema, tem-se aquela sensação de tal desnaturação, até pela ilusão que se cria de uma possível queda da obrigatoriedade do direito.

Tal ocorre, como já disse Oliveira (2011), porque no pragmatismo a norma somente será útil se fornecer ao juiz uma solução adequada para ele possa resolver o problema de acordo com o seu contexto. A norma, então, seria apenas mais um elemento de fonte para a sustentação da decisão do magistrado, até porque, como lembrado por Posner (1991) citado por Oliveira (2011), no pragmatismo, o compromisso central do magistrado é o de atender as necessidades sociais e humanas. O magistrado não deve preocupar-se com a objetividade do seu juízo.

Nada obstante, sustenta-se que o direito pragmático não perde sua natureza obrigatória, isto é, não se desnatura, porque justiça e eficiência são termos entrelaçados, que devem andar juntos. A solução de todo e qualquer problema está presa ao seu contexto.

4. PRAGMATISMO E PRECATÓRIO

Valendo-se das lições do autor De Plácido e Silva, citado por Oliveira (2011), eis o conceito de Precatório:

De *preparatorius*, é especialmente empregado para indicar a requisição ou, propriamente, *a carta expedida pelos juízes da execução de sentenças*, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras.

No precatório devem ser indicadas a quantia a ser paga e a pessoa a quem a mesma se destina. Além disso, deve ser acompanhado de várias peças do processo, inclusive cópia autêntica da sentença e do acórdão que a tenha confirmado, e da certidão da conta de liquidação.

Pelo precatório é que se formula o processo para a requisição do pagamento devido a ser feito pelo presidente do Tribunal a quem se dirigiu. E a este cabe *ordenar* à repartição competente a satisfação do pagamento em cumprimento à execução promovida. (SILVA, 1982, v.3, p. 416). (Grifos do autor).

No âmbito constitucional, segundo Oliveira (2011), o precatório apareceu, pela primeira vez, na Constituição brasileira de 1934, não existindo algo similar a precatório em outros países.

Qual a razão de ser do precatório? Bulos esclarece:

Escopo desse instituto, *tipicamente brasileiro*, é evitar que o Poder Público se sujeite ao processo ordinário de execução. Funciona da seguinte forma: o juízo executório emite ao presidente do tribunal uma ordem para que o Poder Público pague as quantias devidas. A partir daí, essas quantias são incluídas no orçamento do exercício seguinte. Só no próximo orçamento que a verba necessária ao adimplemento dos precatórios apresentados até 1º de junho estará disponível para o credor. (BULOS, 2001, p. 860). (Grifo do autor).

[...] implantou-se entre nós a mentalidade de que é impensável o Estado cometer ilícito quando os fatos e dados comprovam o contrário. Também prosperou a idéia de que “é inconcebível a existência de norma jurídica isentando o Estado de cumprir sentenças judiciais; nem se pode crer que o Estado – que proibiu a justiça de mão própria, que assumiu o monopólio da prestação jurisdicional, que instituiu o judiciário, e que estabeleceu o princípio de obediência à coisa julgada – deixe de cumprir espontaneamente a sentença condenatória, quando vencido em juízo” (Sérgio Sérvulo da Cunha, Os precatórios, cit., p. 1). (BULOS, 2001, p. 860).

Vaz (2007) aponta motivos que levaram à constitucionalização da forma de pagamento das dívidas da Fazenda mediante precatório, tal como a nefasta advocacia administrativa, então realizada no Congresso Nacional, e a pretensa competência deste para negar o crédito para o pagamento da dívida.

Pontes de Miranda, igualmente citado por Vaz, escreve:

Executado que seja o art. 182, ter-se-á concorrido, enormemente, para a moralização da administração pública no Brasil. É o preceito constitucional contra a advocacia administrativa. A infração dele é suficiente para o processo por crime de responsabilidade e, talvez, comum, do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos altos funcionários federais. [...] Não digamos que seja perfeito. Reconheçamos-lhe a juridicidade e a eticidade dos seus propósitos. [...] O texto constitucional é explícito: o Tesouro federal não pode efectuar pagamento sem que obedeça,

inexcepcionalmente, a ordem de apresentação dos precatórios, um a um, por todo o crédito respectivo. Não há sofisma nenhum que se possa insinuar em letra tão clara; [...]. (MIRANDA *apud* VAZ, 2007, p. 168-169).

Com efeito, no dizer de Oliveira (2011) citando Vaz, essa norma constitucional inovou ao privilegiar a moralidade administrativa, a igualdade dos administrados, a impessoalidade da Administração Pública, e, também, por compensar credores da Fazenda pelos inconvenientes nascidos para eles da impossibilidade da penhora de bens das pessoas de direito público.

Por tudo isso, diz Oliveira (2011), o sistema dos precatórios ainda permanece constitucionalizado. Aliás, diz esse autor que a sua regulamentação encontra-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 100:

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (BRASIL, 2010c, p.119).

É importante ainda observar, como bem lembra Oliveira (2011), de que até a constitucionalização do precatório, a execução contra a Fazenda Pública, além de não depender de precatório, não era efetiva.

Sob esse tom, assevera Vaz (2007) que, na Constituição de 1824, embora existissem normas que determinavam (ou induziam) o pagamento das dívidas da Fazenda, havia, por outro lado, texto que assegurava a irresponsabilidade constitucional do Imperador. Além disso, a ausência naquele Texto Constitucional da previsão da obrigação de pagar e a forma de fazê-lo não asseguravam aos credores o recebimento dos valores devidos pela Fazenda.

Na Constituição de 1891, no relato de Vaz (2007), descrito por Oliveira (2011), não havia texto que normatizasse a obrigação do Estado de pagar suas dívidas, embora houvesse texto que assegurasse maiores garantias aos cidadãos.

Contudo, sob disciplina de tal Constituição, criou-se na Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal (Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898), o procedimento de expedição de precatória ao Tesouro para o pagamento das dívidas da Fazenda Pública. Apesar disso, o precatório apareceu mesmo foi na Constituição de 1934.

Descreve Oliveira (2011) que, pelos antecedentes históricos do precatório, até o advento da Constituição de 1934, o pagamento da condenação judicial registrada contra a Fazenda Pública era questão processual, além de uma questão política.

Apesar da constitucionalização do instituto, expõe Oliveira (2011), a decisão judicial e a Constituição continuaram sendo descumpridas. Esse descumprimento atingiu grau tão extremo, que hoje muitos sinalizam que a dívida em precatórios é impagável.

