

Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE, n° 10, 2007

©REVISTA DA ESMESE

Conselho Editorial e Científico
Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz Netônio Bezerra Machado
Juiz João Hora Neto
Desembargador Cezário Siqueira Neto
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Revisão: José Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Nossa Gráfica Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Governador Albano Franco
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-150- Aracaju – Sergipe
Tel. 3214-0115 Fax: (079) 3214-0125
http: www.esmese.com.br
e-mail: esmese@tj.se.gov.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 10, 2007.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargadora Célia Pinheiro Silva Menezes

Subdiretores de Curso
Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Larissa Barreto de Rezende

Subdiretora de Administração
Ana Patrícia Souza

SUMÁRIO

Sumário

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

O REGIME DE PENA INTEGRALMENTE FECHADO DOS CRIMES HEDIONDOS E A HERMENÊUTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL
Fernanda Teixeira Leite.....15

O DIREITO DE AÇÃO E SUAS TEORIAS EXPLICATIVAS
André Luiz Vinhas da Cruz.....21

ENTREGA DE NACIONAIS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL *VERSUS* VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE EXTRADIÇÃO
Leila Poconé Dantas.....35

OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA QUANTO AO FIADOR LOCATÍCIO
Jean-Claude Bertrand de Góis.....51

ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONSTITUCIONAL!
Amanda Romeiro Macêdo.....65

A LEI 11.313/06 NO CONTEXTO DA ERA CONSENSUAL DO DIREITO PENAL
Tatiany Nascimento Chagas de Albuquerque.....93

TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA COMO CRITÉRIO INICIAL DA ATIVIDADE JUDICIAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO
Alexandre Cordeiro.....115

QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A PRISÃO CIVIL
Marcelo Cerveira Gurgel.....137

A PERMISSÃO PARA UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS DE PESQUISA E TERAPIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA
Ana Patrícia Souza.....161

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-JUIZ
Olívia Fernandes Leal de Mello.....199

REFLEXIONES ÉTICAS DEL MUNDO GLOBAL Y SUS INFLUENCIAS JUSFILOSÓFICAS: EL SOFISMO, LA MAYÉUTICA Y LA JUSTICIA ACTUAL
Pedro Durão.....235

A IMPUGNAÇÃO DO DEVEDOR NA NOVA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA
Bruno Barros Cavalcanti.....263

O ESPAÇO PÚBLICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE A APLICABILIDADE DA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS EM PAÍSES PERIFÉRICOS
Arnaldo de A. Machado Júnior.....289

ANÁLISE DO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PREMATURO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS
Genésia Marta Alves Camelo.....313

A FEDERALIZAÇÃO DAS HIPÓTESES DE GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALIDADE
Mark Clark Santiago Andrade.....333

ART. 285-A, do CPC: JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE OU JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO
Ulysses Maynard Salgado.....375

APRESENTAÇÃO

A *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe* chega ao seu número 10. Uma caminhada que foi iniciada com a Desa. Clara Leite de Rezende e que hoje se solidifica na gestão do Des. Roberto Porto.

A revista, ao longo desses anos, sempre buscou contribuir com a cultura jurídica em nosso Estado possibilitando aos magistrados, professores e demais operadores do Direito um espaço criterioso para publicação de artigos científicos tanto da área jurídica como das áreas afins.

Este número segue a mesma linha editorial da sua concepção e oferece aos leitores uma gama de artigos onde são contemplados temas que tratam da dogmática e da teoria do Direito, da Filosofia e da Ética.

Os artigos colacionados representam o pensamento da nova geração de professores e operadores do Direito, numa demonstração de que em Sergipe o amor e a devoção ao estudo de Direito continuam como marcas da tradição jurídica do nosso Estado.

Os agradecimentos aos autores dos artigos pela contribuição inestimável, e também aos colaboradores da ESMESE, pois, sem eles, todo o esforço seria em vão.

Aos nossos leitores, especialmente, aos colegas da Magistratura sergipana, desejamos o máximo de aproveitamento com esta nova edição, e finalmente, fica o convite para que colaborem com artigos para a próxima revista.

Juiz José Anselmo de Oliveira
Presidente do Conselho Editorial e Científico

DOUTRINA

O REGIME DE PENA INTEGRALMENTE FECHADO DOS CRIMES HEDIONDOS E A HERMENÊUTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL

Fernanda Teixeira Leite, Advogada da União, Procuradora-Chefe da União em Sergipe Substituta, Coordenadora da Escola da Advocacia Geral da União em Sergipe, professora substituta da Universidade Federal de Sergipe, especialista em Direito Constitucional e Direito do Estado.

RESUMO: O presente estudo faz um exame crítico da evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do regime de pena integralmente fechado dos crimes hediondos estabelecido pela Lei 8.072/90 e os reflexos do novo entendimento da Corte Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Hediondos; Regime de Pena Integralmente Fechado; Inconstitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This research comprehends a critical examination of the evolution of the positioning of the Brazilian Supreme Court in regard to the constitutionality of the fully-closed prison regime for heinous crimes, as established by Law 8.072/90, and the reflexes of the new understanding of the Constitutional Court in face of increasing violence and crime cruelty.

KEYWORDS: Heinous crimes; fully-closed prison regimes; unconstitutionality; Brazilian Federal Supreme Court.

Na década de 90, com o crescimento exacerbado da violência, que passou a atingir classes sociais até então distantes dos efeitos da criminalidade, a exemplo do seqüestro do empresário Abílio Diniz e

do assassinato da atriz global Daniela Perez, a sociedade e, reflexamente, o Congresso Nacional aprovou medidas repressivas, com a Lei nº 8.072/90.

Por mais de uma década, o Poder Judiciário interpretou e aplicou essa lei que, em vários aspectos, aumentou o rigor na punição dos crimes hediondos: vedou a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e do cumprimento da pena integralmente em regime fechado.

A mencionada lei rotulou de hediondos determinados crimes previamente tipificados no Código Penal, em observância ao art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, sem, contudo, modificar a pena em abstrato.

Há muito os doutrinadores têm questionado, em especial, a constitucionalidade do artigo da Lei dos Crimes Hediondos que proibiu a progressão do regime prisional, sob fundamento de atentar contra o princípio de individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Lei Magna.

Antes de adentrar a celeuma, é oportuno esclarecer que, não obstante a referida lei tenha feito menção ao regime integralmente fechado, não vedou a possibilidade de livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena e o preenchimento dos demais requisitos legais, o que, por óbvio, mitiga a expressão "integralmente fechado", que deve ser interpretada exclusivamente em relação ao regime de penas.

As discussões acerca da constitucionalidade desse tipo de regime ganharam maior ênfase com o advento da Lei nº 9.455/97 que, ao disciplinar o crime de tortura, considerado como equiparado ao crime hediondo, nos termos do *caput* do art. 2º da Lei nº 8.072/90, possibilitou a progressão de regime no seu art. 1º, §7º. Magistrados da envergadura do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro passaram a defender com veemência a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, intérprete final da Constituição, em um primeiro momento decidiu em sede de controle difuso de constitucionalidade, que o cumprimento da pena em regime integralmente fechado não feria o princípio da individualização da pena, sendo, portanto, constitucional (HC nº 69657-SP). E complementou,

em outro julgado, que a possibilidade de progressão de regime prisional, facultada pela Lei de Tortura, não se estende aos crimes hediondos, nos termos do *Habeas Corpus* nº 76.371-SP.

Após esse entendimento da Corte Constitucional, apesar de não vincular os demais magistrados, passou-se de forma corrente a aplicar o regime integralmente fechado aos crimes hediondos. Somente era permitida a progressão de regime quando, por decisão transitada em julgado, fosse equivocadamente fixado o regime inicialmente fechado, não em discordância do entendimento do Supremo Tribunal Federal, mas porque ao juiz da execução não é permitido alterar a decisão, nos termos do entendimento daquela mesma Corte.

Com posterior alteração na composição do Supremo Tribunal Federal iniciou-se uma modificação do entendimento sobre a constitucionalidade da vedação da progressão do regime de penas para crimes hediondos.

O tema foi analisado novamente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus nº* 82.959, impetrado por Oséias de Campos, condenado a mais de 12 anos de reclusão por praticar o crime de atentado violento ao pudor contra três crianças.

A discussão travada na Corte dividiu os ministros.

Para a minoria, liderada pelo voto divergente do Ministro Carlos Velloso, ao vedar a progressão dos regimes para crimes hediondos, o legislador ordinário observou a Constituição, que discriminou determinados delitos com o escopo de privar seus autores de benefícios penais incompatíveis com a gravidade do crime. No mais, acrescenta que o juiz, ao fixar a pena, está adstrito ao princípio da legalidade e que a norma em questão não vulnera o instituto da individualização da pena, apenas representa uma opção de política criminal constitucionalmente permitida.

Para a maioria dos membros do Supremo, que acompanhou o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio Mello, a proibição da progressão do regime afronta o princípio da individualização da pena, impedindo o julgador de, no caso concreto, aplicar a pena do condenado, violando indiretamente a proibição constitucional das penas cruéis e desumanas. Esclarece, ainda, que a decisão majoritária da Corte

Constitucional não possibilita a liberação de todos os autores de crimes hediondos, visto que a decisão caberá ao juiz da execução, dentro dos requisitos legais. Por fim, concluiu o relator que a promulgação da Lei de Tortura indica a necessidade de tratamento idêntico para os outros delitos rotulados como hediondos e corresponde a derrogação do art.2º, §1º da Lei nº 8.072/90.

Embora seja uma tendência, por força da estruturação do ordenamento jurídico pátrio, observar as decisões do Supremo Tribunal Federal mesmo em controle de constitucionalidade difuso que não retira do mundo jurídico a norma, ao estudioso do Direito cabe refletir sobre a decisão da Corte e seus efeitos.

A Constituição Federal, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, ao proibir penas cruéis, desumanas, de morte, salvo em caso de guerra declarada e a de caráter perpétuo, corroborou o princípio da dignidade da pessoa humana e determinou que o sistema penal punitivo adotado tem como escopo a punição e a ressocialização do criminoso. Assim, garantiu a individualização da pena.

Ao objetivar, na execução das penas, também, uma reabilitação individual, a Constituição delegou ao Estado-Juiz essa nobre função, independente da natureza e da gravidade jurídica do delito. Limitar a individualização da pena ao processo de conhecimento, desprezando-a após o encarceramento seria inobservar em sua completude o princípio da dignidade da pessoa humana, denominado pelo Ministro Carlos Britto de *proto-princípio* (HC nº 82.959).

Em uma Carta Magna extremamente rica em garantias para os criminosos, a necessidade de cumprimento de pena em estabelecimentos adequados, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo; o respeito à dignidade física e moral; a vedação ao tratamento desumano etc, parece-nos que a fixação do regime integralmente fechado violaria os preceitos constitucionais.

Uma vez aceita a tese de inconstitucionalidade desse tipo de regime, qual seria o prazo mínimo de cumprimento da pena para efeito de progressão do regime prisional?

O Ministro Carlos Britto respondeu a essa indagação: o prazo será de 1/6 da pena imposta, nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais, até que norma legal venha a ser editada. Não obstante, ressalva que essa medida traria temporariamente uma desigualdade entre a

situação dos apenados por crimes comuns e dos apenados por crimes hediondos; conseqüentemente, a sua inconstitucionalidade. Entretanto, em observância às razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, é possível retalhar "os efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade" (*Habeas Corpus* nº 82.959) e permitir temporariamente a aplicação do prazo mencionado.

O acerto jurídico da decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal nos parece irretocável. Contudo, sendo a Corte um órgão jurídico e político, convém considerar também essa dimensão no alcance e nos efeitos das suas decisões. Em vista da crescente violência que atinge a sociedade brasileira, especialmente nas metrópoles, o cidadão e o Ministério Público freqüentemente se indignam e se questionam sobre o acerto da garantia do direito à progressão do regime de penas aos agentes de crimes hediondos.

Será razoável, na atual conjuntura vivida pela sociedade brasileira, garantir aos criminosos de delitos gravíssimos o direito à individualização da pena e, conseqüentemente, ao convívio social, se o próprio cidadão de bem, que sempre pautou a sua vida nos desígnios da lei, perdeu o direito à vida, à dignidade humana, à liberdade sexual? Será que pouco mais de doze anos de reclusão, com direito à progressão de regime, garantirão que o impetrante do *habeas corpus* que fixou o precedente, não cometerá novo crime de atentado violento ao pudor contra outras crianças?

Todas estas perguntas ainda encontram-se sem respostas. A história, entretanto, mostrará o acerto ou não da Corte Constitucional. No mais, em uma sociedade democrática, com intuições fortes e consolidadas, só resta ao cidadão confiar e acreditar no acerto da decisão do intérprete último da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

CERNICCHIARO. Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1970.

FRAGOSO. Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2000

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Crimes hediondos: tóxico, terrorismo*. São Paulo: Ed Saraiva. 2005.
MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Ed. Atlas. 2000.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed Del Rey. 2005.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Ed. Del Rey. 2005.
TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Código de processo penal comentado*. Vol. 1 e 2. São Paulo: Ed. Saraiva. 2001.
TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2001
www. stf.gov.br.

O DIREITO DE AÇÃO E SUAS TEORIAS EXPLICATIVAS

André Luiz Vinhas da Cruz, Procurador do Estado de Sergipe, Advogado, Sócio do IBAP (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública), Professor de Direito Empresarial da Faculdade São Luís de França (FSLF/SE), de Direito Civil da Faculdade de Direito da Faculdade Sergipana (FASER) e de Direito Civil e Processual Civil do JUS FORUM e do MÉRITO JURÍDICO (Curso do Prof. Damásio de Jesus). Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) e Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ).

RESUMO: O presente trabalho visa estabelecer conceitos e fixar noções basilares sobre o que venha a ser ação, contextualizando historicamente as diversas teorias explicativas da mesma na teoria do processo civil, assim como diferençando o termo "ação" de outras expressões comumente utilizadas na seara processual, a exemplo de "demanda", "direito de petição" e "provimento".

PALAVRAS-CHAVE: teoria geral do processo; ação e direito de ação; teorias explicativas.

ABSTRACT: This work aim at set up concepts and focus your attention on a basic knowledge about what can be a action, contexting historically many theories about it in procedural law, like differentiating the expression "action" of others words usually used in procedural practice, for example "case", "petition of rights" and "decision".

KEYWORDS: general procedural theory; action and petition of rights; concerned theories.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1. Ação; direito ou poder; 2. Teorias explicativas sobre o "direito de ação"; 3. Algumas noções: "demanda", "ação", "direito de ação", "direito de petição" e "provimento"; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

1.1. AÇÃO: DIREITO OU PODER

O direito de ação, consagrado no ordenamento jurídico pátrio, como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado pela Carta Maior de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, conforme se vislumbra da redação do inciso XXXV do art. 5º.

Aprioristicamente, é de se diferençar enquanto corolário do acesso à ordem jurídica justa, o direito de ação do direito de petição, como já alhures referenciado, tratando-se de tema delicado, merecedor de acurada análise.

Para Eduardo Couture, mencionado por Eduardo Melo de Mesquita[1], a ação seria uma espécie do gênero "direito de petição". Defende tal posição com fuste na própria origem, eminentemente, privada do direito de petição, que nada mais seria do que o direito de comparecer perante a autoridade.

Cioso de que até meados do século XVIII não existia clara distinção entre os poderes do Estado, o direito de petição ("*Right of petition*") era exercido tanto perante o rei, como diante da Câmara dos Lordes, que também funcionava como um tribunal real. Expressão de tal assertiva era o "*Bill of Rights*", de 1689.

Em suma, o direito de ação é o instituto através do qual aquele que tenha um interesse lesado ou ameaçado de lesão faça chegar às portas do Poder Judiciário o pedido de prestação jurisdicional, solucionando assim o litígio.

---

[1] MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 52, 2002, p. 54; COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, pp. 48-51.

Bom que se afirme que o acesso à justiça não se resume a garantir a gratuidade processual, mas, especificamente, dotar a população jurisdicionada da garantia de funcionamento de defensores públicos, com estrutura física e de recursos humanos compatível com a nobreza do cargo.

2. TEORIAS EXPLICATIVAS SOBRE O "DIREITO DE AÇÃO"

Existem inúmeras teorias explicativas sobre o conceito de "ação", estando entre as mais importantes, seja por seu valor histórico, seja por sua aplicabilidade prática atual, a teoria civilista (imanentista) da ação e a teoria concreta da ação (ou teoria do direito concreto de agir).

A teoria civilista da ação, hoje já superada, exerceu grande influência sobre o direito processual até meados do século XIX. Por esta teoria, a ação se congeminava no próprio direito material depois de violado. A ação era o mesmo direito em atitude de defesa.

Tal teoria refletiu determinada época em que o processo civil era tomado como mero "apêndice" do Direito Civil, tendo por grandes difusores, no Brasil, Clóvis Bevilácqua[2] e João Monteiro[3], e na Alemanha, Friedrich Karl Von Savigny[4], propulsor da Escola Histórica do Direito.

Tal teoria experimentou o começo de seu declínio, nos anos de 1856 e 1857, a partir da polêmica instalada na Alemanha entre Bernard Windscheid, da Universidade de Greifswald, e Theodor Müther, da Universidade de Königsberg. Windscheid defendeu a idéia, rebatida por Müther, de que o conceito de ação, no antigo Direito Romano, equivalia ao de pretensão ("*anspruch*"), não correspondendo ao moderno conceito de ação ("*klage")*[5].

---

[2] BEVILÁCQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil.* 4ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972, p. 296.

[3] MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. I, 1956, p. 70.

[4] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 8ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2003, pp. 111-112.

[5] PUGLIESE, Giovanni. *Polemica sobre la "Actio".* Trad. esp. de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. XII.

Entre réplicas e tréplicas, acabou-se por assentar na doutrina a existência de uma distinção entre direito material e o direito de ação, passando este a dizer respeito à noção de direito à prestação jurisdicional.

Surgiu a teoria da ação como emanação dos direitos da personalidade, do jurista alemão Köhler, pela qual a ação não é uma emanação da pretensão procedente, pois, se esta é ou não fundada, há de resolver-se na sentença.

Também não se trata de um direito público de acionar, mas sim uma emanação dos direitos de personalidade, porém apenas na medida em que o são os demais atos jurídicos. O direito de acionar é um direito individual, assim como é, e. g., o ato de comerciar ou de andar[6].

Tal teoria foi severamente rebatida, por conceber a ação processual como uma mera faculdade ou manifestação psicológica do particular, enquanto atividade anímica[7].

A teoria concreta da ação[8] teve o mérito de ter sido a primeira a advogar a tese da autonomia do direito de ação, como elemento dissociado do direito material. Enquanto que, num direito material de crédito, o sujeito passivo de tal relação jurídica é o devedor, o Estado o será, de relação à ação, já que este é quem tem o dever de prestar a tutela jurisdicional. Neste mesmo exemplo, quanto ao direito material, a prestação devida é outra e se consubstancia numa obrigação de dar, fazer ou não fazer.

Contudo, tal teoria pecou por condicionar a existência do direito de ação à existência do direito material, pelo qual a ação apenas existiria caso o resultado final do processo fosse favorável ao autor, algo que enfraqueceu tal concepção, que restou por ser abandonada.

---

[6] Tal teoria foi acompanhada por Vitor Fairén Guillén e pelo grande processualista uruguaio Eduardo Juan Couture. Cf. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo.* 8ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 123-124.

[7] ARCILA, Carlos Ramirez. *Teoria de la acción.* Bogotá: Temis, 1969, pp. 70-72.

[8] Tal teoria foi criada pelo alemão Adolf Wach, e contou com inúmeros adeptos, como James Goldschmidt, Oskar von Bülow, Hellweg, Giuseppe Chiovenda e Pohle; e, no Brasil, ainda hoje, com José Ignácio Botelho de Mesquita. Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et all. *Teoria geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 251; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito...*, p. 113; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da Ação Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, passim.

Em 1903, numa conferência ministrada na Universidade de Bolonha, Giuseppe Chiovenda[9], dissidente da teoria concretista, criou a teoria do direito potestativo de agir, segundo a qual a ação seria o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei.

Segundo Chiovenda[10], a ação é um direito potestativo, que não é subjetivo, dado não lhe corresponder a obrigação do Estado, nem deter natureza exclusivamente pública. A ação se dirige ao adversário, correspondendo-lhe a sujeição.

A ação se exaure com seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o réu, o qual nada deve ou pode fazer a fim de evitar tal efeito.

Se observa que permanece aquela idéia de ser um direito à obtenção concreta de uma sentença favorável, o que retira, em parte, a validade de tal proposição, seguida por Sergio Costa[11], na Itália, e Celso Agrícola Barbi[12], no Brasil.

Aparece, nos anos de 1877 a 1880, a teoria abstrata da ação (ou teoria do direito abstrato de agir), devida ao alemão Heinrich Degenkolb e ao húngaro Alexander Plósz, pela qual o direito de ação seria, pura e simplesmente, o direito de provocar a atuação do Estado-juiz.

Seria a ação o direito de se obter um provimento jurisdicional, qualquer que seja seu teor, enquanto direito inerente à personalidade, sendo certo que todos tem o direito de provocar o Poder Judiciário, a fim de que este exerça seu *munus* constitucionalmente previsto. É, logo, direito público subjetivo[13], sendo, ainda, abstrato e autônomo[14].

---

[9] CHIOVENDA, Giuseppe. "L'azione nel sistema dei diritto". *Saggi di diritto processuale civile*. Bolonha: Ditta Nicola Zanichelli, 1904, pp. 01 e ss., em especial, p. 113.

[10] CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, t. I, 1977, pp. 69-72.

[11] COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5ª ed. Turim: UTET, 1980, p.13.

[12] BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 64.

[13] É a idéia de "*potestas*", faculdade de comandar para a tutela de interesse de outrem, na composição da lide, enquanto expressão da jurisdição. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999, pp. 272-273.

[14] Abstrato, porque não condiciona a existência do processo à do direito material perseguido; autônomo, tendo em conta que o direito de ação se distingue do direito material.

Partiu tal teoria de críticas assacadas por seus autores às teorias concretas que não conseguiam explicar o fenômeno das sentenças de improcedência do pedido, nem dizer se haveria direito de ação em tais casos, mesmo restando óbvio que o Estado, provocado, tinha efetivamente exercido a jurisdição.

O mesmo ocorreria com as chamadas "ações declaratórias negativas", que, acaso procedentes, estariam a declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes. O próprio Degenkolb abandonou, anos depois, sua tese, passando a exigir do demandante, para que tivesse ação, acreditasse sinceramente estar assistido de direito material[15]. No Brasil, tal teoria é seguida por José Joaquim Calmon de Passos[16].

Entretanto, entre nós, a teoria atualmente predominante é a eclética da ação, gestada pelo italiano Enrico Tullio Liebman[17], que viveu durante anos no Brasil, na década de 1940.

Por tal teoria, também de natureza abstrata, existiria uma categoria estranha ao mérito da causa - as condições da ação - que serviriam como requisitos de existência do direito de ação.

De acordo com Liebman[18], o direito de ação só existirá, se o autor preencher tais "condições", pena de ocorrer o fenômeno da "carência de ação", com o processo sendo julgado extinto, sem julgamento de mérito.

Em nosso ordenamento jurídico, tal teoria está expressamente positivada no art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973. Advogam tal teoria inúmeros processualistas, dentre os quais, na Itália,

---

[15] COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil.* Trad. de Mozart Victor Russomano. 3ª ed. Rio de Janeiro: Konfino, s/d, passim.

[16] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "Ação". *Digesto de processo.* Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1980, p. 5.

[17] LIEBMAN, Enrico Tullio. L'Azione nella teoria del processo civile. *Problemi di diritto processuale civile.* Nápoles: Morano, 1962, p. 41; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 10.

[18] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil.* Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1985, p. 151.

Mandrioli[19] e Tommaseo[20]; e, no Brasil, Humberto Theodoro Júnior[21], Amaral Santos[22] e Vicente Greco Filho[23].

Com o passar dos anos, tal teoria sofreu algumas alterações, onde as condições da ação deixaram de ser requisitos de existência para se tornar requisitos do legítimo exercício do direito de ação. Esta versão da teoria eclética é defendida por José Carlos Barbosa Moreira[24] e Hélio Bastos Tornaghi[25]. A "carência de ação" passou a ser vista como "abuso" do direito de ação.

Alexandre Freitas Câmara construiu uma formulação ecletista própria sobre a "ação", que, ao invés de ser um direito subjetivo, seria um poder jurídico, já que entre seu titular e o Estado inexiste conflito de interesses, marca registrada dos direitos subjetivos.

Segundo reverenciado processualista, as "condições da ação" não dizem respeito propriamente à ação, uma vez que esta existe mesmo que aquelas não se preencham. Daí porque melhor seria falar-se em "requisitos do provimento final" e não em "condições", que se referenciam a eventos futuros e incertos a que se subordina a eficácia de um ato jurídico.

O "poder de ação", e não mais "direito de ação" se revela durante todo o processo, não se jungindo à tão-só iniciá-lo, sendo exercitável tanto pelo autor, como pelo réu.

Inconfundíveis "poder de ação" com "demanda", que é o ato de impulso oficial da atividade jurisdicional do Estado, normalmente

---

[19] MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile.* 10ª ed. Turim: G. Giappichelli, v. I, 1995, p. 48.

[20] TOMMASEO, Ferrucio. Appunti di diritto processuale civile: *nozioni introduttive.* 3ª ed. Turim: G. Giappichelli, 1995, p. 173.

[21] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1996, p. 50.

[22] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 18ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995, p. 155.

[23] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995, p. 76.

[24] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Legitimação para Agir. Indeferimento de Petição Inicial." Temas de direito processual: *Primeira Série,* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, s/d, p. 199.

[25] TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao código de processo civil.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1976, p. 90.

praticado pelo autor, mas que pode ser exercido pelo réu, através da reconvenção, e.g.

O direito de defesa do réu nada mais é do que a manifestação de seu poder de ação, como o direito de recorrer, por exemplo.

Assim sendo, para Freitas Câmara, ação seria "o poder de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional, preparando o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional."[26]

É bem verdade que não há maiores controvérsias entre as teorias acima expostas, salvante a teoria civilista, por negar a autonomia do poder de ação, assim como a do direito potestativo, por garantir que a ação se volta contra o réu, que a ela se sujeita.

Em primeiro lugar, o poder de demandar é o poder de provocar a instauração do processo, como disseram os adeptos da teoria abstrata, e pertence a todos[27]. Em segundo lugar, o poder de ação, segundo a teoria eclética, é aquele capaz de provocar a prolação de um provimento de mérito, e só estará presente se preencher as "condições da ação".

Por fim, o direito à tutela jurisdicional, também chamado "ação concreta", no rastro da teoria concreta, pela qual seria o direito de obter um resultado final favorável, com a procedência do pedido.

Vê-se, pois, que cada teoria estudou uma distinta posição jurídica de vantagem, sendo teorias complementares, e não contraditórias. Assim, enquanto a teoria abstrata trata do poder de demandar; a eclética, do poder de ação; e a concreta, do direito à tutela jurisdicional.

Leonardo Greco aponta, involuntariamente, diga-se de passagem, determinada incoerência na tese de Alexandre Freitas Câmara, ao salientar que se a ação fosse apenas um poder de desencadear uma atividade estatal no interesse público, a lei poderia impor-lhe discricionariamente limitações.

Sob tal enfoque, completo de razão estaria o douto processualista, que toma a ação como um direito subjetivo público, autônomo e

---

[26] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito...*, p. 118.

[27] A ação é um "direito cívico", também um direito de petição, que é conferido a todos os sujeitos de direito de obter um pronunciamento jurisdicional. Leonardo Greco considera a ação como um direito à jurisdição, seguindo a teoria eclética da ação, de Liebman. Cf. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 9.

abstrato, de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda de direito material.

Adotando-se a posição majoritária da doutrina brasileira, é de se crer a ação como um *direito*, e não como um poder, até em respeito à nomenclatura adotada em nossa Constituição Federal, em seu art. 5°, XXXV.

Direito cívico, "*facultas exigendi"* do indivíduo, a ter por objeto uma prestação positiva por parte do Estado, também interessado no exercício da função jurisdicional, que é a busca da pacificação social e do bem-estar coletivo.

Não soa incoerente, portanto, admitir a existência da obrigação estatal de exercício de tal mister público.

3. ALGUMAS NOÇÕES: "DEMANDA", "AÇÃO", "DIREITO DE AÇÃO", "DIREITO DE PETIÇÃO", "PROVIMENTO" E "TUTELA JURISDICIONAL"

Necessário que se estabeleça algumas distinções básicas entre os termos "demanda", "ação de direito material" e "direito de petição".

"Demanda", segundo Leonardo Greco, seria o conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, a "*res in judicium deducta",* tanto objetiva quanto subjetivamente.

O princípio da demanda[28] decorre do liberalismo político, que inibe que o Poder Judiciário intervenha nas relações jurídicas privadas e nas relações entre o próprio Estado e os cidadãos, a não ser que algum interessado o requeira e nos limites de tal requerimento.

Leonardo Greco, mais uma vez contrariando as lições de Alexandre Freitas Câmara, e de Montesano e Arieta, juristas italianos, dita ser freqüente, tomando-se o continente pelo conteúdo, considerar-se a demanda como ato inicial de impulso do processo.

De igual forma, o direito de petição é o direito a qualquer resposta, não se confundindo com o direito à jurisdição, que reflete um direito

[28] Por tal princípio, compete ao autor fixar os limites objetivos e subjetivos das questões sobre os quais deverá incidir a jurisdição. Segundo Monteleone, quando tal princípio é eliminado, surge um ordenamento despótico de polícia, que pratica supressão dos próprios direitos individuais. Cf. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação*..., p. 12.

a uma prestação incidente sobre o mérito, sobre a relação jurídica de direito material.

Já a "ação de direito material" é o direito concreto, que integra o patrimônio jurídico de quem possui o direito subjetivo material. Trata-se do velho dogma civilista, de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura (Código Civil de 1916, art. 75). A ação, ela própria, é um direito fundamental sem o qual nenhum valor teriam todos os demais.

Cabe ao direito material a atribuição de bens da vida a pessoas ou grupos, contudo as soluções encontradas no direito material são impostas através de meios processuais. Assim é que o legislador estabelece uma variedade de provimentos jurisdicionais, procedimentos e processos.

Segundo Dinamarco, provimento é "ato imperativo de exercício do poder em situações concretas."[29]

Tal conceito amplíssimo, utilizável tanto para designar um ato de nomeação de servidor público, como o julgamento de uma licitação pública, em termos de processo civil, revela sempre a manifestação da vontade do Estado-juiz mediante o emprego de palavras, que significam um preceito, determinação ou comando.

Os provimentos se distinguem dos meros atos materiais que o magistrado realiza no processo, destituídos da emissão de um preceito ou vontade, como, v.g., o ato de inquirir uma testemunha.

4. CONCLUSÃO

O direito de ação, consagrado no ordenamento jurídico pátrio, como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Carta Maior de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, conforme se vislumbra da redação do inciso XXXV do art. 5º.

O direito de ação é o instituto através do qual aquele que tenha um interesse lesado ou ameaçado de lesão faça chegar às portas do Poder

[29] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, v. I, 2003, p. 147.

Judiciário o pedido de prestação jurisdicional, solucionando assim o litígio.

Existem inúmeras teorias explicativas sobre o conceito de "ação", estando entre as mais importantes, seja por seu valor histórico, seja por sua aplicabilidade prática atual, a teoria civilista (imanentista) da ação e a teoria concreta da ação (ou teoria do direito concreto de agir).

Entretanto, entre nós, a teoria atualmente predominante é a eclética da ação, gestada pelo italiano Enrico Tullio Liebman, que viveu durante anos no Brasil, na década de 1940.

De acordo com tal teoria, o direito de ação só existirá, se o autor preencher tais "condições", pena de ocorrer o fenômeno da "carência de ação", com o processo sendo julgado extinto, sem julgamento de mérito.

Em nosso ordenamento jurídico, tal teoria está expressamente positivada no art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973.

Adotando-se a posição majoritária da doutrina brasileira, é de se crer a ação como um *direito*, e não como um poder, até em respeito à nomenclatura adotada em nossa Constituição Federal, em seu art. 5°, XXXV.

Direito cívico, "*facultas exigendi*" do indivíduo, a ter por objeto uma prestação positiva por parte do Estado, também interessado no exercício da função jurisdicional, que é a busca da pacificação social e do bem-estar coletivo.

Não soa incoerente, portanto, admitir a existência da obrigação estatal de exercício de tal mister público.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCILA, Carlos Ramirez. *Teoria de la acción*. Bogotá: Temis, 1969.

BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "Ação". *Digesto de processo*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1980.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito.* Trad. de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.
CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo.* 8ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
CHIOVENDA, Giuseppe. "L'azione nel sistema dei diritto". *Saggi di diritto processuale civile.* Bolonha: Ditta Nicola Zanichelli, 1904.
_____. *Princípios de derecho procesal civil.* Madrid: Reus, t. I, 1977.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et all. *Teoria geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile.* 5ª ed. Turim: UTET, 1980.
COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil.* Trad. de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
_____. *Introdução ao estudo do processo civil.* Trad. de Mozart Victor Russomano. 3ª ed. Rio de Janeiro: Konfino, s/d.
GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003.
GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995.
LIEBMAN, Enrico Tullio. L'Azione nella teoria del processo civile. *Problemi di diritto processuale civile.* Nápoles: Morano, 1962.
_____. *Manual de direito processual civil.* Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1985.
MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile.* 10ª ed. Turim: G. Giappichelli, v. I, 1995.
MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 52, 2002.
MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da ação civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. I, 1956.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial". *Temas de direito processual: primeira série,* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, s/d.
PUGLIESE, Giovanni. *Polemica sobre la "actio".* Trad. esp. de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 18ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995,
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1996.
TOMMASEO, Ferrucio. *Appunti di diritto processuale civile*: *nozioni introduttive.* 3ª ed. Turim: G. Giappichelli, 1995.
TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao código de processo civil.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1976.

ENTREGA DE NACIONAIS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL *VERSUS* VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE EXTRADIÇÃO

Leila Poconé Dantas, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Assevera a constitucionalidade da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional diante da interpretação sistemática dos princípios consagrados na Carta Maior. Apresenta-se a inserção do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico interno brasileiro. Trabalha o conceito e os requisitos da extradição, a partir da Constituição Federal, da Lei 6.815/80 e da doutrina. Busca a possibilidade de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. Para tanto, projeta fundamentos da República, como a soberania e a dignidade da pessoa humana; princípios das relações internacionais, tal como a prevalência dos direitos humanos; previsão programática no ADCT de participação do Brasil no Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional n° 45/2004 efetivando essa norma transitória. A partir de uma análise pontual, acerca do tratamento dispensado à extradição no ordenamento brasileiro, conclui que a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional não afronta a ordem constitucional. Em conseqüência, atesta ser plenamente possível tal entrega.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Público Internacional; Direito Constitucional; Tribunal Penal Internacional; Princípio da Complementaridade; Entrega de Nacionais; Extradição; Compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: Assents the delivery's constitutionality of the national to International the Criminal Court face of the systematic interpretation of the principles consecrated in the Magna Charta. It is present insertion of International the Criminal Court in the legal internal Brazilian system. It works the concept and the requisites of the extradition, from the Federal Constitution, of Law 6.815/80 and the doctrine. It searchs the

possibility of delivery of national to International the Criminal Court. Therefore, it projects beddings of the Republic, as the sovereignty and the dignity of the human being; principles of the international relations, such as the prevalence of the human rights; programmatical forecast in the ADCT of participation of Brazil in International the Criminal Court and the Constitutional Emendation n° 45/2004 accomplishing this transitory norm. From a prompt analysis, concerning the treatment excused to the extradition in the Brazilian order, it concludes that the delivery of national to International the Criminal Court does not confront the constitutional order. Consequently, it certifies to be such delivery fully possible.

KEYWORDS: International Public Law; Constitutional Law; International Criminal Court; The Complementary's Principle; Delivery of National; Extradition; Compatibility with the Federal Constitution of 1988.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Previsão Constitucional do Tribunal Penal Internacional e a EC 45/2004; 3. Vedação de Extradição de Nacionais; 3.1. Histórico; 3.2. Vedação na Constituição Federal de 1988; 4. Possibilidade de Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional no sistema constitucional vigente; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da aparente antinomia entre a previsão de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional no Estatuto de Roma e a vedação constitucional de extradição constituirá o ponto central desse artigo. No entanto, o objetivo principal é demonstrar a complementaridade das duas normas, permitindo a aplicação sem ressalvas do Estatuto de Roma, como assim está expresso em seu texto.

Após a Segunda Guerra Mundial houve a necessidade de reflexão do direito internacional diante das atrocidades cometidas contra a humanidade nos regimes nazi-fascistas. A partir de então os Direitos Humanos são tidos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

Diante dessa perspectiva garantista as cláusulas pétreas devem ser vistas, nesse momento, não só como depositárias de direitos e garantias estáticos, mas também de novos anseios da sociedade internacional em defesa dos Direito Humanos, sempre respeitando os trâmites constitucionais.

A atualidade do tema é latente, uma vez que se estuda a possibilidade de aplicação de mecanismos de justiça para combater as omissões de países governados por criminosos, autores de grandes massacres contra a humanidade. Nesse contexto histórico há uma pretensão mundial de se punir as atrocidades cometidas por esses ditadores, reprimindo a impunidade.

A doutrina mais abalizada defende a possibilidade de entrega de nacionais para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. Apesar da similitude entre os institutos da extradição e da entrega há uma diferença sutil entre ambos. Tal sutileza encontra-se no órgão julgador. Na extradição o pedido é feito por um outro ente de direito público internacional, também dotado de soberania. Já na entrega é por uma instituição internacional formada por vários Estados, dentre eles o que vai proceder a entrega.

Ademais o poder constituinte originário proibiu a extradição de nacionais, elevando tal proibição a direito fundamental individual, conseqüentemente, cláusula pétrea, de acordo com o artigo 60, parágrafo 4° da CF. No entanto permaneceu omisso quanto à entrega de nacionais.

É de importância fundamental ressaltar a originalidade do trabalho, tendo em vista a escassa literatura que trata diretamente do tema, ainda mais rara quando trata dos institutos criados pelo Tribunal Penal Internacional e sua adequabilidade ao ordenamento jurídico interno do Brasil.

A hipótese central do trabalho é a possibilidade de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional sem afrontar a Constituição Federal quanto à vedação de extradição. Secundariamente será analisada a distinção entre entrega e extradição feita no próprio Estatuto de Roma, a omissão da Constituição em relação à vedação de entrega de nacionais e a previsão expressa da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional no artigo 7° do ADCT e no artigo 5°, § 4º da CF com redação dada pela EC 45/04.

Nesse trabalho será utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo, esse constituirá o principal método. Assim, as hipóteses formuladas anteriormente à luz da crítica científica e do entendimento jurisprudencial serão colocadas de forma que se espera confirmar as hipóteses iniciais. Ao estudar a possibilidade da hipótese formulada lançar-se-á mão do método analítico, confrontando-a com os princípios e normas constitucionais. Usar-se-á também o método comparativo, relacionando as diversas formas de tratamento do Tribunal Penal Internacional no direito interno de outros países.

O tema desse artigo é pertinente e de máxima importância na medida em que traz consigo a realização do antigo sonho da sociedade internacional de uma jurisdição penal internacional. Essa jurisdição tem como norte a consagração dos princípios e garantias humanitários, resultado de um conturbado processo histórico marcado por avanços e retrocessos. Essa quimera foi amadurecida após terríveis tragédias como as duas Grandes Guerras e os tribunais *ad hoc*, como: o de Nuremberg, do Japão, da Iugoslávia e de Ruanda.

Diante da evolução do Direito Internacional não se pode fazer uma interpretação literal da Constituição Federal, deve-se fazer a exegese de seus dispositivos de acordo com os princípios balizadores e da nova ordem estabelecida. Lançando mão da mutação constitucional, sem necessidade de alteração de texto, não há de se falar em afronta à Constituição Federal quanto à existência de vedação da extradição de nacionais.

2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A EC 45/2004

A doutrina internacionalista divide-se quanto ao modo de ingresso dos tratados internacionais no ordenamento interno dos países signatários. Para os adeptos da teria dualista o direito interno e o direito internacional são independentes, desse modo a validade do tratado internacional depende da sua aceitação no plano interno.

Já os monistas vêem um sistema único do direito interno e do direito internacional, para uns com a primazia do direito internacional e para outros com a primazia do direito interno de cada país soberano.

Dentro da teoria monista, o professor Luiz Roberto Barroso preconiza a prevalência do direito internacional:

> "Em oposição ao pensamento dualista, surgiu outra concepção, denominada monista, inicialmente defendida por Hans Kelsen, alegando não existirem duas ordens jurídicas diversas. A ordem jurídica, segundo este pensamento, é una, mesmo sendo complexa e heterogênea. Dessa maneira, deve haver prevalência do Direito Internacional devendo ser criados instrumentos para harmonizar as relações entre eles"[1].

Tal controvérsia não possui mais razão de ser com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a qual inseriu o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Essa alteração permite concluir que foi adotado pelo constituinte derivado o sistema misto, em que os tratados internacionais de direitos humanos são passíveis de adquirir *status* de emenda constitucional, enquanto os demais tratados não possuem tal amplitude.

De acordo com entendimento do STF, os tratados internacionais no Brasil possuem o patamar de lei ordinária[2]. No entanto, se aprovados com quórum qualificado (dois terços) e relacionando-se com direitos

---

[1] BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

[2] "Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado." (HC 72.131, voto do Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03)

humanos, nos termos da Emenda Constitucional n°45, adquirem hierarquia constitucional.

Entretanto, importante ressalvar a existência de uma corrente doutrinária, defendida pela Professora Flávia Piovesan, que mesmo antes da referida emenda conferia aos tratados de direitos humanos o patamar hierárquico constitucional. Tal posição era fundamentada com base no § 2º do artigo 5º, aliado a uma exegese sistemática e teleológica do texto maior.

O Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional possui a natureza de Tratado de Direitos Humanos, logo, é uma garantia fundamental que acresce o rol do artigo 5º da Constituição "§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Não se pode perder de vista a prevalência dos princípios sobre as regras. A Constituição da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, está repleta de princípios justificadores da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, meio de proteger e garantir os Direitos Humanos.

O artigo 1º, III, elege como Fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tornar efetivo esse fundamento é o objetivo do Tribunal Penal Internacional[3]. Dentre os princípios das relações internacionais encontra-se a prevalência dos direitos humanos no artigo 4º, II da CF. Esses são princípios constitucionais que devem servir de norte para a interpretação da Constituição Federal, utilizando a ponderação.

O artigo 7° do ADCT prevê a participação do Brasil no Tribunal Penal Internacional, "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos". Essa norma constitucional

[3] "Ampliar, fortalecer a proteção dos direitos humanos, adotando sempre, como lógica e princípio, a primazia da pessoa humana, ou seja, é dessa maneira que esse todo normativo forma essa unidade de sentido, e é dessa maneira que esse todo interage com o Direito brasileiro. O impacto sobre o Direito brasileiro há de ser esse, uma garantia a mais." (PIOVESAN, 2000, p. 71).

transitória demonstra uma das opções que o legislador constituinte originário aponta como mecanismo de proteção dos direitos humanos.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004 restou indiscutível ser o Brasil integrante do Tribunal Penal Internacional, devendo se submeter às suas regras, vejamos: "§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão". Diante do arcabouço principiológico fornecido pela Constituição e demonstrado acima seria desnecessária essa emenda constitucional se fosse feita a hermenêutica correta de seus dispositivos.