Em 2011, conta Oliveira (2011), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou que a dívida de precatórios atingia 85 bilhões:

Brasília, 11/04/2011 - Dados recentes revelados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que há 279.795 títulos existentes em 5.594 entidades devedoras em todo o País cujo valor acumulado é de R\$ 85 bilhões, dívida esta que chega a tramitar há mais de 20 anos em alguns estados e que ano a ano cresce cada vez mais. Dados do CNJ mostram que existe hoje um endividamento em São Paulo de R\$ 22,579 bilhões, o maior do Brasil. De acordo com a pesquisa do CNJ, depois de São Paulo, o maior estado devedor é Paraná, com uma dívida de R\$ 10,222 bilhões em precatórios. Em seguida vem Espírito Santo, com R\$ 10,220 bilhões. Em quarto lugar vem Rio Grande do Sul, com R\$ 8,530 bilhões, seguido por Rio de Janeiro (R\$ 5,683 bilhões). (BRASIL, 2011a).

Descreve também Oliveira (2011) que o legislador constituinte, desde os idos de 1988, criou procedimentos que, entres outras coisas, têm dilatado o pagamento da dívida de precatórios.

Na Constituição brasileira de 1988, ADCT, art. 33, diz Oliveira (2011), ocorreu o primeiro parcelamento (8 anos), mas a dívida não foi paga. (BRASIL, 2010c). Em 2000, ocorreu o segundo parcelamento (10 anos), mas não houve solução do problema da dívida (EC n. 30/2000). Em 2009, por meio da Emenda n. 62, surgiu um novo

parcelamento (15 anos), sendo implantado um regime especial para se pagar precatórios.

Pois bem, quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 30/2000, segundo Oliveira (2011), dizia-se que ela modificava uma decisão judicial, violava direito adquirido, coisa julgada, acesso à Justiça e a independência de poderes, e, por isso, foi sustentado que tal emenda era inconstitucional. Por tais motivos, o Supremo Tribunal Federal confirmou essa inconstitucionalidade.

Possivelmente, escreveu Oliveira (2011), pelo fato de a Emenda Constitucional n. 62/2009 ter semelhança com a Emenda n. 30/2000, ela também seria declarada inconstitucional. Mas, dizia Oliveira (2011), será que vale a pena esse reconhecimento de inconstitucionalidade? Será que podemos ser ao mesmo tempo idealista, objetivo e prático?

O que segue abaixo merece reflexão:

É fato notório que Estados e Municípios têm dívida acumuladas referentes a precatórios não pagos de exercícios anteriores. Sabe-se também que a Fazenda Pública Estadual e a Municipal alegam não disporem de recursos financeiros para efetuar de forma imediata o pagamento do total dessa dívida. Tal fato, contudo, não pode ser aceito como fundamento de validade para a situação que se tem hoje, em que o devedor se dispõe a pagar apenas quando houver recurso, ou quando assim entender o chefe da Administração Pública estadual ou municipal. Portanto, se não é possível juridicamente expropriar o patrimônio público, como ocorre com os particulares, é preciso buscar uma forma alternativa de obter o pagamento.

O não-pagamento dos precatórios é, sem dúvida, um problema grave que poderíamos classificar como transdisciplinar complexo, sendo ao mesmo tempo jurídico, econômico e social. É um problema jurídico, porque o não-pagamento dos precatórios configura um descumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado. Ora, se o próprio Estado não cumpre as decisões judiciais, não se pode sequer falar em Estado de Direito. É também, no entanto, um problema econômico, porque afeta o desenvolvimento da atividade econômica e diz respeito à alocação de recursos escassos. É, ainda, um problema social, porque envolve a distribuição e aplicação de recursos públicos.

Como bem observou Paul Streeten, *não podemos ser ao mesmo tempo objetivos, práticos e idealistas*. Assim, o problema dos

precatórios demanda uma postura pragmática. (FLORENZANO, 2005, p.217-218). (Grifo nosso).

Portanto, o não pagamento dos precatórios é, antes de tudo, um problema grave, transdisciplinar e complexo, sem deixar de ser um problema jurídico, econômico e social. Assim, como afirma Oliveira (2011), não se soluciona tal questão sem se pensar no impacto econômico e social da solução.

Assim, Florenzano (2005), com apoio em Posner, diz:

[...] que a maximização da riqueza (eficiência econômica) é um objetivo eticamente válido e um critério que apresenta vantagens em relação a outros princípios normativos. A idéia é que o Direito, como ideal de justiça distributiva que busca dar a cada um o que é seu, pode e deve pautar-se por esses mesmos critérios de eficiência, pois aqui também se trata da distribuição e da alocação de bens escassos. Ao maximizar benefícios e minimizar custos (eficiência), consegue-se a maximização da riqueza que, por sua vez, pode ajudar na maximização do bem-estar social, que é o fim para o qual a economia está voltada, como é também o fim para o qual o Direito está voltado. Afinal, mais é melhor do que menos, se o problema é dar a cada um o que lhe é devido, ou seja, se houver mais (maior riqueza), haverá mais para dar a cada um. (FLORENZANO, 2005, p.224).

Florenzano, lembrado também por Oliveira (2011), trata da Análise Econômica do Direito:

a Análise Econômica do Direito se propõe justamente a ajudar a decidir sobre os meios mais eficientes para se alcançar determinado fim, ponderando entre os meios jurídicos (remédios) e o fim também jurídico [...].(FLORENZANO, 2005, p. 222).

[...] a Análise Econômica do Direito (AED) visa a investigar a função da norma jurídica como estrutura de incentivos para a atividade econômica. Em outras palavras, visa a explicitar os efeitos do direito, o direito posto pelas sentenças judiciais inclusive, sobre a economia. A AED é, portanto, um instrumento teórico que serve para auxiliar na análise, na crítica, na compreensão, na interpretação e na aplicação do Direito, tendo em vista o aperfeiçoamento do sistema jurídico composto de normas e instituições. Portanto, a idéia é empreender uma análise das conseqüências do ordenamento jurídico vigente num dado momento histórico, incluindo normas constitucionais, infraconstitucionais e decisões

judiciais (jurisprudência) sobre a economia, notadamente em relação à alocação de recursos escassos, para, então, proceder a uma adequação dos institutos jurídicos aos critérios da racionalidade econômica, sobretudo no que se refere à eficiência e à maximização da riqueza.