3. VEDAÇÃO DE EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS

3.1. HISTÓRICO

O ilustre professor Celso Albuquerque Mello afirma que a idéia da negativa de extradição de nacional estaria na "Bula de Brabante" do século XIV, durante o feudalismo, concedia a todos os cidadãos o direito de serem submetidos à jurisdição dos tribunais locais. Há semelhança com o artigo 5º, XXXV da Constituição, que diz: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O Judiciário a que o dispositivo se refere é o brasileiro.

A recusa em extraditar os nacionais por alguns países pode ser justificada por aqueles que consideram a jurisdição criminal como essencialmente territorial. Dentre eles estão os Estados Unidos e a Grã-Bretanha.

Quanto à extradição de nacional, para Valadão, é um princípio aceito pelo Direito Interamericano, tanto que o art. 20, do Tratado de Direito Penal Internacional de Montevidéu, de 1989, permitia a extradição de nacional. O tratado de paz de Versalhes de 1919, assim como os da mesma época, tornavam obrigatória a extradição de nacionais dos países dos impérios centrais, por crimes indicados em tais tratados.

A primeira lei brasileira sobre extradição, a Lei n. 2.416 de 1911, permitia a extradição de nacionais e estrangeiros. Porém, a extradição de nacional estava condicionada à reciprocidade de tratamento assegurada ao Brasil pelo país requerente, por lei ou tratado. Esse

entendimento era pacífico, sendo aventada até a possibilidade de se extraditarem nacionais no Tratado de Extradição Brasil/Itália de 1931.

Houve uma guinada a partir do Direito americano, por influência da Constituição de *Weimar*. Contrariando o princípio favorável à extradição de nacional, que havia sido votado em 1880 pelo *Institute du Droit International*, preferiu o princípio do art. 9º do Código Penal alemão que proibia a extradição de nacional. Essa tendência foi aceita pelas leis francesas e pelo Código Penal italiano de 1930. No Código de Bustamante, adotado em 1928, e na Convenção de Montevidéu de 1933 existe uma facultatividade e não uma obrigatoriedade, apesar de já estarem influenciados pela Constituição de *Weimar*.

As convenções interamericanas continuam deixando a faculdade ao Estado. O projeto de 1977, da Comissão Jurídica Interamericana, dizia que o Estado só poderia extraditar seu nacional se sua legislação assim o mandasse. No Brasil, só com a Constituição de 1934, houve a influência de *Weimar*. Dizia a Constituição de 1934: "Não será concedida a Estado estrangeiro, em caso algum, a extradição de brasileiro".

Malgrado ter havido na discussão dessa Constituição uma grande contrariedade expressa por Levi Carneiro, o texto foi mantido. Desde então em todas as Constituições posteriores essa disposição está presente, mas mesmo assim não tem sido aceita pela doutrina brasileira, representada pelos tradicionais do passado como Clóvis Bevilácqua, Coelho Rodrigues, Rodrigo Otávio e outros. Assim, não existe uma tradição nem mesmo no Direito brasileiro, nem no Direito americano de se proibir a extradição de nacional.

O professor Accioly elenca os argumentos ofertados pelos defensores da não extradição de nacionais, quais sejam: os Estados devem proteção a seus nacionais, devendo garantir-lhes uma justiça imparcial, que pode não haver nos juízes estrangeiros; os Estados não devem abdicar parcela alguma de sua soberania, e a entrega de um nacional à justiça estrangeira pode ser considerada como renúncia à soberania; todo indivíduo tem o direito de viver no território e sob proteção do Estado de que é nacional, assim, afastá-lo de sua pátria seria injusto.

O autor rebate tais argumentos demonstrando que a entrega de nacionais não interfere na proteção do Estado, que a falta de confiança na justiça estrangeira não sofre interferência tomando como parâmetro

apenas a nacionalidade do extraditado, e a soberania não é ofendida porque o deferimento do pedido de extradição passa pelo exame das autoridades nacionais.

3.2. VEDAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal estabelece proibição expressa de extradição de brasileiros como direito fundamental, logo cláusula pétrea (artigo 60, §4°, IV da Constituição Federal), estabelecendo tratamento diferenciado entre os brasileiros natos e os naturalizados. A vedação é absoluta quanto aos natos, mas relativa quanto aos naturalizados quando decorrer de tráfico ilícito de entorpecentes ou crime comum anterior à naturalização, *in verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;
> LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

A legislação infraconstitucional também possui dispositivo no mesmo sentido, vejamos a Lei 6.815 de 1980 (Estatuto do Estrangeiro): "Art. 77. Não se concederá a extradição quando: I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido".

A Carta Maior também assegura a não extradição do estrangeiro no caso de crime político e de opinião, logo se percebe a revogação do artigo 77, § 1° da Lei 6.815/80 por não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que permite a extradição quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal. José Afonso da Silva observa que o crime político predomina sobre

qualquer outra circunstância, haja ou não crime comum, o qual fica submergido.

Desse modo, fica evidenciado o tratamento restritivo dispensado pela Constituição aos casos excepcionais de extradição, não podendo a legislação infraconstitucional criar outras hipóteses de incidência do instituto, sob pena de inconstitucionalidade.

4. POSSIBILIDADE DE ENTREGA DE NACIONAIS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE

Chegou o momento de demonstrar as hipóteses apresentadas pelo Estatuto de Roma capazes de fundamentar o pedido de entrega de um indivíduo a um Estado para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. Observe-se a previsão expressa do pedido de entrega no Estatuto:

> Artigo 89 – Entrega de Pessoas ao Tribunal
> 1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

O pedido de entrega será cabível sempre que o Tribunal Penal Internacional se encontrar no exercício de sua competência, delineada pelo artigo 5º do Estatuto, e seguir todas as formalidades exigidas pelo mesmo diploma.

Resta evidenciar a aparente antinomia, objeto desse estudo, quanto à previsão de entrega de nacionais no Estatuto.

A Conferência de Roma não prevê a recusa de cooperação, assim a cooperação quanto à extradição foi muito controversa, afinal muitos países não possuem essa figura em sua legislação e outros a proibiam,

como o Brasil no artigo 5ª, LI e LII da Constituição Federal e na Lei 6.815/80.

Diante desse impasse, o Estatuto fez a diferença entre extradição e entrega. Não havendo razão para essa confusão, já que o próprio Estatuto de Roma no artigo 102 esclareceu a aparente controvérsia:

> Para os fins do presente Estatuto:
>
> a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
>
> b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Assim, é latente a diferença entre ambos dependendo do sujeito ativo do pedido. Ou seja, se o pedido for feito pelo TPI a um país integrante que tenha ficado omisso quanto a crimes de sua competência cometidos em seu território há o instituto da entrega, respeitando o princípio da complementaridade. No entanto, se o pedido é feito por um outro ente de Direito Público Internacional de igual categoria, um outro Estado também dotado de soberania ou competência, há a extradição, regulada pela Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980.

Para Hildebrando Accioly, extradição "é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça de outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo". Logo, percebe-se a diferença da entrega ao TPI, pois este não é um Estado, mas instituição internacional desenhada por esforços de todos os Estados. Substituindo-se a expressão "outro" por "Tribunal", chegar-se-á ao conceito de entrega.

As palavras do Professor Carlos Alberto Simões Tomaz são bastante elucidativas quanto à distinção entre entrega e extradição, o que permite a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional sem ferir a Carta Maior.

> Aí está, sem dúvida, a distinção que deve ser feita entre entrega de nacionais e extradição. Aquela, em momento algum macula a soberania brasileira,

> quando se concebe o TPI como produto da inter-referência da soberania de estados distintos, portanto, um sistema normativo hetero-produtivo, para o qual o Brasil concorreu. Coisa diversa é a entrega de nacionais para se submeterem a um sistema legitimado a partir de inter-referências alheias a vontade soberana brasileira, cuja produção e aplicação normativas não se erigem sob a concorrência da soberania brasileira. Aí reside, inquestionavelmente, a causa constitucional justa, que adjuntada à ponderação de valores em defesa do princípio humanitário, impõe adequabilidade a entrega de nacionais ao TPI[4].

Não menos elucidativas são as palavras do Professor João Grandino Rodas quanto a essa distinção:

> É importante, ainda, lembrar-se que o art. 102, expressamente, distingue entre extradição e entrega; extradição de Estado para Estado e entrega de Estado para o Tribunal. O art. 91, II, **c**, do Estatuto, determina, expressamente, que as exigências para a entrega de alguém ao Tribunal não sejam maiores que as exigências que o mesmo país faz para extraditar alguém para terceiros. Muito embora se deseje extremar absolutamente as duas figuras de extradição e de entrega ou, ainda dizendo, quanto mais se deseja extremar, mais não se separa uma da outra questão. Elas são quase siamesas, tanto que o próprio Tribunal, nesse art. 91, II, **c** — depois de afirmar no art. 102 que são coisas diferentes — determina que não se poderá ter exigências superiores à da extradição. É importante lembrar, nesse segundo tópico, que a

[4] TOMAZ, Carlos Alberto Simões. "Metamorfoses nos conceitos de direito e de soberania. O princípio da complementaridade". O Tribunal Penal Internacional e a Constituição. *Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região*, n. 9, a. 16, p. 45-46, set. 2004.

> cooperação com o Tribunal é uma necessidade e, portanto, nenhum Estado, que não tenha a possibilidade de cooperar, deve sequer ratificar esse Tratado sob pena de poder ser considerado como responsável[5].

O Brasil, ao proceder a entrega de nacional não está abdicando de sua competência, pois também é integrante do Tribunal Penal Internacional que irá proferir o julgamento. Lembrando que só será possível o pedido de entrega se o país permanecer omisso, pelo princípio da complementaridade.

Sendo o Tribunal Penal Internacional uma extensão da jurisdição dos Estados signatários, a entrega de nacionais não afronta a soberania do Estado, constitui sim uma jurisdição internacional. Alguns autores tratam como se o Estado abdicasse de julgar internamente em prol de um julgamento internacional, lembrando que os países possuem representação no Tribunal Penal Internacional. O Brasil encontra-se muito bem representado pela eminente internacionalista Sylvia Steiner desde 2003, quando foi eleita pela lista A.

O estatuto diz que as regras nacionais continuam aplicáveis, mas não serão aceitas certas escusas para a não-cooperação com o Tribunal, dentre elas a de não entregar alguém por ser nacional do país. Assim, o Estado-membro que descumpre uma ordem de entrega do tribunal será considerado como não-colaborador. No estatuto existe o mecanismo para que se possa tentar o enquadramento desse Estado que não colabore, podendo ser levado à Assembléia dos Estados-membros da Corte e até mesmo ao Conselho de Segurança da ONU.

Diante de todos os dispositivos constitucionais suscitados (artigo 1º, III; artigo 5º, § 4º; artigo 4º, II da CF e artigo 7º do ADCT) deve ser feita uma análise de ponderação de princípios e não uma mera subsunção dos mesmos. Uma vez que não há superposição de princípios, já que não são dispostos de forma hierárquica. Apresenta-se necessária a mitigação de um em favor do outro, a depender do que se afigure mais pertinente em determinado momento.

---

[5] RODAS, João Grandino. "Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional". *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 11, p. 31-35, 2000.

Os princípios são utilizados como critérios de integração e interpretação das normas constitucionais, ocorrendo o que Uadi Lammêgo Bulos chamou de mutação constitucional. Altera-se a interpretação da Constituição sem, contudo, haver a necessidade de alteração em seu texto.

Não se pode esquecer que a criação do Tribunal Penal Internacional destina-se à proteção dos direitos humanos, para tanto consagrou a garantia do devido processo legal e da imparcialidade tanto do órgão julgador como do acusador.

5. CONCLUSÃO

Posto isso, restou evidenciada a importância da distinção entre a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional e a proibição de extradição na Constituição Federal do Brasil. Não se pode permanecer omisso diante da relevância atribuída a cada dia ao Direito Internacional na Constituição Federal, reflexo do aumento contínuo do reconhecimento do Direito Internacional pela ordem jurídica interna dos países.

Não há como prevenir os conflitos, principalmente com as características adquiridas após a Guerra Fria. Contudo, a existência de um Tribunal Penal Internacional com jurisdição internacional e imparcial, com a competência de responsabilizar criminalmente os indivíduos responsáveis pelas violações mais graves dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, mostra ser uma arma importante no combate à impunidade. Realiza-se assim uma antiga aspiração da comunidade internacional.

Diante o exposto, resta demonstrada a distinção entre entrega e extradição não havendo, assim, afronta à soberania nacional ou à Constituição Federal. A entrega torna operativo o princípio da complementaridade entre o TPI e as jurisdições internas. Dessa forma, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é uma extensão da jurisdição dos Estados-Parte.

Assim, restou confirmada a hipótese central com a compatibilidade da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional e o texto constitucional, que proíbe a extradição de nacionais, uma vez que o texto da Carta Magna apresenta-se omisso quanto à entrega prevista no Estatuto de Roma.

Por fim, restou evidenciada a possibilidade de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, não havendo qualquer afronta ou inconstitucionalidade na concessão deste pedido realizado por um órgão de jurisdição permanente e internacional.

A adoção do resultado deste trabalho pelos países signatários do Estatuto de Roma dará ensejo a uma história marcada por mais vigor na punição dos responsáveis pelas grandes atrocidades cometidas contra a humanidade. Valorizar-se-á, assim, cada vez mais a proteção aos direito humanos, imbuindo-se do espírito de cooperação entre as nações em prol do engrandecimento da humanidade.

6. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

BAHIA, Saulo José Cassali. *O Tribunal Penal Internacional sob as perspectivas internacional e brasileira.* In: *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*. Justiça Federal. Ano 2, nº 2. Salvador, agosto de 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Alberto. *Tribunal Penal Internacional: para o fim da impunidade dos poderosos*. Portugal: Inquérito, 2002

IKAWA, Daniela**;** PIOVESAN, Flávia. O Tribunal Penal Internacional e o direito Brasileiro. In HAUSER, Denise (org.) *A nova ordem mundial e os conflitos armados*. Mandamentos:BH, 2002. pp. 195/234;

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional*. Revista Forense, v. 375, p. 211-231, set./out. 2004.

_____. *Reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos*. Revista Justilex, a. IV, n. 39, Brasília, p.54-55, mar./2005.

MEDEIROS, Antônio de Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal e a Constituição Brasileira. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Câmara dos Deputados. Série ação parlamentar, n. 110. Brasília, 2000.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro, 1992

PIOVESAN, Flávia. *Princípio da complementariedade e soberania.* Artigo in Revista CEJ, nº 11, p.71-74, Brasília, CJF, 2000.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

REZEK, José Francisco. *Princípio da complementariedade e soberania.* Artigo in Revista CEJ, nº 11, p.66-69, Brasília, CJF, 2000.

_____. *Direito internacional público: curso elementar*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O Novo Tribunal Penal Internacional*. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Regiã*o, nº 12, ano 15. Brasília, dezembro de 2003.

RODAS, João Grandino. *Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional.* Revista do Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 11, p. 31-35, 2000.

SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. In: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal,* nº 11. Brasília, agosto de 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

STEINER, Sylvia Helena F. "O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira". In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Câmara dos Deputados. Série ação parlamentar, n. 110. Brasília, 2000.

_____ *O Tribunal Penal Internacional. In* Boletim do IBCCrim, nº 83, São Paulo: IBCCrim, out/1999.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões. "Metamorfoses nos conceitos de direito e de soberania. O princípio da complementaridade. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição". *Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região*, n. 9, a. 16, p. 45-46, set. 2004.

OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA QUANTO AO FIADOR LOCATÍCIO

Jean-Claude Bertrand de Góis, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, advogado.

RESUMO: O trabalho ora apresentado objetiva avaliar o posicionamento de tribunais superiores quanto à penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Evidentemente, tal assunto não poderia deixar de evolver diretamente a Emenda Constitucional nº 26 e suas principais repercussões no que tange ao tema aludido. Contudo, é bom que se frise que o presente excerto trata apenas de alguns pontos concernentes à matéria, passando pela óptica positiva, doutrinária e principalmente jurisprudencial, sem a mínima pretensão de abranger todo o assunto-tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direto Civil; Tribunais Superiores; Emenda Constitucional n° 26; Lei 8.009/90; Lei 8.245/91.

ABSTRACT: The work intends to evaluate the posture of high courts for that distress of the family's property of the renty bailer. Evidently such subject could not leave of directly evolver the 26th Constitutional Emendation and its main repercussions in that it refers to the alluded subject. However, it is good emphasizes that the present excerpt deals with only some points to the substance, passing by the positive, doctrinal and jurisprudential optics, without the minimal pretension to enclose the all subject.

KEYWORDS: Constitutional Law; Civil Law; High Courts; 26th Constitutional Emendation; 8.009/90 Law; 8.245/91 Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Preâmbulo Doutrinário; 3. Os Meandros Jurisprudenciais no Superior Tribunal de Justiça; 4. A Polemologia

Constitucional no Supremo Tribunal Federal; 5. Conclusão; 6. Bibliografia Consultada.

1. INTRODUÇÃO

A penhorabilidade do bem de família do fiador locatício é um assunto de incontestável polêmica no histórico jurídico brasileiro. Tal discussão suscita grande curiosidade, principalmente no que concerne à constitucionalidade dessa penhora, constituindo objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, não se tendo chegado ainda a um pensamento uniforme a esse respeito, em que pese recente decisão não unânime do Supremo Tribunal Federal.

Todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema passam, via de regra, pela análise das leis de locação de imóveis urbanos (Lei 8.245/91), da impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/90), além da Constituição Federal com a alteração procedida pela Emenda Constitucional n° 26. Essa modificação alude à inclusão da moradia no artigo 6° como um dos direitos sociais garantidos pela Carta Política.

Mas não só o direito positivo aparece no palco dessa discussão, sendo crucial o sopesamento principiológico no deslinde dessa polêmica. Tomam vulto nessa conjuntura os princípios da isonomia (art. 5.º, caput da CF), da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da CF), da solidariedade social (art. 3.º, I da CF) e o princípio da função social dos contratos. E justamente por envolver tantos princípios que o tema traz tanto dissenso entre os doutos estudiosos da matéria.

Uma vez que não raro essa questão aparece no Poder Judiciário, poder-se-ia apontar jurisprudências diversas. Entretanto, o objetivo aqui não é esse, portanto, restringir-nos-emos com breves amostras jurisprudenciais comentadas do STJ e STF, priorizando relevantes aspectos constitucionais.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais também apresenta íntima relação com o tema, uma vez que se consolida na doutrina corrente no sentido da incidência cogente de normas e princípios de direitos fundamentais nas relações privadas. Se por um lado isso traz garantias como *v. g.* moradia, por outro leva a formação de limites

quanto à autonomia privada, eis o desafio da harmonização de princípios.

2. PREÂMBULO DOUTRINÁRIO

A matéria não constitui ponto pacífico na doutrina e muito menos na jurisprudência brasileira, de forma que até mesmo os tribunais superiores, em especial o STF e o STJ, apresentaram e apresentam divergências internas.

A seara da penhorabilidade do bem de família pertencente ao fiador em contrato de locação passou a ter maior vulto quando o artigo 3º VII, da Lei 8.009/90, foi alterado pelo art. 82 da Lei nº 8.245/91, passando assim a dispor:

> Art.3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> (...)
> VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Dessa forma, o legislador ordinário pretendeu claramente excepcionar a garantia do bem de família cristalizado pela Lei 8.009/90, alterando-a conforme supracitado, para retirar do seu âmbito de proteção o imóvel do fiador em contrato de locação.

Nove anos se passaram e a Emenda Constitucional nº 26/2000 foi aprovada para alterar tão somente o artigo 6º da CF que passou a vigorar com seguinte redação:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(Artigo com a redação dada pela EC nº 26, de 14/02/2000)

> Redação anterior:
> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Essa alteração pelo poder constituinte derivado inseriu o direito à moradia no caput do citado artigo, sendo cristalina a intenção do legislador em conceder *status* de norma constitucional ao direito de moradia que passou a constar do Capítulo II (Dos Direitos Sociais) da Constituição Federal.

Com isso, desde então surgiram vozes tanto na doutrina como na jurisprudência advogando a não recepção do artigo 3º inciso VII, da Lei 8.009/90 pelo novo artigo 6ºda Carta Maior. Tal tese encontra fulcro, segundo os adeptos dessa corrente, tendo em vista a incompatibilidade entre ambos os dispositivos frente a uma análise hierárquica e principiológica.

O primeiro princípio a ser afrontado seria o da isonomia, uma vez que o locatário, *rectius* devedor-principal, tem o seu bem de família protegido da penhora, enquanto o fiador não recebe a mesma proteção, apesar de ser devedor subsidiário nos termos do art. 827 do CC que lhe garante o benefício de ordem. Tal princípio se torna mais violado ainda pela constatação da acessoriedade do contrato de fiança, o que impediria impor-lhe obrigações mais gravosas ao contrato acessório que ao principal, que é o de locação.

O segundo princípio a ser violado, no entender da corrente supramencionada, é correlato ao da isonomia e consiste no seguinte princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ib ieadem legis dispositis* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra do Direito). Logo, a mesma dívida locatícia não poderia implicar penhorabilidade a um (fiador - excepcionado da proteção do bem de família) e não a outro (locatário - protegido em seu bem de família).

Sempre é bom ressaltar que essa tese de conflito entre o art.6º da CF e o artigo 3º inciso VII, da Lei 8.009/90 não consiste em inconstitucionalidade, mas sim em não recepção da norma infraconstitucional. Isso se explica claramente em virtude de a norma

constitucional-paradigma ser mais recente que a lei ordinária, algo incompatível com o fenômeno da inconstitucionalidade pura e simples.

Entrementes, também surgiram argumentos defendendo que a possibilidade da penhora, aludida no art.3º, VII da Lei 8.009/90, na realidade facilitaria a locação de imóveis e conseqüentemente o acesso à moradia. Tal argumento seria corroborado principalmente em virtude do grande número de pessoas humildes que não disporiam de outros meios de garantia com a mesma facilidade.

Outro argumento também apresentado pela mesma corrente que defende a penhorabilidade consiste no fato de que em se tratando de contrato de locação residencial, haveria dois direitos de moradia em conflito, o do fiador e o do locatário, tendo esse supremacia teleológica na medida em que representa a finalidade da relação *ex locato*. Dessa forma e por esse argumento, persistiria a proteção de impenhorabilidade do imóvel do fiador apenas nos contratos de locação de imóvel não residencial, quando não haveria o direito de moradia (*stricto sensu*) do locatório a prevalecer.

É por essa diversidade de argumentos plausíveis, dentre outros, que nos últimos anos as decisões nos tribunais têm apresentado tantas divergências, tornando interessante verificar as decisões no STJ e STF.

3. OS MEANDROS JURISPRUDENCIAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como a maioria dos tribunais brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça também apresenta um histórico de divergências, quanto à aplicação da lei ao caso concreto, no que tange (im)penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Cumpre fazer uma breve amostra desse dissenso intelectual *interna corporis*.

Em um apanhado de decisões a respeito do tema, é bem verdade que se verifica uma tendência no STJ em prol da tese da possibilidade de penhora do único imóvel do fiador em contrato de locação. Como representação de decisões nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. FIANÇA. VALIDADE. OUTORGA UXÓRIA. DECLARAÇÃO DA

> CONDIÇÃO DE VIÚVO DO FIADOR. BEM FAMILIAR. LEI Nº. 8.009/90. PENHORA. POSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 8.245/91.
> - Se as instâncias ordinárias reconheceram a validade da fiança prestada sem a outorga uxória à luz das provas condensadas no processo, quanto à condição de viúvo do fiador, para modificar tal entendimento seria imprescindível o reexame de todo o quadro fático, providência essa incompatível com o recurso especial nos termos da Súmula nº 07, do STJ.
> - A nova Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais consagrado no bojo da Lei nº 8.009/90, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locatício.
> - Tratando-se de norma eminentemente de caráter processual, incide de imediato, inobstante ter sido o contrato de fiança locatícia celebrado antes de sua vigência, excetuando, por força do comando contido em seu artigo 76, os processos em curso.
> - Recurso especial não conhecido.
> (REsp 120806/RJ, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 25.03.1999, DJ 26.04.1999 p. 129)

Tal acórdão relatado pelo Min. Vicente Leal homologou a tese da possibilidade legal da aludida penhora como meio de constrição visando à garantia do crédito decorrente da relação *ex locato*. Ressalte-se, por oportuno, que essa decisão foi prolatada antes da EC n° 26 de 14/02/00, adquirindo assim importância como parâmetro decisório antes que a moradia fosse incluída como direito social constitucional.

Logo após a supracitada emenda, o STJ voltou a decidir sobre o tema por meio de decisão relatada pelo Min. Edson Vidigal, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. FIADOR. OBRIGAÇÃO RESULTANTE DE FIANÇA. LEI 8.245/91.
> 1. É válida a penhora do único bem do garantidor do contrato de locação posto que realizada na vigência da Lei 8.245/91, que introduziu, no seu art. 82, um novo caso de exclusão de impenhorabilidade do bem destinado à moradia da família, ainda sim quando a fiança fora prestada na vigência da Lei 8009/90.
> 3. Recurso provido.
> (REsp 196452/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 16.05.2000, DJ 19.06.2000 p. 167)

Com essa decisão, o STJ voltou a ratificar a referida penhora, desta feita já sob a égide da alteração trazida pela EC n° 26 de 14/02/00. Note-se que a quinta turma seguiu o posicionamento já externado anteriormente pela sexta turma do mesmo pretório.

Corroborando a tendência do STJ de decidir a favor da penhorabilidade, segue-se a decisão relatada pelo Min. Felix Fischer:

> Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Sendo proposta a ação na vigência da Lei 8.245/1991, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso provido" (STJ – REsp 299663/RJ – j. 15.03.2001 – 5.ª Turma – rel. Min. Felix Fischer – *DJ* 02.04.2001, p. 334).

Interessante tal decisão, porquanto ao mesmo tempo em que mantém uma tendência do STJ, comprova uma trajetória de mudanças jurisprudenciais no mesmo tribunal e também no posicionamento de um mesmo ministro.

Frise-se que o posicionamento do competente ministro relator Felix Fischer, na supramencionada decisão, chancela o entendimento de que o bem de família do fiador locatício é passível de penhora. Contudo, o mesmo pretor muda esse entendimento ao relatar a decisão que segue abaixo:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. (...) II – Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000)". (REsp 745161/ SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, j. 18.8.05, DJ 26.9.05, p. 455)

A referida mudança de entendimento do respeitável relator decorreu da decisão do então ministro do STF Carlos Velloso (RE 352.940) no sentido de resolver pela impenhorabilidade. Tal *decisium* teve como espeque a tese da não recepção do artigo 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 pelo novo texto constitucional incluindo a moradia no artigo 6° da CF (EC nº 26/2000), conforme transcrição e comentários no próximo item desse artigo.

Como espelho da alta mutabilidade jurisprudencial nessa matéria, o mesmo Min. do STJ Felix Fischer alterou mais uma vez seu entendimento em relatório de decisão da quinta turma. *In verbis*:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORA.BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE.

> É possível a penhora do único bem imóvel do fiador do contrato de locação, em virtude da exceção legal do artigo 3º da Lei 8.009/90.
> (Precedente: RE nº 407.688, Pleno do STF, julgado em 8.2.2006, maioria, noticiado no informativo nº 416).
> Recurso ordinário desprovido.
> (RMS 21265/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23.05.2006, DJ 19.06.2006 p. 156)

Evidente que no citado acórdão, o ministro relator acompanha o influxo jurisprudencial do STF, sendo uníssono com o Pretório Excelso quanto à avaliação de constitucionalidade. E no aludido precedente citado pelo Min. Felix Fischer (RE nº 407.688, Pleno do STF), o Supremo Tribunal Federal por maioria decidiu ser constitucional a penhora debatida acompanhando o relator Min. Cezar Peluso (decisão no próximo item do artigo), sendo essa a razão de mais uma alteração no seu entendimento.

Frise-se que as alterações na linha jurisprudencial do STJ, além de revelar quão movediço é o tema, evidenciam que a sede de resolução da temática é eminentemente constitucional. Por esse motivo importante a análise dos argumentos contidos nas decisões do STF.

4. A POLEMOLOGIA CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal não foi diferente em matéria de acórdãos díspares, demonstrando em seu histórico tanto decisões pela impenhorabilidade quanto pela penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

Em defesa da impenhorabilidade, decisão marcante foi a do então Min. Carlos Velloso que sustentou a tese de não recepção da alteração realizada pela Lei 8.245/91 na Lei nº 8.009/90 frente ao artigo 6º da Carta Constitucional. Com isso, por meio do critério hierárquico constitucional prevaleceria o direito à moradia instado no supracitado artigo modificado pela EC nº 26/2000. Interessante a visualização da decisão:

> "Constitucional. Civil. Fiador: bem de família: imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: impenhorabilidade. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não-recepção pelo art. 6º, CF, com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito." (RE 352.940, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09/05/05)[1]

Ressalte-se que o argumento colimado pelo eminente jurista não foi único, aduzindo também a incidência do princípio da isonomia que estaria ferido mortalmente caso se admitisse a proteção do bem de família do locatário em detrimento do fiador, visto derivarem de uma mesma causa (debito *ex locato*), ou ainda segundo o princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito).

O ministro deixou claro em sua decisão monocrática que o direito à moradia constitui um autêntico direito fundamental de segunda geração, de forma que a EC nº 26/2000 o albergou insofismavelmente no corpo constitucional. Tal direito social receberia o manto da impenhorabilidade em virtude, precipuamente, de seu caráter fundamental.

Entretanto o STF possui decisão em sentido contrário como já ressaltado. Recentemente, esse pretório enfrentou a questão em plenário ao analisar o Recurso Extraordinário 407.688, o que resultou no não acolhimento do mesmo, como se observa:

> "Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária

[1] No mesmo sentido RE 449.657 (Relator Min. Carlos Velloso)

> pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República" (RE 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06/10/06).

Em seu relatório, o Ministro César Peluso se posicionou pelo desprovimento do recurso e manutenção da incidência da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação, determinada *a quo* pelo Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Logicamente entendeu o relator pela constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991.

O referido posicionamento foi seguido pelos ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence. Tais ministros decidiram por 7 votos a 3 pela penhorabilidade, sendo vencidos os votos dos Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello.

Em seu voto, o Ministro César Peluso argumenta que o direito social de moradia não é consubstanciado apenas com o direito à propriedade imobiliária, podendo também ser considerado atingido com o estímulo e facilitação locatícia através de garantias a esses contratos, sob pena de entender que o artigo 6º da CF protegesse apenas os proprietários de imóveis. Também afirma que o direito social à moradia encontra-se no âmbito dos "direitos à prestação", que no entender de Canotilho consistiriam aqueles "dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos". Tal ilação é completada com a conseqüente verificação de que o caráter de direito subjetivo não se apresenta sozinho, estando amalgamado com a objetividade legal de prestações aos cidadãos.

O mesmo ministro defende que art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990 não vai de encontro ao direito de moradia e sim ao encontro do mesmo, uma vez que corporifica tal direito como a própria *ratio legis* do dispositivo legal. Ou seja, o direito de moradia seria em última análise a razão de ser da norma supra, na medida que diminuiria um dos entraves à locação, a falta de garantias contratuais beneficiando a maioria das pessoas, que não tem condição para adquirir um imóvel. Tal fato aumentaria a locação e por via transversa propugnaria pelo direito de moradia, havendo portanto dois direitos de moradia (o daqueles que são e o dos que não são proprietários de imóveis, a maioria) . E essa maioria sairia beneficiada com a tese da penhorabilidade pois fortaleceria a fiança, a locação e conseqüentemente o direito de moradia.

Mas toda essa argumentação do relator não foi capaz de promover a unanimidade na matéria, começando pela discordância do Min. Eros Grau. Esse fez referência imediata aos precedentes do próprio STF em decisões do então Min. Carlos Velloso nos Recursos Extraordinários 352.940 e 449.657, ambos pela não recepção do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991.

Repetiu o Min. Eros Grau o argumento de lesão ao princípio da isonomia, uma vez que o devedor do crédito locatício (locatário) tem o benefício da impenhorabilidade, ao passo que o fiador não. Aduz ainda que a proteção quanto à penhora do bem de família "instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais", negando o caráter programático do artigo 6º da CF e explicitando a eficácia normativa vinculante desse dispositivo constitucional frente ao legislador ordinário.

O Ministro Carlos Britto, em prol da impenhorabilidade, advogou a tese da indisponibilidade do direito à moradia, adjetivando-o de não-potestativo. Com isso não se poderia por intermédio de contrato de fiança interferir nesse direito albergado pela Constituição Federal, mesmo que assim pretendesse o fiador, ressaltando o cunho "especial" da proteção dispensada pela CF à família, conforme consta no artigo 226 da mesma Carta.

Consoante pode ser constatado nos diversos e recentes posicionamentos sobre a matéria, o STF está longe de um entendimento

uniforme e pacífico entre seus ministros a respeito do tema. Ressalte-se que o último posicionamento decidiu pela penhorabilidade, mas tal decisão não foi unânime e surgiu em controle difuso de constitucionalidade.

5. CONCLUSÃO

É importante salientar reiteradamente a importância do direito à moradia como garantia fundamental de todo ser humano, sendo necessária inclusive à concretização mínima do princípio da dignidade humana. E ainda merece menção a preocupação do poder constituinte derivado em não só ratificar esse direito, mas também lhe atribuir prerrogativa de norma constitucional.

Ademais, não se pode simplesmente desprezar a importância histórica do instituto da fiança como meio de implementação do direito à moradia, principalmente em uma sociedade na qual outras garantias se tornam inalcançáveis para uma boa parte da população.

Como se verificou acima, tanto o STJ quanto o STF já decidiram em ambos os sentidos, dentro de curto espaço de tempo, evidenciando-se que a questão é além de controversa, imanente à (in)constitucionalidade da referida penhora. Contudo com a última decisão do Pretório Excelso a favor da penhorabilidade por maioria de votos, revela-se que ainda persiste entendimento em contrário na própria Corte, evidenciando-se a não pacificação da jurisprudência e que persiste uma dualidade de pensamentos no próprio STF.

Essa duplicidade de correntes que se alternam em curto espaço de tempo, em que pese demonstrar o caráter eminentemente democrático da instituição, pode trazer repercussões negativas para a sociedade, na medida em que transparece uma certa insegurança jurídica. Tal fenômeno tende ao desgaste do próprio instituto da fiança, fato que repercutirá diretamente no direito à moradia.

Urge, portanto, que o mais breve possível o STF decida a matéria em sede de controle constitucional concentrado, uma vez que até o presente momento todas as decisões incidiram em casos concretos e com efeito direto meramente *inter partes*. Já é hora de uma decisão em abstrato e *erga omines,* algo inteiramente salutar à imprescindível segurança jurídica nas relações sociais.

6. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.

_____. *A Constituição aberta*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 6.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. *Constitucionalismo contemporâneo e globalização*. Cidadania e Justiça**:** Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, n. 11, p. 75-80, 2 sem. 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*: (Lei 8.245, de 18-10-1991). São Paulo:Saraiva, 2003. p. 339.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Sérgio Antônio Fabris Editor (SAFE), 1991, Rio Grande do Sul.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16.ª ed. Rio: Forense, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOTTA, Sylvio. *Direito constitucional.Teoria, jurisprudência e 1000 questões.* 17ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil — Parte geral das obrigações*, Saraiva, 19ª ed, vol. 2 .Saraiva.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TARTUCE, Flávio. *A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7591>. Acesso em 06 abr. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*; Autores Clito Fornaciari Júnior, Genacéia da Silva Alberton, Heitor Vitor Mendonça Sica , José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONSTITUCIONAL!

Amanda Romeiro Macêdo, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, com Monografia de conclusão de curso aprovada com louvor à unanimidade, cuja síntese ora se publica neste artigo.

RESUMO: Trata da sentença liminar de improcedência da petição inicial, inserida no ordenamento jurídico nacional pela Lei 11.277/2006. Discorre sobre a relação entre o processo e os anseios da sociedade em relação à justiça, e refere-se a necessidade de adequação dos institutos processuais ao mundo moderno, globalizado e informatizado. Aborda de forma sucinta o sincretismo processual e os princípios da celeridade, efetividade e instrumentalidade processuais. Faz um estudo minucioso sobre o procedimento regulamentado pelo artigo em questão e os requisitos para sua incidência, e elabora uma crítica sugestiva à sua interpretação. Analisa a rejeição liminar da inicial à luz do princípio do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Sincretismo processual – Artigo 285-A, CPC – Princípio do contraditório – Constitucionalidade.

ABSTRACT: It deals with "sentença liminar de improcedência da petição inicial", new institute created by applicable Law 11.277/06. Discourses on the relation between the process and society's expectations of justice, and refers to the need of adequacy of the procedural institutes to the modern, globalized ad technological world. It shortly approaches the "sincretismo processual" and the principles of "efetividade, instrumentalidade and celeridade". It makes a detailed study about the procedure ruled by the article in usage and its requisites for incidence, and it elaborates a critical suggestion to the article's interpretation. It analyzes the "rejeição liminar da inicial" according to the principle of the contradictory.

KEYWORDS: "Sincretismo processual" – Article 285-A, CPC – Principle of Contradictory – Constitutional.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A improcedência liminar da petição inicial; 2.1 Matéria controvertida unicamente de direito; 2.2 Extensão da locução "no juízo"; 2.3 Sentença de total improcedência em casos idênticos; 2.4 A apelação do autor; 2.5 A citação do réu; 3. A constitucionalidade do artigo 285-A do CPC à luz do princípio do contraditório; 3.1 Conceituação do princípio do contraditório; 3.2 Concepções de contraditório; 3.3 O contraditório e sua relação com o procedimento; 3.4 O artigo 285-A ofende o contraditório? É constitucional?; Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O momento atual do processo civil brasileiro é marcado por profundas alterações, sendo notórias as manifestações em prol de mudanças no sistema, materializadas no chamado "Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano", influenciado diretamente pela Emenda Constitucional 45[1].

Essas mudanças incidiram de forma expressiva no Código de Processo Civil[2], e estão ligadas diretamente às modificações da

---

[1] A Emenda Constitucional 45, também conhecida como Emenda da "Reforma do Judiciário", foi reflexo direto do debate entre a sociedade civil e o poder público a respeito dos principais problemas da justiça brasileira e a necessidade de reformas para seu aprimoramento. Evidenciou-se a grande morosidade do Judiciário e seus malefícios para o desenvolvimento econômico e para a efetividade do acesso dos jurisdicionados à tutela judicial. Nas palavras do Ministro da Justiça, Márcio Tomás Bastos, criou-se o consenso em relação aos pontos nevrálgicos do sistema, que se resumem: a insuficiência da estrutura do Poder Judiciário para lidar com o volume de demanda que recebe diariamente; a baixa informatização dos procedimentos judiciais; o excesso de recursos previstos no sistema processual; a burocratização desnecessária para a prática dos atos processuais; a desvalorização das decisões de primeira instância; entre outras causas não menos relevantes. FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2006, prefácio.

[2] A exemplo das Leis 11.187/2005, que dispõe sobre mudanças no agravo; 11.232/2005, que trata do novo procedimento de execução e liquidação de sentença; 11.276/2006, que trata de recursos de saneamento, de nulidades processuais e recebimento do recurso de apelação; Lei 11.277/2006, que cuida da rejeição liminar da petição inicial, objeto de análise do presente trabalho, e Lei 11.280/2006, que diz respeito à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos. Acrescente-se também a novíssima Lei 11.441, de 04/01/2007, que possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

sociedade, do Estado e do papel do direito ante eles. A técnica processual sofreu severas modificações a fim de atender aos anseios dos jurisdicionados, especialmente no que diz respeito à duração do processo, e busca permitir a produção de provimentos judiciais mais céleres e efetivos, a exemplo da novíssima Lei 11.441, de 04/01/2007, que possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, com o fim maior de desafogar o Judiciário.

No mesmo sentido, a Lei 11.277/2006 introduziu o artigo 285-A no diploma processual civil baseada no sincretismo processual[3], ou seja, tendência do direito processual em combinar fórmulas e procedimentos de modo a possibilitar a obtenção de tutelas jurisdicionais de forma rápida e imediata, evitando a proliferação dos chamados "processos de massa" e simplificando a prestação jurisdicional.

Hodiernamente, a tônica dos processualistas utiliza a nova maneira de raciocinar o processo civil à luz de conceitos de efetividade e instrumentalidade[4]:

> [...] Esses valores-idéias [instrumentalidade e efetividade] nasceram a partir da constatação de ineficiência desse sistema e passaram a constituir os vetores valorativos ambicionados e desejados das mudanças que tem sido inseridas nesse sistema[5].

A moderna noção[6] do papel do processo na solução de conflitos sociais defende que o mesmo deve ser útil ao jurisdicionado através de

---

[3] Nas palavras de José Eduardo Carreira Alvim, o sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do código de processo civil.* Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 40-41

[4] ALVIM, Arruda. *Direito processual civil.* Coleção Estudos e pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 3, p. 260.

[5] Ibid, p. 247

[6] De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, "o processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica, consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica. A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através

decisões justas, efetivas e céleres. Trata-se da máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão, o exato bem da vida a que ele teria direito se não precisasse se utilizar do Judiciário.

É esse justamente o escopo do artigo 285-A do CPC. Em razão da grande polêmica gerada na doutrina no tocante a esse dispositivo, o objeto desta investigação é saber da constitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil, à luz do princípio do contraditório.

2. A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL

O art. 285-A integra o rol de medidas a serem adotadas pelo juízo ao despachar a petição inicial, daí porque sua posição na codificação processual[7] na Seção I (Dos requisitos da petição inicial) do Capítulo I (Da petição inicial) do Título VIII (Do procedimento ordinário) do seu Livro I (Do processo de conhecimento).

O dispositivo foi introduzido no Código de Processo Civil pela Lei 11.277, de 02.06.2006, que tem a seguinte redação:

> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
> § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

---

dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina. [...] É indispensável que também o intérprete fique imbuído desse novo método de pensamento e sejam os juristas capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

[7] Isso não quer dizer, contudo, que não possa ser aplicado no procedimento sumário, no bojo de uma ação possessória, mandado de segurança ou mesmo em embargos do devedor, ante a ausência de disposição expressa em contrário.

> § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Conclui-se, portanto, que é permitida a prolação de sentença de improcedência *prima facie* independentemente da citação do réu nos casos em que a controvérsia diga respeito predominantemente à questão de direito, quando o mesmo juízo já houver proferido sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Percebe-se da simples leitura do mencionado artigo que o mesmo "repousa na busca de maior racionalidade e celeridade na prestação jurisdicional nos casos em que há, já, decisão desfavorável à tese levada novamente e repetitivamente para a solução perante o Estado-juiz"[8].

Por esta razão o artigo 285-A é visto como uma forma de afastar os chamados "processos repetitivos", onde a discussão cinge-se a uma tese jurídica aplicada a uma situação fática idêntica que não apresenta peculiaridades[9].

Na prática, acredita-se que sua aplicação será mais observada nas ações em que a Fazenda Pública é ré, onde normalmente a contestação já é conhecida pelo juízo e não passa de uma reprodução nos autos, e a sentença também é padrão, apenas alterando o nome das partes e o número do processo.

Passa-se agora ao estudo dos pressupostos de incidência do dispositivo em questão.

2.1 MATÉRIA CONTROVERTIDA UNICAMENTE DE DIREITO

O legislador brasileiro nem sempre se atém à exatidão nos termos técnicos que utiliza quando da elaboração das leis. Um grande exemplo é a correção trazida pela Lei 11.232/2005[10] em relação

---

[8] BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa do código de processo civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276 de 7-2-2006; 11.277, de 7-2-2006; e 11.280, de 16-2-2006*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 49.

[9] Ibdem, p. 48

[10] Art. 162. §1º Sentença é o ato do juiz que implica algumas situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

ao conceito de sentença[11], que há longa data vinha sendo criticado pela doutrina[12].

Da mesma forma, houve inexatidão técnica na redação do artigo 285-A do CPC em vários pontos. Um exemplo é a referência à questão "unicamente de direito", pois um dos pontos mais tormentosos da Teoria Geral do Direito é o que diz respeito à distinção entre matéria de direito e matéria de fato[13], pois fatos sempre irão existir na análise de qualquer situação cotidiana da vida das pessoas.

Assim, deve-se entender que em sendo a matéria controvertida *predominantemente* de direito é desnecessária a produção de quaisquer outras provas[14], de forma que o juízo já possui elementos suficientes para formar seu convencimento e pode proferir sentença.

Nesses casos, discute-se apenas se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não, a exemplo das demandas que envolvem pedidos de complemento da aposentadoria, inconstitucionalidade de tributo, abusividade de uma específica cláusula de contrato de adesão, índices de correção monetária e assim por diante[15].

---

[11] "A inadequação da concepção tradicional de sentença tomou-se mais clara, evidente e cristalina após as reformas operadas no CPC, nos últimos anos. Com efeito, são cada vez mais comuns em nosso direito processual civil as ações que abrem caminho para a realização, após a sentença e *no mesmo processo*, de atividades executivas, estas sim veiculadoras da tutela jurisdicional pleiteada pela parte." i*n* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à Nova Sistemática Processual Civil: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2, p. 32.

[12] "Vê-se que agora, mais do que em outros tempos, o conceito de sentença deve ser abrangente o suficiente para incorporar estas 'outras' sentenças, que têm por finalidade marcar o encerramento da fase cognitiva do processo. A nova redação do §1º do art. 162 do CPC, segundo nos parece, tem a grande vantagem de não *restringir excessivamente* o conceito de sentença, como fazia a redação anterior. Ter ou não ter aptidão para extinguir o processo não é, efetivamente, critério hábil a definir se se está ou não diante de sentença, já que, nas ações executivas *lato sensu*, a sentença, antes de dar cabo ao processo, dá início a uma nova fase processual, voltada à atuação executiva do direito cuja existência foi reconhecida na sentença. Ademais, como não se trata de um elemento interno ao objeto definido, mas *externo,* até sob o ponto de vista lógico se mostrava inadequada a regra do art. 162, §1º." Ibid, p.34-35.

[13] BUENO, op. cit, p. 67.

[14] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, v. 1, p 361.

[15] BUENO, op. cit., p. 68.

Dessa forma, a interpretação mais eficaz que pode ser dada ao artigo em voga é que a matéria *sub judice* deve ser *predominantemente de direito*, isto é, que as questões jurídicas prevaleçam sobre as questões fáticas, ou, ainda, que a questão de fato já esteja provada, não se fazendo necessária a comprovação técnica, pericial ou testemunhal de pontos alegados[16].

Ou seja, nos casos em que haveria autorização para o julgamento antecipado da lide, previsto pelo art. 330, I do CPC, o artigo 285-A permite o proferimento de sentença de mérito *initio litis*[17] assim que a petição inicial é distribuída e recebida pelo juízo.

2.2 EXTENSÃO DA LOCUÇÃO "NO JUÍZO"

Outra imprecisão terminológica da nova lei. Aqui, a dúvida em relação à extensão da locução "no juízo" pode gerar duas interpretações.

A primeira, mais restritiva e extremamente gramatical, leva em consideração somente o texto da lei e entende que o magistrado está autorizado a rejeitar liminarmente a petição inicial quando houver, no órgão que ele atua, ou seja, no juízo, sentença de improcedência do pedido. Isto implicaria em dizer que ao se utilizar do artigo em comento e rejeitar a inicial face à sua patente improcedência, o magistrado teria como fundamento apenas o seu entendimento particular, isto é, um "precedente interno"[18], firmado em decorrência do julgamento dos processos semelhantes anteriores.

A segunda interpretação, defendida por Cássio Scarpinella Bueno e Leonardo José Carneiro da Cunha, mais ampla e baseada na leitura sistemática do processo civil, apregoa que a sentença paradigmática deve estar baseada em súmula ou jurisprudência dominante do

---

[16] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa).* Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n 39, junho 2006, p. 96.

[17] Outras denominações utilizadas para se referir a essa situação: julgamento superantecipado do mérito, resolução superantecipada da lide desfavorável ao autor, sentença liminar de mérito, precedente judicial de 1° grau com eficácia interna.

[18] CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A sentença liminar de mérito do art. 285-A do Código de Processo Civil e suas restrições. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.432, setembro 2006, p. 100.

respectivo tribunal superior ao juízo de 1° grau, Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior[19], ou seja, em "precedente externo"[20].

Afirma o primeiro autor:

> Por mais convencido que esteja um específico "juízo" de primeiro grau de jurisdição sobre uma dada tese jurídica, outras vozes sobre ela, eventualmente dissonantes, existem nos diversos graus de jurisdição, inclusive no primeiro, em outros juízos, em outras varas, e que não podem ser desconsideradas. [...] A sentença de primeiro grau só poderia ser utilizada como paradigma interpretativo para os fins propugnados pelo art. 285-A na exata medida em que ela, a sentença, estivesse em plena consonância com as decisões dos Tribunais recursais competentes.[21]

Interpretado desta forma o artigo 285-A apresenta-se em total consonância com a nova redação do §1° do artigo 518 do CPC, além do disposto nos art. 557, 544, §3° e 120, § único do CPC, e art. 103-A da Constituição Federal.

A lógica é simples. Estando a sentença de improcedência *initio litis* em conformidade com súmula de qualquer tribunal superior, uma eventual apelação sequer chegará a ser admitida, face ao comando do §1° do artigo 518, CPC que prevê o instituto da "súmula impeditiva de recurso" e determina o não recebimento de recursos que se encontrem nessa situação, resultando[22] na redução de um significativo número de processos infrutíferos abarrotando as prateleiras dos tribunais.

---

[19] BUENO, op. cit., p. 51.

[20] CAVALCANTE, op. cit., p. 101.

[21] BUENO, op. cit., p. 53.

[22] Podem, assim, ser conjugadas as regras do art. 285-A e do art. 518, parágrafo 1°, ambas do CPC: já havendo súmula de tribunal superior estabelecendo que não deve ser acolhida aquela pretensão formulada em massa, o juiz, que vem seguindo tal entendimento, poderá julgar, *prima facie*, a demanda, proferindo, desde logo, sentença de improcedência interposta a apelação, o juiz não irá recebê-la, por estar a sentença em conformidade com súmula de tribunal superior. CUNHA, op. cit., p. 103.

Em todos esses casos o paradigma interpretativo adotado são as súmulas dos tribunais superiores, em respeito aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Ademais, se outra for a interpretação, não haverá racionalização do processo, mas sim a geração de dilações indevidas e divergências jurisprudenciais, distanciando-se da preocupação com a celeridade e a duração razoável do processo, escopos explicitamente almejados pela nova reforma do Código de Processo Civil[23].

Resta afirmar, contudo, que não se cria uma sentença vinculante, que obrigue o magistrado a valer-se dela sempre que deparar com a situação em comento. Cabe ao juiz analisar casuisticamente o cabimento do artigo em apreço ao caso em exame, posto que sua aplicação é facultativa.

2.3 SENTENÇA DE TOTAL IMPROCEDÊNCIA EM CASOS IDÊNTICOS

Aqui está mais um exemplo de impropriedade terminológica do legislador. A norma permite que o magistrado julgue liminarmente pedido idêntico àquele que já havia sido anteriormente julgado totalmente improcedente.

Entenda-se, entretanto, que "casos idênticos" não significam as mesmas partes litigando entre si, pelas mesmas razões e para os mesmos fins, características da litispendência e da coisa julgada, que são resolvidas com a extinção do processo sem resolução do mérito.

Por casos idênticos devem ser entendidas aquelas "situações em que a tese jurídica questionada pelo autor já encontrou, naquele juízo, resposta[24]". A esse respeito, Leonardo José Carneiro vai ainda mais a fundo:

---

[23] Como exemplo, as já citadas Leis 11.232/2005, que dispõe sobre a fase de execução da sentença, mais simplificada e tida agora como mais uma das fases do processo; Lei 11.276/2006, que trata da interposição de recursos, saneamento de nulidades processuais e recebimento do recurso de apelação; Lei 11.277/2006, que cuida da rejeição liminar da inicial; Lei 11.280/2006, que diz respeito sobre a incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos.

[24] BUENO, op. cit., p. 69.

> *Casos idênticos*, tal como referidos no art. 285-A do CPC, constituem aqueles relativos a *demandas de massa,* que se multiplicam, com a mesma argumentação, apenas se adequando ao caso concreto, com a adaptação dos nomes das partes e de alguns dados pessoais seus. Nesses casos repetidos, as causas de pedir e pedidos são diferentes em cada uma das demandas: cada autor tem uma relação jurídica diferente com a parte contrária, sofrendo uma lesão ou ameaça própria, que não se confunde com a posição de cada um dos autores das outras demandas. O objeto, por sua vez, de cada demanda é próprio: cada autor irá obter um bem da vida diferente ou uma vantagem própria. **O que se identifica, o que é igual em todas essas demandas é a argumentação ou fundamentação jurídica.** (grifo)[25]

De outra sorte, vindo a ser proposta demanda com novos e/ou diferentes argumentos não será caso de incidência deste artigo, devendo ser determinada a citação do réu para que se verifique a legitimidade dessa alegação[26], ainda que o juiz não a leve em consideração para seu convencimento.

Nas situações que ensejam a aplicação do dispositivo em comento, basta que a sentença paradigmática anterior que justifica a improcedência *prima facie* seja reproduzida[27] nos autos do novo processo, bastando uma "mera cópia autenticada pelo próprio juiz"[28].

Nesse caso, contudo, o juiz prolator da sentença deverá justificar os motivos que o levaram a aplicar o art. 285-A ao caso, em obediência

---

[25] CUNHA, op. cit., p. 96.
[26] Ibid, p. 96.
[27] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil: execuções dos títulos judiciais e agravo de instrumento.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.
[28] BUENO, op. cit, p. 70.

aos princípios da publicidade e motivação previstos no art. 93, IX da nossa Constituição Federal[29].

2.4 A APELAÇÃO DO AUTOR

O §1º do artigo 285-A prevê a faculdade de o autor apelar da sentença, com prazo para juízo de retratação de 05 dias. Caso seja provida a apelação nos termos do artigo 285-A, há posições doutrinárias divergentes no tocante à possibilidade de o tribunal condenar o réu[30] ou apenas determinar a remessa dos autos à primeira instância para que prossiga regularmente o procedimento e haja nova sentença[31].

Prefere-se, entretanto, a que dá poderes ao relator de proferir decisão contrária ao réu, pelas razões que serão melhor exemplificadas no tópico abaixo.

---

[29] Art. 93.
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[30] "16. *Julgamento da apelação.* [...] O tribunal pode, ao prover o recurso, *rejulgar* o mérito porque a matéria é exclusivamente de direito e, portanto, não necessita de dilação probatória. Esse procedimento é compatível com o efeito devolutivo da apelação, estatuído no CPC, art. 515, notadamente no §3°. No rejulgamento do mérito, o tribunal pode inverter o resultado da demanda, de improcedência para procedência, e dar ganho de causa ao autor. Daí a necessidade de o réu ser citado para acompanhar o recurso e, nas contra-razões, aduzir toda a matéria de defesa como se contestasse. Caso o tribunal dê provimento ao recurso, mas determine ao prosseguimento do processo no primeiro grau de jurisdição, o réu será intimado (a citação já ocorreu) para oferecer contestação." NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e legislação extravagante.* 9. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 483.

[31] "Não se deve esquecer que ao apelante há o ônus de limitar o *objeto cognitivo do recurso*, nos termos dos arts. 514 e 515 do CPC. Ora, no processo repetido objeto da *resolução superantecipada do mérito*, o móvel do recurso é um só: demonstrar a inexistência de identidade com o precedente. Este é o *objeto cognitivo do recurso*, sendo vedado ao tribunal ultrapassar esse limite, sob pena de violação dos dispositivos apontados, além dos arts. 128 e 460 do CPC (também aplicáveis em nível recursal) Grifos no original. ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetitivos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/2006. Observações e críticas. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 37, abril 2006, p.79.

2.5 A CITAÇÃO DO RÉU

Caso não haja retratação do juízo e seja mantida a decisão que reproduziu a sentença paradigmática de improcedência será determinada a citação do réu, que valerá para todos os termos do processo e não apenas para acompanhar o recurso, uma vez que o mérito terá sido julgado e o demandado poderá deduzir, em suas contra-razões, toda a defesa que teria contra a pretensão do autor, num tipo de recurso-defesa[32].

O objetivo da participação do réu, agora parte do processo, é permitir que o tribunal possa eventualmente modificar a sentença e julgar contrariamente a seus interesses, o que não poderia acontecer se ele não estivesse presente.

Em outras palavras, o tribunal poderá dar provimento à apelação e julgar a causa na mesma ocasião, se assim foi requerido pelo autor nas suas razões recursais[33], sem que haja ofensa ao contraditório e ampla defesa[34].

É inútil determinar que o processo retorne ao juízo *a quo* para produção e dispêndio de atividade jurisdicional para se chegar ao final com eventual aplicação da mesma tese (cassada) pelo magistrado, uma vez que ele não é obrigado a decidir conforme o tribunal.

Tal posicionamento, conforme explicitado acima, decorre da interpretação sistemática do CPC e visa garantir celeridade e eficiência na prestação jurisdicional[35].

---

[32] Chama-se, aqui, de recurso-defesa porque toda a matéria deve ser aduzida nesse momento processual.

[33] "Em outras palavras, para que seja aplicada a regra do §3º do art. 515 do CPC, é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do §3º do art. 515 do CPC, adentrar no exame do mérito, sob pena de estar julgando *extra* ou *ultra petita"* (grifos originais). CUNHA, op. cit,, p. 88.

[34] Ibid, p. 102.

[35] Dizer que o processo seria nulo por falta de citação é entendimento contrário à maioria da doutrina, que entende que a partir do ajuizamento da petição inicial considera-se proposta a ação, sendo a citação apenas para integrar o réu ao processo. Afirmar-se a

Assim, a opção do legislador foi a de criar um contraditório diferido, postergado para a fase recursal, adequado ao modelo constitucional do processo, como se demonstrará no capítulo seguinte.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A DO CPC À LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3.1 CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Na linguagem não jurídica, contraditório pode ser definido como o adjetivo que traduz determinada situação em que há contradição, incoerência[36].

Em linguagem simples, significa tudo aquilo que está em debate, que não é pacífico ou unânime. Aplicado ao mundo jurídico, tal verbete não possui outros significados, conquanto apresente outras nuances, que serão mais bem explicadas a seguir.

Diante das afirmações acima, conclui-se que para existir contradição ou para que algo seja classificado como contraditório é necessário, no mínimo, duas partes com interesses distintos.

No processo o contraditório encontra sua origem na bilateralidade da relação processual, que exige, necessariamente, um autor e um réu, ainda que possa haver mais de dois pólos de interesse no processo[37].

---

inexistência do processo porque não realizada a citação é desconsiderar o objetivo desse ato de comunicação processual e os escopos do próprio processo, ou seja, é negar que o processo existe mesmo antes da citação. Ora, havendo réu devidamente identificado e com capacidade processual haverá processo válido, mesmo antes da integração do demandado à relação processual. Ademais, ainda que se insista na indispensabilidade da citação para a validade do processo, por força dos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo não deve ser decretada a nulidade da sentença proferida sem citação, eis que a mesma é favorável aos interesses do réu, não havendo razão para se ter como nulo o procedimento.

[36] HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.* 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 187.

[37] A exemplo do que ocorre com a oposição, em que uma terceira figura vem à lide pugnar pelo bem da vida em litígio (art. 56, CPC).

Assim, o contraditório e a garantia dele decorrente são conseqüências diretas da própria natureza da ação que é essencialmente bilateral[38].

Contudo, até o advento da Constituição Federal de 1988[39] não havia dispositivo específico sobre o contraditório no processo civil, sendo prevista sua incidência apenas no âmbito penal[40], nada obstante houvesse manifestação da doutrina no sentido de que esse princípio deveria ser aplicado também aos processos civil e ao administrativo[41], embasada nos termos do artigo 8º da Declaração dos Direitos dos Homens[42] e no princípio da igualdade.

Atualmente a garantia do contraditório é explícita e atinge todos os litigantes em processo penal, civil ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme dispõe o artigo 5º, LV da Constituição Federal.

Contudo, o grau de incidência do contraditório no processo penal é muito mais expressivo do que nos campos civil e administrativo, de forma que o presente item analisa o contraditório no âmbito do processo civil de jurisdição contenciosa, especificamente em relação ao artigo 285-A do CPC e seus efeitos para as partes.

3.2 CONCEPÇÕES DE CONTRADITÓRIO

O contraditório, também chamado de princípio da audiência bilateral ou da bilateralidade da ação[43], pode ser identificado com o

---

[38] Diz-se da bilateralidade da ação tendo em vista a necessidade de, no mínimo, duas partes demandando entre si pelo bem da vida almejado e levando em consideração a resistência à pretensão de uma delas.

[39] A inserção um tanto tardia do contraditório no rol de garantias constitucionais processuais deveu-se ao fato de suas origens históricas no sistema penal, que visava, inicialmente, assegurar ao cidadão acusado de um crime mecanismos mínimos para que pudesse tentar provar sua inocência, uma vez que estava em jogo a sua liberdade e, em alguns casos, até mesmo sua integridade física.

[40] Art. 141, §25, CF 1967.

[41] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 8. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2004, p. 169.

[42] Artigo 8º - Garantias judiciais

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, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [...].

[43] PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60.

brocardo romano *audiatur et altera pars,* que significa que todas as partes envolvidas no processo devem ser ouvidas a fim de que o juiz forme seu convencimento e possa prolatar sua decisão.

Nelson Nery Junior entende que o contraditório apresenta duas nuances: uma refere-se à necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes envolvidas; e a outra, à possibilidade de reação das partes ante aos atos que lhes sejam desfavoráveis[44].

No mesmo sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco, baseada no texto do italiano Guiseppe La China[45], afirmando que o contraditório pode ser definido como a necessária ciência dos atos do processo às partes, bem como a possível reação destas aos atos desfavoráveis, o que resume o autor como "informação necessária, reação possível"[46].

Da mesma forma, para Vicente Greco Filho, o contraditório corresponde à afirmação que "autor e réu devem ser intimados de todos os atos do processo, devendo-lhes ser facultado pronunciamento sobre todos os documentos e provas produzidos pela parte contrária, bem como os recursos contra a decisão que lhe tenha causado gravame[47]".

Outro não é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco: o contraditório é definido como sendo constituído pelos elementos informação, que é necessária, e reação, que é meramente possibilitada no caso de direitos disponíveis[48].

---

[44] NERY JUNIOR, 2004, op. cit., p. 172.

[45] BRAGHITTONI, Rogério Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 18.

[46] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno.* São Paulo: RT, 1996, p. 93.

[47] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. I, p. 65.

[48] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria geral do processo.* 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55.

Carnelutti, por sua vez, analisa o contraditório como instrumento não só das partes, mas do próprio processo, uma vez que este princípio constitui a garantia mais importante de imparcialidade do juiz[49].

O ponto em comum das definições supramencionadas do que seja contraditório diz respeito a dois aspectos: o primeiro refere-se à imposição da obrigatoriedade na informação das partes sobre todos os atos processuais que se desenrolem no curso do processo, sejam eles produzidos pelo juiz ou pela parte contrária.

Já o segundo relaciona-se à facultatividade da reação da parte ante a informação recebida, não se exigindo dela nenhuma manifestação positiva, pois a defesa é ônus processual, ou seja, a parte defende-se apenas se desejar.

Dessa forma, a mera possibilidade que se dá ao réu de manifestar-se no processo através da citação já é o bastante para que o postulado do contraditório seja atendido[50], diferentemente da prestação das informações dos atos processuais, que deve ser precisa e efetiva.

Porém, o objetivo do contraditório para o processo vai mais além do que o binômio informação-reação. Para Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, a "audiência bilateral" está ligada inexoravelmente ao escopo de dar tratamento paritário, eqüidistante e equilibrado às partes a fim de se garantir o fim maior do processo, a consecução da justiça:

> [...] expressão da estrutura dialética do processo, em decorrência do caráter bilateral da ação, a contraditoriedade inculca-se, marcantemente, no procedimento de formação de convencimento do juiz e resultante pronunciamento jurisdicional. Daí porque se faz ela instituída, também, no interesse da própria justiça e, consequentemente, do julgador, que por força do diálogo encetado pelas opostas e contrastantes alegações, encontra, iluminado sob os mais diversos aspectos, o caminho da verdade[51].

---

[49] CARNELLUTI *apud* BRAGHITTONI, Rogério Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 18.

[50] NERY JUNIOR, 2004, op. cit., p. 182.

[51] TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo – regramentos e garantias constitucionais do processo.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 66.

Da mesma maneira, Rui Portanova aponta como o principal objetivo do contraditório a tentativa de eliminar ou ao menos diminuir, as desigualdades jurídicas ou de fato entre os sujeitos do processo[52]. Afirma o autor que o "plano da concreta aplicabilidade da garantia do contraditório tem íntima ligação com o princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica (princípio igualizador)"[53].

Percebe-se que a interpretação moderna deste princípio diz respeito a busca de mecanismos que evitem influências no resultado final do processo, em virtude das disparidades culturais ou econômicas entre as partes, conferindo um tratamento materialmente igual aos litigantes.

3.3 O CONTRADITÓRIO E SUA RELAÇÃO COM O PROCEDIMENTO

O contraditório não pode ser entendido completamente se não analisado juntamente com as idéias de processo e procedimento, dois conceitos que estão intrinsecamente ligados e relacionam-se diretamente com o objetivo de tratamento igualitário das partes.

Passa-se agora a analisar brevemente esses institutos.

Segundo a concepção de Vicente Greco Filho, "processo é a relação jurídica de direito público que une autor, juiz e réu, que se exterioriza e se desenvolve pela seqüência ordenada de atos tendentes ao ato-fim que é a sentença"[54].

Da afirmativa supra conclui-se que o processo tem, fundamentalmente, dois aspectos: o intrínseco, que o caracteriza como relação jurídica instaurada entre autor, réu e juiz; e o extrínseco, pelo qual o processo se revela como uma sucessão ordenada de atos previstos em lei, que é o procedimento[55].

Assim, o procedimento afigura-se como o aspecto formal do processo, ou seja, o "meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo"[56]. Contudo, não se deve confundi-lo

---

[52] PORTANOVA, op. cit., p. 164.
[53] Ibid, p. 164.
[54] GRECO FILHO, op. cit, p. 54.
[55] GRECO FILHO, op. cit, p. 77.
[56] CINTRA, op. cit., p. 277

com o conceito de "autos do processo", que são a materialidade de documentos em que se corporificam aos atos do procedimento.

Nesse sentido, processo e procedimento apresentam-se como institutos diferentes, porém totalmente dependentes e interligados entre si, vez que o procedimento é a exteriorização fática do processo, ou nas palavras de José Eduardo Carreira Alvim, aquele é o *modus operandi*[57] deste, o modo pelo qual o litígio posto em juízo -processo- deve se movimentar.

Pois bem. A razão da breve digressão a respeito desses institutos processuais é demonstrar a importância do estudo do procedimento para a análise da incidência do contraditório nos casos regidos pelo artigo 285-A do CPC.

Explica-se. O princípio do contraditório, além dos sentidos de audiência bilateral e busca de igualdade entre as partes, conforme acima demonstrado, apresenta também o significado de necessidade de procedimento adequado, ou seja, a predeterminação da seqüência (crono) lógica dos atos é tão importante quanto a essência desses atos para a configuração do contraditório.

Nesse sentido:

> compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.[58]

Nesta linha de raciocínio, é de fundamental relevância que o procedimento seja observado em sua integralidade e indisponibilidade[59], ou seja, a seqüência dos atos precisa ser

---

[57] ALVIM, José Eduardo Carreira, op. cit., *Elementos da teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 194.
[58] CINTRA, op. cit., p. 82.
[59] BRAGHITTONI, op. cit, p. 29.

predeterminada por lei, e tais atos precisam ser mantidos e devem observar a ordem em que foram estabelecidos[60] .

Contudo, a legislação infraconstitucional pode, em determinados casos e sob circunstâncias especiais, estabelecer que algumas fases do procedimento sejam suprimidas ou que haja sua concentração em um só momento, por ser tal posicionamento mais útil aos objetivos maiores do ordenamento jurídico, a exemplo da celeridade e economia processuais.

É o que ocorre, por exemplo, com o julgamento antecipado da lide[61] e com os juizados especiais cíveis, onde a fase probatória fica suprimida, porém não desaparece porque apenas a prova dos fatos alegados será restringida[62]. Assim, não se trata de supressão de atos, mas apenas de não se produzir provas quando não for necessário.

Nesses casos, não há qualquer ofensa ao contraditório, ante a adequação do procedimento à baixa complexidade das causas envolvidas, em perfeita sintonia com os princípios da eficiência, da celeridade, da economia processual e da instrumentalidade processual.

Acrescente-se a essa afirmação o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não ofende o contraditório, acórdão que mantém o indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária[63].

Portanto, o princípio do contraditório deve ser adequado à hipótese específica e singular da controvérsia posta em juízo. Diga-se, por exemplo, que numa causa extremamente simples seria um contra-senso prejudicial ao desenvolvimento do processo a eventual exigência da utilização do pesado e lento procedimento ordinário.

São as palavras de Kazuo Watanabe:

---

[60] Por exemplo, deve ser dada às partes a oportunidade para produzirem as provas que desejarem, porém, de nada adiantaria essa faculdade depois da sentença já ter sido prolatada. O exemplo pode até ser piegas, mas ilustra bem a situação.

[61] Art. 330, CPC.

[62] Isso somente ocorre quando a questão for unicamente de direito, ou sendo de fato, quando a prova não dependa de audiência, ou ainda quando os fatos alegados na inicial se reputarem verdadeiros por força da revelia.

[63] STF, Ag 141095-7-PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.1994, DJU 14.11.1994, p. 30.860.

> É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados [refere-se o autor aos planos vertical e horizontal da cognição, questão central de sua obra], criando-se por essa forma tipos diferentes de processos que, consubstanciando um procedimento adequado, atendem às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador[64].

Sob esse contexto passa-se à análise do artigo 285-A do CPC e sua relação com o princípio em voga.

3.4 O ARTIGO 285-A OFENDE O CONTRADITÓRIO? É CONSTITUCIONAL?

Observados os requisitos explicitados no tópico 2, não há de se falar em ofensa ao princípio do contraditório em relação a esse dispositivo.

Primeiro porque o contraditório existe nesses casos. Ocorre que apenas foi diferido, adiado para a fase recursal, conforme redação de seu parágrafo 2º. É disponibilizada às partes a imperatividade do comando da bilateralidade da audiência, fato que ocorre na apelação para o autor e nas contra-razões para o réu, onde deve ser deduzida toda a matéria de defesa.

Assim, há apenas uma postergação do estabelecimento do contraditório, e não sua supressão, pois nos chamados "casos repetitivos" um prévio contraditório não teria nada a acrescentar para a formação do convencimento do magistrado, que está embasado em inúmeros precedentes. Na medida em que novos elementos sobre aquela mesma tese jurídica sejam apresentados, já na fase recursal, não há por que se duvidar da escorreita observância do princípio do contraditório.

---

[64] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* 1. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 93-94.

Contudo, a garantia do contraditório não se concretiza na efetiva apresentação da defesa nem tampouco na efetiva produção de prova. Como foi dito, a simples oportunidade conferida à parte para apresentar defesa e produzir prova já é o quanto basta para se ter como atendido o princípio do contraditório. Dessa forma:

> A opção do legislador foi bastante clara: entre proporcionar ao réu a mesma defesa já deduzida em outras demandas por outros réus [pois se trata de processo repetindo mesma tese jurídica já rechaçada], a produção dos mesmos meios de prova, repetição dos mesmos atos, quando de antemão já se sabe o julgamento do feito e reduzir-se o tempo de duração do processo, a escolha foi pela última hipótese.[65]

Acrescente-se a isso o fato que a nova regra permite ao autor, diante da prolação de sentença contrária a seus interesses, o mais amplo exercício do contraditório, pois pode influenciar a convicção do magistrado através de novos fundamentos com o recurso da apelação, momento em que pode haver juízo de retratação (parágrafo 1º). Não havendo reconsideração, abre-se espaço para o réu manifestar-se nas contra-razões.

Assim se manifestou o Instituto Brasileiro de Direito Processual na ADIN 3.695/DF, na pessoa de Cássio Scarpinella Bueno:

> Nessa perspectiva, um *prévio contraditório* não tem nada a acrescentar para a formação do convencimento do magistrado. No caso e na medida em que *novos elementos, novos argumentos, novas luzes* sobre aquela *mesma* tese jurídica lhe sejam apresentados – inclusive para fins do exercício do juízo de retratação -, não há por que se duvidar da escorreita observância do princípio do contraditório.[66]

---

[65] SILVA, op. cit., p. 211.

[66] BUENO, Parecer oferecido na condição de *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada sob o nº 3.695/DF. Disponível em <http://www.ibdp.org.br>, acesso em 10. maio. 2006p. 5.

Afigura-se ainda a perfeita adequação do procedimento previsto pelo artigo 285-A aos objetivos do legislador de desafogar o Judiciário dos "processos em massa" e conferir efetividade e celeridade a demandas que tenham por objeto casos idênticos previamente discutidos.

Impende afirmar, ainda, que a realização desnecessária de atos processuais que visem apenas prolongar a sua duração ofende frontalmente o princípio da duração razoável do processo[67]. São as palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha:

> Pretender que o procedimento tenha todo o seu curso, quando já se sabe que será julgado improcedente o pedido, é exigir a prática inútil e desnecessária de atos processuais, com dilações desarrazoadas, desaguando em ofensa ao princípio constitucional da duração razoável dos processos. É preciso, em suma, racionalizar julgamentos, sobretudo em casos massificados[68].

Assim também defende Luiz Guilherme Marinoni:

> É racional que o processo que objetiva decisão acerca de matéria de direito sobre a qual o juiz já firmou posição em processo anterior seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para a obtenção de decisão a respeito de "caso idêntico" ao já solucionado. Nessa perspectiva, o "processo repetitivo" constitui formalismo desnecessário, pois tramita somente para autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo já foi definido no primeiro processo[69].

---

[67] Ver referência ao princípio da celeridade no capítulo 1, item 1.1.3.

[68] CUNHA, op. cit, p. 98.

[69] MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em http://www.professormarinoni.com.br, p. 4, acesso em 15. dez. 2006.

E complementa o autor dizendo que tal norma destina-se a proteger os direitos fundamentais de ação e de duração razoável do processo, devendo-se falar em constitucionalidade da mesma ante o seu objetivo maior[70].

Diz-se, portanto, que o dispositivo pode representar "uma redução de tempo de até mais de cinco anos em alguns Estados brasileiros (tempo de duração de um processo no primeiro grau de jurisdição)"[71], o que já contribui bastante para o desafogamento do Judiciário e também para a celeridade dos processos mais complexos, que exigem maior atividade intelectual.

Enfim, o contraditório existe em razão apenas da possibilidade do réu ser condenado. Em se caracterizando uma situação na qual o magistrado já sabe que o resultado será favorável a ele, não se afigura imprescindível conferir-lhe oportunidade de defesa imediata porque não haverá prejuízo[72].

Diz Mantovanni Colares Cavalcante que "o princípio segundo o qual ninguém deve ser condenado sem ser ouvido há de ser lido na forma inversa, vale dizer, só se deve ouvir alguém quando há possibilidade de condenação."[73] Sendo patente a impossibilidade de condenação, é possível a supressão do contraditório nesse momento processual.

Do mesmo modo posiciona-se Flávio Luiz Yarshell:

> [...] Se a demanda é desde logo julgada improcedente, parece lícito presumir que nenhuma ordem de restrição ou prejuízo se impôs ao réu que, portanto, só se pode entender beneficiado pelo indeferimento; como, aliás, ocorre nas

[70] Ibid, p. 5.
[71] SILVA, op. cit., p. 210.
[72] Quando proferida a sentença de improcedência no primeiro grau não há de se falar em condenação do autor em honorários advocatícios porque o réu sequer foi chamado ao processo, restringindo-se a sucumbência apenas às custas processuais. Numa eventual reforma desta sentença e tendo havido manifestação do réu, a condenação em honorários é cabível porque pertence ao advogado vencedor, mas deve ser arbitrada proporcionalmente, como em outro processo qualquer.
[73] CAVALCANTE, op. cit., p. 96.

> hipóteses em que, também em seu favor, pronuncia-se a prescrição ou a decadência. Portanto, na hipótese aventada, não há violação ao contraditório porque a participação do réu, em princípio, não o levará a situação mais vantajosa do que aquela que estabeleceu a sentença[74].

Também nesse sentido:

> este teor, estou convencido da constitucionalidade do artigo 285-A. Não sem antes observar a procedência das críticas de não condicionar a julgados das instâncias superiores (acompanhando a tendência vinculante), assim como, percebo que teremos muito a discutir, como por exemplo, se o princípio do juiz natural vai ou não influenciar a aplicação da regra, bem como, a discricionariedade judicante com as novas tendências de reconhecer na função do processo a de descobrir o direito e não de inventar direitos[75].

E ainda:

> Em primeiro lugar, convém fazer um alerta, por mais desnecessário que isso possa parecer: não há qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento pela *improcedência*. O réu não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça[76].

---

[74] YARSHELL, Flávio Luiz. *Indeferimento da inicial e improcedência da demanda?* Carta Forense, n. 24, maio 2005, p. 5.

[75] TEIXEIRA JUNIOR, Senomar. *Interpretação do art. 285-A do Código de Processo Civil conforme a Constituição: a constitucionalidade da Lei 11.277/2006*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1084, 20 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8539>. Acesso em: 20. ago. 2006.

[76] JORGE, Flávio Chein et all. *A terceira etapa da reforma processual civil: comentários às Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

Conclui-se, assim, que o artigo 285-A não ofende, em qualquer ponto, o contraditório.

A sentença liminar de improcedência não viola o contraditório, mas preserva os valores da celeridade processual e contribui para a racionalização do julgamento das demandas de massa tão presentes no dia-a-dia forense.

Entretanto, em eventuais casos onde o dispositivo seja mal aplicado ou ocorra algum vício de julgamento[77], seja por falta de fundamentação ou de adequado exame das questões de direito, deve-se lançar mão do recurso de apelação[78], para reverter tal situação. Nesses casos, pode configurar-se a nulidade de caráter procedimental, mas não há de se falar em inconstitucionalidade da norma, porque não há qualquer violação ao princípio do contraditório.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: parte geral.* 7 ed. rev.,atual.e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do código de processo civil.* Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

_____ *Elementos da teoria geral do processo.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetitivos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/2006. Observações e críticas. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 37, abril 2006.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag 141095-7-PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.1994, DJU 14.11.1994, p. 30.860.

[77] BUENO, op. cit., p. 15.

[78] Frise-se que, por força do artigo 283 do CPC, o autor somente poderá alegar em sua apelação o não cabimento do julgamento improcedente liminar da inicial, pois a matéria, nesse caso, é de direito e deve vir provada desde logo, não sendo o caso de alegar cerceamento de defesa. Mais um ponto para o legislador na busca de celeridade e duração razoável dos processos.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa do código de processo civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276 de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

_____ Parecer oferecido na condição de *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada sob o nº 3.695/DF. Disponível em <http://www.ibdp.org.br>, acesso em 10. maio. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, v. 1.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A sentença liminar de mérito do art. 285-A do código de processo civil e suas restrições. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.432, setembro 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n 39, junho 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ *Fundamentos do processo civil moderno.* São Paulo: RT, 1996.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1.

JORGE, Flávio Chein; DIDIER JUNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil: comentários às Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.* 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar.* Disponível em http://www.professormarinoni.com.br, acesso em 15. dez. 2006.

_____ *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 8. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.
PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil: execuções dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
TEIXEIRA JUNIOR, Senomar. *Interpretação do art. 285-A do código de processo civil conforme a Constituição: a constitucionalidade da Lei 11.277/2006*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1084, 20 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8539>. Acesso em: 20. ago. 2006.
TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo – regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *breves comentários à nova sistemática processual civil II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 1. ed. São Paulo: RT, 1997.
YARSHELL, Flávio Luiz. Indeferimento da inicial e improcedência da demanda? *Carta Forense*, n. 24, maio 2005.

A LEI 11.313/06 NO CONTEXTO DA ERA CONSENSUAL DO DIREITO PENAL

Tatiany Nascimento Chagas de Albuquerque, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

RESUMO: O estudo pretende analisar o novo modelo penalógico que se desenrola na bancada jurídica, cindindo com políticas ortodoxas e que não mais se prestam como resposta estatal aos conflitos sociais ocorrentes, demonstrando não estar o cenário jurídico pátrio alheio a estas idéias vanguardistas que se espraiam no Direito Comparado. Trabalha-se também o esmero na criação dos Juizados Especiais, com a edição da Lei 9.099/95 e sua recente inovação trazida com a Lei 11.313/06, enfocando sobremaneira o tema do concurso de crimes e divergências apresentadas quanto às soluções em casos que tais. Em momento último comenta-se sobre os institutos despenalizadores, sua natureza jurídica e finalidade social, demonstrando a possibilidade de entendimento de "revogação" da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, vislumbrando-se, assim como nos institutos da composição civil e transação penal, em caso de concurso de crimes, a análise de cada infração de *per si*.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo – Penalógico – Lei 11.313/06- Conexão – Crimes menor potencial – Súmula 243 STJ.

ABSTRACT: This study intends to analyze the new penal model that is in progress in Brazilian legal system, separating from orthodox politics which are not useful as a proper government response to the current social conflicts, what demonstrates that Brazilian juridical scenario is not distant from vanguardist ideas which spread in Comparative Law. Also, it is given attention to the diligence in the creation of Special Judgeships, which deal with crimes of minor offensive power, with Law 9.099/95 and its recent innovation brought by Law 11.313/06, focusing the theme of crime cooperation and dissension about the solution of such cases. Finally, comments are made about decriminalization institutes, its juridical nature and social purposes,

demonstrating the possibility of agreement to the cancellation of Summula 243 of STJ (The Superior Justice Court), discerning consequently, as in the institutes of civil and criminal transaction, in crime cooperation, the analysis of each infraction.

KEYWORDS: model; penological; Law 11.313/06; conexion; crimes of minor offensive power; Sumula 243 STJ.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Era Consensual no Direito Penal; 3. Conexão e Continência nos Juizados Especiais Criminais; 4. Conexão e continência entre dois crimes de menor potencial ofensivo: leitura isolada ou somação das penas? 5. Conexão e Continência: reunião ou separação dos processos; 6. Inovações trazidas pela Lei 11.313 de 28 de junho de 2006; 7. Lei 11.313/06 e reflexo na Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça; 8. Conclusão; 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A história da evolução do homem revela a inquietação que se estabelece em fins de qualquer ciclo de desenvolvimento ideológico e incorporação de novo modelo.

Trazendo a análise para o campo do estudo das possibilidades de resolução de conflitos de interesses, vimos o afastamento da autotutela e aproximação de modelos que caminhavam juntos com o desenvolvimento consciencial do ser humano, o qual começou a perceber a fragilidade e decadência daquela brutal forma de solucionar os conflitos, já não tão embrionários no seio da sociedade.

Em razão do dito desenvolvimento, que trouxe afinamento do ideal de justiça, se deparou o homem com a idéia de heteronomia, já que um terceiro afastado das emoções imediatas daqueles envolvidos nos conflitos, teria mais equilíbrio para resolver a "questão" e aproximar-se de uma decisão mais equânime a todos.

Deste conceito evoluiu-se para tantos outros sobre a estrutura do poder e meio de punição daqueles que olvidam regras mínimas e que tornam insustentável o convívio com os pares da sociedade, dos quais focamos neste breve estudo o discurso abolicionista que começou a criticar a forma tradicional de tratar o binômio "instâncias formais x controle social".

Desta disseminação de idéias vanguardistas não ficou longe o legislador brasileiro que, atento, lançou no panorama jurídico brasileiro a idéia inicial dos "Juizados de Pequenas Causas" evoluindo para a conhecida Lei dos Juizados Especiais, publicadas em 1995 e que revelou grande marco no assunto.

E não parou por aí, haja vista que constantes alterações são realizadas neste "microssistema" visando à concretização de melhoria na resolução dos conflitos sociais, seja de um lado, e como viga-mestra, o fomento à composição civil, seja de outro, alavancando a aplicação da política do desencarceramento na seara criminal, com pregação dos institutos despenalizadores da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

Dentre estas alterações tratamos com reverência a trazida na Lei 11.313, de 28 de junho de 2006, que espancou séria discussão sobre o tema conexão e continência envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, assim como estudamos o reflexo de tal inovação na Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

2. ERA CONSENSUAL DO DIREITO PENAL

Grande avanço abordou a "Justiça" Criminal com o advento da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, oriunda dos dois anteprojetos números 1.480/89 e 3.698/89 de autoria, respectivamente, dos Deputados Michel Temer e Nélson Jobim. O primeiro tratava exclusivamente do Juizado Especial Criminal, enquanto o segundo abordava temas civis e criminais.

Com espírito diametralmente oposto ao modelo penalógico anteriormente seguido, de diversa maneira tratou do conflito de interesses, afastando-se da Heteronomia, onde a resolução da lide é atribuída a um terceiro que não auxilia, nem representa as partes, para possibilitar aos próprios envolvidos no conflito apresentarem a proposta de pacificação social que lhes parecer mais adequada *rectius* justa.

O modelo ortodoxo de resolução de controvérsia, onde o deslinde do caso penal, aplicação e execução da pena se concentram na figura do Estado, está posto e aceito desde o pensamento dos filósofos do Iluminismo, através de idéias que pregavam a necessidade do homem

abrir mão do direito de resolver o conflito individualmente (autotutela) e transferi-lo para mãos de um terceiro imparcial que atuava como substituto dos contendores. Tal justifica a razão de haver dito modelo se enraizado na sociedade.

Em que pese crítica apresentada pelo professor e pós-doutor José de Albuquerque Rocha em sua obra *Teoria Geral do Processo*, sobre a forma trazida por grande parte da doutrina sobre o desenvolvimento histórico dos meios de tratamento dos conflitos, asseverando não terem surgido de forma linear, já que a história não obedece a alguma razão moral ou "espírito de justiça", o que vemos a partir da década de sessenta no contexto mundial, é a voz do discurso abolicionista advogando a eliminação do sistema penal/carcerário. Mister citar nesta altura o enfoque foucaultiano (Michel Foucault) sobre a estrutura social e sua relação com a forma de punir. Este enfoque gera radical mudança no discurso da criminologia crítica, que passa a exigir quebra com as instâncias formais de controle social.

Inserido no contexto descrito, o cenário jurídico brasileiro não passa incólume a tais idéias. Sem descer mais amiúde sobre o tema, pois não objeto central deste estudo, ululante se revela a ineficiência do sistema carcerário brasileiro como posto, onde longe está de a pena privativa de liberdade cumprir seus objetivos; ao contrário, vê-se às escâncaras reiteradas derrogações dos direitos humanos, com irrestrita ofensa à dignidade do ser humano.

Entre tantas outras, tais constatações cada vez mais gritantes, passaram a criar desconforto nos penalistas, que pesquisaram formas alternativas de controle das condutas que menos lesão causam à sociedade, denominadas pela Lei 9.099/95, "crimes de menor potencial ofensivo", sem olvidar os crimes de médio potencial ofensivo também citados pela lei em seu art. 89.

Cumpre destacar neste ponto a relevância de não confundir o caráter fragmentário/subsidiário do Direito Penal, exteriorizado através do Princípio da Intervenção Mínima, com nova forma de tratar o conflito penal em determinados casos.