Por intermédio do sistema jurídico, tratam os homens de conseguir situações de certeza, de segurança, de ordem e de paz em suas relações sociais. Além disso, deseja-se que essas situações ordenadas e pacíficas sejam justas. Para a AED, justiça e eficiência andam juntas, é dizer, a idéia de ordem justa se aproxima da idéia de ordem eficiente, que é dada pelo sistema jurídico, que proporciona a estrutura de incentivos mais adequada à realização do potencial produtivo da sociedade.

Na utilização da AED como instrumental teórico para a crítica que visa ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, parte-se da seguinte indagação: como o Direito posto interfere, influencia e determina o funcionamento da economia? A partir das repostas encontradas nas investigações de casos concretos, a AED vai sugerir como o Direito posto pode ser aperfeiçoado, no sentido de proporcionar ou de favorecer o melhor funcionamento possível da economia, o que pressupõe uma economia funcionando com a máxima eficiência possível. (FLORENZANO, 2005, p.222-223).

Pois bem, Oliveira (2011) deixou escrito que, pelo ângulo da conformação jurídica da Emenda Constitucional n. 62/2009 ao código binário do direito, lícito/ilícito, ela seria declarada inconstitucional. Quando disse isso, Oliveira (2011) afirmou que se tal ocorresse, Estados e Municípios não teriam recursos para pagar os precatórios atrasados de uma só vez. Segundo Oliveira (2011), um sequestro de recursos de Estados e Municípios redundaria em paralisações de atividades públicas essenciais para a população, como atendimento à saúde, educação, moradia e segurança.

Portanto, diz Oliveira (2011), na questão dos precatórios, a ponderação do custo benefício (pragmatismo) como critério decisório seria imprescindível.

Florenzano disse algo parecido quando se questionava a inconstitucionalidade da Emenda n. 30/200:

Embora legítimo, por um lado, não é viável, por razões práticas, econômicas e financeiras, forçar o pagamento imediato, de uma só vez, do total da dívida referente a precatórios. Por outro lado,

também não é aceitável que a decisão de pagar as dívidas referentes a precatórios fique entregue ao livre alvedrio da Administração. (FLORENZANO, 2005, p.233).

Ora, adverte Oliveira (2011), a ponderação de princípios como critério para rumos decisórios na questão dos precatórios é imprescindível, mesmo porque não haveria mais tempo para se agarrar em direitos já descumpridos.

O não pagamento dos precatórios conforme leis de sua regência afetou, anos atrás, a decisão judicial, violou direito adquirido, coisa julgada, acesso à Justiça e a independência dos Poderes da República. O trabalho que hoje deve ser feito, continua Oliveira (2011), deve ser de resgate do Estado de direito. É preciso que exista uma restauração do dever ser com a realidade. É importante que se concilie o código econômico (ter/não ter) e o político (poder/não poder) com o código do direito (lícito/ilícito), para que haja a sua funcionalidade. Portanto, é nítido que não existe outra saída que não a da aposta pragmática nessa questão dos precatórios.

Segundo Oliveira (2011), faz algum tempo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem solucionando o problema da dívida de precatórios de entes públicos no Estado de Minas Gerais de forma pragmática. Esse pragmatismo empreendido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio de sua Central de Conciliação de Precatórios, tem mostrado resultados que têm minimizado angústias de credores, sem asfixia de devedores, resgatando, mesmo que de modo tardio, a fé no direito, pois, decisões que não eram cumpridas, têm sido efetivadas.

Segundo Oliveira (2011), encontra-se divulgado pela Central de Conciliação de Precatórios do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, texto, de abril de 2011, que diz o seguinte:

A Central de Precatórios tem vínculo à Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo coordenada pelo juiz Ramom Tácio de Oliveira.

Foi a primeira Central implantada na Justiça Comum do país, com criação em 2003, para solucionar em conciliações a dívida de precatórios dos entes públicos, em razão do seu acúmulo.

Credores e devedores de precatórios encontram em audiências conciliatórias, feitas na capital ou em pólos regionais do Estado, ampla via para solução dos seus direitos e deveres.

Os créditos são pagos à vista; há soluções imediatas e definitivas sobre as divergências do valor da dívida; erros materiais são eliminados de plano; a entidade devedora evita arrestos inesperados em seus recursos financeiros; o credor escapa da demora e dos resultados indefinidos de recursos judiciais; tributos são retidos e recolhidos no ato do acordo, etc.

Atento ao relevo das conciliações, o legislador constituinte disciplinou, através da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, a possibilidade de acordos em precatórios. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também normatizou essa prática.

Entre 2006 e 2009, a Administração direta e indireta do Estado pagou nas conciliações dívida próxima de 2 bilhões e meio de reais. Cerca de 130 municípios mineiros puseram em dia os seus precatórios e, muitos outros, extinguiram débitos anteriores a 2008. Foram conciliados 170 milhões da dívida municipal.

A partir da Emenda nº 62, novos prazos, procedimentos e previsão de recursos foram estabelecidos no campo dos precatórios. Além de um novo regime geral, criou-se um especial para Entidades que deviam precatórios vencidos até 10 de dezembro de 2009.

Dentro do regime especial, a dívida de precatórios deve ser paga em 15 anos, seja pela divisão do seu estoque em parcelas anuais, seja pela destinação de percentuais, entre 1% a 2%, que incidirão sobre a receita corrente líquida da entidade devedora. No regime geral, a dívida deve ser paga até a data do vencimento do precatório.

Entre outras coisas, a Emenda criou, ainda, nova cronologia de pagamentos, sendo certo que a partir de 2010, já em novo formato, as conciliações colocaram em dia a dívida dos municípios de Águas Vermelhas, São Domingos do Prata, Belo Vale, Vargem Bonita, São Gonçalo do rio Abaixo, Pequi, Ipanema, Governador Valadares, Rio Pomba, Unaí, Paraopeba, Entre Rio de Minas, entre outros. Cerca de seis mil créditos de doentes graves e sexagenários foram pagos. Quantia próxima de 220 milhões devida em precatórios de Estado e municípios foi paga em audiências conciliatórias

Os novos procedimentos legais, conjugados com práticas conciliatórias, representam fortes instrumentos para solução da dívida dos precatórios em Minas Gerais, que está próxima dos 3 bilhões e seiscientos milhões de reais. (MINAS GERAIS, 2011).

Numa outra publicação, integrante da *Revista Consultor Jurídico*, de 17 de novembro de 2010, conforme narra Oliveira (2011),

está informado, ainda, que o Estado de Minas Gerais economizou 2 bilhões na conciliação de precatórios. Veja:

Diante do impasse acerca do pagamento dos precatórios, os Tribunais de Justiça começam a lançar mão de uma forma alternativa de resolução de conflitos: a conciliação. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, vem desde 2004 investindo na Central de Conciliação de Precatórios. A iniciativa acelerou o pagamento aos credores por parte do estado mineiro e também por seus municípios.