Sobre o primeiro tema destaca Claus Roxin *in Derecho penal,* t.I, p. 45:

> "A proteção de bens jurídicos não se realizará só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as modalidades protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ultima ratio da política social e se define a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos".

Dentro desta análise apresentada, as condutas que não se revelarem ofensivas à sociedade ao ponto de receber a tutela penal são consideradas atípicas; para tanto importante gama de teorias têm se preocupado em apresentar soluções doutrinárias para casos que tais, a exemplo da Imputação (*rectius* Desimputação) Objetiva, Tipicidade Conglobante entre outras.

De reversa maneira a forma de "tratar" algumas condutas utilizando nova concepção do Direito Penal, abre espaço apenas para discussão de aplicação de outras formas de "repressão social" diversa da aplicação da pena privativa de liberdade. Tais condutas são sim lesivas, portanto típicas, mas não a ponto de ser imposto ao seu autor a restrição da liberdade.

Este foi o contexto em que foi trazida ao Ordenamento Jurídico Brasileiro a lei 9.099/95, responsável por albergar os institutos despenalizadores da composição civil e transação penal, metamorfoseando como nunca modelos engessados do Direito Penal, passando, entre outros enfoques, à valorização do papel da vítima e devolvendo aos contendores a resolução do conflito social, porém de forma civilizada, no que se afasta da autotutela.

Quão grande foi a importância da criação deste microssistema para o Direito Penal que de seu nascedouro até hoje, maneiras são buscadas sempre no afã de alargar a aplicação dos institutos despenalizadores citados, cumprindo destacar como ponto marcante neste processo a edição da Lei 10.259/01 que, após acirrados debates acadêmicos,

concluíram doutrina e jurisprudência ter havido majoração da pena, abstratamente considerada para fins de definição do crime de menor potencial ofensivo de 01 (um) – previsto na Lei 9.099/95, para 02 (dois) anos.

Recentemente, em 29 de junho de 2006, mais uma inovação ocorreu no texto das leis mencionadas, colocando fim a grande debate doutrinário que envolvia o tema "Concurso de Crimes" em cotejo com as definições trazidas por estas mesmas leis.

É o que será discorrido.

3. CONEXÃO E CONTINÊNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Sem adentrar às incontáveis classificações acerca dos institutos da conexão e continência, já que além de não ser o objeto central de nosso estudo, difere segundo o autor que as apresenta, importa relembrar a definição e utilidade dos mesmos.

Nas palavras do professor Paulo Rangel em sua obra *Direito Processual Penal*:

> "Conexão significa união, nexo, ligação, relação entre um fato e outro. Continência significa extensão, capacidade. A continência pode ser objetiva ou subjetiva. Na primeira hipótese, haverá cúmulo de fatos (dois ou mais crimes em concurso formal, *aberratio ictus* ou *aberratio criminis*). Na segunda hipótese (subjetiva) haverá um litisconsórcio passivo necessário (dois ou mais indivíduos acusados pela mesma infração)".

No que toca à finalidade dos institutos acrescenta o mesmo professor:

> "O importante é saber que tanto em uma hipótese quanto em outra (conexão ou continência) haverá um só processo e julgamento, pois por economia processual e diante da possibilidade de

> julgamentos conflitantes o efeito primordial da conexão e continência é a unidade de processo e julgamento".

Relembrados estes conceitos, através da lapidar lição, insta fixar que com tais institutos – conexão e continência - trouxe o legislador regra de fixação/modificação de competência, fazendo questão de minudenciar nos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal quando ocorreria uma e outra hipótese e, como sinteticamente apresentado pelo professor citado, na conexão sempre existe um liame entre a prática de uma conduta e outra, de forma que deverão ser conhecidas e julgadas em um mesmo processo, pois sempre a prova de uma das infrações influenciará na prova da(s) outra(s); já na continência, também existe uma "elasticidade" da regra de competência originariamente estabelecida, pois houve a prática de uma infração por diversas pessoas (concurso de pessoas), devendo haver julgamento de todas em um mesmo processo ou a hipótese é de concurso formal, erro na execução ou resultado diverso do pretendido.

É sabido que o Ordenamento Jurídico obedece a uma ordem sistêmica, de modo que uma norma, via de regra, não pode colidir com outra e, se tal ocorre, os processos de interpretação mostram caminhos de dissipar tais conflitos.

Dito isto e ciente da diversidade de ocorrência das situações fáticas, visando manter esta ordem do sistema jurídico, o legislador observou no art. 78 do Código de Processo Penal, situações peculiares onde haveria colisão normativa se aplicada à regra geral de fixação de competência. Entretanto, não houve neste lembrado do legislador referência ao concurso de crimes, quando um deles fosse considerado de menor potencial ofensivo, por questão lógica e temporal, já que o Código de Processo Penal data de 1941 e a redação do art. 78, que trata do assunto ora versado, fora modificado posteriormente em 1948 pela Lei n. 263.

Dessarte ocorreu o óbvio: a doutrina passou a debater sobre o tema, quando houvesse concurso de crimes envolvendo crime de menor potencial ofensivo, sejam dois crimes desta natureza ou um desta e outro de maior ou médio (pena mínima igual ou maior que um ano) potencial ofensivo.

Nesta altura penso deva haver cisão de discussão, seguindo uma vertente a análise da possibilidade ou não de somar as penas cominadas abstratamente aos crimes ou considerá-las de forma autônoma para efeito de análise da competência dos Juizados Especiais Criminais e a segunda sobre a reunião ou separação do processo quando fosse caso de conexão ou continência, sendo um dos crimes de menor potencial ofensivo.

4. CONEXÃO E CONTINÊNCIA ENTRE DOIS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: LEITURA ISOLADA OU SOMAÇÃO DAS PENAS?

Como já rascunhado no tópico anterior grande debate doutrinário e jurisprudencial começou a agitar os estudiosos e operadores do direito, quando o assunto era conexão ou continência envolvendo dois crimes de menor potencial ofensivo. O correto entendimento seria a análise isolada das penas cominadas aos crimes ou deveria haver a soma para fins de considerar a competência dos Juizados Especiais Criminais?

Uma corrente defendida dentre outros pelo professor René Ariel Dotti, acompanhado de vasta corrente jurisprudencial entendia que as penas deveriam ser somadas e, se o resultado ultrapassasse o limite abstratamente fixado pela Lei 9.099/95 escapava à competência aos Juizados Especiais Criminais para o julgamento.

Eis o pensamento do professor René Ariel Dotti expressado antes da edição da Lei 10.259/01:

> "Se a soma das penas privativas de liberdade ultrapassar o teto de um ano, o processo e julgamento do autor do fato extrapolam a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que em cada uma das infrações concorrentes a pena cominada seja inferior ao teto legal de um ano. O juízo comum é o órgão competente para o respectivo processo e julgamento."

Seguindo a posição da doutrina decidem alguns Tribunais:

> "Competência – Crimes praticados em concurso material ou formal – Necessidade de se verificar a soma das penas ou o máximo da reprimenda prevista para a infração mais grave, com o acréscimo, também não excede aquele limite nos casos de concurso formal" (TJRN – Confl. Neg. Comp 391 – Rel. Des. Armando da Costa Ferreira – RT 748/702).

E mais:

> "Lei 9.099/95- Réu portador de antecedentes que pratica crimes em concurso – Impossibilidade – Está afastado da esfera de aplicação da Lei 9.099/95 o réu cuja pena, por ter praticado crimes numa das hipóteses dos art. 69, 70 ou 71 do CP, excede o mínimo de um ano, e não possui, ademais, bons antecedentes". (TACRIM-SP – HC 289884 – Rel. Luiz Ambra – Rolo-flash 1.036/207).

Neste diapasão, havendo concurso de crimes, dever-se-ia somar as penas e, se fosse ultrapassado o limite estabelecido por lei para a conceituação das infrações de menor potencial ofensivo, haveria carência de competência dos Juizados Especiais Criminais para processo e julgamento dos crimes, devendo haver remessa ao Juízo Comum.

Crítica acirrada se faz a esta vertente, o que repercute na inovação trazida pela Lei 11.313/06 (que será logo mais estudada) trazendo para tanto base constitucional, ao enunciar que a competência dos Juizados Especiais Criminais tem fundamento constitucional no art. 98, inciso I da Carta Magna e jamais poderia ser derespeitado, vez que versa sobre competência estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto. Nesta defesa parte Cezar Roberto Bitencourt para quem *"a competência ratione materiae objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a um ano e contravenções penais."*

Outra parte da doutrina e jurisprudência, devendo ser citados os professores Roberto Podval, Damásio de Jesus, Ada Pellegrini, Antônio

Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes, entende que as penas deveriam ser vistas de forma isolada, esquecendo-se o exegeta do concurso de crimes e analisando cada infração isoladamente, em aplicação analógica ao art. 119 do Código Penal que traz esta regra para o estudo da prescrição.

Defendeu o professor Damásio de Jesus *in* Lei dos Juizados Especiais Criminais, 6ª ed. Atual e ver., São Paulo, Saraiva, 2001. p. 19) que *"devem ser consideradas isoladamente para efeito de incidência da Lei 9.099/95, não devendo as penas ser somadas"*.

E também a decisão a seguir:

> "Concurso de crimes – Consideração autônoma para obtenção da pena mínima para aplicação da lei – Necessidade – Em sede de concurso de crimes, na Lei 9.099/95, aplica-se analogicamente a disciplina da prescrição do art. 119 do CP, ou seja, as penas cominadas aos delitos não podem ser somadas, devendo ser consideradas autonomamente, para fins de obtenção da pena mínima para aplicação da lei" (TACRIM – AC 984371 – Rel. Corrêa de Moraes).

Como já dito anteriormente, sabemos que o Ordenamento Jurídico obedece a uma harmonia sistêmica, de sorte que uma norma não pode ditar de uma forma e outra disciplinar em contradição com o que já está posto. O mesmo raciocínio, pensamos, deve se dar no campo da análise dos institutos dentro de determinada cena histórica, já que existe uma contextura entre todos os elementos.

Assim é que, conforme vimos no início deste trabalho, há fortes fundamentos para entendermos que a política do encarceramento está fadada ao insucesso, ao menos da forma como hoje se apresenta, havendo cada vez mais pregação sobre as benesses sociais na aplicação dos institutos despenalizadores (composição civil, transação penal e

suspensão condicional do processo), se e desde que se revelem aplicado de forma sistemática com adequadas políticas sociais implementadas pelo Executivo.

É preciso, destarte, que os operadores do direito não só assistam ao novo panorama penalógico que se desenrola, como também faça parte do mesmo, isto porque focar este novo modelo deve seguir como inspiração nos processos exegéticos/integrativos que sejam mister fazer, quando ocorrentes as contradições/lacunas legislativas.

É o que se dá com o tema neste momento estudado.

Não houve disposição normativa sobre a conseqüência jurídica em caso de conexão ou continência de dois crimes de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve haver perquirição (dentro do contexto histórico e social apresentado) a fim de concluir-se pela melhor integração.

Partindo desta premissa, pensamos que a análise isolada de cada pena abstratamente cominada ao delito de menor potencial ofensivo seria o mais esperado deste novo modelo penalógico que se mostra realidade, já que permitiria ao suposto autor da prática delitiva (em concurso de crimes) ser beneficiado pelos institutos despenalizadores, ao menos quanto a um dos delitos, pois quanto ao segundo haveria, em tese, óbice encontrado no art. 76, parágrafo segundo, inciso II da Lei 9.099/95.

Em segunda vertente de fundamentação teríamos a sustentar nosso pensar, com a aplicação analógica do art. 119 do Código Penal. Ora, é conhecido o brocardo jurídico que diz "onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito", o qual justifica processos integrativos das normas como a analogia. Dessarte, se *"no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente"*, justifica-se que na análise da competência sejam os crimes e suas penas conhecidos isoladamente, mais ainda porque o fato de ser um crime praticado em concurso com outro, não lhe retira a natureza de crime de menor potencial ofensivo, cuja conceituação foi dada somente através da leitura da pena de cada um deles e considerando seu teto.

Outro fundamento que se apresenta razoável está em que as regras de aplicação de pena, referentes ao concurso de crimes, trazidas na Parte Geral do Código Penal têm como "vontade" beneficiar o condenado, tanto que no concurso formal homogêneo por exemplo, aplica-se a pena cominada a um dos crimes e aumenta-se de um sexto até a metade. É assim que pensa o professor Rogério Greco *in* Curso de

Direito Penal – Parte Geral : *"as regras do concurso formal foram criadas em benefício dos agentes que, por intermédio de uma conduta única, produziram dois ou mais resultados incriminadas pela lei penal"*. O mesmo se diga quanto à continuidade delitiva.

Neste sentido concluo que, se em uma parte do Ordenamento Jurídico, referência feita ao Código Penal, dá-se um tratamento ao concurso de crimes, sob pena de 'quebrar' a harmonia deste sistema, não se pode entender o mesmo tema de reversa forma.

Não se pode olvidar, é bem verdade, de que os Juizados Especiais, Cíveis ou Criminais, constituem um microssistema com meios próprios de atuação, entretanto, não só por isto deverá ser dissociado/apartado nesta visão macro que se deve ter do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

5. CONEXÃO E CONTINÊNCIA: REUNIÃO OU SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS

Outro enfoque de estudo a ser feito revela-se na necessidade de saber se havendo concurso de crimes, entre crime de menor potencial ofensivo e outro crime de médio ou maior potencial ofensivo, deve haver cisão ou junção dos processos, uma vez já visto o tratamento a ser dado em se tratando de concurso entre dois crimes de menor potencial ofensivo.

Neste campo também debatem doutrina e jurisprudência.

Damásio de Jesus defende a manutenção da junção dos processos, havendo remessa ao Juízo Comum, competente para julgar o crime de médio ou maior potencial ofensivo, bem como o de menor potencial, este último pela atração da competência.

Outra parte da doutrina sempre entendeu a necessidade da cisão dos processos, sob o fundamento de que a competência dos Juizados Especiais Criminais foi fixada constitucionalmente no art. 98, inciso I

da Carta Magna, não havendo permissão legal para o julgamento de crime de menor potencial ofensivo perante o Juízo Comum.

Fundamentou o professor Rômulo de Andrade Moreira, membro do Ministério Público baiano, pós-graduado lato sensu pela Universidade de Salamanca/Espanha:

> "A competência da qual falamos é ditada ratione materiae e, como tal, tem caráter absoluto (mesmo porque delimitada pela Constituição, secundada pela lei federal), sendo nulos os atos porventura praticados, não somente os decisórios, como também os probatórios, pois o processo é como se não existisse".

Continua o professor citado, lembrando que a regra da simultaneidade de processos em tema de conexão ou continência, não é inquebrável, pois o próprio legislador permitiu no art. 80 do Código de Processo Penal, quando o juiz reputar conveniente a separação por motivo relevante. Assim, haveria a cisão processual, seja pela regra constitucional de fixação da competência, seja pela regra infraconstitucional que abre a possibilidade.

No sentido apresentado leciona Sidney Eloy Dalabrida:

> "Havendo conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção de processos, devendo o promotor de justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízos competentes, face à inaplicabilidade do art. 78, II do CPP, por importar sua incidência em afronta à Constituição Federal".

Toda esta discussão e diversidade de posicionamento dos operadores do Direito foi "amenizado" com a edição da Norma Federal 11.313/06, a qual alterou as Leis 9.099/95 e 10.259/01. É o que veremos no próximo tópico.

6. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.313 DE 28 DE JUNHO DE 2006

Em 28 de junho de 2006 foi editada a Lei 11.313/06 que modificou os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95 e art. 2º da Lei 10.259/01, que passaram a ter a seguinte redação:

> "Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.
> Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes de aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis."
>
> Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com a multa." (grifos nossos).

Na Lei nº. 10.259/01

> "Art. 2º Compete aos Juizados Especiais Federais Criminais processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.
>
> Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis."

De partida importante chamar atenção para a nova redação do art. 61 da Lei 9.099/95 que, de forma expressa, considerou como infração de menor potencial ofensivo as contravenções, como já era antes da inovação e sobre as quais não havia discussão, bem ainda considerou os crimes com pena máxima abstratamente cominada não superior a 2 (dois) anos.

Sob este aspecto e, em que pese já pinçado no intróito deste estudo, lembramos a grande celeuma doutrinária e jurisprudencial que se travou logo quando da entrada em vigor da Lei nº. 10.259/01, ocasião em que se pensou haver dúplice definição de crimes de menor potencial ofensivo, uma a ser aplicada no âmbito da competência federal e outra, na esfera estadual. Após, vasto debate, pacificaram-se as decisões e posições doutrinárias, entendendo que a interpretação razoável a ser apresentada seria considerar-se que com a edição da lei que disciplinou os Juizados Especiais Federais, teria havido majoração da pena considerada para fins de enquadramento no conceito de infração de menor potencial ofensivo de 1 (um) para 2 (dois) anos.

Em que pese tal pacificado entendimento, o legislador entendeu por bem disciplinar sobre o tema, colocando uma pá de cal em qualquer entendimento dissidente que porventura ainda existisse.

Em outro passo, tanto na redação modificada do art. 60 da Lei 9.099/95, quanto na do art. 2º da Lei nº. 10.259/01, fez presente a necessidade de acrescentar a obediência às regras de conexão e continência.

Pensamos ser tal acréscimo normativo prescindível, pois como já anteriormente asseverado, o microssistema dos Juizados Especiais não olvida de institutos albergados por outros ramos do direito. A própria Lei nº. 9.099/95 no art. 92 estabelece que se deve aplicar subsidiariamente as disposições dos Código Penal e Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta lei".

Entendemos, apesar da prescindibilidade da referência feita ao concurso de crimes, que pretendeu o legislador enfatizar a solução que daria para o tema logo mais no parágrafo único dos citados artigos, cuja redação revelou-se idêntica tanto na Lei 9.099/95, quanto na Lei nº. 10.259/01.

Assim, fixou a inovação legislativa a competência do Tribunal do Júri ou do Juízo Comum, em caso de reunião de processos decorrentes

da conexão ou continência. Doravante, havendo conexão ou continência entre um crime de menor potencial ofensivo e outro de diversa natureza, seguindo em sentido oposto ao entendimento defendido por forte corrente doutrinária e jurisprudencial, optou o legislador por manter o julgamento em um só processo, descartando a hipótese de cisão processual, decidindo que o juízo competente para tal julgamento seria o Comum ou o próprio Tribunal do Júri.

Tal pensamento legislativo, não olvidando as severas críticas que têm sido feita à inovação, sobre o que logo mais falaremos, acarreta conseqüências sobre os temas que já tratamos nos tópicos anteriores.

A primeira que enxergamos diz respeito ao conhecimento isolado ou somado das penas, havendo um crime de menor potencial ofensivo.

Albergado o novo entendimento, havendo concurso de um crime de menor potencial ofensivo com um de maior potencial, manter-se-á o julgamento conjunto no Juízo Comum.

Pelo que se vê o legislador optou por adotar o critério da análise autônoma das penas de cada crime, tanto é assim que determinou fossem observados, lá no Juízo Comum, os institutos despenalizadores da composição civil e transação penal para o crime de menor potencial ofensivo, que não perdeu esta natureza por ser visto em concurso com outro.

Sobre este tema manifestou-se o professor Luiz Flávio Gomes em artigo publicado no ambiente virtual:

> "Já não é possível somar a pena máxima da infração de menor potencial ofensivo com a da infração conexa (de maior gravidade) para excluir a incidência da fase consensual. A soma das penas máximas, mesmo que ultrapassado o limite de dois anos, não pode ser invocada como fator impeditivo da transação penal."

Em verdade mais um passo se deu a caminho da concretização da política do desencarceramento, levantando bandeira em defesa da aplicação da política do consenso ou não conflitiva no Direito Penal, na mesma esteira do que já vem ocorrendo no cenário mundial.

E neste mesmo contexto entendemos: se no concurso entre crime de menor potencial ofensivo e outro, será a pena olhada isoladamente (a reunião dos processos não será óbice à aplicação dos institutos despenalizadores para o de menor potencial ofensivo), o mesmo deve se dar quando forem as infrações conexas (duas ou mais) de menor potencial ofensivo, pois como já diz o brocardo "onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito". Em ambas as situações a razão é a mesma: concurso de crimes; a conseqüência, dessarte, também deverá ser a mesma: análise isolada de cada pena cominada. *In casu*, pensamos manter-se a competência nos Juizados Especiais Criminais, pois pela idéia trazida pelo legislador o critério de atração/deslocamento da competência se deu em consideração apenas ao crime de médio/maior potencial ofensivo.

Aspecto também relevante a ser retirado da inovação legislativa, ao lado da defesa da política não conflitiva de resolução da lide penal, foi o destaque mantido em favor da vítima, que faz parte da primeira fase do procedimento sumaríssimo, quando pleiteia a reparação dos danos. Como diz o professor Luiz Flávio Gomes em artigo publicado *"a velha reivindicação da vitimologia (reparação dos danos em favor da vítima) continua preservada, mesmo que haja conexão de infrações."*

No que tange ao aspecto temporal de aplicação da norma, que foi publicada em 28.08.06, tem-se que sendo lei processual que fixa competência, sua aplicação é imediata, incidindo sobre os processos em andamento. Sobre o assunto escreveu o citado professor Luiz Flávio:

> "Lei processual nova que altera ou fixa competência tem aplicação imediata, incluindo-se os processos em andamento. Exceção: a exceção que existe a essa regra reside no processo que já conta com decisão de primeira instância. Nesse caso, não se altera a competência recursal (não incide a lei nova para alterar a competência recursal)."

Não se pode deixar de falar de aspecto desta inovação que tem alvoroçado a doutrina, não havendo ainda decisão neste sentido, qual seja da (in)constitucionalidade da neófita norma.

Alguns doutrinadores já levantaram voz em defesa da inconstitucionalidade da norma, podendo ser citado o Promotor de Justiça Rômulo Andrade em artigo publicado na internet, ao argumento de que a competência para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo é ditada pela Constituição Federal em razão da matéria, portando de caráter absoluto, sendo nulos os atos praticado fora do juízo competente; por esta razão, defende, a lei infraconstitucional que modifica a competência constitucionalmente fixada seria inconstitucional.

Feita a análise circunscrita a este enfoque, haveria inconstitucionalidade da lei. Entretanto, não entendemos o motivo de nunca ter havido este debate já que no texto da Lei nº. 9.099/95 foram trazidas duas hipótese de deslocamento da competência para o juízo comum, nos artigos 66, parágrafo único e artigo 77, § 2º, quais sejam quando o suposto autor do fato não é encontrado para ser citado e quando a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, ocasião em que o Ministério Público requer ao juiz o encaminhamento das peças existentes.

Ultrapassada esta questão, pensamos que a *mens legis* veio realmente imbuída do espírito conciliatório a possibilitar o acesso à composição civil e transação penal ainda que fora dos Juizados Especiais, mas como forma de beneficiar os autores de fatos de pequena gravidade e que, portanto, merecem tutela diferenciada pelo Direito Penal.

7. LEI Nº. 11.313/06 E REFLEXO NA SÚMULA 243 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por derradeiro, outra importante conseqüência advinda da alteração legislativa ora estudada diz respeito à extensão da inovação ao instituto da suspensão condicional do processo, já que o texto em sua parte final se refere apenas aos institutos da composição civil e transação penal.

No afã de aplicar ou não a interpretação extensiva mencionada, imperioso se torna conhecer a natureza jurídica e finalidade dos institutos despenalizadores.

Partindo disso, vemos a opinião do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a suspensão condicional do processo possui natureza

jurídica mista, tanto penal quanto processual penal, já que em decorrência de sua aplicação, "toca-se" no *jus puniendi* estatal, qual seja a extinção da punibilidade do suposto autor do fato, conforme determina o art. 89, parágrafo quinto da Lei nº. 9.099/95.

A mesma natureza jurídica têm os institutos da composição civil dos danos e transação penal, possibilitando, uma vez aceita pela vítima na primeira hipótese e cumprida pelo suposto autor do fato em ambas, também a extinção da punibilidade, como se vê da redação dos arts. 74, parágrafo único (renúncia ao direito de queixa ou representação) e art. 76, parágrafo quarto.

Além de idêntica natureza jurídica é ululante que o tripé de institutos apresenta-se como alicerce no sistema de justiça pactual, inserindo-se no novel modelo de resolução de conflitos de interesses penais, consistente em desburocratização e aceleração da justiça penal, como diz a insigne professora Ada Pellegrini Grinover.

Não olvidamos as diferenças intrínsecas de cada instituto, bem como hipóteses em que são aplicados, a citar como exemplo a observância da pena mínima na suspensão condicional do processo e da pena máxima nos outros dois casos, o que nem por isso modifica a natureza e finalidade dos institutos.

Assim, observando o contexto histórico no qual está inserida a Lei 11.313/06, entendemos que, muito embora somente tenha feito referência à composição civil e transação penal, deve haver aplicação ao instituto da suspensão condicional do processo.

Se acolhido tal entendimento não mais terá aplicação o Enunciado da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> "O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano".

Isto porque conforme já concluído, as penas abstratamente cominadas às infrações cometidas em concurso, devem ser analisadas

isoladamente, o que tornará possível a aplicação dos institutos despenalizadores.

8. CONCLUSÃO

Com o presente estudo tentamos demonstrar a necessidade, ínsita ao desenvolvimento do homem, de passear por concepções diversas acerca do estudo do poder punitivo e sua forma de expressão na sociedade, condizente com seu estágio evolutivo, tomando como ponto de partida a barbárie e caos da autotutela.

Importa ressaltar que caminhamos muito desde o tempo da vingança privada, passando por extremos no tema "controle social", deparando-nos com idéias que ganharam voz entre os filósofos iluministas, defensores das idéias da imprescindibilidade de abrir-se mão de parcela do poder, para concentrá-la na mão do Estado que tudo podia.

Continuando a jornada evolutiva, passou-se a criticar a forma de controle social desenvolvida pelo Estado e focada no encarceramento daqueles que "desobedecessem" às regras postas, para pensar-se em alternativas que melhor atendem à sociedade moderna.

Neste terreno doutrinário ganhou relevo a idéia de desencarceramento com busca de instrumentos para concretização deste novo modelo penalógico. Foi neste contexto que entrou em cena a Lei nº. 9.099/95 imbuída de novel idéias acerca da composição da lide, trazendo em seu aspecto criminal os institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, reveladores de alta carga conciliatória e afastando-se decisivamente do modelo clássico do encarceramento.

Dado o primeiro passo, as inovações legislativas posteriores mostram cada vez mais o fomento ao desencarceramento, o que vemos mais uma vez com a edição da Lei nº. 11.313/06.

Esta lei, de uma vez por todas, pacificou o debate sobre a leitura isolada ou cumulada das penas cominadas aos delitos de menor potencial ofensivo, acolhendo o primeiro entendimento.

A partir do encerramento deste debate nasce outro, qual seja a inaplicabilidade da Súmula 243 do STJ, pois como dissemos entendemos

não haver razão para a análise isolada das penas quando da aplicação da composição civil e transação penal, como o fez o art. 60 da Lei nº. 9.099/95 e 2º da Lei nº. 10.259/002, e não se fazer o mesmo em se tratando da suspensão condicional do processo, considerando a idêntica natureza dos três institutos, que guardam a idéia despenalizadora.

Atrelado a este fundamento, que se basta por si, não devemos olvidar a evolução de idéias que se passa no campo penal nos dias atuais, buscando a concretização do respeito ao homem em seus mais diversos matizes, com realce à **dignidade**, núcleo intangível do ser humano.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROCHA, José de Albuquerque de. *Teoria geral do processo***.** São Paulo: Jurídico Atlas. 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal***.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. II. STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

Link 1. www.jusnavigandi.com.br. Acesso em: 15 dez 2006.

Link 2. www.podivum.com.br. Acesso em: 17 dez 2006.

Link 3. www.planalto.gov.br. Acesso em: 02 jan. 2007.

Link 4. www.stf.gov.br. Acesso em: 10 jan. 2007.

TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA COMO CRITÉRIO INICIAL DA ATIVIDADE JUDICIAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO

Alexandre Cordeiro, Advogado Criminalista. Professor de Direito Processual Penal da UNIME. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Salvador - UNIFACS. Especialista em Direito Público com ênfase em Processo Penal pela Universidade Potiguar-UNP. Coordenador da Revista Jurídica de Direito Penal e Processo Penal da Pós-Graduação - UNIFACS-2005/2007. Associado da Association Internationale de Droit Penal, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor Convidado dos Cursos de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências e Tecnologia – FTC e do Instituto Baiano de Ensino Superior - IBES. Autor de Diversos Artigos Publicados em Revistas Especializadas.

RESUMO: O presente texto tem a intenção de fomentar a análise crítica e didática acerca das reais finalidades da pena que se apresentam na política criminal realizada e legitimada pelo Direito Penal, contextualizando-as com o princípio individualizador da pena que representa a premissa fundamental que esclarece o magistrado criminal o referencial a ser perseguido para real finalidade quando da aplicação de uma determinada pena ao caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Teorias da pena – Inversão de Sinais.

ABSTRACT: The present text has the intention of fomenting the critical and didactic analysis concerning the real purposes of the penalty that

come in the accomplished criminal politics and legitimated by the Criminal Law, context them with begin him individualization of the penalty that represents the fundamental premise that clears the criminal magistrate the vector to be pursued for real purpose when of the application of a certain penalty to the concrete case.

KEYWORDS: Criminal Law - Penalty's Theory – Inversion of signs.

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - Teorias absolutas ou retributivas; 2.1. Críticas jurídicas à teoria retributivista; 3 - Teorias relativas ou preventivas; 3.1. Prevenção geral; 3.2. Prevenção geral negativa; 3.2.1. Crítica à prevenção geral negativa; 3.3. Prevenção geral positiva; 3.3.1. Crítica à prevenção geral positiva; 3.4. Prevenção especial; 3.4.1. Prevenção especial positiva; 3.4.2. Crítica à prevenção especial positiva; 3.5. Prevenção especial negativa; 3.5.1. Crítica à prevenção especial negativa; 4 - Teorias mistas ou unificadoras; 5 - Conclusão; 6 - Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

> Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano em punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos. Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, pois não se pode esperar nenhuma vantagem durável da política moral, se ela não se fundamentar nos sentimentos indeléveis do homem. Toda lei que se afaste deles encontrará sempre resistência contrária, que acabará

> vencendo, da mesma forma que uma força, embora mínima, aplicada, porém, continuamente, vencerá qualquer movimento aplicado com violência a um corpo (Beccaria, 1764).

O presente artigo tem a intenção de fomentar a análise crítica e discursiva acerca das reais finalidades da pena que se apresentam na política penal realizada e legitimada pelo Direito Penal, contextualizando-as com o princípio individualizador da pena que representa a premissa fundamental que esclarece ao magistrado criminal o referencial a ser perseguido para real finalidade quando da aplicação de uma determinada pena ao caso concreto para um delinqüente em particular.

A individualização da pena tem como escopo antever as justificações da pena dentro de um determinado sistema jurídico-penal, no qual redundará certamente em uma decisão judicial que conterá valorações fundantes para uma efetiva fixação da pena, é o que se extrai das lições de Jescheck quando afirma que:

> A análise prévia da finalidade da pena é seguida pela verificação dos elementos fáticos, isto é, a constatação das circunstâncias de fato que podem ter interesse no caso concreto – ex. valor da coisa furtada, modo e motivos da subtração, etc. – encerrando –se esse processo com as considerações de como valorar esses elementos na individualização, atendendo aos fins da pena, e como se transformarão em magnitudes penais, competindo ao juiz uma razoável conseqüência e suficiente conexão intelectual entre os elementos fáticos da individualização, o fato concreto, suas circunstâncias e as condições pessoais do autor do delito (JESCHECK, pp.789-92).

Assim, trataremos as teorias legitimadoras da pena como um reflexo imediato, ou melhor, uma decomposição[1] obrigatória do princípio

[1] Jescheck, Hans – Heinrich, *Tratado de derecho penal*, cit, pp. 786-92. Segundo o autor, o processo e individualização penal se decompõem na determinação dos fins da pena e constatação dos fatos referidos em tal individualização.

constitucional da individualização, tratando as finalidades da pena abstraindo a concepção dogmática e o discurso oficial[2], no entanto colacionando concepções de base empíricas e teóricas com seu desdobramento lógico-reflexivo das diversas correntes filosóficas a respeito da matéria.

Cumpre observar antes de adentrar na teoria justificadora da intervenção estatal, a busca por um conceito de pena que contemple os valores humanísticos inerentes de sociedades em evolução, fugindo das conceituações medíocres e massificadas em grande parte da doutrina onde definem pena como aquela resposta estatal ao agente culpável, autor de um fato típico e antijurídico.

Por isso, a melhor, definição de pena se extrai da lição de René Ariel Dotti[3] em que "a pena é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo, e ainda o regime político que está submetido". Assim a pena passa a ser o termômetro da evolução de um povo, onde a evolução social é medida pela maneira como é tratado e punido aquele que cometeu um ilícito penal, e o senso crítico das razões, motivos e fins para os quais são aplicadas as sanções[4].

Muitas foram as justificativas, no transcorrer da história, para legitimar e fundamentar a repressão estatal frente à delinqüência, senão vejamos:

---

[2] Cirino dos Santos, *A criminologia radical*, 1981, pp. 69 e 88. Segundo o autor, a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções declaradas ou manifestas da pena criminal; ao contrário, esse estudo deve rasgar o véu da aparência das funções declaradas ou manifestas da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções reais ou latentes da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação capital/trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho/meios de produção das sociedades capitalistas contemporâneas. De um modo geral, as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão real pela qual cumprem a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão ilusória pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade produzida. No caso da pena criminal, as funções declaradas ou manifestas constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; ao contrário, as funções reais ou latentes encobertas pelas funções aparentes da pena criminal, constituem o objeto de pesquisa da teoria criminológica da pena.

[3] *Reforma penal brasileira*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 259.

[4] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu, *Teoria da pena*, São Paulo, RT, 2002, p.129.

2. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

As teorias retributivas são absolutas, porque não se vinculam a nenhum fim, concebendo a pena com um fundamento em si mesmo, isto é, como castigo, compensação, reação ou retribuição ao delito, justificado por seu valor axiológico intrínseco; portanto, não é meio, mas um dever metajurídico[5].

Na teoria retribucionista, a imposição de pena tem exclusiva tarefa de realizar justiça, devendo a culpabilidade do autor ser compensada com a imposição de um mal proporcional à pena, como conseqüência jurídico penal do delito, encontrando fundamento no livre arbítrio como capacidade do homem de decidir entre o justo e o injusto. O crime é negado e expiado pelo sofrimento da pena que compensa a culpa, voltando-se para o passado (*quia peccatum*), pois seria justo devolver um mal com outro mal[6].

Os principais defensores desta teoria foram Kant e Hegel. No entendimento de Kant, afirma que a lei é um imperativo categórico, tem-se a pena destituída de qualquer função utilitária, aplicada somente pelo fato de a lei ter sido violada, visando fazer justiça; pois, se esta é desconhecida, os homens não teriam razão de ser sobre a terra. Este autor (Kant) define a justiça retributiva como lei inviolável, um imperativo categórico pelo qual todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa de sangue não recai sobre o povo que não puniu os culpados[7]. É o que se verifica do magistério de Salo Carvalho[8]:

> O modelo penalógico de Kant é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou

[5] Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*, pp. 205-8.
[6] Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*, pp. 205-8.
[7] Kant, Methaphysik der Sitten (1797), p. 331. A famosa hipótese da dissolução da sociedade: "Mesmo se a comunidade de cidadãos, com a concordância de todos os membros, se dissolvesse, o último assassino encontrado na prisão deveria ser previamente executado, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa de sangue não pese sobre o povo que não insistiu na punição."
[8] Carvalho, Salo. *Pena e garantias*, p. 122.

> seja, o fim utilitário ilegítimo. Se o direito utilizasse a pena como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o homem, tornando imoral. Logo, a penalidade teria como thelos a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico,encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção. Muito embora utilize critérios de medida e proporção da pena, Kant rememorará modelos primitivos de vingança privada. A teoria absoluta da pena sob o viés Kantiano recupera o principio taliônico, encobrindo-o, no entanto, pelos pressupostos de civilidade e legalidade....

Hegel define crime como a negação do direito e pena como negação da negação e, portanto, como reafirmação do direito. A pena encontraria justificação na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral representada na ordem jurídica, e que foi negada pela vontade do delinqüente, devendo esta ser negada por meio do castigo penal, para que renasça a afirmação da vontade geral e se restabeleça o direito, sendo que, conforme o grau de intensidade da negação ao direito, também será o *quantum* ou intensidade da negação representada pela pena, como expõe o Prof. Salo Carvalho[9]:

> O princípio fundamental da teoria hegeliana da pena é centrado na idéia de que a violência destrói a si mesma com outra violência: a supressão do crime é a remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência.

2.1. CRÍTICAS JURÍDICAS À TEORIA RETRIBUTIVISTA

Juarez Cirino dos Santos[10] assevera diversas críticas ao discurso jurídico retributivo, entre os quais a de que:

---

[9] Idem.

[10] Cirino dos Santos. *Direito penal*: parte geral. p. 456.

> retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque o Estado democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – além disso, o direito penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade – e presente em fórmulas famosas como por exemplo, o poder agir de outro modo de WELZEL, ou a falha de motivação jurídica de JAKOBS, ou mesmo a moderna dirigibilidade normativa de ROXIN -, não admite prova empírica. Assim, a pena como retribuição do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o mito da liberdade pressuposta da na culpabilidade do autor. **A impossibilidade de demonstrar a liberdade pressuposta na culpabilidade determinou uma mudança na função atribuída a culpabilidade no moderno direito penal: a culpabilidade perde a antiga função de fundamento da pena, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de limitação da pena, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado – uma mudança de sinal dotada de óbvio significado político** (grifo nosso).

Sobre a impossibilidade de o Estado personificar o ensejo de vingança do povo (maioria), pois a democracia não é simplesmente a vontade da maioria, mas o respeito a garantias mínimas da minoria[11], Claus Roxin[12] nos ensina:

[11] Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*, p. 04.
[12] Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*, Civitas, 1999.

> (...) considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a culpa de sangue do povo, expie o delinqüente etc. Tudo isto é concebível apenas por um ato de fé que, segundo nossa constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, de uma pena Estatal.

Luigi Ferrajoli[13] tece críticas à teoria absoluta ou retributivista, pois entende que:

> A idéia da pena como restauração ou reafirmação de ordem violada demonstra um equívoco derivado da confusão entre direito e natureza. Tanto a purificação do delito através do castigo como negação do direito por parte do ilícito e sua simétrica reparação seriam insustentáveis, dado ao fato de crerem erroneamente haver relação de causalidade necessária entre culpa e castigo. Além de representarem concepções substancialistas de delito, vêem na pena função de restauração de uma ordem (jurídica e/ou moral) natural violada.

Para o professor baiano Gamil Föppel El Hireche[14], esta teoria

> "é ainda mais imprestável quando se trata de medida de segurança. De fato, não se pode legitimar a intervenção estatal para o inimputável

[13] Ferrajoli, op. cit., pp. 240-241.
[14] Föppel El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*, p. 96.

> para lhe retribuir o mal que causou, até porque este não tem condições nem de entender a ilicitude dos fatos praticados, muito menos a retribuição que lhe se sucederia".

Consequentemente, com as notórias deficiências apresentadas na teoria retributiva, surgem as teorias relativas ou preventivas com o fito de suprir as falhas da teoria que a precedeu.

3. TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA

Com a discordância dos fundamentos apresentados pela teoria retributivista, a ciência criminal busca outros elementos técnicos científicos para legitimar a pena, são as chamadas teorias preventivas, que tem como um dos seus principais idealizadores Feuerbach[15], pois este já preconizava a necessidade de ser reconhecida a função de segurança do Estado, pois entendia que a finalidade deste é a convivência humana de acordo com o direito, o crime representa sua violação, consequentemente o Estado o impede por meio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação), onde a pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto, como aponta o Prof. Salo Carvalho[16]:

> (...) o fundamento intimidatório da pena estaria condicionado a eficácia dos aparelhos judiciários e executivos. Se o objetivo da pena é a coação psicológica aos pretendentes de ações ilícitas, sua execução deveria ser certa perante os sujeitos passivos primários (infrator) e secundários (sociedade), sob pena de perda do seu caráter essencial: o simbolismo.

Assim a partir desta teoria busca-se uma finalidade para pena, fundamentado na preservação e/ou sobrevivência do grupo social,

---

[15] A formulação mais antiga da teoria preventiva costuma ser atribuída a Sêneca, segundo a qual: nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas para que não volte a pecar.

[16] Carvalho, Salo. *Pena e garantias*, p.127.

ou seja, a pena serviria como um instrumento ou meio de prevenção da prática do delito, inibindo, evitando ou impedindo tanto quanto possível a prática ou a reincidência de delitos, configurando assim um viés utilitarista, como expõe Cezar Bitencourt[17]:

> As teorias relativas da pena apresentam considerável diferença em relação às teorias absolutas, na medida em que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, quia peccatum est, somente por que delinqüiu nas teorias relativas à pena se impõe ut ne peccetur, isto é para que não volte a delinqüir.

Indubitavelmente, as funções preventivas da pena dividiram-se em duas direções bem definidas: a prevenção geral e prevenção especial, as quais analisaremos a seguir.

3.1. PREVENÇÃO GERAL

A prevenção nasce dentro de uma concepção iluminista, na transição de um modelo de Estado Absoluto ao Estado Liberal, contemporizando a vida em sociedade em face da guerra de todos contra todos[18] ou dos impulsos da irracionalidade comuns a todos os indivíduos, como explica o Prof. Cezar Bitencourt[19]:

> Essas idéias prevencionistas desenvolveram-se no período do Iluminismo. São teorias que surgem na transição do Estado absoluto ao Estado liberal. Segundo Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée,

[17] Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p.121.
[18] Matriz filosófica de Hobbes.
[19] Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p.124.

> tais idéias tiveram como conseqüência levar o Estado a fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do iluminismo opuseram ao absolutismo, isto é, de direito natural ou de estrito laicismo: livre arbítrio ou medo (racionalidade). Em ambos, substitui o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique. O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena, conclui-se, apóia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce coerção psicológica perante os motivos contrários ao ditame do direito.

Dessa maneira, a prevenção geral deve ser analisada sob dois enfoques: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

3.2. PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

De acordo com a teoria da prevenção geral negativa, a pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos[20], essa intimidação penal encontra-se alicerçada na teoria da coação psicológica de Feuerbach onde o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça de pena[21], como se depreende das lições do Prof. Paulo de Souza[22]:

> Nesse sentido, a pena é a ameaça da lei contra cidadãos para que se abstenham de cometer crimes, uma coação psicológica que pretende evitar o

[20] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu, *Teoria da pena*, São Paulo, RT, 2002, p.131.
[21] Ver Brandão, *Introdução ao direito penal*, 2002, p.160.
[22] Souza, Paulo S.Xavier de.*individualização da pena:no estado democrático de direito*,2006,p.77.

> fenômeno delitivo, pois diante da ameaça estatal e, ponderando a racionalidade do indivíduo, pode ser persuadido a pensar que não vale a pena praticar o crime porque poderá ser castigado. Em resumo, esta concepção encontra-se centrada na idéia de intimidação coletiva por meio da cominação abstrata da pena, que produziria uma contra-motivação aos comportamentos ilegais.

E conclui o autor:

> "Este esquema encontra respaldo na intimidação por meio da gravidade da cominação penal abstrato, na condenação criminal e intensidade da persecução criminal, visando a aplicação da pena.Com base na prevenção geral negativa o legislador aumenta ou comina sanções severas, acreditando possível reduzir a criminalidade, e é com a mesma intenção, que o juiz imporia penas exemplares, desvinculadas da culpabilidade ou de qualquer garantia."

3.2.1. CRÍTICA JURÍDICA DA PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

A crítica jurídica à prevenção geral negativa aborda diferentes facetas na sua abordagem o que a torna insuperáveis, a primeira e a sua ineficácia inibidora de comportamentos anti-sociais da ameaça estatal, pois não é a gravidade da pena ou rigor da execução penal que desestimularia o autor de praticar crimes, mas sim a certeza ou a probabilidade e/ou risco da punição[23].

A segunda crítica está fundada na falta de um critério limitador da pena, transforma esta prevenção em um terrorismo estatal e por outro lado a exemplaridade incutida nesta prevenção afronta a dignidade

[23] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.459.

humana, uma vez que os acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta dos acusados em potenciais.

3.3. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

No final do século XX, a prevenção geral adquiriu uma forma positiva, em que expressaria um ideal retributivo modificativo, considerando que se fundamenta na afirmação da validade das normas, obtida por meio de uma justa punição ao delinqüente, conclusão que pode ser extraída do conceito formulado por Jescheck, no qual a pena serviria para:

> "Neutralizar o efeito do delito como, por exemplo, negativo para a comunidade, contribuindo para o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, à medida que se procura satisfazer o sentimento de justiça do mundo que está em torno do delinqüente"[24].

No entanto, existem divergências quanto à existência de outras finalidades da pena que não, simplesmente, a de confirmar a vigência da norma. Surge então uma subdivisão nesta teoria, uma fundamentadora e outra limitadora[25]. Para teoria preventiva positiva fundamentadora, defendidas por Welzel e Jakobs, nos ensina Juarez Cirino dos Santos:

> JAKOBS absoltiza a função de prevenção geral positiva, concebida como teoria totalizadora da pena criminal, que concentra as funções declaradas ou manifestas de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição atribuídas a pena criminal pelo discurso punitivo. Nesse sentido, a

[24] Tratado…., op. cit. p. 790-1. Citando Jescheck, crf. Franco. A.S. *Código penal*...., cit., p. 887, v. 1, t. 1.

[25] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu, *Teoria da pena*, São Paulo, RT, 2002,p.132.

> pena criminal definida como prevenção geral positiva, realiza a função de afirmar a validade da norma penal violada; por outro lado, a norma penal reafirmada pela pena criminal, é definida como bem jurídico, um conceito que substitui o conceito de bem jurídico, considerado inútil pelo autor. Assim, define prevenção geral positiva como demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra violação da norma realizada às custas do competente/responsável, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso. A função positiva de prevenção geral seria dirigida a todos os seres humanos, como exercício (a) de confiança na norma, necessário para saber o que esperar na interação social, (b) de fidelidade jurídica pelo reconhecimento da pena como efeito da contradição da norma e, finalmente, (c) de aceitação das conseqüências respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena – na verdade, postulados do contrato social do século XVIII, com a aceitação das normas sociais na qualidade de membro da sociedade e aceitação da punição na qualidade de infrator de normas sociais[26].

Já na teoria da prevenção geral limitadora, defendidas por Hassemer e Roxin, a pena seria a reação estatal perante fatos puníveis, para proteger a consciência social da norma. Hassemer acredita que essa proteção consistiria na ajuda prestada ao delinqüente na medida do possível, bem como, na limitação desta ajuda, imposta por meios de critérios da proporcionalidade e de consideração a vítima, espécie de prevenção geral que somente poderá ser alcançada se o direito penal conseguir a formalização do controle social[27].

Roxin tem suas premissas fundadas em três superposições a respeito da prevenção geral positiva limitadora: a primeira no efeito

[26] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.461.
[27] Hassemer, W. *Introducción à la criminologia*....,pp.162-4

sociopedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; segundo, o efeito de aumento da confiança do cidadão no ordenamento jurídico pela percepção da imposição do direito e o terceiro é o efeito da pacificação social[28], como nos ensina o Prof. Gustavo Junqueira[29];

> ... a função de informação e confiança acerca da vigência da norma serve não como fundamento único, mas como outro mecanismo de limite em uma dialética com idéia retributivista da pena proporcional e com as necessidades de reintegração social. A atuação serviria para efeito de aprendizagem, para manter e reforçar a confiança da comunidade na inquebrantabilidade do ordenamento jurídico penal, com que se atinge um efeito de pacificação concluindo que foi pacificado o conflito com o autor. Assim, é possível perceber presente a idéia do exercício de confiança da vigência da norma, mas não de forma diretamente reitora da necessidade, da medida ou espécie de pena. Assume tal corrente que o fim da pena no Estado democrático de direito não pode ser outro que não a tutela necessária dos bens jurídicos – penais no caso concreto, e que tal tutela não deve se referir ao passado, mas ao futuro, buscando o restabelecimento da paz jurídica abalada, reforçando a confiança da sociedade na guarda de seus interesses por parte do Estado. Seria também a necessidade de prevenção geral positiva o alicerce capaz de legitimar a necessidade da pena, verdadeiro princípio do qual não pode se afastar o Estado sob pena de afronta aos princípios democráticos.

Vê-se que a diferença entre a teoria limitadora e fundamentadora é que a primeira define a finalidade da pena e empresta um sentido

---

[28] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.460.
[29] Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*, p.72-73.

limitador ao direito de punir do Estado, lastreado nos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, entre outros. Enquanto na teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é especificadamente, a confirmação das normas e seus valores[30].

3.3.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

A crítica que se faz à teoria preventiva geral positiva é a total, ou melhor, a ausência de eficácia, pois não há estudos que demonstrem o poder da pena de motivar a fidelidade ao Direito, consequentemente emprestando a pena criminal um caráter de instrumentalização de opressão social, legitimando a seletividade do sistema, vez que a resposta penal depende estreitamente do grau de visibilidade social dos conflitos de desviação existentes numa sociedade[31].

3.4. PREVENÇÃO ESPECIAL

A teoria da prevenção especial visa o delinqüente tendo por objetivo que este não volte a praticar novos delitos, todavia o fim da pena passa a conter seu viés utilitarista, ou seja, é uma atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal.

Na aplicação penal, quando definido pelo juiz na aplicação da pena, através da sentença devendo ser esta individualizada, necessária e suficiente para prevenir o crime como preceitua o art. 59 do CP. Já na execução penal, esta é realizada pelos técnicos visando a promoção harmônica de integração social do condenado[32].

A prevenção especial ocorre em dois caminhos: a prevenção especial positiva e a prevenção especial negativa, as quais analisaremos.

3.4.1. PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

---

[30] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo, RT, 2002, p.132.

[31] Queiroz, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*, p.54.

[32] Cirino dos Santos. *Direito penal*: parte geral. pp.456-457.

A prevenção especial positiva representa o intento ressocializador, a reeducação e a correção do delinqüente, realizado pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais entre outros, visando com a aplicação da pena, a readaptação do sujeito à vida em sociedade.

3.4.2.CRÍTICAS À PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

Indubitavelmente, o que se percebe é a dificuldade de conjugação de valores, se por um lado está uma pseudo reestruturação moral por outro lado estão os ideais de uma sociedade democrática e pluralista. Destarte como afirma Gustavo Junqueira

> "...na idéia de conformação íntima que por mais um motivo tal idéia não pode ser aceita, ou seja, em uma democracia, que exige uma participação ativa e potencial pluralismo, a pretensão de conformar a esfera íntima do sujeito ao talante do que entende conveniente o Estado não pode ser imposta".

Claus Roxin criticando a legitimidade desta corrente, questiona alguns aspectos: "o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter à tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?"[33].

3.5. PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA

A prevenção especial negativa pretende com a aplicação da pena, a intimidação do delinqüente, sua inocuização, para que não volte a delinqüir, como expõe o Prof. Alberto Zacharias Toron[34]:

> ...trata de evitar que o agente criminoso expresse sua maior ou menor periculosidade nas relações

[33] Claus Roxin, *Problemas fundamentais de direito penal*, p.20.
[34] Alberto Zacharias Toron. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, RT, 1996, p.119.

> sociais. Fala-se em maior ou menor grau numa espécie de neutralização ou inocuização absoluta ou relativa. Esta pode ter um caráter temporal, quando com pena se aparta o sentenciado de forma perpétua, ou por um determinado período da vida social, custodiando-o. Mas a inocuização pode ter um caráter absoluto (definitivo) quando se trata da pena de morte (não se conhece nesta hipótese nenhum caso de reincidência) ou relativo quando destrói parcialmente a pessoa a pessoa e, por exemplo, castra-se o estuprador ou cortam-se as mãos do assaltante ou, ainda, as pernas do trombadinha etc.

Juarez Cirino[35] diz que a prevenção especial negativa é

> "baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão - e assim a neutralização do condenado seria uma das funções manifestas e declaradas cumpridas pela pena criminal".

3.5.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA

A crítica a essa espécie de prevenção especial deve ser analisada sobre dois prismas, o primeiro em relação à inocuização, pois a irracionalidade entre o fato e a sanção faz sucumbir o próprio Estado Democrático de Direito que apresenta suas premissas nas garantias e direitos fundamentais do indivíduo, preconizado na Carta de 1988,

[35] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.458.

assim a eliminação do homem ou de suas eventuais potencialidades fere o pluralismo ínsito da democracia.

Já a segunda guarda relação com a intimidação, que facilita os eventuais abusos ou arbitrariedades, pois rompe com o ideal de garantismo do direito penal, vez que nem ao menos previne porque atua após a prática de um crime, não buscando, ao menos um fim preponderante.

4. TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

As teorias unificadas trazem a tentativa de uma combinação entre as teorias isoladas (retributivista e relativas) com o intuito de superar as deficiências apresentadas por estas, buscando uma pena que resulte ao mesmo tempo ser útil e justa, convertendo a reação penal estatal em meio utilizável para sanar qualquer infração à norma.

Incidem a teoria da união de forma prática nos critérios levados em conta por legisladores, juízes e tribunais para a fixação de penas, como é o caso no Brasil, onde encontra preconizado no art. 59 do CP, justamente consagração desta teoria. A teoria da união apresenta duas vertentes, dependendo da preferência às exigências de justiça ou de prevenção: a teoria de união aditiva e a teoria da união dialética.

Na teoria da união aditiva se caracteriza pelo propósito de compatibilizar justiça e utilidade, dando prioridade às exigências da primeira sobre a segunda. Tem como premissa que o magistrado deve buscar uma fixação de pena justa e adequada à gravidade da culpabilidade do agente pela prática do delito, verifica-se neste entendimento a carga ínsita das teorias absolutas como o fundamento da pena[36].

No que tange a teoria dialética unificadora, formulada por Claus Roxin, recusa a retribuição como fim da imposição da pena, tem com função da pena a proteção subsidiária de bens jurídicos, mediante a prevenção geral negativa na cominação da pena; prevenção geral e especial na aplicação da pena, limitada pela culpabilidade; e prevenção especial na execução da pena[37]. Esta construção teórica impõe ao

[36] Alberto Zacharias Toron. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, RT, 1996, p.123.

magistrado a determinar até onde pode chegar com a pena que reputa justa e/ou adequada a responsabilidade do autor.

A crítica imposta a estas construções teóricas unificadoras tem como argumento que estas representam uma justaposição das diversas teorias destruindo assim suas concepções originarias ou fundantes, conseqüentemente ampliando a raio de aplicação da resposta penal estatal, quebrando a idéia de um direito penal concebido como mínimo. Outra crítica é a incongruência filosófica de tentar compatibilizar uma teoria que nega um fim a pena (absoluta), com outra que explicita uma finalidade (relativa).

5. CONCLUSÃO

Percebe-se que na compreensão da teoria justificadora da pena está respaldado a (in) evolução de uma determinada sociedade, confundindo-se com o próprio conceito de pena a ser buscado. Destarte a partir de um estudo criminal, afastando todo óbice moral, religioso, maniqueísta de uma finalidade da pena, encontra-se no moderno direito penal o alicerce para uma profunda modificação de vetores que é a inversão de sinal, ou seja, enxergar a legitimação da pena tendo como ponto de partida a culpabilidade, porém não como fundamento da pena, mas sim como limitação desta, do *jus puniendi* do Estado. Sendo o critério indispensável para esta mudança, a individualização judicial da pena em que o magistrado poderá cotejar os valores humanísticos e proporcionais intrínsecos a cada indivíduo, necessários para uma correta prestação jurisdicional.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciana. *Lei dos crimes hediondos: uma análise crítica*. Justilex, Brasília, n° 38, 2005.

[37] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo, RT, 2002, p.134.

ARAUJO, Rômulo Souza de. *O resgate constitucional da individualização da pena*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n°.161, abr. 2006.
ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva 2004.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: *causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.
BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
BUENO DE CARVALHO, Hamilton e CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*, Lumen Juris, 2004.
CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.
CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*, Lumen Juris, 2003.
CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal parte geral*, ICPC/Lumen Juris, 2006.
DAHENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*, Instituto Tancredo Neves, 1987.
FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
GARCIA PABLOS, Antonio. *Manual de criminologia*. Madri: Espasa-Calpe, 1988.
GOMES, Luiz Flávio. *Progressão de regime nos crimes hediondos*. Disponível em: http: /www.juspodium.com.br/artigos/artigos_244.html. Acesso em 5 de julho de 2005.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 2003.
LOPES, Jair Leonardo. *As reações à decisão do STF sobre a progressão nos crimes hediondos*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n°.161, abr. 2006.
MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956.
MIOTTO, Armina Bergamini. *Curso de direito penitenciário*, Saraiva, 1975.
MIR, Luís. *Guerra civil: estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.
MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de/SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*, Atlas, 2000.
MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. *O STF foi além da progressão do regime prisional*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n°.161, abr. 2006.
MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Algemas para quem precisa*. Disponível em: http: /www.juspodium.com.br/artigos/artigos_574.html. Acesso em 5 de julho de 2006.
_____. *Estudos de direito processual penal - Temas Atuais*. São Paulo: BH, 2006.
RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
SARLET, Ingo. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, Editora Nota Dez, 2003.
SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, RT, 2005.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2004.
SZNICK, Valdir. *Comentários à lei dos crimes hediondos*. São Paulo: Universitária de Direito, 1991.
TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos – O mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996.
ZAFFARONI, E. Raúl/Batista, Nilo/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2004.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A PRISÃO CIVIL

Marcelo Cerveira Gurgel, Juiz de Direito do Estado de Sergipe. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil pela FANESE. Texto apresentado para fins de conclusão do curso de Especialização.

RESUMO: A prisão civil como instituto de coerção pessoal é instrumento que pode ser utilizado pelo Poder Judiciário em situações excepcionais e plenamente justificadas. A prisão civil do devedor fiduciante inadimplente prevista no Decreto-Lei n.° 911/69 é inconstitucional e a interpretação conforme sana a inconstitucionalidade da regra. A prisão civil do devedor de alimentos privilegia a vida e dignidade do credor em detrimento da liberdade do devedor. O limite de três meses definidos na Súmula n.° 309 do STJ não deve constituir óbice à utilização do rito do Art. 733 do CPC na execução da prestação alimentícia. A prisão civil com fundamento no art. 461 do CPC tem sede na Carta Política e pode ser justificada por meio da interpretação constitucional fundada nos princípios da Unidade, Máxima eficiência e Proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Civil; Alienação Fiduciária; Prestação Alimentícia; Art. 461 do CPC.

ABSTRACT: The civil arrest as institute of personal coercion is instrument that can be used by the Judiciary Power in exceptional situations and fully justified. The civil arrest of the in debt fiduciary agent defaulter provided in the Decree n.° 911/69 is unconstitutional and in agreement interpretation cures the unconstitutionality of the rule. The civil arrest of the payer of alimony privileges the life and dignity of the creditor in detriment of the freedom of the debtor. The limit of three months defined in the Abridgement n.° 309 of the STJ does not have to constitute obstacle to the use of the rite of Art. 733 of the CPC in the execution of the nourishing installment. The civil

arrest based in art. 461 of the CPC has headquarters in the Letter Politics and can be justified by means of the established constitutional interpretation in the principles of the Unit, Principle efficiency and Proportionality.

KEYWORDS: Civil arrest; Trust receipt; Installment Nutritive; Art. 461 of the CPC.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Prisão civil do feduciante inadimplente; 2.1 Inconstitucionalidade do instituto; 3. Execução e prisão civil do devedor de alimentos; 3.1 Liberdade do devedor *versus* dignidade do credor; 3.2 Prestações pretéritas: os polêmicos três meses da súmula 309 do STJ; 4. Prisão civil e o art. 461 do CPC; 4.1 Onde está a constitucionalidade do instrumento?; 4.2 Prazo e limites da segregação pessoal; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A caracterização do ser humano como pessoa, dotada de direitos e garantias, é algo que não ocorreu desde os remotos tempos.

A escravidão, bastante arraigada nos hábitos dos povos clássicos da Grécia e de Roma, implicava na privação do estado de liberdade do indivíduo, bem como em repudiável distinção entre o homem escravo e o liberto, cujas conseqüências podem ser caracterizadas pela utilização daquele como meio ao alcance dos fins deste.

O pensamento cristão, pautado pela fraternidade e solidariedade, deu novo rumo ao tratamento do ser racional, em direção a igualdade entre todos os homens, que daí em diante passam a ser considerados como pessoas e deixam de ser meios para os outros, mas fim e valor em si mesmos, e, em conseqüência, possuidores de direitos subjetivos ou fundamentais, circunstâncias que lhes transmite o que chamamos de dignidade.

Assim, a dignidade da pessoa humana reflete um estado do homem no qual lhe é assegurada a igualdade com os seus semelhantes; a garantia de sua existência material e espiritual mínima e de sua independência e autonomia; a proibição de ser considerado como objeto e de ser

submetidos a ações degradantes; bem como a sua individualização como um fim em si mesmo e em função da coletividade.

Tratando-se de prisão civil, muito se argumenta em relação à dignidade da pessoa humana como princípio supremo, pois, afinal, a liberdade é um dos principais direitos decorrentes desse. Aliás, foi com base no direito de liberdade e de respeito ao homem como pessoa e da proibição de sua utilização como meio ao alcance de outros fins, que as dívidas de valor deixaram de ser executadas em detrimento de partes de corpo ou da liberdade do devedor e passaram a alcançar o seu patrimônio como regra geral.

A lógica se inverteu e o patrimônio do devedor passou a ser a regra e a sua privação de liberdade a exceção, como meios de proporcionar o adimplemento das dívidas de valor.

As constituições atuais seguem esta regra, a exemplo da Constituição brasileira em vigor, que prevê logo em seu art. 1º, como princípio fundamental, o da dignidade da pessoa humana, daí decorrendo todos os demais direitos fundamentais.

Na mesma lógica supra mencionada, a Carta Política do Brasil também tem como regra que o adimplemento das dívidas de valor deve ser realizado por meio do patrimônio do devedor. Todavia, também tem suas exceções, que podem ser claramente visualizadas no seu art. 5º, inciso LXVII.

É importante reconhecer, destarte, que o direito de liberdade não é de natureza absoluta e em várias situações deve ceder espaço a alguns outros direitos, dentre eles, especialmente o direito à vida, e em menor número de casos, o direito à propriedade e à segurança, todos também albergados no caput do art. 5º da Carta Constitucional brasileira.

Dois exemplos já foram mencionamos acima, ambos da área cível. Em relação à prisão do devedor de alimentos se privilegia a vida do alimentando credor em detrimento da liberdade do devedor, que também é desprestigiada em contraposição ao patrimônio do credor depositante.

Outros mais comuns são conhecidos de todos na área penal, pois afinal, nos crimes contra o patrimônio o autor do delito responde com a privação da sua liberdade por ter violado o direito ao patrimônio da vítima. Da mesma forma, se durante uma instrução processual penal,

restando demonstradas ameaças do autor do crime em desfavor da vítima, a lei admite que o mesmo tenha a sua liberdade restringida de forma a proporcionar a segurança daquela.

Não creio, portanto, nem entendo correto, que a prisão civil possa ser considerada um retrocesso na evolução da humanidade, mas tão somente um instrumento de adequação da conduta do homem, na medida em que esta esteja violando as regras de convivência pacífica entre os seres sociais.

Isto porque, os impulsos psicológicos que direcionam o comportamento de cada homem pautam-se por seus valores pessoais próprios, que para certas pessoas pode ser preponderante a liberdade, mas para outras o patrimônio pode ser mais importante. Restringir a possibilidade de coerção pessoal como meio de adequação da conduta humana é proporcionar uma falha no sistema de pacificação dos conflitos sociais, pois, em alguns casos, e principalmente naqueles em que o valor liberdade é preponderante na pessoa, é somente com o risco ou a efetiva restrição desta liberdade que se alcançará o objetivo pretendido de evitar determinada conduta lesiva ao bom convívio da coletividade.

Destaco, apenas para ratificar e não causar entendimentos conflitantes com o espírito que pretendo atribuir à prisão civil, que esta deve ser utilizada como exceção e em casos que estejam comprovados e justificadas a sua necessidade.

Tais casos, ao menos os mais polêmicos na atualidade das discussões jurídicas, serão melhor detalhados nos capítulos específicos deste trabalho, pois abordaremos as questões polêmicas referente à prisão civil do devedor fiduciante inadimplente, analisando a sua constitucionalidade ou não; a prisão civil do devedor de alimentos, onde faremos um estudo comparativo entre os direitos fundamentais do devedor e do credor e questionaremos acerca da limitação temporal estabelecida pela Súmula n.° 309 do STJ; e por fim, analisaremos a possibilidade de prisão civil por descumprimento de ordem judicial com base no art. 461, do Código de Processo Civil, apresentando um

estudo sobre a sua constitucionalidade, bem como sobre detalhes de sua operacionalização prática.

2. PRISÃO CIVIL DO FIDUCIANTE INADIMPLENTE

O instituto da alienação fiduciária em garantia surge no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei n.º 4.728/65 e nasce com o objetivo de proporcionar às instituições financeiras mais um instrumento de garantia distinto dos já existentes, numa tentativa de minimizar a inadimplência nas operações de financiamento e, conseqüentemente, baratear o crédito no setor econômico.

Em 1969, por meio do Decreto-Lei n.º 911, o instituto sofreu modificações e teve por consolidada a sua regulamentação, cuja maioria das regras até hoje se encontram vigentes, com algumas alterações posteriores, a exemplo das ocorridas com a edição da Lei n.º 10.931/2004.

Por meio do instituto da alienação fiduciária, a instituição financeira assume a função de credor fiduciário e adquire, por uma ficção jurídica, a propriedade resolúvel e, conseqüentemente, a posse indireta do bem financiado. Por outro lado o comprador passa a ser o devedor fiduciante, permanecendo apenas com a posse direta do bem adquirido.

A propriedade é resolúvel, pois subordinada a condição resolutiva, qual seja, o pagamento integral do financiamento pelo devedor fiduciante, que, após cumpri-la, recupera a propriedade do bem, sendo que desta feita de forma plena.

Ocorre que o regramento do instituto proporcionou ao mesmo uma série de acessórios, cujas funções são garantir ainda mais a efetividade dos pagamentos dos financiamentos, tornando a alienação fiduciária uma supergarantia à disposição das instituições financeiras.

Um exemplo destes acessórios é exatamente a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor fiduciante inadimplente. Para tanto, o Decreto-Lei n.º 911/69, criou em seu art. 1º uma equiparação do devedor fiduciante ao depositário, com as responsabilidades e encargos decorrentes da lei civil e penal.

De acordo com o art. 4º do referido decreto-lei, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do

devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. Este capítulo do Diploma Processual, em especial no seu art. 904, parágrafo único, é que prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel, caso não cumpra a ordem judicial de entrega da coisa ou o equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas.

O Código Civil de 2002 manteve a equiparação do devedor fiduciante ao depositário, a teor do seu art. 1.363.

A jurisprudência, todavia, é vacilante acerca da possibilidade jurídica da prisão civil do devedor fiduciante inadimplente. O aprofundamento do estudo deste dissídio será tratado a seguir.

2.1 INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

Interessa neste momento aprofundar o estudo da exceção prevista no texto constitucional que viabiliza a prisão civil do depositário infiel, pois é justamente por este título que vem sendo decretada a prisão do devedor fiduciante inadimplente.

O cerne da questão, em nosso entendimento, encontra-se na identificação da extensão da expressão "depositário infiel" constante na Carta Magna.

É óbvio que quando a Constituição menciona o termo depositário infiel pretende dar ao mesmo um significado específico e pré-concebido.

Este significado deve ser buscado no instituto do depósito, classicamente previsto nos estatutos cíveis e atualmente localizado no art. 627 do Código Civil, que o define como sendo aquele no qual o depositário recebe um objeto móvel para guardar até que o depositante o reclame. Percebe-se assim que o objeto do depósito é a guarda do bem e, por esta razão, este deve ser devolvido nas mesmas condições que foi recebido, inclusive lacrado, fechado, colado ou selado (art. 630, CC).

Destarte, o uso ou a possibilidade de não ser necessária a devolução do bem ao seu término desnatura o contrato de depósito típico.

De forma diametralmente oposta, a essência da alienação fiduciária em garantia é caracterizada exatamente pelo uso do bem pelo devedor fiduciante, bem como pela possibilidade, o que é a regra, do bem não

ser devolvido ao final do contrato, quando ocorre o pagamento integral do financiamento.

Ora, como se admitir então que o devedor fiduciante possa ser considerado um depositário, se não for por uma ficção jurídica?

Ocorre que a ficção jurídica desnatura o instituto e, conseqüentemente, denomina de depositário quem efetivamente não o é.

Nesta fase fica fácil perceber que o termo depositário infiel previsto no texto constitucional não deve alcançar o devedor fiduciante. Pensar de outra forma é admitir a possibilidade de o legislador infraconstitucional dar origem a outras ficções jurídicas, equiparando institutos diversos ao depósito verdadeiro. Em última instância, estaríamos admitindo a possibilidade de o legislador considerar qualquer devedor de quantia certa como depositário do dinheiro do credor, permitindo-se a utilização da prisão civil também nestes casos.

É óbvio que esta hipótese absurda acima imaginada, não tem viabilidade jurídica concreta. Isto porque não é razoável que a privação da liberdade seja posta novamente como instrumento regra para garantir o adimplemento das obrigações de pagar quantia.

O princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade são instrumentos muito úteis quando da pacificação de conflitos entre direitos fundamentais.

Por conseguinte, se não fosse pela inconstitucionalidade decorrente da inadequada interpretação dada ao texto constitucional, não é razoável, nem tampouco proporcional admitir que a liberdade do consumidor, em regra hipossuficiente, seja desprestigiada em face do patrimônio do credor, instituição financeira, normalmente com o risco de inadimplência embutido nas taxas de juros, circunstância que de fato afasta qualquer tipo de prejuízo, mesmo com a inadimplência rotineira do consumidor.

Não se está aqui a defender a inadimplência generalizada pelos consumidores, pois para inibir esta prática existem os órgãos de proteção ao crédito, cujos cadastros de devedores contumazes estão à disposição de todas as instituições financeiras, que podem se recusar a celebrar contratos de financiamento com tais pessoas.

Por tais motivos, concluo que a prisão civil do devedor fiduciante inadimplente é inconstitucional e da mesma forma devem ser tratadas

as normas que viabilizam juridicamente este instituto, incluindo o dispositivo do art. 1.363, Código Civil vigente, que equipara o devedor fiduciante ao depositário.

Tal inconstitucionalidade pode ser sanada por meio de uma interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto. Isto é possível restringindo a extensão do art. 4° do Decreto-Lei n.° 911/69 em relação ao parágrafo único do art. 904, do Código de Processo Civil. Assim, restaria excluída a interpretação que admite a prisão civil do devedor fiduciante, sem necessidade de redução de texto de qualquer norma.

O Superior Tribunal de Justiça vem afastando reiteradamente a possibilidade de ameaça ou de efetiva ordem de prisão civil em casos de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia. Neste sentido podemos citar o precedente que deu origem a este posicionamento, consubstanciado no voto do Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 1499.518/GO.

O Supremo Tribunal Federal, apesar de aceitar e utilizar plenamente a *interpretação conforme*, de forma contrária, vem mantendo a admissibilidade da prisão civil nos casos ora em comento. Parece-nos que seja mais uma opção política de que jurídica, pois como já mencionamos neste trabalho, o instituto da alienação fiduciária em garantia originou-se como uma forma de minimizar os índices de inadimplência no setor econômico e, conseqüentemente, diminuir os custos do crédito no Brasil, impulsionando a economia.

Creio, contudo, que já chega a hora de evoluir este posicionamento em direção aos princípios de ordem constitucional que fundamentam o Estado Democrático de Direito, onde o ser humano deve ser considerado de forma digna, com o capital servindo a suas necessidades e não, diversamente, pondo-se este, o capital, como fator principal a direcionar a observação, ou não, dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Digo isto, pois dentro do próprio STF existem vozes que percebem claramente esta inconstitucionalidade, a exemplo do Ministro Sepúlveda Pertence, no voto preferido no RE 345345-9/SP, em 25/02/2003, que a seguir transcrevo um trecho para que seja compreendido em sua extensão:

> "Convicto da inconstitucionalidade da prisão civil fundada na equiparação do devedor fiduciário ao depositário, reafirmei então o voto que proferira no HC 72.131, ficando novamente vencido, na honrosa companhia dos ems. Ministros Marco Aurélio e Carlos Veloso. Sem perspectivas visíveis de sua reversão, posto ressalve minha velha convicção em contrário — à qual, com todas as vênias, sigo fiel — devo render-me à jurisprudência."

3. EXECUÇÃO E PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A prisão civil do devedor de obrigação alimentícia, consoante já citamos, é a segunda exceção prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

A execução de prestação alimentícia não cumprida espontaneamente está prevista nos art. 732 e seguintes do Código de Processo Civil.

A Lei n.° 5.478/68, em seus artigos 16 a 18, disciplinou o procedimento da execução, estipulando algumas regras que necessitam ser observadas, antes da utilização do instrumento de coerção pessoal.

Esta lei estipulou uma ordem de preferência entre as diversas opções que o credor tem a sua disposição para alcançar os alimentos em atraso.

Neste sentido, diz o art. 16 da lei que a primeira opção a ser utilizada pelo credor é a disciplinada no art. 734 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o desconto da pensão alimentícia em folha de pagamento do devedor.

Esta foi a primeira escolha do legislador, pois entendeu que seria a de maior eficácia, visto que o cumprimento da obrigação, além de possuir uma fonte de recursos certa e estável, passa a não depender de uma conduta ativa do devedor, já que o desconto ocorre diretamente em sua folha de pagamento, com crédito imediato na conta do credor. Ademais, a forma de sua implementação também é bastante simples, dependendo tão somente de um ofício do Juízo onde tramita o processo de execução para a fonte pagadora dos salários do devedor da pensão, para que proceda ao lançamento do desconto.

Ocorre que em muitos casos não é possível o cumprimento da prestação alimentícia mediante desconto em folha, em face da grande informalidade atual do mercado de trabalho. A grande maioria dos devedores de pensão alimentícia não possui um emprego formal ou simplesmente é autônomo, não havendo fonte pagadora para implementação da pensão.

Nestes casos, o art. 17 da Lei de Alimentos prevê uma segunda opção na ordem de prioridade das opções de execução da prestação alimentícia. Diz o artigo que não sendo possível o desconto em folha poderão ser as prestações cobradas de aluguéis de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz.

Esta hipótese também recebeu prioridade do legislador, pois, mais uma vez, a fonte dos recursos para pagamento do credor tem origem certa e constitui-se por dinheiro, que facilita e proporciona celeridade na realização do cumprimento da prestação alimentícia. Entretanto, esta opção é ainda menos comumente utilizada que a primeira, pois são raros os casos em que o devedor vive da renda de seus investimentos, seja no ramo imobiliário, ou em qualquer outro.

Não sendo possível a utilização de nenhuma das duas opções acima, é o art. 18 da Lei de Alimentos que disciplina a forma de execução, segundo o qual, nestes casos, devem ser utilizados os procedimentos previstos nos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil.

Alguns doutrinadores entendem que o art. 18 estipulou uma ordem interna de prioridades entre os procedimentos que faz menção, no sentido de que caberia ao devedor em primeiro lugar a utilização do rito previsto no art. 732 do CPC.

Não concordo com esta corrente e neste aspecto comungo do entendimento de Araken de Assis (2004), segundo o qual a ordem dos artigos previstos no art. 18 da Lei de Alimentos é apenas em função da seqüência numérica.

Este posicionamento, além de lógico, atende integralmente o espírito da lei.

É lógico, pois quando o legislador quis destacar prioridades em relação aos procedimentos, assim o fez de forma expressa, a exemplo do art. 16 e 17 supra comentados.

Por outro lado, há que se observar que a razão de ser da Lei n.° 5.478/68 foi exatamente proporcionar métodos mais eficazes e céleres

para a efetivação da prestação alimentícia em favor do alimentando. Não é por outro motivo que concentrou atos processuais em uma única audiência (art. 9°), simplificou a comunicação dos atos processuais (art. 5°, §§ 2° e 8°) e excluiu da apelação o seu efeito suspensivo (art. 14).

Não é razoável, desta forma, interpretá-la em favor do alimentante e em detrimento do alimentando.

Conclui-se, pois, que o legislador ao dispor sobre os artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil no art. 18 da Lei de Alimentos, apenas disponibilizou ao alimentando mais de uma opção para a execução da prestação alimentícia, cabendo a ele, o alimentando, a escolha pelo procedimento que mais se adeque ao seu caso concreto.

3.1 LIBERDADE DO DEVEDOR *VERSUS* DIGNIDADE DO CREDOR

Muito se cogita que a admissão do art. 733 como primeira escolha do credor de alimentos, em detrimento, por exemplo, do rito previsto no art. 732, ambos do CPC, viola o art. 620 do mesmo Diploma Processual, que versa que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Mais uma vez neste trabalho recorro ao texto constitucional para interpretar a lei.

Seria constitucional aplicar o art. 620 do CPC às execuções de prestação alimentícia e impor ao alimentando um procedimento de execução mais longo e moroso, e no mais das vezes sem nenhuma eficácia, para só em seguida permitir que utilize o rito do art. 733 do CPC?

Cremos que não. O cerne da questão está em decidir se devemos privilegiar a liberdade do devedor em detrimento da vida ou dignidade do credor. Isto porque na maioria dos casos o alimentando-credor depende da prestação alimentícia para suprir as suas necessidades básicas, a exemplo de alimentação, vestuário e higiene. Não fosse somente por isso a inadimplência também põe em xeque a própria dignidade do alimentando, pois também precisa ir à escola, com todas as conseqüências financeiras daí decorrentes. O lazer também faz parte do arcabouço de dignidade da pessoa, mais não chegamos a colocá-

lo, em regra, como elemento a ser suprido pela prestação alimentícia, pois na maior parte das vezes, em razão da carência financeira experimentada pelo alimentante, nem mesmo ele o possui.

Assim, ponderando-se entre a liberdade do devedor e a vida e dignidade do credor de alimentos, impõe-se a prevalência destas últimas e uma interpretação contrária deve ser tida por inconstitucional, pois viola não só os artigos 1º e 5º da Constituição Federal, como também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que permeiam o sistema jurídico como um todo.

Na prática, a preferência pela utilização do art. 733, do CPC, vem produzindo bons resultados. O que se percebe é que em muitos casos o devedor resiste num primeiro momento ao pagamento espontâneo da prestação alimentícia. Quando se determina a sua citação para pagar, sob pena de ter restringida sua liberdade, alguns, de plano, já efetuam o adimplemento. Outros, porém, somente assim o fazem após encontrarem-se com o oficial de justiça que traz consigo o mandado de prisão em mãos. Por fim, os últimos e mais resistentes somente efetuam o pagamento, ou pelo menos parte dele, quando efetivamente são recolhidos à prisão. O que importa de fato é que por meio do art. 733 do Diploma Processual Civil, o cumprimento da prestação alimentícia vem sendo realizado com um percentual de sucesso considerável.

Diferentemente, as execuções que seguem o rito do art. 732, do CPC, normalmente são fadadas ao insucesso, pois, e principalmente, em relação à população mais carente, não há bens do devedor a serem penhorados. E mesmo quando há, o rito da execução é tão demorado, se comparado com o do art. 733, que se torna desestimulante a execução da prestação alimentícia pelo credor, que não pode guardar as suas necessidades para a oportunidade futura e incerta, resultante do processo de execução comum.

3.2 PRESTAÇÕES PRETÉRITAS: OS POLÊMICOS TRÊS MESES DA SÚMULA 309 DO STJ

Grande polêmica que se instalou tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a que diz respeito à natureza das prestações alimentícias chamadas pretéritas.

Parte da doutrina e a jurisprudência em sua maioria consideram que a prestação de alimentos atrasada e não executada por certo lapso temporal perde sua natureza alimentar e transmuda-se, em essência, em um crédito de caráter indenizatório.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já editou súmula de jurisprudência de número 309 sobre a matéria, alterada por decisão de 27/04/2005, que limita prisão civil em relação a débito de natureza alimentar as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e às que se vencerem no curso do processo.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

> "Argumenta-se, para limitar a cobrança pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil, as três últimas prestações vencidas, que a execução assim tão célere disciplinada no aludido dispositivo legal, acrescida de coerção através da cominação de sanção privativa de liberdade, só deve ser imposta para que não faltem ao credor alimentos presumidamente indispensáveis a sua sobrevivência." (GONÇALVES, 2005, p. 506)

Não concordamos com este posicionamento.

O art. 733, do CPC, não limitou a possibilidade de utilização do rito coercitivo as três últimas prestações. A Constituição Federal, da mesma forma, também não limitou a prisão civil do devedor alimentante inadimplente as três últimas prestações vencidas. Não há qualquer disposição normativa que estabeleça distinção entre uma ação executiva de força nova e outra de força velha.

Ademais, a prática nos mostra que são várias as razões que fazem com que o credor de alimentos, muitas vezes, não ajuíze o processo executivo tão logo perceba o inadimplemento da primeira ou terceira parcela.

A principal delabs, que não pode ser alegado judicialmente, mais existe, é o desconhecimento pela maior parte dos alimentandos de que

existe uma súmula no Superior Tribunal de Justiça que limita a três meses a utilização do art. 733, do CPC.

Além disso, existem outros fatores de natureza extraprocessual que retardam o ajuizamento da ação executiva. Podemos citar, como exemplo, os entraves de relacionamento entre os integrantes da família, pois muitas vezes o representante legal do credor de alimentos evita a demanda judicial num primeiro momento, como forma de evitar algum desgaste na relação entre o alimentando e o alimentante.

Não fosse por isso, não devemos restringir o conceito de alimentos às necessidades básicas de sobrevivência do alimentando, mas como vimos, também devem ser englobadas necessidades que garantam dignidade ao credor. Por exemplo, imaginemos que o devedor, por má-fé, atrasou a prestação alimentícia em cinco meses e, em conseqüência, o alimentando foi obrigado a atrasar a mensalidade escolar em cinco meses. Segundo o entendimento do STJ só poderá o credor cobrar pelo rito eficaz do art. 733, do CPC, as três últimas prestações. Indaga-se: será justo ou razoável exigir que o alimentando tenha que utilizar o procedimento comum de execução que não lhe garante nem mesmo que terá algum resultado positivo e, ainda, para a quitação da prestação escolar vencida, ter que se sujeitar a redução do montante direcionado às suas necessidades alimentares para que seja possível aumentar a parcela de recursos destinados à sua instrução visando quitar o débito? Atenderia ao princípio da dignidade da pessoa humana esta interpretação?

Não cremos que este entendimento deva prevalecer.

Estipular um limite de tempo para a utilização do rito do art. 733, do CPC, é presumir a impossibilidade de adimplemento do devedor. É desequilibrar a igualdade das partes em desfavor daquele que é o hipossuficiente da relação jurídica. É antecipar a defesa do devedor. Isto porque de acordo com o próprio texto deste dispositivo legal, o alimentante terá a oportunidade de demonstrar em juízo a sua capacidade econômica de pagamento. Cabe tão somente a ele o ônus desta prova. Demonstrando o devedor em sua defesa o quanto pode pagar ou até a sua impossibilidade, caberá ao julgador, já com a prova produzida e com base no princípio da razoabilidade, decidir se acata

ou não a justificativa apresentada pelo devedor e formar seu convencimento acerca da sua real capacidade econômica.

É de se admitir, todavia, que em alguns casos o procedimento do art. 733, do CPC também é utilizado como instrumento de vingança e retaliação pelo representante legal do credor em face do devedor de alimentos. Nestes casos, cabe ao magistrado garantir a utilização do instrumento processual tão somente aos seus fins, qual seja como instrumento de coerção ao pagamento da prestação alimentícia.

Isto implica, por exemplo, a depender do caso concreto, em aceitar o pagamento parcial da dívida para suspender ou evitar o instituto da prisão, pois nestes casos já existe indício de que o devedor não está imbuído de má-fé e pretende solver o débito. Nestas circunstâncias, com fundamento no art. 598, do CPC, o mais recomendável é a aplicação do art. 125, IV, do mesmo diploma, para designar uma audiência de conciliação e tentar resolver o restante do débito por meio de um acordo.

4. PRISÃO CIVIL E O ART. 461 DO CPC

A possibilidade da prisão civil como instrumento coercitivo ao cumprimento de ordens judiciais é um questão muito pouco discutida na doutrina. A problemática surge principalmente quando tratamos na seara das obrigações de fazer e não-fazer.

Tamanha foi a preocupação do legislador com este nicho do processo civil que reformulou totalmente o procedimento das execuções em relação a esta natureza de obrigação, com a alteração do art. 461 do Código de Processo Civil, por intermédio da Lei n.º 8.952/94.

O legislador entendeu que a antiga forma de execução das obrigações de fazer e não-fazer prevista no art. 632 do CPC comprometia a efetividade das respectivas decisões judiciais e colocava em risco a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

A velha concepção de que o inadimplemento da obrigação resolver-se-ia em perdas e danos, não mais atendia a necessidade de prestação

de uma tutela específica e adequada às necessidades do jurisdicionado, pois que a esse nem sempre era útil futura indenização.

A nova roupagem do art. 461 e seus parágrafos deu nova vida ao processo de execução das obrigações de fazer e não-fazer, conferindo-lhes instrumentos de celeridade e efetividade ao cumprimento das decisões judiciais. Para tanto foi necessário ampliar os poderes do magistrado, garantindo-lhe maior autonomia para optar entre o melhor mecanismo, em relação a cada caso concreto, para viabilizar o cumprimento das decisões judiciais e a entrega do direito material ao seu legítimo titular.

A questão é analisar se dentre as medidas necessárias à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente, citadas no parágrafo quinto do art. 461 do CPC é possível extrair a possibilidade de prisão civil como instrumento coercitivo.

4.1. ONDE ESTÁ A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTRUMENTO?

O grande óbice apontado pela doutrina e jurisprudência à utilização da prisão civil como instrumento coercitivo ao cumprimento das obrigações está no texto do art. 5°, inciso LXVII, da Constituição Federal.

Em nosso sentir, todavia, a limitação do texto constitucional não impõe de plano a pecha da inconstitucionalidade a outras hipóteses de prisão civil.

Antes de adentrarmos propriamente ao cerne da questão, necessário, porém, alguns comentários acerca do processo de interpretação constitucional, que nos proporcionará conteúdo suficiente ao aprofundamento do tema.

O processo de interpretação constitucional é mais complexo que a interpretação da lei infraconstitucional, pois o texto da Carta Política normalmente, e principalmente se estamos tratando de direitos fundamentais, é constituído por normas abertas e abstratas a que chamamos de princípios, diferentemente da lei que se constitui por regras, que já possuem um substrato fático em seu conteúdo.

Por tal razão, é comum que a interpretação constitucional seja realizada a partir do estudo do caso concreto, pois somente ele emprestará o substrato fático que direcionará o trabalho do intérprete.

Neste contexto, a realidade fática sob interpretação poderá proporcionar conflitos, tensões ou contradições ao texto constitucional,

a exemplo de um conflito entre o direito de liberdade de uma parte e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado da coletividade.