Por meio de audiências públicas, a central já conseguiu colocar em dia as dívidas de quase 300 municípios. O juiz Ramom Tácio de Oliveira, coordenador da central, declarou que “como nos acordos os precatórios são pagos em deságio, conseguimos nos dois últimos anos uma economia de R\$ 2 bilhões para o estado de Minas Gerais”. Assim, de acordo com ele, de 2007 a 2010 foram pagos R\$ 2,7 bilhões em precatórios por meio dos acordos firmados nas conciliações feitas pelo TJ-MG

A Emenda Constitucional 62, de 2009, mudou o regime de pagamento dos precatórios. Ela determina que 50% da verba para o pagamento dos precatórios seja destinada para acordos e leilões, o que deu ainda mais força para que os tribunais façam audiências de conciliação. O exemplo do TJ mineiro já está sendo colocado em prática em outros estados, como Rio Grande do Sul, Paraná e Mato Grosso

O texto foi disciplinado pela Resolução do CNJ aprovada no último dia 9 de novembro. Com ela, permitiu-se o desmembramento da fila de precatórios para cada tipo de Justiça, como opção ao sistema de lista única previsto na Emenda 62. Para o juiz Oliveira, a opção pela manutenção do desmembramento é bastante positiva para Minas Gerais, no qual a Justiça do Trabalho se encontra em dia com o pagamento dos precatórios. “Se a dívida trabalhista entrasse na fila única os pagamentos seriam paralisados”, diz Oliveira. *Com informações da Assessoria de Comunicação do CNJ.* (Grifo do autor). (BRASIL, 2010a).

MG economiza R\$ 2 bilhões em conciliação de precatórios. Esse é também o chamativo de um noticiário destacado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), descrito por Oliveira (2011). Vale conferir:

Por meio da Central de Conciliação foi possível colocar em dia a dívida de quase 300 municípios mineiros. De acordo com o juiz Oliveira, com a Central de Conciliação, em dois anos e meio

a Justiça conseguiu resolver os precatórios devidos nos últimos nove anos. “Como nos acordos os precatórios são pagos em deságio, conseguimos nos dois últimos anos uma economia de R\$ 2 bilhões para o estado de Minas Gerais”, diz o juiz Oliveira. De acordo com o juiz Oliveira, de 2007 a 2010, foram pagos R\$ 2,7 bilhões em precatórios por meio dos acordos firmados nas conciliações feitas pelo TJMG.

A Emenda Constitucional 62, de 2009, que dispõe sobre o pagamento dos precatórios, determina que 50% da verba para o pagamento dos precatórios seja destinada para acordos e leilões, o que deu ainda mais força para que os tribunais realizem as audiências de conciliação. O exemplo do TJMG já está sendo colocado em prática em outros estados, como Rio Grande do Sul, Paraná e Mato Grosso.

Resolução - A Resolução do CNJ aprovada no dia 9 de novembro, que disciplina a Emenda Constitucional 62, permitiu o desmembramento da fila de precatórios para cada tipo de Justiça – Estadual, Federal e do Trabalho –, como opção ao sistema de lista única previsto na Emenda 62. Pela lista única, todos os precatórios devidos nas esferas estadual, federal e trabalhista de Justiça fariam parte de uma mesma fila, e seriam quitados conforme a ordem cronológica. Para o juiz Oliveira, a opção pela manutenção do desmembramento é bastante positiva para Minas Gerais, no qual a Justiça do Trabalho se encontra em dia com o pagamento dos precatórios. “Se a dívida trabalhista entrasse na fila única os pagamentos seriam paralisados”, diz Oliveira. (BRASIL, 2010b).

Portanto, enfatiza Oliveira (2011), o material convencional, formalista, fornecedor de soluções dedutivas para os casos concretos a partir de categorias abstratas contidas nas leis e nos precedentes, não serve de parâmetro para a questão dos precatórios. Como critério para decidir essa questão, não se pode deixar de levar adiante considerações relacionadas aos efeitos tangíveis das sentenças, isto é, a forma dos litigantes serem afetados, consequências econômicas e políticas, assim como elementos psicológicos e preconceitos.

O regime especial de pagamento de precatórios criado pela Emenda n. 62/2009 foi mesmo, como já antecipado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 4.357 e 4.425). No entanto, os efeitos decisórios dessa inconstitucionalidade foram modulados, de modo que o regime especial de pagamento de precatórios ficou com

sobrevida por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

Ora, a decisão de modulação dada pelo STF conciliou o código econômico (ter/não ter) e político (poder/não poder) com o código do direito (lícito/ilícito). Foi uma decisão pragmática.

7. CONCLUSÃO

A compreensão do fenômeno jurídico depende do conhecimento do homem e da sociedade. As normas do direito estão interligadas à natureza humana em função de seus interesses, condições culturais, morais e econômicas.

Como a realidade também só pode ser vista por contextos, e dela temos conhecimento paradigmático, isto é, percebido a partir de certo pressuposto compreensivo, é imprescindível conhecer sob qual perspectiva os problemas jurídicos devem ser interpretados para que o Direito possa atingir sua função de integração social, memo porque ele existe para estabilizar a tensão entre mundos real e ideal.

Um Direito como instrumento de inclusão social, isto é, aberto aos significados da realidade, autoriza que se possa compreendê-lo de forma pragmática (teleológica ou utilitária), não ficando os juízes, por esse motivo, impedidos de realizarem uma revisão dos atos políticos para concretizar direitos sociais. Ora, se cabe ao Parlamento elaborar as leis, cabe aos juízes dar vigor a elas.

No pragmatismo, o direito terá valor, se suas normas produzirem resultados eficazes. Nesse tipo de compreensão, não haverá desnaturaçãõ do direito, porque justiça e eficiência são inseparáveis. Todo problema deve alcançar solução de acordo com o seu contexto.

A visão pragmática na área dos precatórios conquistou resultados que fizeram decisões judiciais ineficazes efetivas, deixando claro que o Poder Judiciário não podia ficar acomodado à literalidade da lei.

6. REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto. *Apontamentos de metodologia para*

a ciência e técnicas de redação científica. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

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

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: 2010b. Disponível em: <https://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=1%3Anotas&id=10244%3Ametas-do-judiciario-para-2010-ja-estao-sendo-cumpridas-pelo-trt-13-&Itemid=675>. Acesso em: 24 jun. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2010c.