A resolução de tais conflitos deve pautar-se por alguns princípios de interpretação constitucional.

O primeiro deles é o princípio da Unidade da Constituição.

Como anota Klaus Stern, citado por David Dinis Dantas:

> "a norma constitucional não deve ser interpretada de maneira isolada, nem pode ser entendida exclusivamente a partir de si mesma. Para construir o sentido da norma constitucional, o intérprete deve conectar o preceito objeto com os demais preceitos da Constituição, levando-se em consideração que a Lei Fundamental deve apresentar uma unidade interna." (DANTAS, 2004, p. 261)

Um outro importante princípio da Interpretação Constitucional é o princípio da Máxima Efetividade. Consoante elucida Canotilho, também citado por David Dinis Dantas, o princípio da máxima efetividade pode ser enunciado da seguinte maneira:

> "na interpretação da norma constitucional, a esta deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Tem grande aplicação na esfera dos direitos fundamentais – em caso de dúvida, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais, não havendo espaço na Lei Maior para meras exortações morais, recomendações vazias ou promessas a serem atendidas no futuro." (DANTAS, 2004, p. 264)

Por outro lado, os conflitos entre direitos fundamentais e a coerência do sistema constitucional faz surgir a idéia de ponderação. O intérprete deve buscar harmonizar os direitos em tensão, de forma que se faça prevalecer um em detrimento ao outro, preservando-se ao máximo o direito "vencido". A ponderação é realizada por meio da proporcionalidade ou balanceamento entre os bens jurídicos em tensão. Nasce aqui o princípio da proporcionalidade como um importantíssimo instrumento de resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais.

Assim, de suma importância neste estudo, é a compreensão de que nenhum princípio ou direito fundamental pode ser tido, *a priori,* como de natureza absoluta. Qualquer interpretação que dê a determinado princípio constitucional, de forma *a priori,* ou seja, ainda no plano da abstração da norma, prevalência em relação aos demais é equivocada, pois somente o caso concreto emprestará densidade aos princípios.

Com tais considerações, cabe-nos interpretar a expressão "*prisão civil por dívida"* do texto constitucional brasileiro, para definir qual o alcance do seu significado.

Entendemos que o termo de maior dubiedade é exatamente a palavra "*dívida*".

Para uma corrente, o termo "*dívida"* possui significado amplo e, por conseguinte, alcança qualquer tipo de obrigação do devedor, seja de natureza patrimonial ou não. Alcançaria, então, as obrigações de pagar quantia, de fazer, não-fazer, ou de dar, mesmo sem cunho patrimonial. Alcança, por exemplo, as prestações decorrentes de decisões judiciais condenatórias, mas também as de natureza mandamental e executiva.

Para esta corrente de doutrinadores, a prisão civil somente é admitida nas hipóteses previstas na Constituição, independentemente do caso concreto, pois toda e qualquer dívida estaria englobada pelo termo "*dívida"* do texto constitucional.

Uma outra corrente, todavia, dá à palavra "*dívida"* um significado mais restrito e empresta a este termo uma conotação eminentemente patrimonial. Restringe, pois, a sua aplicação às hipóteses em que o patrimônio seja o objeto da prestação, a exemplo da obrigação de pagar do devedor de alimentos e a de devolver o bem do depositário. Esta corrente permite uma interpretação mais elástica e exclui da restrição do texto constitucional a prisão civil, por exemplo, nos casos de prestações de origem mandamental ou executiva, que não tenham o patrimônio como objeto principal. Esta doutrina entende possível a prisão civil em casos excepcionais que não estejam previstos no texto constitucional.

Filio-me a esta segunda corrente, pelas razões a seguir expostas.

De acordo com o que apresentamos acima, a primeira corrente empresta caráter absoluto ao princípio da vedação da prisão civil por dívida, pois veda de forma abstrata qualquer outra hipótese de prisão civil, ressalvadas as exceções constitucionais.

Por outro lado, a segunda corrente permite uma interpretação que atenda por exemplo, aos princípios da máxima eficiência e da unidade. Além disso, viabiliza o uso da ponderação ofertada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, em um conflito entre direitos fundamentais no caso concreto em que a prestação imposta ao devedor tenha natureza, por exemplo, de uma obrigação de fazer, decorrente de uma decisão de ordem mandamental, sendo possível entender que o bem jurídico em disputa do credor deve preponderar sobre o do devedor, seria admissível a utilização da prisão civil do devedor como instrumento coercitivo à efetivação do direito do credor.

Não podemos esquecer que o próprio constituinte positivou o princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional efetiva, quando em seu art. 5°, XXXV, dispôs que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*"

Ora, de nada adiantaria impor ao Poder Judiciário uma prestação para evitar a lesão ou ameaça a direito se esta prestação não puder ser efetiva.

Podemos citar o seguinte exemplo, tão comum no dia-a-dia forense, mas que vem sendo, a meu entender, mal interpretado pela jurisprudência. É a hipótese da obrigação de fazer do Órgão de Previdência de implantar um benefício previdenciário em folha de pagamento, decorrente de decisão judicial.

Trata-se de uma obrigação de fazer em que estão em conflito a liberdade do servidor que tenha a atribuição legal de cumprir a ordem judicial, ou a do representante legal do órgão, e a vida do devedor que normalmente depende daquela prestação para a sua sobrevivência. A imposição da multa como instrumento coercitivo pode resolver o caso, proporcionando o cumprimento espontâneo da obrigação. Mas caso não favoreça, seria razoável entender que estaria o Poder Judiciário impedido de cumprir a sua missão institucional de prestar a tutela jurisdicional efetiva a quem dela depende a sua vida?

Creio que não. A interpretação ao caso hipotético leva-nos a entender que a máxima eficiência do texto constitucional somente é alcançada fazendo-se preponderar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à vida do credor, em face da liberdade do representante legal do órgão devedor ou do servidor a quem compete cumprir a ordem judicial, que permanece inerte sem nenhuma justificativa plausível.

Outro exemplo interessante para discussão é o seguinte: a parte provoca o Judiciário alegando que possui problemas de saúde e necessita

urgentemente de um procedimento hospitalar, sob pena de risco de morte, e pleiteia que a operadora do plano de saúde forneça a prestação necessária, já que a medida tem previsão contratual e legal. A decisão liminar é concedida, todavia a operadora não cumpre espontaneamente a ordem judicial. A imposição de multa em muitos casos pode ser suficiente à solução do litígio. Mas, nos casos em que assim não ocorra, que instrumento poderia dispor o Poder Judiciário para ofertar a tutela? É mais um caso em que a obrigação é de fazer e de natureza infungível, pois tem por objeto a autorização de um procedimento hospitalar.

A única pessoa que pode cumprir a decisão é a própria parte e a imposição de multa não proporcionou o efeito desejado, pois não interessa ao credor executar futuramente a multa, se nem mesmo vivo sabe se vai estar. Esta é mais uma hipótese em que a prisão civil pode ser utilizada como instrumento coercitivo em face do devedor, para garantia da prestação efetiva da tutela e realização do direito material do credor. Esta interpretação privilegia o direito à vida do credor em detrimento da liberdade do devedor e tem total amparo no texto constitucional, consoante acima já analisado.

Citarei um último exemplo para demonstrar que podemos encontrar na prática vários casos em que os instrumentos de coerção patrimonial usualmente utilizados nem sempre são eficazes e que o ordenamento jurídico precisa apresentar as soluções possíveis a este problema.

Imaginemos um estabelecimento onde funcione um bar, localizado em uma área residencial, cujo proprietário arrendou o local a terceiro, e este tem por costume emitir sinais sonoros de música em níveis bem acima dos admitidos pela legislação, os quais vêm violando a integridade psíquica dos vizinhos e a paz social. Em decisão judicial foi determinada, inicialmente, a redução dos níveis sonoros, o que não foi cumprido. Em seguida foi aplicada multa coercitiva, mas também não surtiu efeito, pois o arrendatário do bar não possui patrimônio em seu nome e preferiu continuar descumprindo a decisão judicial. Após, foi determinada a apreensão dos equipamentos de som, mas também não surtiu efeito, pois o arrendatário adquiriu outro. Em seguida, determinou o magistrado o fechamento do estabelecimento, mas

mesmo assim, o arrendatário descumpriu a ordem e deu continuidade as suas atividades.

Neste caso, será que a responsabilidade criminal é suficiente a resolver o problema da coletividade, já que a música permanece sendo emitida em níveis exorbitantes? Entendemos que não. Por mais que o devedor responda a processo criminal nos Juizados Especiais, o Poder judiciário não conseguiu resolver a questão civil posta em exame, deixando de prestar a tutela efetiva e útil. Outra opção não há, senão a de utilização da prisão civil como instrumento de coerção pessoal. Privilegia a integridade psíquica da coletividade e a paz social em detrimento da liberdade do devedor, que viola mandamento judicial por pura liberalidade.

Apesar de todos estes argumentos, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido da impossibilidade de prisão civil fora dos casos previstos no texto constitucional, consoante podemos observar pelos acórdãos proferidos no Agravo de Instrumento nº 70011719515, 4ª Câmara Cível do TJRS e no Habeas Corpus n.° 8428/STJ, da lavra do Ministro Cesar Asfor Rocha.

4.2 PRAZO E LIMITES DA SEGREGAÇÃO PESSOAL

Um outro ponto de suma importância diz respeito a definição do prazo da segregação pessoal do devedor nos casos não previstos na Constituição ou na legislação ordinária.

Para tanto, faremos uma breve comparação entre a prisão decorrente da responsabilidade criminal e a prisão civil.

A primeira, como é cediço, possui natureza de sanção e tem por finalidade a prevenção geral e especial, bem como tem caráter retributivo em relação ao delito executado pelo réu. Pelo princípio da legalidade e da tipicidade penal, a pena da seara criminal deve estar previamente prevista em lei, cabendo ao operador apenas concretizá-la, dentro dos limites legais.

Na seara cível, o instituto da prisão tem finalidade completamente diversa. Serve tão somente como instrumento de coerção pessoal ao

cumprimento das obrigações judiciais e, portanto, há de ser afastada qualquer perspectiva sancionatória.

Nesta linha de raciocínio, fácil é perceber que o prazo da prisão civil por descumprimento de ordem judicial é definido pelo próprio devedor, pois, por mais que seja fixado pelo juiz inicialmente um mês de segregação, tão logo seja cumprida a determinação judicial deverá ser solto o devedor, pois o instrumento cumpriu aos fins a que se destinava.

Ocorre que também é necessária a fixação de um prazo máximo para a prisão civil, sob pena de perder o instituto a característica de instrumento dotado de proporcionalidade constitucional.

Como é um instituto que não tem regra específica que o discipline, aplica-se, aqui, as disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4°, segundo a qual, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A hipótese legal mais semelhante que podemos utilizar como analogia é a do art. 902, § 1°, do Código de Processo Civil. Neste dispositivo, o legislador previu a prisão civil do depositário infiel pelo prazo máximo de um ano.

Assim, entendemos ser razoável a aplicação, por analogia, deste prazo de um ano às hipóteses de prisão civil não reguladas pela lei. Isto porque são hipóteses excepcionais, onde os valores que justificam a interpretação constitucional permissiva são superiores ao do depositário infiel.

Concluímos, pois, que o prazo mínimo a ser aplicado nas hipóteses de prisão civil por descumprimento de ordem judicial deve ser fixado pelo juiz, que transfere ao devedor a possibilidade de conseguir a liberdade antes deste prazo, com o cumprimento da obrigação judicial, e o prazo máximo deve ser estipulado em um ano, por analogia ao art. 902 do Código de Processo Civil.

5. CONCLUSÃO

Algumas conclusões podemos extrair do estudo:

A prisão civil não possui natureza sancionatória e é um importante instrumento de coerção pessoal que deve ser utilizado pelo Poder Judiciário na consecução de sua missão constitucional.

A ficção jurídica que equipara o devedor fiduciante inadimplente ao depositário infiel não encontra guarida no texto constitucional, pois dá ao instituto do depósito conotação que não é da sua essência, além de violar o princípio da proporcionalidade, já que em tensão sempre estão o patrimônio de uma instituição financeira e a liberdade do devedor.

Nas execuções de prestação alimentícia, dois direitos fundamentais estão em conflito: de um lado a liberdade do devedor e do outro a vida e dignidade do credor, devendo estes últimos preponderar sobre o primeiro. O prazo de três meses estipulado pela Súmula n.° 309 do STJ não deve restringir o uso do procedimento previsto no art. 733 do CPC, devendo a capacidade econômica do devedor ser avaliada pelo magistrado, após a apresentação de sua resposta.

O termo dívida do texto do art. 5°, LXVII, da Constituição Federal deve ser interpretado de forma restrita, de modo a alcançar tão somente as obrigações de conteúdo patrimonial, dentre elas as obrigações de pagar quantia.

O art. 461 do CPC revolucionou o procedimento das obrigações de fazer e não-fazer, proporcionando instrumentos ao juiz de efetivação da tutela jurisdicional. Dentre estes instrumentos, a prisão civil pode ser utilizada em caráter de excepcionalidade, pautando-se pelos princípios da unidade, máxima eficiência e da proporcionalidade, todos de origem constitucional. O prazo da prisão civil com fundamento no art. 461 do CPC deve ser fixado pelo juiz, observando o máximo de um ano, por analogia ao art. 902 do Código de Processo Civil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BOBBIO. Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO. Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Claudio De Cicco. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002.
DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume I: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.
JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
JUNIOR, NERY,Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borge. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
PORTO, Sergio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

A PERMISSÃO PARA UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS DE PESQUISA E TERAPIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Ana Patrícia Souza, Bacharelada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT e Subdiretora de Administração da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

RESUMO: A abordagem pretendida procurará mostrar que a permissão para a utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia com células-tronco, e apenas para esse fim, disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança, está de acordo com os valores estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Apresentar-se-ão os benefícios que serão trazidos para a saúde da sociedade, bem como, para o avanço científico, decorrentes do estudo com células-tronco embrionárias.

PALAVRAS-CHAVE: Embrião; células-tronco; nascituro; personalidade; saúde.

ABSTRACT: The herein approach intends to show that the permission to the use of embryonic material to the purpose of research and therapy with steam cells, and only for this purpose, as disposed in the article 5º of the law of Biosecurity is in accordance with the values established in the Federal Constitution of 1988. It will be presented the benefits that will be brought to the health of the society as well as to the scientific development arisen from the study with embryonic steam cellls.

KEYWORDS: Embryo; steam cells; unborn; personality; health

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito e Bioética; 3. Parâmetros constitucionais; 3.1. Princípio da dignidade humana; 3.2. Princípio da proporcionalidade; 3.3. Liberdade científica; 3.4. Inviolabilidade do direito à vida; 3.5. Princípio da beneficiência; 4. Status jurídico do embrião humano pré-implantado; 5. A Constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança; 5.1. A lei de biossegurança; 5.2. A pesquisa

com células-tronco embrionárias: uma solução para o problema dos embriões congelados; 5.3. Avanço científico versus responsabilidade na investigação científica; 5.4. Responsabilidade civil e penal; 5.5. Benefícios trazidos pela pesquisa com embrião humano para a saúde brasileira; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante das grandes descobertas na área da biotecnologia, envolvendo a autorização de células-tronco oriundas de embriões humanos, em pesquisa e terapia, surgiu a necessidade de se tentar provar que a referida autorização está de acordo com os parâmetros constitucionais estabelecidos, quais sejam: o direito à saúde e a livre expressão da atividade científica, previstos na Constituição Federal de 1988, e que a medida representará a esperança de tratamento para milhões de pessoas.

Neste estudo será discutida a questão da constitucionalidade da autorização para a utilização de material embrionário humano para fins de pesquisa e terapia com células-tronco. Seu foco será mostrar que a permissão para utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia com células-tronco, e, apenas para esse fim, representa a consolidação de valores constitucionalmente estabelecidos.

Tais princípios serão analisados em consonância com os princípios da inviolabilidade à vida e da dignidade da pessoa humana, sopesados de acordo com o princípio da proporcionalidade e da beneficência.

A abordagem procurará desmistificar a autorização para a utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia, e, apenas para esse fim, estabelecido pelo art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) publicada no *Diário Oficial da União* em 28 de março de 2005, mostrando que o referido artigo não fere os princípios da inviolabilidade à vida e da dignidade humana, previstos na Constituição Federal de 1988.

Será estudada também a questão da tutela do embrião humano pré-implantado, o qual não foi disciplinado pelo poder constituinte originário, sendo tratado nos diplomas civil e penal, a questão do nascituro e do feto, respectivamente.

A tutela do embrião pré-implantado foi disciplinada pela Lei de Biossegurança, a qual prevê a criminalização de sua utilização para fim diverso do previsto em seu art. 5º, qual seja: a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias.

Ressaltar-se-á a liberdade de atuação dos cientistas, respeitando-se, todavia, a dignidade humana, mostrando-se como a legislação brasileira encara as novas descobertas.

2. DIREITO E BIOÉTICA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A aprovação da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) no Congresso Nacional trouxe à tona uma questão polêmica, qual seja: a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

As células-tronco representam, na visão de alguns, a esperança de tratamento das principais doenças incuráveis que atacam a humanidade.

Para a comunidade científica, a pesquisa com células-tronco tem um potencial revolucionário comparável à descoberta da penicilina e depositam grandes esperanças que no futuro, parcela considerável da população seja beneficiada com algum tipo de tratamento desenvolvido a partir das células-tronco.

As células-tronco são encontradas no embrião humano, cordão umbilical e tecidos adultos. Possuem grande capacidade de transformação celular por serem justamente pouco diferenciadas.

Apesar de poderem ser retiradas de tecidos adultos, os cientistas preferem as células embrionárias, pois somente estas são totipotentes ou pluripotentes, ou seja, possuem a capacidade de produzir todos os tecidos do corpo. Situação que não acontece com as chamadas células adultas.

Segundo Vieira, Ruiz e Magro (2006, p.14) seria preferencial o uso das células-tronco adultas em razão da não rejeição, contudo não se tem conhecimento da sua quantidade, idade, se são totipotentes ou pluripotentes, em que tipos de tecido podem se diferenciar e se podem ser aplicadas no tratamento de doenças genéticas.

Com relação a utilização de células-tronco originárias do cordão umbilical não há qualquer tipo de problema ético. Todavia, esses tipos de células-tronco não servirão no caso de doenças genéticas.

Ainda nesse sentido, Zatz (apud VIEIRA; RUIZ; MAGRO, 2006, p.14) entende que aqueles que pagam pela criopreservação do cordão umbilical devem ser informados que as próprias células-tronco não servirão no caso de doenças genéticas. É muito mais provável uma pessoa necessitar de cordão de outrem do que do próprio.

Apesar de todos os grandes benefícios que podem ser trazidos através da utilização das células-tronco embrionárias, ainda existe o problema da rejeição, o que não acontece com a utilização de células-tronco adultas. O seu uso terapêutico apresenta riscos, como por exemplo, a alta propensão para formação de tumor.

Para evitar os problemas de rejeição estão sendo criados bancos de células-tronco aumentando a possibilidade de compatibilidade entre o doador e o receptor.

Segundo Vieira, Ruiz e Magro (2006, p.14) as células-tronco embrionárias são mais promissoras por apresentarem plasticidade e maior concentração da enzima telomerase, que controla o número de vezes que as células podem se dividir, restaurando os telômeros, a parte final do cromossomo.

Os debates acerca da utilização das referidas células têm marcado os vários segmentos da sociedade e dividido as opiniões.

Aqueles que assumem a posição contrária em relação à pesquisa argumentam que o início da vida humana acontece no momento da concepção. Isso torna a pesquisa com células-tronco antiética e não justificável. Argumentam ainda que a permissão de células-tronco embrionárias abrirá a possibilidade de que as mesmas venham a ser comercializadas abusivamente. Afirmam, ainda, que o bem da sociedade não pode ser obtido com a morte de indivíduos ainda que sejam embriões.

A Igreja Católica Romana também se mantém contrária à realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, posto que entende que a vida se inicia com a fecundação, não havendo justificativa ética para que tais pesquisas sejam realizadas.

Por outro lado, os defensores da realização de pesquisa com células-tronco embrionárias se baseiam no bem social, haja vista que esse avanço científico será útil para que muitas pessoas que sofrem de doenças degenerativas, possam ter um tratamento adequado e que as possibilitem se restabelecerem.

O ponto fulcral do debate sobre a questão é ético e legal e deriva do fato de que para se realizar as pesquisas com células-tronco, faz-se necessário destruir, matar o embrião. Daí, todo o embate entre os diversos segmentos sociais. As opiniões divergem, principalmente, acerca de qual o momento em que se inicia a vida do indivíduo.

A Igreja Católica Romana entende que a fecundação é o momento inicial da vida do indivíduo, devendo o embrião pré-implantado receber a mesma proteção que um adulto, não havendo qualquer justificativa para se destruir o embrião, mesmo que seja para salvar uma outra vida.

Já os cristãos protestantes têm um entendimento mais liberal quanto ao assunto. Os judeus, também menos radicais, entendem que a vida se inicia apenas com o nascimento, permitindo um posicionamento mais liberal sobre a questão.

Ressalte-se que a pesquisa com células-tronco embrionárias representa uma solução para os milhões de embriões congelados excedentes que se encontram nas clínicas de reprodução humana assistida. No processo de fecundação são criados vários embriões, por casal, mas nem todos são implantados no útero da mãe. Alguns são implantados e os demais são congelados para serem utilizados em momentos futuros.

Ocorre que desses milhões de embriões congelados apenas uma maioria dos casais tem interesse em utilizá-los futuramente ou que apresentam condições de serem implantados com sucesso. Neste caso, o que fazer com tantos embriões excedentes e que não possuem condições de serem utilizados mesmo que num futuro distante? Será que mantê-los congelados também não fere o direito à vida e à dignidade da pessoa humana? Será que é justo limitar o avanço da ciência e retirar a esperança de cura daqueles que sofrem de alguma doença degenerativa?

Antes da Lei de Biossegurança, o material excedente não poderia ser descartado. Após a sua edição, os pesquisadores poderão adquirir os embriões desde que haja autorização de um conselho de ética do instituto onde o cientista trabalha.

Também se faz necessário que haja o consentimento dos pais biológicos e que os embriões tenham mais de 03 (três) anos e que sejam considerados inviáveis para implantação no útero materno. O

referido prazo foi estabelecido para que os casais tenham tempo para decidir se irão ou não fazer a implantação dos embriões no útero.

Ainda que se cogite sobre a possibilidade de ocorrer comercialização de embriões, ressalte-se que a Lei de Biossegurança proíbe o comércio de embriões, e sua produção e manipulação genética. A lei proíbe também a clonagem terapêutica e reprodutiva que tenham como qualidade a produção de pessoas. Dessa forma, a Lei de Biossegurança permite que sejam utilizadas células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia e apenas para esse fim.

A terapia celular não é um procedimento novo na medicina e consiste no processo de restauração da função de determinado órgão ou tecido através do transporte de novas células para substituir as células perdidas pela doença ou pela substituição de células que não funcionavam corretamente em razão de um defeito genético, como por exemplo: a transfusão de células do sangue, transplante de órgãos, os quais se constituem numa das abordagens terapêuticas mais utilizadas no mundo dos transplantes.

Todavia, o êxito do transplante de órgão inteiro é limitado, em face do alto índice de rejeição, a escassez de doadores, o alto custo do procedimento, tudo associado ao elevado índice de mortalidade.

Uma alternativa seria a utilização de células-tronco, indiferenciadas, na expectativa de que ao serem injetadas na circulação ou no próprio lugar da lesão, se diferenciem em células especializadas daquele tecido ou órgão, substituindo as células defeituosas ou destruídas. Para tanto, faz-se necessário a criação de um banco de células-tronco e conhecer os procedimentos para diferenciação do tratamento para cada paciente.

A utilização de células-tronco embrionárias é vista com grande entusiasmo pela comunidade científica, com amplas possibilidades de tratamento para numerosas doenças.

O principal desafio é justamente encontrar uma fonte abundante de produção de células-tronco e desenvolver métodos adequados que conduzam a diferenciação no sentido de encontrar o tecido necessário.

Os métodos utilizados para obtenção de células-tronco envolvem muita polêmica ética e legal pois, conforme já fora mencionado, para serem obtidas, faz-se necessário destruir o embrião.

Todavia, apesar de tantas controvérsias, vários países estão adotando legislação que autorizem as pesquisas com células-tronco embrionárias,

nas mais diversas formas. A maioria das legislações, inclusive a do Brasil, autoriza a pesquisa, utilizando-se embriões congelados, excedentes, existentes nas clínicas de reprodução humana.

De uma forma geral, verifica-se a rápida evolução das pesquisas envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias e isso demandará a organização de grupos de pesquisa, laboratórios capacitados e grandes recursos financeiros. Tudo isso, deve ser associado à existência de uma legislação que regulamente sua utilização de forma adequada e não abusiva para que o objetivo maior – salvar vidas – seja alcançado dentro dos limites constitucionais estabelecidos.

3. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Estado tem como um de seus objetivos proporcionar todos os meios para que as pessoas possam viver dignamente, constituindo-se em um dos pilares que sustentam a legitimação de autuação do Estado, proibindo todas as idéias tendentes a restringi-la. Dignidade significa a efetiva fruição dos direitos fundamentais pela pessoa humana, proporcionados por uma ação positiva do Estado. O princípio da dignidade da pessoa está disposto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 e tem como escopo garantir o respeito e a proteção da dignidade humana, assegurando um tratamento humano e não degradante.

A dignidade constitui fundamento da República, embasando também a ordem política e social, obrigando aos poderes públicos seu respeito e proteção. Trata-se, portanto, de uma norma constitucional com força cogente.

Dessa forma, as novas descobertas tecnológicas bem como sua respectiva utilização devem ser regulamentadas pelo Estado, objetivando a garantia de sua justa distribuição e conseqüentemente uma ordem social justa.

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem como pilares fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, legitimando todo o ordenamento jurídico de forma a torná-lo harmônico e coerente.

3.2 DIREITO À SAÚDE

A saúde é direito fundamental, cabendo ao Estado proporcionar os meios necessários para prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Conforme anotam Canotilho e Moreira (apud SILVA, 1999, p.312) o direito à saúde comporta duas vertentes: uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiro) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e o tratamento delas. Nesse sentido,

> É incumbência do Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. A Constituição distingue a pesquisa científica básica, que receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, e pesquisa tecnológica, que deverá voltar-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional, para tanto o Estado apoiará e estimulará a formação de recursos humanos nessas áreas do saber. (SILVA, 1999, p.815)

A adoção de medidas na área da saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deve impor aos poderes públicos uma série de tarefas que objetivem promover políticas sociais e econômicas que visem diminuir o risco de doenças e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta seara.

Ressalte-se que todos os seres humanos têm direito a um tratamento específico de acordo com o atual estágio da ciência médica, independentemente da sua situação econômica.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De suma importância mencionar o princípio da proporcionalidade, o qual no entendimento de Muller (apud BONAVIDES, 2002, p.357) se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Dentre os estudiosos do princípio da proporcionalidade ressalte-se o entendimento de Lecher (apud BONAVIDES, 2002, p.380) o qual sustentando uma posição dogmática, constrói uma verdadeira teoria das normas de aplicação dos direitos fundamentais, distinguindo cinco categorias de normas, quais sejam: normas interventivas, normas elucidativas, normas caracterizadoras de direitos fundamentais, normas impeditivas de abuso e normas de solução de conflitos.

As normas interventivas são aquelas que com base numa habilitação jurídico-constitucional interferem na delimitada esfera de eficácia de um direito fundamental, provido de substantividade e volvido para um determinado fim.

As normas elucidativas são simplesmente aquelas que se circunscrevem a esclarecer limites já traçados aos direitos fundamentais.

Normas caracterizadoras de direitos fundamentais são aquelas que primeiro estabelecem os conteúdos dos direitos fundamentais e com isso os seus limites.

As normas impeditivas de abuso têm por finalidade remeter alguém aos limites de seu direito.

As normas de solução de conflitos servem para dirimir litígios entre direitos fundamentais que não foram resolvidos ainda pela própria Constituição e que também não podem ser resolvidos.

O pressuposto principal determinado pela Teoria de Lecher, refere-se à necessidade de distinção entre os direitos fundamentais cujos conteúdos estão determinados pela própria Constituição daqueles direitos fundamentais cujo substrato é até certo ponto determinado primeiramente pelo legislador. Segundo o autor, a eficácia do princípio da proporcionalidade só se nega para aquelas normas que não limitam direitos fundamentais, senão os que aperfeiçoam ou simplesmente lhes desenham os limites já existentes e com isto os elucidam. Tal posicionamento é refutado por Gentz (apud BONAVIDES, 2002,

p.382), o qual assevera que o princípio da proporcionalidade tem eficácia geral para todas as limitações de direitos fundamentais.

De suma importância o caráter interpretativo do princípio da proporcionalidade toda vez que ocorrer divergência entre os direitos fundamentais, quando se busca uma solução conciliatória para o caso. Dessa forma, havendo a possibilidade de uma interpretação que compatibilize a norma com a Constituição, deverá prevalecer esta sobre as demais interpretações porventura existentes. Nesse entendimento,

> O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalmente o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor. (BONAVIDES, 2002, p.388)

No que concerne à Teoria dos Princípios, convém trazer a lume o pensamento de Dworkin (apud BONAVIDES, 2002, p.253), o qual um princípio aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obstar a que amanhã, noutras ciurcunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva.

Alexy (apud BONAVIDES, 2002, p.251) afirma que ocorrendo colisão de princípios aquele que tiver um maior peso no caso concreto prevalecerá sobre os demais.

Isto quer dizer que em determinadas circunstâncias um princípio cede ao outro. Porém, não quer dizer com isso que o princípio do qual se abdica seja nulo ou que não se possa introduzir uma cláusula de exceção.

Diferentemente do conflito de regras, o qual é solucionado de acordo com os critérios de validade, o conflito de princípios é resolvido de acordo com os valores nele envolvidos.

Pelo entendimento de Alexy pressupõe-se uma semelhança entre a Teoria dos Princípios com a Teoria dos Valores.

No entendimento de Bonavides (2002, p.259) não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios; sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. Nesse sentido,

> A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos de ordem constitucionais. (BONAVIDES, 2002, p. 260)

Primeiramente, cabe analisar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que, conforme já fora mencionado em passagem anterior, cabe ao Estado proporcionar todos os meios para que as pessoas possam viver dignamente, proibindo todas as idéias tendentes a evitar que tal objetivo seja alcançado.

Todavia, em que pese ser tal princípio de grande carga valorativa, é certo que este não poderá ser tido como absoluto, isto é, não deverá prevalecer incondicionalmente sobre os demais que vierem a lhe ser opostos, em qualquer situação.

Faz-se necessário que o operador do direito, diante de uma situação concreta de colisão de princípios, confronte a prevalência ou não do princípio da dignidade, aplicando aquele que for mais adequado ao caso, tendo sempre como parâmetro o cumprimento das metas traçadas pela Constituição Federal.

3.4 LIBERDADE CIENTÍFICA

Outro ponto de suma importância diz respeito a questão da liberdade científica preconizada no artigo 5º, IX da Constituição Federal.

Tal liberdade teve grande relevância para o desenvolvimento das sociedades, de forma que não pode ser tolhida, sob pena de trazer graves retrocessos para a mesma.

No âmbito da liberdade, Kelsen (apud GARCIA, 2004, p.64), em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* aborda a metamorfose da idéia de liberdade, desde sua significação original, puramente negativa, na ausência de qualquer compromisso, de qualquer autoridade obrigatória. No entanto, ressalta o autor que sociedade significa ordem e ordem significa compromissos, explicando que a liberdade possível dentro da sociedade, e especialmente dentro do Estado, não pode ser a liberdade de qualquer compromisso.

Bobbio (1992, p.19) quando analisa especificamente o direito à liberdade científica explica que consiste, não no direito de professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica.

Entendimento diverso é o de Garcia (2004, p.66), no qual o próprio cientista encontra-se enredado na situação que incide, hoje, sobre o homem comum, numa sociedade em que se constata a desumanização do indivíduo, pelas práticas totalitárias que se infiltraram na sociedade do século XX, a partir da sua implementação político-ideológica e parecem permanecer, ainda pela violência e pela agressividade, em todas as suas variadas formas de conduta social, inclusive pela pretensa neutralidade da ciência.

Segundo Castro Filho (2001, p.352) a modernidade trouxe uma inquietante reflexão sobre a liberdade e as responsabilidades do indivíduo, enquanto ser cidadão. Segundo o autor, o homem no decorrer do processo histórico saiu de uma moral que regulava todas as esferas da vida social, para uma moral individualista, onde ele é o próprio legislador e juiz.

Nessa linha, ressalta que não se pode falar da liberdade do homem em abstrato, isto é, fora da história e da sociedade. O homem é livre para decidir e agir, mas esse grau de liberdade obedece a determinados pontos de comportamento e de possibilidade de ação. Nesse sentido,

> A existência e o papel desempenhado pelos comitês de ética já demonstrou que o direito não

> pode se impor por si mesmo, ou seja, a legitimidade jurídica é mediatizada pelo debate com os cientistas. O direito se constrói em relação a suas descobertas, mas também a partir dos riscos que as novas técnicas criam para a condição humana. É da interferência dos dois mundos, o científico de um lado (leia-se biomédico) e o jurídico do outro, que, através de um processo lento, demorado e cauteloso, vão se determinando, condutas, posturas e eventuais sanções aceitas por toda a comunidade humana. (LEITE, 2001, p. 98)

Observa-se isso, ao se permitir o avanço científico, mediante a utilização de células-tronco que irão proporcionar benefícios a um grande número de pessoas. Tal procedimento se coaduna com o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica, dispostos no ordenamento constitucional brasileiro, cabendo ao Estado desenvolver os meios necessários para promover o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica.

É irrefutável que os benefícios trazidos pela Engenharia Genética são ilimitados. Entretanto, não se pode esquecer que tais benefícios são utilizados pelo homem, mas também contra ele próprio. Dessa forma, faz-se cada vez mais urgente uma regulamentação jurídica que determine os limites de sua licitude, bem como suas formas de controle.

Destarte, a investigação científica deverá ser necessariamente livre e respeitado o autocontrole do investigador, encontrando como limite o respeito aos direitos humanos consagrados constitucionalmente.

De acordo com Bernardo (2006) a referência aos dois princípios serve de fundamento balizador da análise da permissão da pesquisa com células-tronco embrionárias, posto que pode representar a esperança de tratamento para milhões de pessoas.

Faz-se necessário ressaltar também que o Brasil não pode ficar aquém dos avanços da ciência, porquanto, ao depender da tecnologia de outros países, possibilita um encarecimento da prestação dos serviços em saúde, penalizando a sua população.

De acordo com Zatz (2004, p. 24), a pesquisa com células-tronco representa a possibilidade de serem desenvolvidas, no Brasil, técnicas de tratamento de última geração. Frise-se que os demais países estão buscando soluções para tratamento de graves doenças, com base justamente nas pesquisas utilizando-se células-tronco embrionárias.

Conforme aponta a autora, "a maioria dos países União Européia, Canadá, Austrália, Japão e Israel aprovaram pesquisas para obtenção de células-tronco embrionárias obtidas por clonagem terapêutica ou de embrião até 14 dias". (ZATZ, 2004, p. 24)

Todavia, a busca do conhecimento científico remonta aos primórdios da civilização, sendo uma necessidade existencial do ser humano, necessidade de saber, conquanto filosófica; uma questão de poder, inerente o domínio da realidade; uma questão de liberdade (conhecimento) e uma questão de responsabilidade (conduta), confrontando-se ciência, direito e ética.

3.5 INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA

O direito à vida é um direito fundamental do qual decorrem todos os outros direitos. É também um direito natural, inerente à condição de ser humano.

Assim dispõe o art. 5º da Constituição Federal de 1988:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes."

Ressalte-se que os direitos previstos no art. 5º são cláusulas pétreas, as quais não podem ser suprimidas do ordenamento jurídico brasileiro nem mesmo através de emenda.

Além da previsão constitucional, a inviolabilidade do direito à vida está prevista nos acordos internacionais sobre direitos humanos assinados pelo Brasil, destacando-se o *Pacto São José da Costa Rica* que foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678/1992, tendo força de norma constitucional.

Assim dispõe o art. 4º do *Pacto de São José da Costa Rica*: "Art. 4º Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente."(TRATADO...1969)

De acordo com a Constituição Federal e com o *Pacto de São José da Costa Rica*, o Código Civil Brasileiro afirma que o início da personalidade civil começa com o nascimento com vida, protegendo o nascituro desde o momento da sua concepção.

É indiscutível que a vida tem início desde a concepção do embrião. Todavia, faz-se necessário uma reflexão acerca do significado conceitual da palavra "vida" no art. 5º da Constituição Federal e sobre a intensidade do seu alcance.

Ressalte-se que o direito à vida é um princípio constitucional e nesse passo, faz-se necessário estabelecer um entendimento acerca da intensidade da proteção necessária para que tal princípio não seja violado por qualquer legislação infraconstitucional. Mister se faz, ainda, refletir acerca das situações onde outros princípios constitucionais com ele concorrem.

No entendimento de Minaré (2005),

> Afirmar que para garantir a inviolabilidade do princípio do direito à vida seria necessária uma proteção absoluta e inflexível, inclusive para embriões congelados e inviáveis para a reprodução humana, sem dúvida seria uma argumentação falaciosa. Pois fazendo uma afirmação nesse sentido, seria difícil depois justificar a constitucionalidade do aborto em caso de gravidez oriunda de estupro, que é um procedimento garantido pelo Código Penal, o aborto no caso de anencefalia do feto, que já é uma prática autorizada em muitos casos pelo Poder Judiciário, onde caudalosa é a jurisprudência nesse sentido, e até mesmo os critérios utilizados para assegurar a preferência pela vida da gestante em casos onde a preservação das vidas do feto e da gestante não

> são compatíveis. Tudo isso sem falar que a própria Constituição relativiza a garantia do direito à vida ao permitir que, em caso de guerra declarada, seja adotada a pena de morte.

Dessa forma, a permissão para utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas disposta no art. 5º da Lei de Biossegurança não viola o princípio da proteção do direito à vida, muito pelo contrário, permite-se que com tal pesquisa os cientistas possam descobrir a cura ou tratamento adequado para as principais doenças que acometem a humanidade, garantindo, dessa forma, a vida de crianças, adolescentes, jovens e idosos, ou seja, o objetivo da pesquisa é a manutenção do direito à vida.

3.6 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Este princípio respalda eticamente a realização de pesquisas na área de saúde. Todavia, não se pode esquecer que o sentido da palavra beneficência pode ser relativo, considerando a existência dos grandes conflitos dentre as partes interessadas, quais sejam: pesquisadores, sociedade e sujeitos da pesquisa.

No entendimento de Cohen (2002, p.61), a ciência em si não é ética, nem antiética, ela é aética, pois a ciência é conhecimento. Não se pode afirmar aprioristicamente que o conhecimento seja ético ou antiético; o que torna a questão científica ética ou antiética será como ela será realizada e qual será o seu fim.

Ressalte-se que a observância dos preceitos éticos se faz necessária em todas as atividades humanas. Ela é essencial, pois através dela, evita-se que sejam violados direitos essenciais do homem.

4. STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO PRÉ-IMPLANTADO

Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, levantou-se o problema relativo ao momento em

que se deve considerar juridicamente o nascituro, haja vista que a vida tem início naturalmente no ventre materno.

Outuzar (*apud* GARCIA, 2004, p.151), entende que a perspectiva de novas técnicas de reprodução assistida e a manipulação genética humana, devem ser considerados os interesses individuais que podem ver-se afetados por essa nova tecnologia, como a vida, a integridade física ou psíquica e a liberdade individual.

Pressupõe o referido autor duas soluções: a primeira baseada na teoria concepcionista, entendendo que os direitos fundamentais são de titularidade do embrião ou feto, com a atribuição da condição de pessoa a essas etapas embrionárias; a outra seria baseada na teoria natalista, incluindo entre os direitos fundamentais individuais, os do embrião ou feto mas sem reconhecer-lhes a categoria jurídica de pessoa, portanto a titularidade desses direitos.

O ponto fulcral da questão é: o embrião humano congelado, resultante da fertilização *in vitro*, é pessoa?

A análise do embrião humano pré-implantado será feita tendo como parâmetro a Teoria Natalista e a Teoria Concepcionista.

A resposta a essa pergunta não se encontra pacificada na doutrina e resulta, daí, toda a polêmica com relação às pesquisas com células-tronco de embriões humanos.

Questão de grande importância refere-se ao fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não trata do embrião pré-implantado.

Dispõe o artigo 2º do Código de Civil de 2002, in verbis: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro".

Assim, se a criança nascer sem vida, não terá adquirido personalidade, não receberá, nem tampouco transmitirá direitos.

Borba (apud VENOSA, 2003, p.151) aponta que, pela circunstância de os direitos da personalidade estarem intimamente ligados à pessoa humana, possuem a característica de serem inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independendo de qualquer vontade.

Preleciona Venosa (2003, p.160) que em razão dos novos horizontes da ciência genética, procura-se proteger também o embrião, segundo projeto que pretende já alterar essa dicção da nova lei. O referido autor ressalta que a questão é polêmica porque o embrião não se

apresenta de per si como uma forma de vida sempre viável, tendo grande relevância a questão de início da personalidade haja vista que com ela, o homem se torna sujeito de direitos.

O autor supra mencionado ressalta ainda que o ordenamento brasileiro poderia ter seguido a orientação do código francês, o qual estabelece que a personalidade começa com a concepção, diferentemente do nosso ordenamento, no qual predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade.

Os direitos do nascituro estão dispostos no Código Civil de 2002 brasileiro, uma vez que os seus direitos são salvaguardados e também no Código Penal, no que concerne à vedação da prática do aborto.

Observa-se diante de tal situação que o nascituro tem uma posição peculiar dentro do ordenamento jurídico brasileiro haja vista que, embora não tenha adquirido ainda todos os requisitos da personalidade, recebe a proteção do Código Civil e do Código Penal.

Todavia, adverte Venosa (2003, p.161) que apesar do nascituro ter a proteção legal de seus direitos desde a concepção, não se pode imaginar que ele tenha personalidade tal como a concebe o ordenamento. Nesse sentido,

> O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito. [...] Há tentativas legislativas no sentido de ampliar essa proteção ao próprio embrião, o que alargaria em demasia essa personalidade. (VENOSA, 2003, p.161)

A afirmação do autor supra mencionado, corrobora o entendimento de que não há violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o referido princípio faz alusão ao respeito à pessoa não havendo, portanto, referência a vida humana.

Dessa forma, não há porquê se debater a questão da existência da vida humana ou não, em se tratando de embrião.

Por oportuno, corrobora ainda menção de que o embrião pré-implantado não foi tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código Civil refere-se à questão do nascituro e o Código Penal ao vedar a prática do aborto faz alusão ao feto, entes que não correspondem ao embrião pré-implantado.

Considerável parcela doutrinária defende que o direito civil positivo adotou, nesse particular, a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida.

Pelos que defendem a teoria natalista, o nascituro não sendo pessoa, possui apenas mera expectativa de direitos.

Contrários a esse posicionamento estão os adeptos da teoria concepcionista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, posicionamento seguido por Gagliano e Pamplona Filho. Apresentam-se favoráveis à ampla proteção do embrião concebido *in vitro*, uma vez que não reputam justo haver diferença de tratamento em face do nascituro pelo simples fato de este ter se desenvolvido intra-uterinamente.

Aludem os referidos autores,

> Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina – direito à vida- para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos. (GLAGIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 93)

Ressalte-se que, de acordo com a teoria concepcionista, ao nascituro estaria assegurado apenas a titularidade de direitos da personalidade, como por exemplo, o direito à vida e a uma gestação saudável, não estando assegurados entretanto, os direitos patrimoniais, os quais estão condicionados ao nascimento com vida.

Sobre esta questão, adverte Diniz (2002, p.7) que na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal. No que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

Assevera ainda a autora que o embrião humano congelado não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual com carga genética própria (DINIZ, 2002, p.8)

Rodrigues (2003, p. 36) define o nascituro como sendo aquele ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Para este autor, a lei não concebe personalidade ao nascituro, a qual lhe será conferida se nascer com vida.

Dessa forma, o nascituro só será pessoa quando o ovo fecundado for implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida, uma vez que na fecundação na proveta, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que inicia a vida, é a nidação do ovo ou zigoto que a garantirá.

Contestando tal assertiva, Diniz assevera que,

> Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher. (2002, p. 8)

Pelos posicionamentos dos doutrinadores acima mencionados, verifica-se uma profunda controvérsia no que concerne a questão do nascituro, o qual, apesar de não ser considerado pessoa, tem os seus direitos resguardados desde a concepção.

Entretanto, o ponto central da questão ora apresentada é se o embrião é pessoa humana, haja vista que conforme já fora mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro não protege a vida humana por si só, mas sim a vida da pessoa humana.

De acordo com o entendimento da maioria dos doutrinadores citados o nascituro, embora tenha proteção legal dos seus direitos não é considerado pessoa.

Por esta razão, não há porque falar que a utilização de embriões humanos em pesquisa e terapia viola o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Trazendo a lume entendimento de Oliveira (2005, p.27), a qual assevera que a inviolabilidade do direito à vida diz respeito aos brasileiros, considerando os nascidos, e, por outro lado o princípio da dignidade da pessoa humana tutela o ser humano que recebe o qualificativo pessoa.

No entendimento de Semião (2000, p.175) no ordenamento jurídico brasileiro não existe qualquer proibição quanto à destruição do embrião congelado porque considera que a Constituição Federal em seu art. 5º concede direito à vida apenas aos indivíduos já nascidos, brasileiro e estrangeiros. Segundo ele, tal conceito está ligado diretamente à nacionalidade, estando dessa forma, vinculado diretamente ao nascimento.

Entendimento oposto advém dos defensores da teoria concepcionista. Para os adeptos dessa corrente, o embrião humano pré-implantado merece toda proteção de uma pessoa já nascida, independentemente de sua viabilidade de desenvolvimento.

Contestam o argumento dos natalistas quanto à análise do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sob a alegação de que o direito à vida é inerente a qualquer pessoa independentemente de ser brasileiro ou estrangeiro, não tendo tal garantia, ligação com a nacionalidade.

Assim, consideram o ser concebido, mas ainda não nascido, como pessoa. De acordo com esse entendimento, os embriões excedentes não podem ser descartados, uma vez que se trata de vidas humanas, resguardando-se seus direitos desde a concepção mesmo que esta ocorra fora do ventre materno.

Segundo preleciona Barboza (2005, p. 264) uma vida humana, entretanto, não é ainda homem-pessoa, merecendo portanto, tutela jurídica inferior a esse. Assim, "Se é certo que o concebido não é coisa, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou

personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer indefinidamente como uma potencialidade." (BARBOZA, 2005, p. 266).

Com esta afirmativa, a autora respalda a idéia de que o poder legiferante ao aprovar o artigo 5º da Lei de Biossegurança adotou teoria compatível com os valores últimos do Estado Democrático de Direito, haja vista que o poder constituinte originário não tratou de conferir um *status* jurídico ao embrião pré-implantado.

Conforme já mencionado anteriormente, para os natalistas, o nascituro não é pessoa, embora tenha vida humana. Logo, os embriões excedentes, segundo os adeptos dessa teoria não são pessoas, e, por isso, admitem que eles sejam destruídos, ante a falta de viabilidade para sobreviverem, se não forem implantados logo no útero materno.

Dessa forma, de acordo com a teoria natalista não há proteção aos embriões que vivem extra-interinamente, podendo, então, serem utilizados para fins de pesquisa e terapia, desde que respeitem os parâmetros estabelecidos na Lei de Biossegurança.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

5.1 LEI DE BIOSSEGURANÇA

A Lei de Biossegurança (n.º 11.105/05), publicada no *Diário Oficial da União* em 28 de março de 2005, foi editada com o intuito de regulamentar as questões relativas à engenharia genética e permitir que células-tronco embrionárias sejam utilizadas para fins de pesquisa e terapia. Contudo, não permite que tais células sejam utilizadas para fins diversos do terapêutico, proibindo inclusive que sejam utilizadas para comercialização.

O art. 5º da Lei de Biossegurança assim dispõe, in verbis:

> art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização

> *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I- sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2º Instituições de pesquisa e serviço de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3º é vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei do 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Desta forma, estão permitidas a pesquisa com embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, desde que estes sejam considerados inviáveis ou congelados por um período mínimo de 3 (três) anos. Após esse prazo mínimo de estocagem é que os embriões podem ser utilizados.

Além de tais exigências, faz-se necessários a autorização dos genitores para que seja realizado o procedimento.

O texto legal traz ainda a previsão de penas que variam de 1 a 3 anos de detenção e multa, caso os embriões sejam utilizados sem que sejam obedecidos os requisitos dispostos no referido dispositivo legal.

A polêmica trazida pela publicação da Lei de Biossegurança passa a ser inevitável, principalmente, no que diz respeito a utilização de embriões humanos, descartados pelos pais, em pesquisas. É a chamada era da "medicina regenerativa", trazida pela evolução técnica e científica.

Após a Lei de Biossegurança, seguiu-se a edição do Decreto 5.591/05 que estabelece que cabe ao Ministério da Saúde a organização de

um cadastro dos embriões descartados nas clínicas de reprodução humana.

Todavia, não existe uma norma que obrigue as clínicas de reprodução humana a informar dados necessários ao Ministério da Saúde, como por exemplo, a quantidade de embriões e o tempo de estocagem.

A Lei de Biossegurança estabelece que as instituições que desejarem realizar pesquisas com células-tronco embrionárias deverão encaminhar seus projetos para que os mesmos sejam apreciados pelos comitês de ética.

Segundo Vieira, Ruiz e Magro (2006b, p. 14) a Lei de Biossegurança foi a grande conquista, pois, graças a ela, podem os cientistas, valendo-se das células-tronco embrionárias, estudar os mecanismos genéticos que levam a doenças degenerativas e até mesmo chegar a cura das lesões.

Todavia, apesar de proporcionar aos cientistas um avanço nas pesquisas genéticas a partir da utilização de células-tronco embrionárias, dada a sua alta capacidade de diferenciação, seu uso tem causado muita polêmica uma vez que para serem obtidas, os embriões precisam ser destruídos.

A Lei de Biossegurança foi editada para regulamentar a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas, autorizando o uso de embriões excedentes produzidos através da fecundação *in vitro,* que sejam considerados inviáveis e que estejam congelados por um período mínimo de 3 (três) anos, sendo imprescindível a autorização dos genitores para que os princípios éticos sejam observados.

Apesar de todos os embates travados com relação à utilização de células-tronco embrionárias, ressalte-se que o referido estudo pode significar a cura para várias doenças que atingem a humanidade

A referida lei foi de fundamental importância nessa conquista, pois permite que os embriões excedentes sejam utilizados em pesquisas para descoberta de novas formas de tratamento de diversas doenças, ao invés de serem descartados ou destruídos. Ora, se os embriões excedentes podem ser descartados, destruídos, por que não serem utilizados em pesquisas em prol do bem da humanidade?

Se o objetivo primordial da utilização de células-tronco embrionárias é promover a melhoria da qualidade de vida do paciente e da sociedade como um todo com a introdução de novas técnicas de tratamento

para os principais males que atingem a humanidade não existe razão para que tal objetivo não seja permitido.

Se essa possibilidade existe é preciso acreditar e investir para que tal empreitada seja bem-sucedida e atingir os objetivos para os quais foram criados.

5.2 A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: UMA SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DOS EMBRIÕES CONGELADOS

As técnicas de reprodução assistida trouxeram à tona uma inquietante questão: o que fazer com os embriões excedentes oriundos da fertilização *in vitro*?

A cada dia aumenta o número de embriões congelados nas clínicas de fertilização artificial, cujos pais biológicos não têm mais interesse em utilizá-los, ainda que no futuro distante.

O que acontece em sua maioria é que os casais não manifestam interesse em uma nova fertilização e os embriões permanecem congelados indefinidamente, pois a legislação brasileira não autoriza o descarte aleatório do material genético.

Cumpre esclarecer que a mulher antes da fertilização *in vitro* passa por um processo de superovulação. Os óvulos produzidos são fertilizados na proveta e depois são implantados no útero da mulher.

Entretanto, nem todos os embriões produzidos são implantados. Aqueles que não foram implantados, são submetidos a um processo de criopreservação (congelamento) e ficam à disposição dos casais para posteriores implantações.

Na visão de Moretti e Dinechin (2000, p.195), conservar embriões durante anos, constituir bancos de embriões, reputa-se imoral haja vista que ninguém tem o direito de dispor da vida humana.

O entendimento dos referidos autores reforça a importância de criação de medidas para solucionar o problema dos embriões congelados, excedentes, decorrentes da fertilização *in vitro*. Afirmam ainda que o processo de congelar embriões para que posteriormente sejam utilizados num período curto, ou seja, de 2 a 4 meses, para

permitir ao casal que tenha seu filho, parece aceitável, se contudo, tal manipulação for exigida pelos imperativos da técnica.

Ressaltam ainda os referidos autores que o ser humano é um sujeito e como tal não pode ser tratado como objeto. Nesse sentido, "apesar de freqüentemente existirem na natureza eliminação deste gênero, nada altera a questão, a existência de abortos espontâneos não justifica abortos provocados voluntariamente" (MORETTI; DINECHIN, 2000, p.196).

Outro ponto destacado pelos autores supra mencionados, diz respeito à questão da proteção do embrião humano contra qualquer tipo de abuso decorrente das experiências que vêm sendo realizadas.

Ressaltam a necessidade de proteção do embrião humano, uma vez que o mesmo não pode ser tratado como um animal qualquer posto que pertence à ordem humana, não podendo ser vendido ou cedido, transformado, utilizado, nem possuído como se faria como o de um animal ou de um vegetal.

Frisam ainda, a necessidade de se examinar mais a fundo a finalidade e o contexto destas investigações, no que concerne ao seu objetivo terapêutico ou diagnóstico, a sua necessidade, o seu controle possível dentro de certos limites, bem como a responsabilidade daqueles que as realizam.

Diante de tal situação, recomendam que os cientistas e médicos discutam as questões decorrentes dos experimentos com embriões humanos, criando comissões de ética com o objetivo de estudarem as questões inerentes ao caso.

Pessini e Barchifontaine (1997, p.523) asseveram que apesar do pluralismo ético professado pelos representantes dos vários países, eles estão de acordo quanto ao imperativo ético de proteger legalmente o embrião humano, admitindo intervenções somente para fins diagnósticos e terapêuticos, e excluindo os de caráter científico.

Ressaltam a importância da Recomendação 1046 sobre o uso de embrião e fetos humanos para fins de diagnósticos, terapêuticos, científicos e industriais, votada em 24/09/1986 pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa.

Oliveira (2005, p.26) entende que o problema do destino dos embriões congelados decorrentes da fertilização *in vitro*, merecia ser

enfrentado diretamente pelo poder público brasileiro uma vez que há um número grande de embriões congelados, em clínicas de reprodução humana assistida sem qualquer condição de serem utilizados, seja pela ausência de vontade dos casais, ou pela própria inviabilidade natural, fazendo-se necessário lhes conferir uma destinação legalmente determinada.

Em seu entendimento, a prática da fertilização *in vitro* ou transferência de embriões gera um problema ético-jurídico em torno dos embriões excedentes do procedimento de transferência embrionária.

Com essa afirmativa, a autora demonstra que há possibilidade de utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia sem que haja violação dos princípios constitucionais da inviolabilidade à vida e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido,

> O artigo 5º da Lei de Biossegurança ao prever a utilização de embriões inviáveis, aqueles que não apresentam condições biológicas para a implementação de técnica de reprodução assistida ou congelados há três anos ou mais, que apresentam baixa taxa de implantação, para fins de pesquisa e terapia, soluciona o grave problema dos embriões excedentes conferindo destino cuja beneficência é indiscutível, ou seja, serão utilizados em pesquisa que, num futuro próximo, melhorarão a qualidade de inúmeras vidas ou até mesmo as salvarão. (OLIVEIRA, 2005, p. 27)

Apesar dos avanços das técnicas de reprodução assistida, o Brasil ainda não possui uma legislação própria que regulamente a prática de tal atividade.

Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 90/99 que trata especificamente de regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida. O referido projeto de lei pune com prisão de 3 a 6 anos e multa, o congelamento de embriões humanos pelos médicos, além da quantidade permitida. Dessa forma, haverá apenas a retirada de 3 a 4

óvulos da mulher. Com isso pretende-se reduzir a quantidade de embriões excedentes, resultantes da fertilização artificial.

O Procurador-Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 3510 – em face do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) alegando que o referido artigo é inconstitucional, pois fere os preceitos constitucionais dispostos no art. 5º, caput e no art. 1º, III, todos da Constituição Federal, quais sejam: a inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, respectivamente.

Todavia, a clareza do art. 5º da Lei de Biossegurança é indiscutível. Não há qualquer indício de violação dos preceitos constitucionais retro mencionados.

No entendimento de Minaré (2005), o Congresso Nacional ao aprovar a redação do art. 5º da Lei de Biossegurança não violou o princípio de proteção do direito à vida e que o referido artigo traz instrumentos coercitivos para barrar a ação inconseqüente e criminosa daqueles que pretendam violar os dispositivos da referida lei.

Segundo disposto no artigo supracitado, apenas os embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro,* e que não foram utilizados no referido processo serão utilizados nas pesquisas para obtenção das células-tronco. A referida lei não permite que embriões sejam produzidos para tal fim, sendo utilizados apenas os que já existem.

Para evitar que sejam produzidos embriões com finalidade de comercialização, o art. 5, § 3º proíbe de forma expressa que o material biológico seja utilizado com esse objetivo. Aqueles que praticarem atos dessa natureza, cometerão o crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434/97, a qual dispõe sobre a retirada de tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

O art. 24 da Lei 11.105/05, *in verbis*, assim dispõe: "Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei. Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa."

De acordo com MINARÉ (2005), a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança defendida pelo procurador-geral não tem o condão de considerá-lo ilegítimo a ponto de retirá-lo do ordenamento jurídico brasileiro. O procurador-geral ao desenvolver sua tese, menciona a existência de conflitos de princípios constitucionais sob o argumento de que o art. 5º da Lei de Biossegurança ao violar o direito

à vida, viola também o princípio da dignidade humana. Os princípios são colocados numa ordem, na qual não admite que os mesmos sejam invertidos. Desse modo, em respeito ao princípio da dignidade humana não se admite que os cientistas trabalhem em busca da cura para doenças degenerativas que comprometem integralmente a vida de milhares de pessoas. Permitir que a sociedade tenha liberdade para pesquisar a cura para milhares de pessoas é, indubitavelmente, uma ação mais digna do que proibir a utilização de embriões humanos congelados há mais de três anos em pesquisas, em nome do respeito ao princípio do direito à vida.

A Lei de Biossegurança muda o destino dos embriões congelados, excedentes, posto que, ao invés de serem descartados aleatoriamente, serão utilizados para fins de pesquisa e terapia, possibilitando a descoberta da cura para algumas doenças, as quais atualmente, os cientistas não encontraram solução.

5.3 AVANÇO CIENTÍFICO VERSUS RESPONSABILIDADE NA INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA

O final do milênio acabou marcado pelos grandes avanços obtidos pelas ciências médico-biológicas, as quais trouxeram, por conseqüência, grandes inquietações de ordem prática e filosófica, haja vista que o homem, ator principal desse progresso, esbarra nos valores éticos e jurídicos, o que, aliás é próprio da condição humana.

Essas questões têm preocupado dezenas de estudiosos dos mais diversificados segmentos científicos e constantemente é objeto de manchetes em jornais e revistas no mundo inteiro.

Segundo Castro Filho (2001, p.347),

> No alvorecer do terceiro milênio, não é possível falar de ética filosófica, esquecendo-se dos avanços científicos, eis que as novas técnicas influenciam e causam mudanças de comportamento. Ainda assim, não se pode olvidar a ética filosófica porque é ela que molda a concepção do homem. Não tem sentido, porém, reduzir a ética a mera questão científica ou filosófica; devem ser equilibrados o

> homem e o progresso da ciência, a responsabilidade e a liberdade.

Dessa forma, faz-se necessário traçar um paralelo entre moral e ética, procurando relacionar a influência desses dois conceitos na conduta humana.

Segundo Castro Filho (2001, p. 349) os termos moral e ética não são considerados sinônimos. A moral compreende um sistema de normas de conduta que visam a ação humana. Já a ética, resulta num conjunto de argumentações que justificam a realidade e o caráter obrigatório das normas morais.

Ressalte-se que o homem está constantemente em interação com o meio social em que vive, modificando-o, criando novas situações, novos conceitos ou até mesmo eliminando-as para que as mesmas se adequem a sua realidade atual.

Desse modo, o que era imoral numa época, poderá vir a ser moral em outra e vice-versa. Neste sentido,

> [...] o limite da liberdade nas pesquisas científicas nos dias atuais, não é o mesmo de vinte anos atrás, nem será o mesmo daqui a cinco, dez, trinta ou cinqüenta anos. Conseqüentemente, o fato que, hoje, implica responsabilidade jurídica, ética ou bioética, poderá não ter tal significação amanhã. (Castro Filho, 2001, p. 350)

Mister se faz ressaltar que diante dos avanços técnicos e científicos, a sociedade mostra-se inquieta, principalmente quando tais avanços envolvem a experimentação em seres humanos.

O mundo assiste hoje aos grandes avanços na área da bioética e o direito, em hipótese alguma, poderá ficar inerte dentro desse contexto. Ao contrário, a intervenção jurídica será sempre necessária sempre que houver risco de dano à dignidade humana.

O que se pretende com isso, não é impedir o trabalho dos cientistas mas coibir os abusos que doravante sejam provocados durante a realização das pesquisas, pois a dignidade e a liberdade do homem não podem ficar fragilizados diante dos avanços na área biocientífica.

No entendimento de Castro Filho (2001, p. 353), é de suma importância que haja a interrelação da bioética com a lei, bem como a existência de um ordenamento jurídico que possibilite as investigações científicas dentro de um contexto harmonioso com o bem e com a justiça.

Não se pode olvidar que as grandes descobertas que surgem a cada dia trazem benefícios ao ser humano, contudo, essas descobertas devem ser acompanhadas por uma legislação que determine os seus limites, bem como suas formas de controle, pois aquilo que for criado pelo homem, para o bem da sociedade, tem a mesma potencialidade para destruí-la por completo.

5.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Antes da publicação da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) não existia norma no ordenamento jurídico brasileiro que regulamentasse o destino dos embriões humanos excedentes congelados.

Existia apenas a Resolução n.º 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual veda terminantemente o descarte do material embrionário que não fora utilizado no processo de fertilização artificial.

Todavia, a referida resolução não prever qualquer tipo de sanção para aqueles que a descumprirem.

A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do direito ao patrimônio genético no art. 225, § 1º, II e V. Os referidos incisos estão regulamentados pela Lei de Biossegurança, a qual define, dentre outras coisas, as regras de segurança e políticas de fiscalização para as atividades relacionadas à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

Conforme já fora mencionado anteriormente, a Lei de Biossegurança traz a vedação expressa para a produção de embriões para fins de comercialização (art. 5, § 3º). Aqueles que infringirem o disposto no dispositivo retro mencionado, estarão sujeitos às penalidades previstas no art. 24 da lei em comento.

Após a edição da Lei de Biossegurança foi editado o Decreto n.º 5591/05, o qual prevê a organização de um cadastro de embriões descartados nas clínicas de fertilização pelo Ministério da Saúde.

Segundo Minaré (2006):

> Com a publicação do Decreto n.º 5591 de novembro de 2005, que regulamenta a Lei 11.105/05, o Poder Público deu nova demonstração de que está tratando a regulamentação do uso de células-tronco embrionárias de maneira séria e observando, de forma plena, o respeito ao princípio constitucional da dignidade humana.

Todavia ainda não existe uma lei que obrigue as clínicas de fertilização de informarem regularmente a quantidade de embriões estocados, bem como o respectivo tempo de congelamento.

Essas informações serão importantes, pois assim, evitar-se-ão a possibilidade de os embriões serem objeto de comercialização, sendo destinados para fins diversos do previsto na Lei 11.105/05.

5.5 BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA PESQUISA COM EMBRIÃO HUMANO PARA A SAÚDE BRASILEIRA

A terapia com células-tronco constitui-se atualmente em uma das grandes promessas da medicina que viabilizará vitórias significativas no tratamento terapêutico de várias doenças que afligem a humanidade, tais como Alzheimer, Parkinson e Diabetes.

No entendimento de Vieira, Ruiz e Magro (2006b, p.14),

> A utilização das células-tronco obtidas de embriões humanos pode significar a cura de muitas doenças e a Lei de Biossegurança foi fundamental nessa conquista, já que agora cientistas podem utilizar embriões excedentes para pesquisa, em vez de destruí-los.

Ao permitir a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisa terapêutica, o Brasil deixa de ser mero consumidor de tecnologia e entra no rol dos países que desenvolvem técnicas de tratamento de última geração. A dependência de outros países resulta no encarecimento dos serviços prestados à sociedade, prejudicando sobretudo as classes menos favorecidas.

Ressalte-se que o artigo 5º da Lei de Biossegurança dispõe que os embriões que podem ser utilizados para fins de pesquisa e terapêutica são aqueles considerados inviáveis, ou seja, aqueles que não apresentam condições biológicas de serem utilizados na reprodução assistida ou que estejam congelados há três anos ou mais e que apresentam baixa taxa de implantação.

É patente que a referida medida representará uma solução para aqueles embriões, excedentes, resultantes da fertilização *in vitro*, que se encontram nas clínicas de reprodução assistida, sem qualquer condição de serem utilizados, seja pela falta de interesse dos casais, seja pela própria falta de viabilidade natural do embrião de sobreviver após a inseminação.

Nada mais justo do que se encontrar uma destinação legal para os embriões excedentes, já que antes do advento da Lei Biossegurança não existia nenhuma norma legal que disciplinasse a destinação dos mesmos.

No que pesem os diversos entendimentos contra a permissão para utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, há entendimentos favoráveis afirmando que os mesmos estão fundamentados no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, representando, dessa forma, a consolidação e valores constitucionalmente estabelecidos.

Faz-se necessário trazer a norma que vise atender os interesses do bem comum, e esta mesma apoiada nos valores constitucionais, respeitando-se o disposto na lei, representará a esperança de tratamento para inúmeras pessoas que sofrem de doenças que a medicina atual não conseguiu resolver.

Segundo o entendimento de Minaré (2006),

> Não há que se falar em inconstitucionalidade do referido art. 5, pois quando observamos a seriedade no processo de regulamento da matéria, juntamente com a nobreza do objetivo que se busca com a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias, não nos resta outra alternativa senão reconhecer a sua constitucionalidade.

Atualmente as ciências médicas já contam com grandes progressos alcançados através das pesquisas com células-tronco. Espera-se contudo, que as descobertas obtidas através destas pesquisas sejam colocadas à disposição de toda a sociedade, independentemente de raça, situação socioeconômica e política.

Cabe ao direito regulamentar as ações deste ramo da ciência de forma a estabelecer limites, os quais tenham por objetivo maior, equilibrar tais ações, mas sem, contudo, obstacularizar o progresso científico, buscando encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito e a bioética.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto neste estudo, conclui-se que a liberação das pesquisas com embriões humanos, autorizada pela Lei de Biossegurança (Lei 11.100/2005) trouxe grandes perspectivas para a comunidade científica no que tange aos inúmeros benefícios que serão obtidos para os milhões de brasileiros que se encontram com lesões irreversíveis ou que são portadores de doenças genéticas.

Apesar de tantas perspectivas, a medida não agradou a todos e atualmente vem dividindo opiniões, uma vez que para que tais pesquisas sejam realizadas haverá a necessidade de destruir a vida de embriões humanos.

Todavia, não há o que se questionar acerca da inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, haja vista que a permissão para utilização de células-tronco não viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da inviolabilidade à vida.

Deve ser considerado que o direito à saúde também é um preceito constitucional e que precisa ser cumprido da mesma forma que os outros.

Ao Estado cabe empreender todos os esforços necessários para oferecer à população os meios necessários para uma saúde de qualidade.

Não obstante os entendimentos contrários, não há o que se cogitar acerca da inconstitucionalidade de um dispositivo que representa a esperança de recuperação de inúmeras pessoas.

Será permitida a utilização de embriões humanos na pesquisa para obtenção de células-tronco, desde que estes sejam excedentes, provenientes da reprodução assistida e que estejam congelados há pelo menos três anos, sendo necessário também, a autorização expressa dos genitores para que os embriões sejam utilizados.

Essa medida representa uma solução para a problemática dos embriões excedentes, provenientes da fertilização *in vitro,* posto que o número de embriões excedentes aumenta diariamente e até a edição da referida lei não existia nenhuma norma que tratasse dessa questão.

Destarte, melhor que esses embriões sejam utilizados em pesquisas do que serem descartados aleatoriamente como se fossem material sem valor.

Dessa forma, não há qualquer violação do direito à vida, nem muito menos à dignidade humana, posto que o que se está a fazer, é justamente promover meios para que sejam descobertas novas formas de tratamento digno para aquelas pessoas portadoras de doenças degenerativas e que se encontram sem qualquer qualidade de vida.

A própria Constituição Federal de 1988, estabelece que não se permitirá qualquer tratamento desumano ou degradante.

Ora, quando se tenta desenvolver medidas que amenizem o sofrimento das pessoas portadoras de quaisquer doenças, que lhes permitam viver dignamente, tais medidas devem ser consideradas lícitas e necessárias.

Claro que um embrião é um ser vivo, mas na condição em que ele se encontra não há qualquer violação à dignidade humana ou ao direito à vida, uma vez que o embrião não é pessoa, adquirindo direitos, apenas, se nascer com vida, ressaltando o entendimento que predomina no ordenamento jurídico brasileiro acerca da Teoria Natalista, em que o embrião, no útero materno, possui apenas expectativa de direito.

O embrião congelado tem apenas potencialidade de pessoa. O direito à inviolabilidade à vida e dignidade humana diz respeito apenas aos indivíduos - brasileiros ou estrangeiros – já nascidos.

Não quer dizer com isso que o embrião não mereça proteção. Tanto os embriões pré-implantados quanto os implantados devem receber a devida proteção legal, evitando-se, assim, que acabem se transformando em objeto de manipulação e passem a ser comercializados aleatoriamente.

Para evitar que tal situação aconteça, a Lei de Biossegurança traz a previsão expressa de penalização para o caso dos embriões serem utilizados em desacordo com o disposto em seu art. 5º.

O que não se pode fazer, é conceder àquele embrião congelado uma tutela maior do que à concedida ao embrião que se encontra no ventre materno ou até mesmo ao ser já nascido. Também, não se pode admitir que os embriões permaneçam congelados por um período indeterminado de tempo.

Contudo, não se pode olvidar, que o trabalho dos cientistas deva encontrar limites, posto que as descobertas que surgem a cada dia trazem grandes benefícios para a sociedade, mas também podem trazer grandes prejuízos para o ser humano.

Esses limites devem ser impostos pelo direito. A intervenção jurídica será imprescindível, toda vez que as atividades científicas envolverem a utilização material humano.

Os cientistas devem ter liberdade para atuar, para descobrir novas formas de tratamento, de cura para as doenças que afligem a humanidade. Todavia, essa liberdade de atuação deve ser acompanhada e direcionada por uma rigorosa legislação, de forma a se encontrar um ponto de equilíbrio entre direito e bioética.

Não se pode admitir que medidas como esta sejam impedidas de prosseguir, conquanto o que se busca é garantir a melhoria de vida da população, amenizando o sofrimento daqueles que se encontram portadores de alguma doença degenerativa, a qual a medicina atual não apresenta solução.

Claro que os abusos devem ser impedidos, pois a dignidade e a liberdade do homem devem ser preservados. Nisso reside, o papel importante a ser desempenhado pelo direito, para que os estudos científicos sejam desenvolvidos num ambiente em que o bem comum e a justiça estejam em harmonia.

Ainda existem lacunas jurídicas acerca dessas questões. A Lei de Biossegurança veio suprir apenas algumas delas, mas de qualquer forma, ela representa o marco inicial para regulamentação de uma nova fase marcada pelos grandes avanços médicos-biológicos, cujas descobertas trarão significativos benefícios para sociedade.

7. REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In CASALONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (Orgs). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey , 2005, 264p.

BERNARDO, Karla. *Células-tronco: O Brasil a um passo da criação de órgãos em laboratório*. Disponível em <http://www.ghente.org/temas/celulas-tronco/artigos_radovan.htm>. Acesso em 11 mar. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 805 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF:Saraiva, 1988.

_____. *Código civil*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Lei n.º 11.105/2005. Dispõe sobre a política nacional de biossegurança. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004_2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em 07 nov. 2006.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e bioética. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 347-373.

COHEN, Claudio; MARCO, Segre (orgs.). *Bioética, pesquisa e deficiência*. São Paulo, Edups, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 547 p.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: A dignidade da pessoa: A ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 331 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-119.

MINARÉ, Reginaldo. *O artigo 5º da Lei n.º 11.105, de 2005, não é inconstitucional*. Disponível na Internet em: <http://www.movitae.bio.br/text_rminare_2005.htm>. Acesso em 6. set. 2006.

_____. *A seriedade e a constitucionalidade do processo de regulamentação do uso de células-tronco embrionárias*. Disponível em <http://www.movitae.bio.br/texto_rminare_060306.htm. Acesso em 6. set. 2006.

MORETTI, Jean-Marie; DINECHIN, Olivier de. *O desafio da genética*. São Paulo: Notícias, 2000, 209 p.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque. *A constitucionalidade material do artigo 5º da lei de biossegurança*. *Revista Prática Jurídica*, Brasília, ano IV, n.42, p. 26-29, 30. set. 2005.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de biotécnica*. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1997, 583 p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. Vol. I, 33 ed. São Pulo: Saraiva, 2003, 354 p.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.) et. al. *Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 374 p.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 871 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. Vol. I. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, 663 p.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. O chamado biodireito. *Revista Consulex*. Brasília, ano IX, n.º 197, p. 14, 31 mar. 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; RUIZ, Juliana Bueno; MAGRO, Mayara Alyne. Células-tronco embrionárias e os direitos do nascituro – Parte I. *Revista Consulex*. Brasília, ano XD, n.º 223, p. 14-15, 30 abr. 2006a.

_____. Parte II. *Revista Consulex*. Brasília, ano X, n.º 224, p. 14, 15 mai. 2006b.

ZATZ, Mayana. Células-tronco. *Revista Consulex*, ano VIII, n.º 180, 15 jul. 2004, p. 24.

_____. Ética: Da clonagem aos testes genéticos. in Borem Santos. *Biotecnologia de A a Z*, Viçosa: UFV, 2003.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-JUIZ

Olívia Fernandes Leal de Mello, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

RESUMO: Este artigo trata da responsabilidade civil do Estado Juiz. Começo fazendo a evolução histórica da responsabilidade civil do juiz, trazendo dados de como era antes da Constituição de 1988 e a forma como é tratada hoje. Depois, quando irá ser os casos de seu cabimento, de suas espécies de punição e quem é o responsável para julgar essa matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Resbonsabilidade; Juiz; Estado; Vítima; Indenização; Culpa; Dolo; Atos Judiciais; Ilegalidade; Judiciário.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil do Estado Juiz; 2.1 Noções introdutórias; 2.2 Evolução; 2.3 Espécies de responsabilidade do Juiz; 2.3.1 Responsabilização política; 2.3.2 Responsabilização sócia; 2.3.3 Responsabilização jurídica; 2.4 Requisitos para a responsabilização pelo exercício da atividade jurisdicional; 2.5 Excludentes da responsabilidade; 2.6 Elemento objetivo da responsabilização pelo exercício da atividade jurisdicional; 2.7 Elementos subjetivos para a responsabilização do juiz; 2.8 Jurisprudência; 3. Conclusão; 4. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil por erro judicial é de estrema relevância nos dias de hoje. É através, dessa responsabilidade, que se consegue minorar a dor sofrida da vítima por um erro judicial.

Irei tratar especificamente da Responsabilidade Civil do Estado-Juiz por erro na esfera judicial. Abordando, portanto, a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade do juiz com relação a esta matéria e se é possível à parte entrar com uma ação diretamente contra o juiz.

Pretendo, ainda, fazer uma evolução histórica acerca do tema.

Mostrando também quais as espécies de responsabilidade que o Juiz pode sofrer.

Infelizmente, ainda existem autores e julgados que sustentam a irresponsabilidade do Estado em matéria de danos decorrentes da atividade jurisdicional. Irei provar a incoerência de tal corrente demonstrando a existência sim da responsabilidade do Estado-Juiz.

Creio, entretanto, que o direito, de hoje, já evoluiu bastante. É, pois, a primeira vez na história do Brasil que se está começando a responsabilizar o Estado por omissões de juízes. Um verdadeiro avanço. Antes, a parte tinha que se conformar por eventuais abusos praticados por magistrados. Abusos esses que se configuravam em uma decisão sem respaldo legal e injusta. Sofríamos as conseqüências de um péssimo controle da magistratura e nada se podíamos fazer.

Deve-se discutir este tema, para que, as pessoas fiquem mais educadas quanto a essa responsabilização. Para que possam buscar uma indenização sim, por um erro e má-fé de um juiz. E, assim, os magistrados tenham mais cuidado no momento da aplicação da lei.

O tema encontra respaldo nos artigos: artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, no artigo 630 do Código de Processo Penal, no artigo 37, §6º da Constituição Federal, no artigo 43 do Código Civil; e artigo 133 do Código de Processo Civil que diz "responderá por perdas e danos o juiz quando: I- no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude; II- recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte".

E concluirei mostrando quais são os casos em que o juiz pode ser responsabilizado. E, que é possível àquele que se sentir lesado por erro em sentença criminal ou até mesmo por uma prisão indevida recorrer ao próprio Judiciário para poder pleitear sua indenização.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO JUIZ

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

É importante começar esse tema afirmando que não deveriam existir dúvidas sobre a responsabilidade do Estado por atos judiciários, isso porque existe a unidade do Poder Estatal e a submissão ao Estado de Direito. Se o Estado pode ser responsabilizado objetivamente pelos

seus atos administrativos danosos a terceiros, o será, também, quando se referir ao Poder Judiciário.

O Poder Judiciário faz parte do Poder Estatal que é uno. Na verdade, por motivos didáticos preferiu-se dividir essa unidade em três "poderes" para que ficasse mais fácil a compreensão das funções do Estado. Ou seja, se o Poder Judiciário faz parte do Poder Estatal, este deve responder por eventuais erros daquele.

Entretanto, "a grande maioria dos estudiosos da matéria sempre defendeu que o Estado-Jurisdição deveria ter um sistema diferenciado de responsabilização não podendo se submeter às rígidas regras de responsabilidade objetiva do Estado".(CAHALI, 1996:597)

Por isso, por muito tempo se entendeu que o Estado não deveria responder por erros judiciais, e que, quando muito, só em casos excepcionais. Yussef Said Cahali obtempra que "a irreparabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, sem embargo da concessão feita à reparabilidade dos danos resultantes do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado". (CAHALI, 1996:201)

2.2 EVOLUÇÃO

Embora a responsabilidade pelas atividades administrativas tenham evoluído, em pouco mais de um século, passando da teoria da irresponsabilidade para a responsabilidade objetiva, a evolução da responsabilidade por atos judiciais não se desenvolveu muito.

Temos no período civilista, por exemplo, o enquadramento dos atos judiciais aos atos de império, o que significava que o Estado não poderia ser responsabilizado nessa hipótese.

Como afirma Amaro Cavalcante, ao analisar o pensamento de Giorgio Giorgi:

> " é impossível reduzir o Magistrado à simples condição de preposto do Estado, por cujos atos este deva responder (...). Não ignora o autor que há uma escola nascente de criminalistas, que afirmam a obrigação do Estado pelos erros ou injustiças do Poder Judiciário; mas, no seu

> entender, as garantias protetoras contra a ação do Poder Judiciário se devem buscar, antes nos sistemas preventivos do que nas reparações, isto é, na elaboração de leis claras e precisas, as quais, bem regulando a ação desse poder, a tornem mais fácil, e menos perigosos os erros daí provenientes". (CAVALCANTE, 235)

É importante observar que a teoria da irresponsabilidade vai contra o Estado de Direito, e por isso, ela foi deixada de lado para que a idéia de indenização do Estado também acontecesse quando se referisse a erros judiciais. A idéia, da mesma não existir, somente encontra fundamento em uma sociedade em que reina a tirania.

A partir desses pressupostos, "a maior parte da doutrina passou a defender que, da mesma forma que ocorre nas demais atividades estatais, em especial na Administração o Estado deve responder pelos prejuízos causados pela atividade jurisdicional".(DERGINT, 1995:226)

Na sociedade de hoje é incabível não se ter essa responsabilização. Temos que levar em conta, ainda, que danos decorrentes da atividade judiciária podem gerar danos de enormes proporções, como por exemplo, um indivíduo ficar preso arbitrariamente. Permitir que um juiz dolosamente gere um dano a um particular e fique impune é imoral.

Assim, "a menos que exista uma legislação específica em sentido contrário, quando um Estado adota a regra da responsabilidade objetiva pelos seus atos, é inegável que o faz para todas as suas atividades, inclusive aquela jurisdicional."(LASPRO, 2000:94)

José Cretella Júnior sintetiza, com absoluta precisão, a responsabilidade do Estado por sua atividade jurisdicional, vejamos:

> "a) a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado, por atos decorrentes do serviço público; b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três poderes; c) o magistrado é órgão do Estado; ao agir não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante; d) o serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão à juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível), ou na qualidade de

> réus (crime); e) o julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão; f) por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los; g) voluntário ou involuntário, o erro de conseqüências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados; se o erro foi motivado pela falta pessoal do órgão judicante, ainda assim, o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa; h) provado o dano e o nexo causal entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do Poder Público, ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do Juiz, ora no acidente administrativo, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento judiciário, ora no risco integral, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos".(CRETELLA JÚNIOR, v.230:46)

Lafayette Pondé conclui ser "admissível o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado sem que isto moleste a Soberania do Judiciário ou afronte o princípio da autoridade da coisa julgada." (PONDÉ, v.252:222)

Ainda, o Ministro do Supremo, Celso de Mello, assim se posicionou:

> "a reforma do aparelho judiciário e do sistema processual se impõem como providências essenciais à busca de maior eficácia social para a prestação jurisdicional, à racionalização do modelo de administração da justiça, à celeridade na solução responsável dos conflitos individuais e sociais e à obtenção de transparência e visibilidade em relação

> aos atos de administração praticados por magistrados e Tribunais, quaisquer que estes sejam, pois, consoante tenham acentuado - nenhum órgão do Estado pode dispor, numa sociedade realmente democrática, de imunidade à fiscalização da cidadania e do corpo social."

A teoria da irresponsabilidade do Estado pelo exercício da atividade jurisdicional vigeu no Brasil até a constituição de 1988. Nela, foi substituída a expressão funcionário público por agente público o que significa dar ao dispositivo a mais ampla abrangência possível. Engloba-se, então, a responsabilidade dos atos dos juízes. O juiz é um agente do Poder Público, um funcionário público em sentido lato, mas um funcionário de categoria especial, não só porque um dos poderes do Estado se exterioriza através da sua atividade judicante, como pelas peculiaridades e prerrogativa das suas funções, o que distingue das demais categorias de funcionários da Administração Pública.

> "A atividade jurisdicional, portanto, é um serviço público e os juízes, seja considerando-os como servidores, seja como agentes públicos, estão abrangidos pelas condições abrangidas para a responsabilização objetiva do Estado, em conformidade com o §6º do artigo 37 da Constituição Federal". (LASPRO, 2000:98)

A partir de então, os tribunais começaram a reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado nesses casos.

O Artigo 5º, LXXV da Constituição Federal, insere no rol de garantias fundamentais essa indenização. Lembrar que esse rol não é taxativo. Vejamos:

> "Artigo 5°, LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Está previsto expressamente no artigo 630 do Código de Processo Penal, a responsabilidade por erro judiciário, vejamos:

> "Artigo 630- O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.
>
> §1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça do Distrito Federal ou de território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.
>
> §2º A indenização não será devida:
>
> a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
>
> b) se a acusação houver sido meramente privada;"

E, por último, no artigo 133 do Código de Processo Civil tem-se o seguinte:

> "Artigo 133- Responderá por perdas e danos o Juiz quando:
>
> I- no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude;
>
> II- recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte".

Rui Stoco com precisão conclui,

> "Negar hoje, a responsabilidade do Estado em face do ato jurisdicional danoso é fugir da realidade e olvidar evidentes avanços na dogmática jurídica, que a sociedade moderna impõe, posto que o Direito é dinâmico, cumprindo-lhe acompanhar a

> evolução constante das relações sociais e os seus reclamos, de modo que se a lei não as acompanha e se anacroniza, cabe ao intérprete adequá-la às novas situações". (STOCO, 2002:1021)

2.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE DO JUIZ

Existem três espécies de responsabilidade do juiz, quais sejam, a política, a social e a jurídica, sendo esta subdividida em responsabilidade penal, disciplinar e civil. Estas só serão aplicadas ao juiz quando, este, praticar atos ou se omitir coibidos pelos sistemas jurídicos.

2.3.1 RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA

Aqui, se exige do juiz um posicionamento político que vai além de sua atividade jurisdicional, ou seja, aplicar a lei corresponde a uma vontade política a ser atingida. Tem-se, então, uma conduta mais filosófica do que jurídica.

Outro modo de se ver esse tipo de responsabilidade é quando ocorre o controle dos juízes, por meio de um órgão externo ao Poder Judiciário.

Sobre essa segunda característica é importante ser feita algumas observações. A primeira é que, hoje, está superada a idéia de independência absoluta dos poderes do Estado, conhecidos como Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso porque existe o sistema de freios e contrapesos em que um Poder interfere no outro para coibir arbitrariedades e abusos.

Entretanto, pode-se perceber que a ingerência dos outros poderes, no Poder Judiciário, limita-se, apenas, a aprovação ou nomeação de juízes aos Tribunais Superiores. Afinal de contas, o Brasil adota o princípio da vitaliciedade como garantia inerente à atividade jurisdicional.

Na verdade, quem faz o controle com relação aos juízes são os próprios Tribunais e somente os Tribunais Superiores têm, em algum momento, um dever de prestar contas aos demais Poderes do Estado, o que leva a um certo absolutismo do Poder Judiciário. Inclusive temos, hoje, o Conselho Nacional de Justiça que também faz parte desse Poder e é responsável, também, por julgar juízes desidiosos.

Zaffaroni complementa essa idéia dizendo que "de modo algum a destituição de um juiz pode ser um mero ato de oportunidade política. Se assim o fosse, a independência judicial seria mito e a própria jurisdição uma simples ilusão." (ZAFFARONI, :188)

O Brasil não adota essa responsabilização política. Ela encontra-se mais facilmente nos países pertencentes à família da *common law*.

Como não é adotada pelo Brasil, falarei sucintamente das formas de responsabilidade política. São elas: a destituição, a não recondução e o *impeachment*.