BRASIL. *Jusbrasil*. Houston, United States: CNJ revela que dívida de precatório nos estados é de R\$ 85 bilhões. 2011a. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2641960/cnj-revela-que-divida-de-precatorio-nos-estados-e-de-r-85-bilhoes>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

BRASIL. *Resolução nº 115 do Conselho Nacional de Justiça (2010d)*. Dispõe sobre a Gestão de Precatórios no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=1:notas&id=12241:remocao-deve-preceder-no-meacoes-em-caso-de-preenchimento-de-vagas-no-judiciario>. Acesso em: 16 set. 2011.

BRASIL. *Revista Consultor Jurídico*. MG economiza R\$ 2 bilhões com conciliação. Rio de Janeiro: 2010a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-17/mg-economiza-bilhoes-audiencias-conciliacao-precatorios>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

BRASIL. *Revista Consultor Jurídico*. Leia decisão em que STF suspende parcelamento. Rio de Janeiro: 2011b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-23/leia-decisao-stf-suspende-parcelamento-precatorios-adct>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte, n. 3, p. 479, maio 1999.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Discurso científico na modernidade – O conceito de paradigma é aplicável ao Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A Emenda Constitucional n. 30, de 13.9.2000, sob a perspectiva da análise econômica do direito. In: VAZ, Orlando (Coord.). *Precatórios: problemas e soluções*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HABERMAS Jürgen. *A inclusão do outro - Estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. 11.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- MINAS GERAIS. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Apresentação da Central de Conciliação de Precatórios. Belo Horizonte: 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/presidencia/central_precatorios/>. Acesso em: 23 jun. 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. *Efeitos do ativismo judicial no estado democrático de direito*. 2011. 185f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, *Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito, Belo Horizonte*. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraRT_1.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. A estrutura colunar de um trabalho científico. *Amagis jurídica*, Belo Horizonte, ano V, n. 9, p. 237-247, jun./dez. 2013.

POSNER, Richard. What has pragmatism to offer Law. In: BRINT, M; WEAVER, W. (Ed.). *Pragmatism in Law and Society*. São Francisco: Westview, 1991.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Fábio Wanderley. *Política e racionalidade: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1982, v.3.

STRECK, Luiz Lenio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VAZ, José Otávio de Vianna. *O pagamento de tributos por meio de precatórios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

11

ACORDO NA DELAÇÃO PREMIADA NÃO É ILIMITADO E PARÂMETROS NA LEI N. 12.850/2013

Doorgal Borges de Andrada¹

O *plea bargaining* existente no Direito norte-americano permite, via de regra, que no processo penal a acusação e o réu barganhem acordos entre si – quase que de modo privado – que nem sempre necessitarão de homologação da justiça, dependendo da legislação de cada Estado-Membro.

A delação premiada, que está regulamentada na Lei n. 12.850/2013, difere desde o nascedouro daquele instituto, pois o sistema judicial dos EUA é forjado na *Common Law* (que prestigia os precedentes), enquanto que brasileiro, de origem romano-germânico, é baseado nos Códigos, na conhecida *Civil Law*, muito embora o modelo norte-americano cada dia mais caminhe em direção a este sistema.

O acordo havido entre o Ministério Público e o réu no *plea bargaining* pode ser bem mais amplo e não se submete aos limites legais rígidos previstos em códigos e leis como aqui. Há casos em que o acusado se beneficia com forte redução da sua pena apenas por confessar um crime. Outros recebem alteração na capitulação da denúncia, e há o benefício da prisão perpétua para afastar a pena de morte.

No Brasil, como sabido, a delação premiada se faz nos limites da recente Lei n. 12.850/2013, observado o devido processo legal e a estrita observância da legalidade penal/ processual penal.

¹ Desembargador da 4ª Câmara Criminal do TJMG.

José Carlos Cal Garcia nos alerta:

Não obstante a expressa menção à matéria típica de direito processual, os benefícios previstos ao réu delator têm nítido caráter material, tais como a redução das penas e a fixação do respectivo regime de cumprimento. [...] discutir a delação premiada significa inseri-la no contexto da função estatal voltada ao esclarecimento de determinados fatos e cuja rigorosa observância dos direitos fundamentais relacionados com o devido processo legal é pressuposto de validade e legitimidade.²

O acordo público – penal – entre as partes terá que passar pelo crivo da homologação judicial e da sua previsão legal. Se benefícios homologados deixarem de observar a legalidade plena, certamente irão influenciar a sanção e o processo penal, ficando passível de nulidade toda a decisão, *data venia*. Seriam provas viciadas, oriundas de atos ilegais. Ou seja, os parâmetros do acordo se limitam aos que estão autorizados pela Lei n. 12.850/2013.

O inesquecível e renomado Francisco de Assis Toledo leciona com muita propriedade:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.³ (Grifo nosso).

O grande Aníbal Bruno registra e nos ensina:

O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definitivo e sancionado, seja julgado e punido como crime.⁴ (Grifo nosso).

² GARCIA, José Carlos Cal. *Boletim Eletrônico Conjur*, 08 out. 2014.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 192.

Este princípio da reserva legal é fundamento básico do nosso direito penal e processual penal. Por ele o Estado está, por um lado, legitimado a estabelecer restrições a direitos fundamentais do cidadão de forma limitada na lei, mas sem poder atuar com abusos ante tal prerrogativa, fazendo-o somente por meio do que *está previsto na lei em sentido estrito* e nele encerrar toda descrição da conduta proibida e a correlata sanção.

Cabe registrar algumas regras básicas para a nossa delação premiada, pois a Lei n. 12.850/2013, no *caput* de seu art. 4º e o § 1º, também no § 8º. do art. 4º., autorizam prêmios pela colaboração sob os seguintes prismas, obrigatórios:

- somente para *aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal*;
- para a *concessão do benefício se levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*;
- *o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais*;
- *vier a favorecer unicamente o acusado colaborador efetivo, jamais terceiros ainda que réus.*

Não se perfazendo o conjunto das regras acima, o acordo poderá ser declarado judicialmente nulo.

E, não bastassem as regras mínimas acima descritas, também o *caput* do já citado art. 4º, nos diz expressamente que o réu 'colaborador eficaz' terá em troca uma gama de benefícios bem limitados na lei, e, o delator poderá ser premiado tão somente com: *a) perda judicial; b) redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade; c) substituição da pena corporal por restritiva de direitos.*

Portanto, tendo sido barganhado algum benefício não previsto na lei, o réu poderá estar sendo aquinhado com uma premiação ilegal, indevida, cabendo ao magistrado afastar a cláusula legalmente defeituosa ou até mesmo não homologar o acordo ilícito.

Eventuais benefícios penais fora da previsão do texto da lei ferirão os sagrados princípios da legalidade, da ampla defesa, e o devido

processo legal. A título de exemplo, enumeramos alguns benefícios que não estão elencados como prêmio e, *data venia*, não podem ser ajustados pelas partes:

- a) estender os seus efeitos do prêmio a terceira pessoa indicada pelo réu, visando beneficiar quem não é colaborador efetivo;
- b) deixar o Ministério Público de representar contra ele réu ou deixar de oferecer denúncia;
- c) validar informações que não se mostravam necessárias ou imprescindíveis ao processo e que poderiam, quando muito, caracterizar a atenuante da confissão espontânea;
- d) validar em benefício do réu eventual atuação ilegítima da polícia no curso das investigações;
- e) permitir como prêmio qualquer vantagem econômico-financeira ao réu-colaborador.

Assim, o Ministério Público embora seja o titular da ação penal, a persecução penal se submete aos princípios da Indisponibilidade e Indivisibilidade e, não poderá com base na Lei n. 12.850/2013 dispor da obrigatoriedade da denúncia. Ou seja, a delação premiada não permite negociar o não oferecimento da peça penal exordial.

É certo que a Lei n. 12.850/2013 trouxe para si experiências exitosas da Lei n. 9.099/95, que inaugurou entre nós o espaço da justiça penal consensual, como a transação penal e a conciliação civil. Também se inspirou fortemente no *plea bargaining* vivido no Direito norte-americano – mas dele se difere como já dito – pois ao contrário da nossa lei, permite-se alterar ou até evitar o oferecimento da denúncia, e, de outro lado, ainda supervaloriza a confissão.

Quanto ao modelo alienígena, Gabriel S. Queirós Campos nos descreve as controvérsias sobre a barganha penal ‘privada’ norte-americana:

A *plea bargaining*, contudo, consiste em um dos aspectos mais controversos do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América. A crítica mais grave formulada contra o instituto é a de inconstitucionalidade por supressão de direitos fundamentais do acusado. Na doutrina especializada, Lynch (2003, pp. 24-27) recorda que o Bill of Rights norte-americano estabelece uma

série de salvaguardas para o acusado, incluindo o direito de ser informado das acusações, o direito de não se autoincriminar, [...]

Ele questiona: *é legítimo que o Estado use seus poderes de acusação e sentenciamento (charging and sentencing powers) para pressionar o acusado a renunciar a seus direitos?*

Vistos, portanto, que esses dois institutos de justiça penal consensual – brasileiro e norte-americano – não se confundem e quase são incompatíveis, sobretudo em face da grande diferença judicial vivenciada – através de séculos – entres os dois países: *Common Law X Civil Law*. Além disso, a federação lá praticada na sua plenitude permite que cada Estado-Membro crie o seu próprio modelo apropriado de *plea bargaining*.

REFERÊNCIAS

- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- GARCIA, José Carlos Cal. *Boletim Eletrônico Conjur*, 08 out. 2014.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

12

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NOVO CPC: BREVES CONSIDERAÇÕES

Henrique Alves Pinto¹

RESUMO

Este trabalho trata do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica trazido pela Lei n. 13.105/2015 – o Novo Código de Processo Civil, e tem como objetivo explicar a sua diferença com relação ao seu instituto correlato no direito material, que é a desconsideração da personalidade jurídica. Explica o modo com o operador do Direito poderá se valer deste novo instrumento com base nas novas regras processuais que entrarão em vigor a partir de 2016.

Palavras-chave: Incidente. Desconsideração. Personalidade Jurídica. Novo Código de Processo Civil. Lei material.

ABSTRACT

The work deals about the incident Disregard of Legal Entity brought by Law 13,105/2015 - the New Code of Civil Procedure, and aims to explain its difference with respect to its counterpart institute in substantive law, which is the disregard of personality legal. Explains how with the

¹ Advogado. Professor de Direito de Civil da Faculdade de Direito CNEC – Unai/MG. Ex-Professor substituto de Direito Civil e Direito do Consumidor da Universidade Federal de Uberlândia e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia e graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Uberlândia.

rightoperatorcantake advantageof this new instrumentbased on the newprocedural ruleswhich will take effectfrom the year2016.

Keywords: Incident. Disregard. Legal Entety. Brazilians New Code of Civil Procedure. Substantive law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A desconsideração da personalidade jurídica no direito material atual e a supressão do benefício da limitação da responsabilidade. 3. O processo incidente e o incidente do processo: diferenças. 4. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Por não haver instituto equivalente previsto na Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73), o Novo CPC, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, que já está percorrendo seu período de *vacatio legis* de 1 (um) ano, conforme seu art. 1.045, desde a data de sua publicação oficial no dia 16 de março de 2015, elaborou a processualização da desconsideração da personalidade jurídica que nesta nova sistemática passa a ser considerada como nova forma de Intervenção de Terceiros e que está disciplinada entre os seus arts. 133 a 137, com especial destaque também para o art. 1.062, que em momento oportuno será analisado neste trabalho.

Percebe-se que na próxima fase do Direito Processual Civil brasileiro, o CPC/2015 não prevê novos casos de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim, o modo como ela ocorrerá conforme as regras do processo, pois as hipóteses que proporcionam a desconsideração da personalidade jurídica são todas aquelas previstas nas leis materiais.

O mandamento nuclear do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é o fortalecimento do princípio do contraditório, enquanto norma fundamental do processo civil que deve ser interpretada conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º, CPC/2015). Isto é, o objetivo maior da nova lei de ritos é o de evitar a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, de ofício, pelo julgador, fato frequentemente observado em demandas envolvendo

relações de consumo e relações trabalhistas, pois tanto a Lei n. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), quanto o Decreto-Lei n. 5.452 de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) têm como objetivo maior a proteção daqueles que consideram como vulneráveis: o consumidor e o empregado.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO MATERIAL ATUAL E A SUPRESSÃO DO BENEFÍCIO DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

No Brasil, a pessoa jurídica adotou uma concepção pautada pela realidade técnica e orgânica que está prevista no art. 45 do Código Civil de 2002 ao dizer que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. O que denota uma autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus membros.

Consequentemente, pode-se extrair deste comando material que, via de regra, os sujeitos componentes da pessoa jurídica somente responderão pelas dívidas dentro dos limites do capital social investido, pondo a salvo o patrimônio individual daqueles que a compõe, a depender do modelo societário adotado, fenômeno este conhecido como responsabilidade *intra vires* no Direito Empresarial. Ou seja, a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade seria, em tese, subsidiária, devendo-se primeiro atacar o patrimônio social, para que na sua insuficiência, os credores possam avançar com a cobrança de seus créditos em direção do patrimônio individual dos sócios ou de outros sujeitos componentes da pessoa jurídica.

Por conta deste fato jurídico, o direito privado presenciou em várias oportunidades a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica geradora de prejuízos não só à sociedade, mas também aos terceiros que com ela se relacionavam, inclusive aos seus próprios sócios. Neste sentido, com o objetivo de coibir tais abusos, foi criada, no Direito Comparado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of the legal entity*). Por ela, são atingidos bens e pessoas que se escondem atrás da pessoa jurídica utilizada para a prática de fins ilícitos.

Destacado por Fábio Ulhoa Coelho, afirma-se que a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica “é uma elaboração doutrinária recente” (p. 37, 2008). Sendo considerado “Rolf Serick o principal sistematizador em sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam se dedicado ao tema, como por exemplo, Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Contudo, não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick em buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1950)” (2008, p. 37).

São apontados como casos que protagonizaram a tese da desconsideração da personalidade jurídica os seguintes: *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado no Reino Unido no ano de 1897 e o caso julgado pela Suprema Corte do Estado de Ohio, nos Estados Unidos, no ano de 1892, *State vs. Standard Oil Co.* E também, conforme destacado por Fredie Didier Jr., “no século XIX, foram editados, no Reino Unido, os primeiros diplomas legais que conferiam responsabilidade limitada aos sócios como a *Joint Stock Companies Act* de 1844 e a *Limited Liability Act* de 1855 (2015, p.516)”, sendo isso “determinante para o debate no qual emergiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (2015, p. 516)”.

Diante desse importante cenário jurídico, aliado também à concepção da função social da pessoa jurídica e da função social da empresa, observa-se que por meio da teoria em análise, o juiz, em situações de abuso da personalidade jurídica, fraude ou desvio de finalidade, entre outras hipóteses apontadas em leis de direito substancial, poderá afastar episodicamente a personalidade jurídica da pessoa jurídica para atingir o patrimônio pessoal de sócios e administradores que causaram prejuízos aos seus credores por conta de seu uso indevido.

Seria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica forma de sanção por ter alguém se valido abusivamente da pessoa moral. Esta sanção consiste em “fazer de conta” que a pessoa jurídica não existe para se imputar a dívida à pessoa física ou a outra pessoa jurídica que conste em sua constituição. Não deve a desconsideração da personalidade jurídica ser confundida com a responsabilidade dos sócios,

pois a depender do modelo societário, como no caso das sociedades simples, a responsabilidade do sócio com a sociedade será solidária.

No sistema pátrio de direito privado, a descon sideração da personalidade jurídica está expressa no art. 50 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. No Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) no seu art. 28, caput, ao enunciar que “o juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”; (...) e seu § 5º “Também poderá ser descon siderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

E ainda, mais recentemente, conforme apontado pelo professor Flávio Tartuce (2015, p. 68), surgiu no Direito brasileiro uma nova modalidade de descon sideração da personalidade jurídica, a descon sideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo, que independe de ordem judicial, trazida pela Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846 de 2013), mais precisamente no seu art. 14 ao mencionar que “a personalidade jurídica poderá ser descon siderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Dentro da temática ora em exame, menciona-se também a descon sideração inversa da personalidade jurídica, em que haverá a suspensão também episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, para nela se buscar bens em seu patrimônio, por conta de dívidas contraídas pelo sócio.

O instituto da desconsideração inversa tem forte aplicação nas relações familiares, como nos casos em que o sócio, casado no regime de comunhão parcial, por conta da possibilidade de seu divórcio, passa a adquirir bens com os rendimentos que seriam do casal, colocando-os em nome da sociedade empresarial, de modo a causar uma confusão patrimonial. Por esta técnica de desconsideração, estes bens poderão ser atingidos pela ação de divórcio que, eventualmente, se cumulará com o pedido de partilha de bens.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica está prevista de forma expressa no CPC/2015, nos termos do seu art. 133, § 2º, *in verbis*: “aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”. No plano doutrinário, a técnica da desconsideração inversa encontra-se no Enunciado n. 238 do CJF/STJ da IV Jornada de Direito Civil ao nos revelar que “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens do sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízos a terceiros”.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verificam-se os seguintes precedentes de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica: REsp 948.117/MS, j. 22.06.2010 e REsp 1.236.913, j. 22.10.2013, ambos da relatoria da Min. Nancy Andrighi.

3. O PROCESSO INCIDENTE E O INCIDENTE DO PROCESSO: DIFERENÇAS

Para melhor compreensão do tema em análise, é necessário se fazer, brevemente, a distinção entre *processo incidente* e *incidente do processo*, pois de acordo com as primeiras discussões a respeito do Novo CPC, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica tem sido apontado como uma espécie de incidente do processo a depender do momento em que for requerido.

Para Fredie Didier Jr. (2015, p. 476), “o processo incidente é um processo novo, instaurado em razão de um processo existente, que dele se desgarrar, mas nele produz efeitos”. É processo que nasce, que se origina de um processo existente, mas que dele se aparta para adquirir

vida própria. O processo incidente gera a constituição de uma nova relação jurídica processual, visa provimento jurisdicional que de alguma forma influa sobre esse ou seu objeto. São exemplos de processo incidente previsto no CPC/2015: a) embargos de terceiro (arts. 674 e segs.); b) a oposição, que a partir da nova lei instrumental, deixou de ser uma das espécies de intervenção de terceiros, como ocorria com o CPC/73, convertendo-se, a partir de agora em uma das espécies dos procedimentos especiais, com acento nos arts. 682 a 686.

Ainda em Didier Jr. (2015, p.476-477), “incidente do processo é processo novo, que de modo não necessário surge de um processo já existente, e a ele se incorpora, tornando-o mais complexo.” São exemplos de incidente do processo previsto na Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015: a) alegação de suspeição ou impedimento do juiz; b) incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) e, c) o conflito de competências (arts. 951 a 959).

Com relação ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo CPC há de se fazer um alerta ao estudioso. Se esta nova forma de Intervenção de Terceiros for requerida na petição inicial, será dispensada a instauração do incidente, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica, conforme o § 2º, do art. 134, do CPC/2015, fato que não gerará a formação de um incidente de processo. Contudo, se tal incidente for requerido pela parte quando o processo em que se deseja pleitear a desconsideração da personalidade jurídica já estiver em andamento, aí sim, ocorrerá um incidente do processo.

4. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A partir de agora, com base na recente edição do *Curso de Direito Processual*, de autoria do professor Fredie Didier Jr. (2015) reescrito com base na Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil brasileiro, , destacam-se as principais características deste novo instrumento.

Conforme o art. 134, *caput*, do CPC/2015, o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento,

no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Não sendo possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento.

Por conta da valorização das normas fundamentais do processo, que constitui uma das maiores diretrizes deste novo Código e por conta do redimensionamento do princípio do contraditório, de acento constitucional e infraconstitucional, não poderá ser determinada a desconsideração da personalidade jurídica, *ex officio*, pelo magistrado, devendo o requerente demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos (art. 134, § 4º, CPC/2015) previstos na legislação material que justifiquem a desconsideração, sob pena de inépcia da petição inicial por lhe faltar a causa de pedir (art. 330, § 1º, inciso I, CPC/2015). O incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, o que é percebido na nova redação do *caput*, do art. 133, da nova lei. Nesse sentido, com base nos ensinamentos de Humberto Theodor Jr., o princípio do contraditório receberá do CPC/2015 uma nova significação, “passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões (2015, p. 83)”.

A tese do professor mineiro tem como base de apoio os arts. 9º, *caput* e art. 10, da nova lei do processo, ao disciplinar que não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida e que o juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Observe-se que o art. 133, ora em análise, ainda será bastante discutido nos próximos anos, pois como apontado antes, nas relações trabalhistas e nas relações de consumo, normalmente são admitidas pela doutrina e jurisprudência brasileira a possibilidade da decretação da desconsideração da personalidade jurídica, de ofício, pelo juiz da causa trabalhista e pelo juiz das causas envolvendo as relações de consumo, por conta da *ratio* em comum que tais diplomas possuem que é a de proteger o vulnerável de tais relações jurídicas e também

pelo fato de que o art. 28, da Lei n. 8.078/90, ser considerado norma de ordem pública.

Outra novidade prevista pela Lei n. 13.105/2015 é a possibilidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase recursal, cabendo ao relator decidir quando este for instaurado originariamente perante o tribunal, nos termos do art. 932, inciso VI.

Impacto interessante causado pelo CPC de 2015 será percebido no tocante à aplicação da Lei n. 9.099/95, pois nos termos do art. 1.062 daquele, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser aplicado ao processo de competência dos juizados especiais cíveis e criminais. A novidade se refere ao fato de que, quando o incidente de desconsideração for pedido perante uma demanda que já está em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis, nesta hipótese, o novo mecanismo processual funcionará como modalidade de Intervenção de Terceiro, o que historicamente, conforme a disciplina do art. 10, da Lei n. 9.099/95, sempre foi vedado, apesar da admissibilidade do litisconsórcio.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para Fredie Didier Jr., “além de trazer sujeito novo, amplia também o objeto litigioso do processo (2015, p. 520)”. Será acrescentado um novo pedido ao processo que é a aplicação da “sanção de desconsideração da personalidade jurídica a terceiro” (DIDIER JR., 2015, p.520).

Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias, conforme regra do art. 135, do novo CPC. A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo nos casos em que ele for requerido na própria petição inicial da ação em que se demanda contra o sócio ou a pessoa jurídica.

No tocante ao sistema recursal, mais uma vez, com base nos ensinamentos de Didier Jr., “o incidente será resolvido por decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (2015, p. 521)”, nos termos do art. 1.015, inciso IV, do CPC/2015. Se a decisão for proferida por relator, o agravo será o interno, conforme art. 136, parágrafo único, do CPC/2015. Por fim, caso o juiz decida o incidente por meio de sentença, o recurso cabível será o de apelação, art. 1.022, CPC/2015.

Como esta decisão resolve um pedido, ela é hábil à produção da coisa julgada material, pois se trata de decisão de mérito. O que desafia, a depender da situação em concreto, a propositura de ação rescisória.

Concedido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução será ineficaz em relação ao requerente, art. 137, CPC/2015. Aqui o legislador processual, com sua precisa técnica afinou a redação do Novo CPC com o texto do Código Civil de 2002, que sempre mencionou as situações geradoras de fraude em execução como ato ineficaz e não como ato nulo.

O Ministério Público somente intervirá nos casos de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando ocorrer as hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam, conforme art. 178: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Sendo ele intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica.

Por fim, ressalte-se que o novo regime de tutela provisória de urgência, poderá ser aplicado ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, desde que presentes os requisitos dos arts. 300 a 311, da Lei n. 13.105/2015, para que sejam concedidos os efeitos de antecipação da desconconsideração da personalidade jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as considerações acima, pode-se afirmar que os mentores do Novo Código de Processo Civil foram sensíveis aos reclamos da doutrina no tocante à exigência do respeito ao princípio do contraditório nas hipóteses em que houver o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, seja este feito por meio da petição inicial ou através do incidente de desconconsideração.

Deve-se frisar também que a Lei n. 13.105/2015, não criou uma nova hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, a sua processualização. Isto é, as regras que viabilizam a desconconsideração da personalidade jurídica, continuarão sendo aquelas previstas nas mais diversas leis materiais, tais como o art. 50 do Código Civil, o art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, o art. 4º, da Lei

n. 9.605/98, o art. 34, da Lei n. 12.529/2011 e também a regra do art. 14, da Lei n. 12.846/2013, que autoriza a desconsideração no bojo de um processo administrativo.

Neste novo direito processual civil brasileiro que surge, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é tratado, quando proposto diante de demanda que já está em curso, como uma nova forma de Intervenção de Terceiros, não sendo considerado como tal quando requerido na própria petição inicial pelo autor da ação.

Acredita-se que a opção do legislador foi totalmente acertada ao disciplinar no plano processual este novo instrumento, que há décadas já vêm sendo utilizado no plano do direito substancial. Diante disso, pretendemos que não só o Incidente de Desconsideração, como também o Novo Código de Processo Civil possam ser bem recebidos pela comunidade jurídica brasileira e que este, de fato, cumpra com a promessa de se fazer uma justiça mais justa, mais segura, mais célere, mais eficaz e efetiva no nosso País.

6. REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. Impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