> "A destituição nada mais é do que a perda do cargo por simples decisão de um órgão não pertencente à magistratura, mas sim, em geral, ao Executivo. Outra forma de controle político é a não recondução. Com efeito, determinados órgãos judicantes, em especial, as Cortes Constitucionais, são compostos de juízes não vitalícios, ou seja, que exercem a atividade jurisdicional por mandato. Ora, sendo essas Cortes normalmente políticas, ainda que exerçam uma atividade eminentemente jurisdicional, é natural que o Juiz que não correspondeu às expectativas do grupo que representava, ao final de seu mandato, não seja reconduzido ao cargo. No mais das vezes, o Juiz estará preocupado em decidir não de acordo com a sua consciência, mas sim em conformidade com o entendimento daqueles que o indicam. O impeachment, isto é, a possibilidade de o Juiz ser processado perante outro órgão que não o Judiciário (normalmente o Legislativo) e que poderá destituí-lo por considerar inadequada a sua conduta pessoal, ou a forma como exerce a função Jurisdicional incompatíveis com a magistratura". (LASPRO, 2000:141-143)

A única exceção, adotada pela legislação brasileira, ocorre quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal são julgados pelo Senado

Federal nos crimes de responsabilidade. Vejamos a Constituição Federal:

> " Artigo 52- Compete privativamente ao Senado Federal:
>
> II- Processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade".

2.3.2 RESPONSABILIZAÇÃO SOCIAL

Essa forma de responsabilização "consiste no dever de prestar contas e, eventualmente, sofrer sanções por parte da própria sociedade". (CAPPELLETTI, 1998:33)

Aqui, "os juízes e a magistratura devem prestar contas não a um órgão do próprio Estado, mas sim, diretamente, à população ou a organismos representativos desta, tais como sindicatos, corporações e partidos políticos". (LASPRO, 2000:145)

Esse tipo de responsabilidade é incompatível, em princípio, com a magistratura profissional e com o próprio exercício da jurisdição. Isso porque os juízes para atenderem a anseios únicos de determinados grupos que irão fazer o controle acabam por ignorar a norma. "E conseqüentemente, há maior possibilidade das decisões deixarem de ser técnicas e passarem a ser emocionais, o que efetivamente leva a gritantes distorções no sistema Jurisdicional". (CARPI, 1980: 1472-1473)

O Brasil, em regra, não adota esse sistema porque a eficácia deste depende do grau de evolução da sociedade, "a necessidade de fiscalizar o poder - inclusive o Poder Judiciário - constitui exigência essencial para a preservação da ordem democrática, que não se revela compatível com deliberações administrativas, que, embora afetando a vida institucional ou repercutindo sobre o interesse público, são muitas vezes, tomadas e adotadas na intimidade do Poder, não se expondo à crítica social". (MINISTRO CELSO DE MELLO)

Para que essa responsabilidade seja efetiva, a sociedade deve ter

pleno acesso às decisões judiciais, seja por meio de revistas especializadas ou pelos meios de comunicação em geral.

2.3.3 RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA

Existem três formas de responsabilização jurídica, quais sejam, a responsabilidade penal, disciplinar e a civil.

Quanto a responsabilidade penal, podemos dividi-la em dois grupos. Em um grupo encontram-se os crimes inerentes à atividade pública, assim, o juiz pode praticar determinados atos ou omitir-se em algumas situações gerando responsabilização no âmbito penal. Exemplos, peculato, prevaricação, corrupção passiva, concussão. Em outro grupo, encontram-se os crimes que só os juízes podem praticar, dentro do exercício da sua função jurisdicional. Exemplo na Lei 4.898/65 em seu artigo 4º, "b" diz: "é crime deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada".

Ainda, "trata-se igualmente de crime omissivo próprio, que só poderá ser praticado pelo Juiz e será admissível a co-participação de terceiro (o escrivão, por exemplo), mas não a tentativa". (CAPPELLETTI, 198:52-53)

Também "é possível verificar-se que a legislação processual pode impor determinados obstáculos ou diferenciações à persecução penal contra magistrados, principalmente diante da possibilidade dos mesmos virem a sofrer injustas perseguições de eventuais partes inconformadas com suas decisões ou do próprio Estado". (LASPRO, 2000: 153)

Com relação à responsabilidade disciplinar, tem-se como objetivo principal punir o juiz pela conduta indevida, ou seja, ela serve para punir comportamentos.

O ideal seria que esse tipo de responsabilização fosse tipificado, como ocorre com a responsabilização penal, porém é impossível dizer todas as formas que o juiz possa responder disciplinarmente.

Dessa forma,

> "por exemplo, a legislação, tanto pátria como alienígena, costuma, simplesmente, determinar a possibilidade de punição do juiz que viola os deveres inerentes a sua função ou cujo

> comportamento não condiz com a magistratura. Muito embora, alguns deveres, bem como determinados comportamentos, sejam elencados, é impossível que o legislador consiga fazer uma listagem de todos os casos em que são violáveis. Indispensáveis, portanto, que sejam verificadas as circunstâncias e características de cada caso concreto." (LASPRO, 2000:155)

O que se deseja com essa forma de responsabilização não é reformar uma ato jurisdicional, embora a responsabilidade possa se originar da prática do mesmo ou de sua omissão.

O controle disciplinar dos juízes pode ser feito de três formas: "através de um órgão externo, composto por indivíduos que não fazem parte do Poder Judiciário; a segunda, pelo próprio Poder Judiciário; e a terceira, por um órgão misto, composto por magistrados e por representantes de outros poderes, da própria sociedade ou de segmentos desta". (LASPRO, 2000:156)

No controle externo, tem-se um risco que é o órgão não pertencente ao Judiciário fazendo um controle político do juiz.

No controle interno,

> "a tendência é de isolar-se ainda mais a magistratura, que se torna um verdadeiro órgão completamente independente dos demais poderes do Estado. Na defesa dessa forma de controle destaca-se a retrógrada idéia de que somente dessa maneira é que se resguardará o prestígio da magistratura como um todo, fundada, por óbvio, no espírito corporativo". (CAPPELLETTI:1988:70)

Para tentar melhorar esse controle, que é usado pelo Brasil, foram criadas algumas soluções, como "a processualização da atividade disciplinar, ou seja, não admitir que a punição seja fruto de um simples procedimento, mas exigir-se que ao acusado sejam dadas todas as garantias inerentes a um verdadeiro e próprio processo". (LASPRO, 2000:158)

O controle exercido pelo órgão misto, em tese, vem para solucionar

os problemas do controle interno e externo. "A grande vantagem desse sistema de controle é que nele se formam as correntes de freio e contrapeso. Os representantes da magistratura impedem, em princípio, que se transforme a responsabilidade disciplinar em política e, por outro lado, os membros laicos, controlam os magistrados de forma a evitar que o espírito de corpo prevaleça". (LASPRO, 2000:159)

O Controle Misto é feito, no Brasil, depois da Emenda Constitucional 45, pelo Conselho Nacional de Justiça. Órgão do Poder Judiciário composto por magistrados, ministros dos Tribunais Superiores, integrantes do Ministério Público, advogados, e por dois cidadãos. Embora esteja, esse órgão, no Poder Judiciário, ele é composto por membros que não pertencem ao mesmo o que daria, desta forma, maior isenção no momento do julgamento.

Como conseqüência da responsabilidade disciplinar, por sua vez, temos a advertência, a censura, a perda de antiguidade, para fins de promoção, a impossibilidade de promoção por merecimento, a disponibilidade, a remoção compulsória.

A responsabilização civil é a de mais difícil aceitação. Ou pelo menos, restringe-se ao máximo a sua possibilidade.

Existem três finalidades para a responsabilização civil do juiz. A obtenção da justa reparação pelo dano causado, a restituição ou compensação do bem sacrificado.

Isso significa que:

> "a responsabilidade civil do juiz, além de garantir o ressarcimento daquele que sofreu danos em razão do exercício da atividade jurisdicional, indiretamente serve como meio de fornecimento de informações para o exercício da função disciplinar e penal em face dos juízes. Com a propositura de eventual demanda na esfera civil, os órgãos responsáveis pela responsabilidade disciplinar e penal acabam tomando conhecimento de fatos que passariam in albis se à parte não fosse dada a efetiva oportunidade de ressarcimento dos prejuízos que lhe foram causados." (LASPRO, 2000:162)

Ressalte-se que a responsabilização civil do juiz faz com que, esses profissionais, sofram uma pressão psicológica diante do temor de, eventualmente, vir a ser demandado e ter de ressarcir a vítima de sua atividade jurisdicional. Isso, obviamente, faz com que o juiz busque evitar o descumprimento dos deveres inerentes à função que ocupa e, se o fizer e for condenado, a não reincidir no erro. (PICARDI, 1995:241)

Além disso,

> "o caráter ressarcitório, serve também como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas". (SANTOS, 1997:58)

Dentre as formas de responsabilização civil do juiz temos três sistemas: a responsabilização exclusiva do juiz, a responsabilização do Estado com direito de regresso e a responsabilidade concorrente do Estado e do juiz.

A responsabilidade exclusiva do juiz, caracteriza-se pela exclusão do Estado pelo eventual dano oriundo do exercício da atividade jurisdicional. Não é o sistema adotado pelo Brasil. Isso porque o juiz é um agente do Estado e, como tal, age em nome do mesmo quando exerce sua atividade jurisdicional. Não deve, dessa forma, ser responsabilizado sozinho. Além do que, o poder econômico do juiz é muito menor do que o do Estado o que diminuiria o valor da indenização.

A segunda possibilidade, ocorre quando a parte entra com uma ação contra o Estado (afinal de contas, o juiz o representa) e o mesmo poderá exercer o direito de regresso em face do juiz causador do dano.

Esse é o sistema adotado pelo Brasil. E ao meu ver, o mais correto. E segundo Hely Lopes Meirelles,

> "o ato judicial típico, que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, como dispõe, agora, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXXV. Ficará, entretanto, o Juiz, individual ou civilmente responsável pelo dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providência de seu ofício, no expressos termos do seu artigo 133 do CPC, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o Magistrado culpado. Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do poder Judiciário, se equiparam aos demais atos de administração, e, se lesivos, empenham a responsabilização civil objetiva da Fazenda Pública". (MEIRELLES, 1990:554)

Esse sistema, "é considerado para uma parcela da doutrina como o mais moderno na medida em que, de um lado, garante o efetivo ressarcimento e, em segundo lugar, preserva o juiz". (CAPPELLETTI, 1984:47-48)

Em sentido contrário Orestes Laspro diz que esse sistema "cria um verdadeiro escudo protetor do juiz. E, se não bastasse isso, se o Estado detém o poder de demandar ou não o Juiz, após ter sido condenado a pagar eventual dano que este causou, passa a ter, também, um meio de pressão contra o juiz que em troca da inércia do Estado poderá passar a decidir a favor deste em qualquer hipótese." (LASPRO, 2000:465-166)

E por último, temos o terceiro sistema, segundo o qual tanto o Estado quanto o juiz respondem solidariamente.

Aqui, cabe a parte escolher se ingressa com a demanda em face do Estado ou do Juiz isoladamente ou formando um litisconsórcio.

As críticas a esse sistema são as seguintes:

> "exposição do Juiz a demandas fundadas em mera vingança; a desnecessidade de propositura da demanda em face do Juiz diretamente, na medida em que, em última análise, o Estado sempre é

> responsável e este tem indubitavelmente condições econômicas mais favoráveis ao adimplemento; a inutilidade da parte buscar a prova da responsabilidade aquiliana (no mínimo), quando o Estado responde objetivamente". (CAPPELLETTI, 1984:56)

Apesar do sistema escolhido ser o segundo, é bom deixar claro que é permitido, a parte demandar em face do Estado e do juiz conjuntamente.

2.4 REQUISITOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Os requisitos para o ressarcimento do erro, na área administrativa, está condicionado: à qualidade de agente do autor no exercício da atividade Pública, ao nexo causal e ao dano injusto. Os mesmos se fazem presente quando falamos em requisitos da responsabilidade por atividades jurisdicionais. Vejamos.

A atividade jurisdicional é considerada como serviço público. "Este é toda e qualquer atividade que é colocada, de modo genérico, à disposição da sociedade e que é atribuída ao Estado". (ARAÚJO, 1991:44)

Ora,

> "a atividade jurisdicional encontra-se elencada dentre as funções essenciais e exclusivas do Estado, razão pela qual é inquestionável sua natureza pública. Aliás, 'se a prestação da tutela jurisdicional é exclusivamente incumbida ao Poder Público, em caráter obrigatório, não podendo os particulares fazer justiça de mão própria, a prestação jurisdicional configura, inequivocadamente um serviço público".(DERGINT, 1995: 113)

Partindo da idéia de que a atividade jurisdicional é necessária e indispensável ao Estado, resta verificar se os juízes estão inseridos na organização estatal.

Na verdade, "mesmo naqueles países que adotaram uma magistratura laica, o fato é que as decisões de seus juízes somente serão cumpridas porque estes agem sob a égide do Poder do Estado que impõe o cumprimento de suas decisões e que, portanto, devem ser por esse serviço responsabilizados." (LASPRO, 2000:173)

O juiz só responde, como tal, pelo dano quando tenha sido praticado por um ato doloso ou culposo enquanto juiz, ou seja, quando estiver exercendo funções jurisdicionais. Agindo como particular, sem estar no exercício de suas funções, responderá como qualquer outro nessa condição.

Rui Stoco complementa, essa idéia, dizendo que:

> "cabe, ainda, e desde logo, distinguir entre os atos praticados no exercício da função jurisdicional daqueles praticados em face da mera atuação administrativa do Poder Judiciário. Esta última ocorre quando o Juiz (geralmente como diretor do Fórum) ou o Tribunal, pelo seu Presidente, atuam como se fossem agentes da administração, como, v.g., contratando a prestação de serviços, fazendo concursos para provimento de cargos etc. Nestes casos, a responsabilidade do Estado não difere daquela concernente aos atos da administração".(STOCO, 2002:1017)

O dano é um prejuízo que alguém sofre. O indivíduo quando aciona o Estado quer ver sua pretensão ser julgada favorável. Quando não o é, ele se sente injustiçado e, além do mais, sofre um prejuízo. O mesmo ocorre quando alguém é demandado e perde uma causa.

Não é esse dano patrimonial que nos interessa e sim,

> "um dano ressarcível e indispensável que, por ação ou omissão do Juiz, tenha a parte sofrido uma

> violação de seu direito subjetivo, que não possa ser revertida no próprio processo. Ademais, para que exista o dano injusto e, portanto, ressarcível, é indispensável que a parte demonstre a efetiva lesão a seu direito subjetivo em razão da atividade jurisdicional exercida pelo Estado" (LASPRO, 2000:174-175)

Em suma:

> "o dano deve ser oriundo da efetiva violação de um direito subjetivo, e pode resultar em prejuízos patrimoniais e morais, sendo, entretanto, indispensável a possibilidade de seu liquidamento monetariamente."(Aroca, 1998:146)

O nexo de causalidade, por sua vez, é indispensável para demonstrar que o dano veio da ação ou omissão do Estado ou de seu agente.

No caso da atividade jurisdicional,

> "deverá a parte demonstrar que o seu prejuízo moral ou patrimonial é resultado da ação ou omissão do Estado-Jurisdição, seja por seu principal agente, o Juiz, seja em virtude de falha da própria estrutura estatal".(PORTO, 1982: 596)

Essa ação ou omissão do Estado deve, ainda, ser adequada à produção da situação de prejuízo. Quando houver mais de um motivo para concorrer com o dano, deve-se chegar a uma individualização da causa adequada que consiste na efetiva causa desencadeadora do prejuízo

Pode, ainda, o dano ter sido fruto, não da omissão ou ação do agente, mas da própria parte. Estamos diante das concausas, e, nessa situação, cada um irá responder na medida de sua culpabilidade.

De fato,

> "partindo do pressuposto que o Juiz, como ser humano, pode errar, dentro do próprio processo, como instrumento hábil ao exercício da atividade

> jurisdicional, encontramos mecanismos para minimizar os danos que podem eventualmente ocorrer. Já no caso do dano ser produto da falha do serviço em razão de deficiência da estrutura jurisdicional (por exemplo falta de um juiz em uma comarca), o nexo causal é mais facilmente demonstrado na medida em que a ausência do serviço público adequado normalmente é despido de concausas".(LASPRO: 2000:176)

2.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

As causas de excludente da responsabilidade administrativa são culpa exclusiva da vítima, força maior, estado de necessidade e culpa de terceiro. Ainda, essas exclusões correspondem ao rompimento do nexo causal, com exceção ao estado de necessidade.

No caso, entretanto, "da responsabilidade oriunda da atividade jurisdicional, a questão se torna mais complexa, mormente nos casos de culpa da vítima ou de terceiro como causa de exclusão, na medida em que a atividade jurisdicional é exercida com exclusividade pelo juiz". (LASPRO, 2000:176)

Primeiro tratarei da culpa da vítima. Esta culpa deve ser apta a produzir um dano e verificamos se foi a mesma que produziu o resultado através do nexo causal.

Nesta hipótese,

> "embora aparentemente o dano tenha sido produzido por uma ação ou omissão no exercício da jurisdição, verifica-se que a vítima contribui para o evento. Ou seja, a exclusão da responsabilidade ocorre, pois quem efetivamente ocasionou o dano foi à vítima. Em outras palavras, em razão da ação ou omissão da vítima, o juiz agiu ou deixou de agir da forma adequada e, portanto, gerou o dano". (LASPRO, 2000:178)

É a conduta da vítima que gera o nexo de causalidade com o dano e não o ato do Estado-Juiz. Esta é a teoria da causa adequada.

Ainda, temos o fenômeno das concausas. Caso a culpa da vítima não seja o único motivo para o dano e se tenha, também, culpa do juiz, devem ambos ser responsabilizados. Cada um responde na medida de sua culpa. No caso, na hora do recebimento da indenização a vítima irá receber, apenas, aquele oriundo do ato do juiz. Não existe, então, a exclusão automática do Estado-Juiz pelo simples fato da culpa da vítima.

O que se deve auferir é se a culpa da vítima foi a única responsável a produção do dano para que, assim, possa ser excluído o Estado-Juiz.

Assim, "deve-se recorrer a uma valoração proporcional das causas do dano, para concluir se efetivamente a responsabilidade é exclusiva da própria vítima ou, de certa forma, existiu uma concorrência de culpas e, portanto, o Estado ou o Juiz devam responder na proporção de seus atos"(HENTZ, 1995: 85)

Oreste Nestor de Souza Laspro levanta um ponto interessante:

> "não há dúvida de que se a parte deixou de trazer aos autos provas favoráveis à sua pretensão no momento oportuno, razão pela qual se teve prejuízos, sofre os ônus da omissão, desde que, evidentemente, as provas que deixou de produzir constituam a causa da decisão injusta. Da mesma forma, se a parte somente buscou a tutela jurisdicional no último instante, ou causou atrasos injustificados ao andamento do processo, e o Estado-Juiz não teve condições materiais de responder adequadamente à sua pretensão, não se pode ser responsabilizado. Com efeito, embora o Estado deva resolver os conflitos dentro do menor espaço de tempo possível, não há dúvida de que para o exercício dessa atividade, respeitando-se o devido processo legal, é indispensável um tempo mínimo. Contudo, se o atraso na solução é devido ao Estado ao Juiz, deverão ser responsabilizados." (LASPRO, 2000:178)

Questão interessante gira em torno se é culpa exclusiva da vítima o fato da mesma não interpor recurso contra a decisão geradora do dano. Não creio que seja, porém existem duas correntes. Quem defende a exclusão diz que "a parte que sofre um prejuízo em razão de uma decisão judicial, mas não interpõe recurso contra essa, não tem direito ao ressarcimento por eventuais prejuízos sofridos".(ALSINA, 1957:320).

E, " a responsabilidade do Estado-Juiz, produto do nexo causal entre a decisão judicial e os prejuízos sofridos pela vítima, não existe na medida em que a vítima contribui para que sofresse o dano, razão pela qual ocorreria a exclusão da responsabilidade Estatal". (LASPRO, 2000:180)

Contra essa posição têm-se os seguintes argumentos: muitos recursos não têm o condão de evitar uma lesão oriunda da decisão impugnada, exemplo é o recurso com efeito devolutivo; existem recursos cujo objeto é delimitado pela lei e não tem o condão de evitar os danos oriundos da decisão proferida pelo juízo a quo; e, por último, o fato de existir um recurso contra a decisão não significa que haja uma certeza absoluta de que a mesma será reformada e, portanto, afastado o dano à parte.

Nesse caso,

> "portanto, o que existe não é uma exclusão da responsabilidade do Estado, mas sim que a vítima contribuiu (por sua omissão) com a ocorrência do dano. Assim, não se pode afirmar que a causa única e adequada à produção do dano foi a não interposição do recurso ou a decisão judicial que diretamente a causou. Portanto, entendemos que nessa hipótese estamos diante de concausas, razão pela qual o Estado ou o Juiz também pode ser responsável pelo dano, e tem de ressarcir a vítima, sendo certo, entretanto que o valor devido ser reduzido, proporcionalmente face à omissão da vítima que, em princípio, colaborou com a produção do dano pela sua inércia". (LASPRO, 2000:182)

Assim, há uma redução do valor de sua indenização e, não, exclusão.

Na força maior, enquanto fato externo e irresistível à atividade estatal, não nos interessa em termos de responsabilidade. Ainda, o fato externo deve ser capaz, por si só, se romper o nexo de causalidade. Um exemplo seria se ocorresse uma enchente na cidade de Lagarto que impedisse que o fórum local abrisse. Por uma possível falha temporária nesse serviço, o Estado não poderia ser responsabilizado. Afinal de contas, o juiz não deu provimento a determinada causa porque era impossível entrar no fórum.

Agora, caso na mesma cidade, em que ocorreu uma enchente, não possua juiz, o Estado pode ser responsabilizado sim pela demora judicial. Aqui o que causa o dano não é a enchente e sim a falta ou ausência de juiz na Comarca.

Quanto ao estado de necessidade, este que se configura quando o agente estatal, com o intuito de evitar um dano maior para a sociedade, causa um dano ao indivíduo.

O juiz só configura essa excludente quando se utiliza da lei para legitimar seu ato. Por exemplo, se achar que determinada norma irá causar um prejuízo à maioria, a sociedade só poderá deixar de usá-la se determinada lei permitir que aja dessa forma.

Não pode, por exemplo, deferir possessórias a sem-terras como fundamento de que se os mesmos não ganharem as terras não terão como sobreviver. Não pode fazer isso porque não existe lei que o autorize para tal. Só pode ser deferida possessória quando tiver fundamento em lei, e não na "boa intenção" do juiz. Caso o faça, será responsabilizado, nos termos da lei.

Além disso, "importante ressaltar que o Estado de Necessidade, enquanto excludente do dever de ressarcir pelos prejuízos causados, é excepcionalíssimo e somente admissível em situações de grave distúrbio social, como, por exemplo, estado de sítio e estado de defesa."(LASPRO, 2000:184)

Por último, temos o fato de terceiro. Aqui, também não existirá dever de ressarcimento se quem produziu o dano foi um terceiro não agente do Estado.

O terceiro está presente na relação Estado-Jurisdicionado e representa uma das partes no processo.

> "Assim é que, muitas vezes, o Juiz aplica incorretamente a norma, causando prejuízos a uma das partes envolvidas, em razão de atos ou omissões maliciosas da parte contrária. Nessas hipóteses, não se pode admitir que a responsabilidade do Estado ou do Juiz seja automaticamente excluída, recaindo somente sobre aquele que, em uma análise superficial, teria induzido a erro o Julgador. Com efeito, não há dúvida de que este terceiro deverá ser responsabilizado, sem, contudo, excluir de modo absoluto a responsabilização do Estado ou do Juiz. Poderá haver, isto sim, uma solidariedade entre o terceiro, o Estado e o Juiz no dever de ressarcir a vítima pelos prejuízos causados".(LASPRO, 2000:185)

O ato de terceiro só é tratado de forma integral, como excludente de responsabilidade, quando quebra o nexo causal. Um exemplo disso ocorre quando a parte coloca uma bomba no fórum, de uma cidade, para que lá não seja apreciado o mérito da causa em que está envolvida.

2.6 ELEMENTO OBJETIVO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Existem três casos em que o Estado deve reparar os prejuízos causados pela atividade jurisdicional. São eles: a indenização por ato legítimo do Estado, o erro judiciário e o anormal funcionamento da justiça. Na primeira situação somente o Estado deve indenizar e quanto, as duas últimas, tanto o Estado quanto o juiz podem ser responsabilizados.

A indenização por ato legítimo do Estado não possui muitos seguidores. Aqui, estamos diante de uma situação em que, "a aplicação das normas processuais conduz a um resultado injusto, causando danos em razão do sacrifício excessivo de direitos subjetivos". (LASPRO, 2000:208)

Nessa hipótese, existe um correto cumprimento das normas

processuais, porém, posteriormente à sua aplicação, verifica-se que se exigiu do particular, em nome da proteção de interesses maiores, um sacrifício que merece ser reparado.

Um exemplo está na prisão cautelar do Processo Penal. Esta é determinada de acordo com os artigos 311 e 312, do mesmo diploma, e um dos seus fundamentos é a garantia da ordem pública. Ou seja, o juiz, antes de condenar o réu pode prendê-lo por entender ser esta a melhor solução para garantir a paz da comunidade e, ainda, por acreditar que o mesmo é um *Serial Killer*. Este indivíduo permanece preso durante toda a instrução do processo e, no momento de sentenciar, o juiz percebe que não se tratava do bandido procurado e o absolve. Essa prisão teve fundamento legal e só posteriormente pode-se constatar que o réu era inocente. Cabe a este, então, acionar o Estado pelo dano sofrido por ter estado preso.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, sobre o assunto, e entendeu que ser cabível indenização, nesses casos. Vejamos,

> "O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação de seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal".(STJ-1º Resp228481-Rel. José Delgado-j. 22.02.2000-RSTJ 134/94)

> "A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no artigo 5º, LXXV, da CF". (STJ-1ºT.-Resp 228.481- Rel. José Delgado-j.22.02.2000-RSTJ134/94)

A justificativa do STJ se mostra plausível. Não há dúvida de que a prisão cautelar exige sacrifício do particular em nome de uma proteção maior, qual seja, o interesse coletivo. E, assim, deve ser. Porém, imaginar que inocentes tenham seus direitos restringidos e nada possam fazer é errado.

Ainda, em relação à prisão indevida,

> "o fundamento da indenização deve ser enfocado como um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida. O ato ilícito em que, regularmente, consiste na prisão advém do normal exercício da potestade estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem fica preso indevidamente. O risco inerente à privação da liberdade coloca o poder público frente à lei: a própria coletividade, destinatária do 'ato de risco', fica sujeita, por meio do Estado, como representante destas nas relações jurídicas- a responder (no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello) pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorreram. E isso porque o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado Moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da injuricidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir o lesado". (HENTZ, 1996:133-134)

Existem casos em que o acusado pode ter dado causa a sua prisão, seja em razão de suas atitudes, seja em razão de precedentes. Deve ser discutido, então, se foi causa exclusiva da vítima a prisão, ou se concorreu com o resultado, qual seja, a prisão. Tem que ser analisada, dessa forma, as concausas.

Não se pode imaginar que a responsabilização do Estado, por essas prisões indevidas, cause medo ao juiz para decretá-las. Caso tenha fundamentos legais e respeitando os artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal deve o juiz decretá-la sim. Caso não o faça, responderá por sua omissão. E se decretá-la e for verificado, posteriormente, ter

sido injusta, cabe ao prejudicado buscar sua devida indenização perante o Estado.

Quanto ao erro judiciário, dentre as hipóteses de responsabilidade estatal por atos judiciais, é a que mais se tem indenizações, na prática, e a mais aceita na doutrina, em geral.

Cabe esclarecer que o erro judiciário abarca a jurisdição civil e a penal. De fato, os primeiros casos de responsabilização foram referentes ao erro penal, até mesmo, porque este é mais fácil de se perceber. Exemplos são muitos, como o indivíduo ser preso injustamente. Entretanto, se ocorrer um erro no âmbito do Processo Civil, deve haver ressarcimento também.

Augusto do Amaral Derginte faz um paralelo pertinente, vejamos:

> " enquanto a vítima de um erro judiciário penal encontra na lei previsão de reparação, pelo Estado, do dano por ele causado, a vítima de um erro judiciário civil depara com a irresponsabilidade estatal, que decorre da ultrapassada elaboração doutrinária e, principalmente, jurisprudencial. A situações materialmente idênticas, pois, não se oferece o mesmo remédio jurídico, com evidente contrariedade à sistemática constitucional" (DERGINTE, 1995:165-166)

De fato, há uma diferença entre a jurisdição cível e a penal. Enquanto na primeira o juiz não pode julgar além das provas trazidas aos autos, assim, o magistrado julga com base na verdade formal. Na jurisdição penal, o juiz pode mandar fazer provas, pode conduzir o processo da maneira que achar mais adequada buscando, dessa forma, a verdade real.

Mas essa diferença, não quer dizer que devam ser tratados de forma diferente.

Chegamos, então, a definição do que seria erro judiciário. "O primeiro a ser definido refere-se à natureza das atividades que devem

ser consideradas como passíveis de erro judiciário. Com efeito, a atividade judiciária, em uma interpretação literal, deve ser considerada como toda a atividade exercida pelo Poder Judiciário." (LASPRO, 2000:217)

O Poder Judiciário além de julgar, legisla e administra. Contudo, para fins de erro judiciário, somente deve ser compreendida a atividade jurisdicional.

Da mesma forma,

> "podem ocorrer danos que se originam de atos dos auxiliares da justiça, como por exemplo, os peritos, os oficiais de justiça, entre outros. Nesse caso, podemos ter duas situações diversas. A primeira, é aquela em que o auxiliar da justiça pratica um ato ilegal que não é obstacularizado pelo juiz, na medida em que o ratifica. Nesse caso, podemos afirmar que o dano é oriundo, em última análise, do ato jurisdicional e, portanto, pode ser considerado um erro judiciário. A título de exemplo, de se pensar na citação com hora certa em que o pressuposto é a ocultação da parte auferida pelo oficial de justiça; concretizada a mesma, a parte vem a juízo pleiteando sua nulidade sob o argumento de que estava viajando e apesar disso o Juiz a confirma. Eventual dano moral, por exemplo, foi ocasionado efetivamente pelo ato jurisdicional. A segunda, é aquele em que o auxiliar da justiça também pratica um ato ilegal, mas que não foi coibido pelo Juiz, vez que permaneceu inerte. Nesse caso, eventual dano não foi ocasionado pelo Juiz e, portanto, não pode ser considerado um erro judiciário, mas sim um anormal funcionamento da justiça."(LASPRO, 2000:218)

O erro judiciário compreende, também, qualquer tipo de decisão do juiz. Como só as sentenças e as decisões interlocutórias decidem, propriamente, só elas deverão estar na idéia de erro jurisdicional. Afinal de contas, o despacho tem a finalidade, apenas, de dar andamento ao

processo.

Dentro deste conceito, pode-se ter o erro in procedendo, como o erro in judicando, ou seja, o erro pode ser fruto do descumprimento ou má aplicação, tanto das normas materiais, como das processuais; pode ser oriundo da decisão que extingue o processo, como pode ter ocorrido durante o desenvolvimento deste.(HENTZ, 1995:21-22)

O erro pode ser, também, de fato ou de direito. O juiz pode cometer três erros, quais sejam, a errônea apreciação dos fatos, o mal enquadramento dos fatos no direito e a errônea utilização das normas legais. (TAWIL, 1993:57)

Creio que a apreciação dos fatos não é capaz de gerar erro porque este ato não é examinado à luz do direito e sim de acordo com a livre interpretação do juiz. Só nos interessa, essa hipótese, quando o magistrado passa a extrair sua conclusão de algum efeito jurídico, fundado no seu poder jurisdicional.

Já no mal enquadramento dos fatos ao direito temos, o mesmo, quando o juiz interpreta os fatos e escolhe uma norma que corresponde, exatamente, à apreciação dos seus fatos.

E, por último, temos a errônea utilização das normas legais,

> "que é a do desconhecimento por parte do julgador das normas legais, ou, no mínimo, de seu conteúdo, extensão e, conseqüentemente, âmbito de aplicação. Nesse caso, o Juiz examinou os fatos, enquadrou-os nas normas concretas, contudo, extraiu uma conclusão errada, prejudicando também a parte interessada, configurando assim o erro Judiciário". (LASPRO:2000, 222)

Quanto ao funcionamento anormal da atividade jurisdicional deve ser relacionado ao descumprimento das normas jurisdicionais pela omissão de seu agente ou em razão da falta ou má estrutura dos órgãos competentes para seu exercício, que "consiste na negação do Estado-Juiz em oferecer a devida proteção aos direitos de seus cidadãos mediante a prestação da tutela jurisdicional". (DERGINT, 1995:189)

Aqui, o problema é da própria organização judiciária.

Fazendo uma distinção entre erro judiciário e o mal funcionamento,

poderia se dizer que enquanto o primeiro está relacionado a um ato causador do dano, o segundo é produto do não praticar os atos necessários ao correto e bom exercício da atividade jurisdicional.

Se mais não fora,

> "enquanto no erro judiciário o dano é oriundo da atividade jurisdicional e, portanto, de ato do Juiz, nas hipóteses de anormal funcionamento da atividade jurisdicional, este pode ser causado também pelos auxiliares do judiciário que colaboram com o juiz para que o processo tenha um desenvolvimento regular."(LASPRO, 2000:226)

Exemplos disso são a demora excessiva da prolação de uma decisão, que ocorrem pela omissão do julgador ou pela indevida paralisação do processo, o qual deixa de ter seu curso normal, não prevista pela legislação processual, ou até mesmo quando os autos são extraviados, seja estes pelos auxiliares da Justiça ou pela omissão do próprio juiz, causando retardamento nas decisões.

Discordo da tese de que o anormal funcionamento da Justiça possa gerar responsabilidade civil do juiz. Na verdade, essa responsabilização deve ser, sim, do Estado. Pois este é o responsável pela falta de juízes nas comarcas, de servidores qualificados, da burocracia da lei etc.

Ainda sobre a demora judicial,

> "inúmeras são as causas, iniciando em um extremo na legislação ultrapassada, anacrônica e extremamente formal; passando pela penúria imposta a esse Poder diante da quase inexistência de verba orçamentária para a sua dinamização, modernização e crescimento; encontrando justificação no excessivo número de recursos previstos na legislação processual e nas inúmeras medidas protelatórias postas à disposição das

> partes e terminando no outro extremo, qual seja, a conhecida inexistência em número suficiente de magistrados, membros do Ministério Público, Procuradores da República e do Estado para atender à enorme pletora de feitos em andamento". (STOCO, 2002:1021)

Joel Dias Figueira Júnior citando o Ministro Carlos Velloso, assim descrever a demora do Judiciário:

> "O desaparelhamento da Justiça caracteriza-se, especialmente, pelo número deficiente de magistrados, pela existência de cargos vagos de Juízes, pela forma inadequada de seu recrutamento, pela não especialização dos órgãos de 1º grau, pela má qualidade do apoio administrativo, pelo número de processos que cresce a cada ano". (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995:8)

Dessa forma,

> "deve o particular que sofreu as angústias e os prejuízos patrimoniais, em razão da excessiva duração de um processo, ser ressarcido pelos danos que lhe foram causados, na medida em que, vítima de algo mais grave que o erro judiciário, a verdadeira omissão é a denegação da justiça". (LASPRO, 2000:232)

Em suma,

> "a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso- e não em face da atuação das partes ou pela demora decorrente de circunstâncias absolutamente alheias à vontade de quem preside o processo-, mas até mesmo pelo retardamento injustificado do juízo, é quantum satis para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos causados daí decorrentes em desfavor

> dos jurisdicionados. Lembre-se que o artigo 133 do CPC estabelece a responsabilidade civil do Juiz pelas perdas e danos que causa nas hipóteses de dolo ou fraude e, ainda, por culpa, quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Ora, se o Estado responde pelos atos de seus agentes, não há como afastar a responsabilidade do Poder Público quando a demora no julgamento da causa decorra de retardamento injustificado ou omissão do julgador ou dos auxiliares da Justiça". (STOCO, 2002:1024)

2.7 ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO JUIZ

Nos casos do tópico 1.5, a responsabilidade de indenizar é do Estado ainda que o ato que levou a lesão tenha sido cometido pelo juiz. Isso ocorre porque o juiz age em nome do Estado, como um agente seu, e o mesmo responde objetivamente.

A maior parte da doutrina entende que o Estado pode entrar com uma ação regressiva contra o juiz. Existem dois elementos específicos para que isso aconteça: o elemento objetivo e o subjetivo.

No tocante ao elemento objetivo,

> "deve haver a configuração da ilicitude em razão da ação ou omissão voluntária do juiz, que constituem o erro judiciário ou o anormal funcionamento da Justiça. Com relação ao aspecto elemento subjetivo, é necessário verificar se tinha o Juiz a consciência da ilicitude ou se assumiu o risco. Na primeira hipótese temos o dolo e, na segunda, em princípio a culpa".(LASPRO, 2000:234)

Portanto,

> "a obrigação de indenizar é pessoal do magistrado quando tenha agido com dolo (posto que a fraude

> é uma conduta dolosa) e culpa, esta sob a modalidade de negligência ('recusar, omitir ou retardar')". (STOCO, 2002:1025)

Com efeito, e como bem ensina Carlos Roberto Gonçalves,

> "não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que e tenha agido com culpa" (GONÇALVES, 1995:334)

Antigamente, o dolo era conceituado como a intenção de alguém de causar prejuízo a uma terceira pessoa. Hoje, entretanto, esse conceito não mais satisfaz.

> "Para a caracterização do dolo não há mister perquerir se o agente teve o propósito de causar o mal. Basta verificar se ele procedeu consciente de que o seu comportamento poderia ser lesivo. Dessa maneira, pode-se afirmar que considera-se dolosa a ação ou omissão, em razão do procedimento ilícito intencionalmente adotado, ou seja, a obrigação de ressarcir os prejuízos causados deve ter como elemento essencial o descumprimento proposital de uma obrigação." (PEREIRA, 1990: 73)

O dolo do juiz, na atividade jurisdicional, acontece quando ele, deliberadamente, pratica ato ou se omita como intuito claro de violar ou burlar o sistema jurídico.

É bom deixar claro que a conduta dolosa do juiz sempre gera uma

responsabilidade, seja no âmbito penal e disciplinar ou, também, da responsabilidade civil. Ainda, somente haverá a responsabilidade civil se o dolo for determinante no resultado danoso, ou seja, se vários são os fundamentos e alguns deles são determinantes e não resultantes do dolo não há que se falar em ressarcimento.

A atitude culposa do juiz configura-se tão logo que a parte cumpra o disposto no parágrafo único do artigo 133 do Código de Processo Civil, mesmo que a ação que gerou o dano não tenha sido julgada.

Entretanto, para configurar o dolo ou a fraude, dependerá de expresso reconhecimento em ação rescisória. Porque somente a ação rescisória é capaz de desconstituir ou rescindir a sentença de mérito transitada em julgado.

Uma vez rescindida a sentença pelo Tribunal competente, a pessoa que se sentir lesada pode entrar com uma ação de indenização contra a Fazenda Pública

Nesses casos,

> "caberá à parte interessada ou prejudicada ingressar em Juízo, com a ação de indenização contra o Magistrado, visando obter a composição dos danos sofridos. Mas, aqui, terá que se fazer prova do dolo ou da fraude. Poderá, ainda, ingressar em Juízo diretamente contra a Fazenda Pública". (STOCO, 2002:1025)

Finalmente, como já dito no tópico 1.6, nos casos de erros involuntários ou não intencionais causadores de dano, a ação de indenização só pode ser intentada contra o Estado e nunca contra o juiz.

Nessa perigosa seara em que se busca a responsabilização do julgador quando, no exercício de seu *munus*, atue com dolo, fraude ou culpa, impõe-se observar um regime cauteloso de estabelecimento da responsabilidade, de modo a afastar, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por atos concernentes à sua convicção íntima, de

interpretação das normas, de valoração da prova ou de escolha da norma que melhor se subsuma as *quaestionis facti.*

3.CONCLUSÃO

O Estado responde civilmente pelos atos praticados pelos juízes que agirem com dolo ou culpa e também quando a vítima sofrer um dano decorrente da atividade judicial.

Na primeira hipótese, o Estado responde porque o magistrado é um agente político seu e todo dano decorrente de um funcionário seu, no exercício de suas funções, deve ser reparado pelo Estado. Afinal de contas, o Estado é uno, assim, o juiz age em seu nome, sendo ele o responsável indireto.

O dano decorrente da atividade jurisdicional pode ocorrer não só pela atuação do juiz, como também, de funcionários da Justiça. Um escrivão pode, dolosamente, praticar um ato em benefício próprio ou de terceiro e gerar, dessa forma, um dano à vítima. Cabe também ao Estado minorar a dor dessa vítima por esse erro. As razões são as mesmas expostas acima.

O Estado pode entrar com uma ação própria contra o funcionário que gerou o dano, seja ele juiz ou qualquer outro. É bom deixar claro que isso só pode acontecer quando eles agirem com dolo ou culpa, pois se apenas cumpriram a lei, cabe ao próprio Estado sofrer as conseqüências da má produção legislativa do país.

Por último, existem duas formas do Estado punir o juiz que foi desidioso. A primeira, e mais antiga, é através do Tribunal ao qual o juiz está vinculado. A segunda, e recente forma, é pelo Conselho Nacional de Justiça. Ambas, servem para quantificar o valor da indenização que irá ser paga pelo juiz e, ainda, analisar quais são os casos de aposentadoria, afastamento e demissão do mesmo.

4. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo.* 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996.

ALCANTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e e jurisdicionais*, 17 vol. São Paulo: Ed. RT, 1988.
ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981.
AROCA, Juan Montero. *Responsabilidad del juez y del Estado por la actuacion del poder judicial*. Madrid : Tecnos, 1998.
CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado. 2ª ed., revista e atualizada*, São Paulo : Malheiros, 1996.
CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici irresponsabili?* Milano: Giuffrè, 1998.
CARPI, Frederico. Responsabilità del giudice e pubblicità processuale, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXXIV, Milano Giuffrè, 1980.
CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Ed. Atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro : Borsoi, 1957. tomo II.
CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista Forense*, Rio de Janeiro : Forense. V. 230.
_____.*O Estado e a obrigação de indenizar*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1980.
DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, Paraná Judiciário, n. 6, v. 8. Curitiba: Ed. Juruá, 1983.
DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, São Paulo : RT, 1995.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito divil brasileiro*. Responsabilidade Civil, 17ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 17ª ed., São Paulo : Atlas, 2004
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Saraiva, 1975.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, 6. ed, São Paulo : Saraiva, 1995.
HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevid*a, São Paulo : Leud, 1996.
_____. *Indenização do erro judiciário*, São Paulo : LEUD, 1995.
LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: RT, 2000.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 15 ed., São

Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*, São Paulo: RT, 2005.
MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios gerais de direito administrativo*. V.II, Rio de Janeiro, Forense, 1969.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
PERREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1990.
PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice, ristampa aggionata*, Milano: Giuffrè, 1995.
PONDÉ, Lafauette. *Da responsabilidade civil do estado pelos atos do Ministério Público*, Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 152.
PORTO, Mario Moacir. *Temas de responsabilidade civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do estado*, São Paulo : Saraiva, 1980.
RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*, 19ª ed., São Paulo, 2002.
RODRIGUEZ, Andres Jimenez. *La responsabilidad del estado por el anormal funcionamento de la justicia*, Granada : Impredisur, 1991.
SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*, São Paulo : Lejus, 1997.
SILVA, Juary C. *A responsbilidade do estado por atos judiciários e legislativos*. Ed. Saraiva, 1985.
STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo : RT , 2002.
TAWIL, Guido Santiago. *La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamento de lá administración de justicia*, 2ª edición, Buenos Aires : Depalma, 1993.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2003.
WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ª edição.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário - crises, acertos e desacertos.

REFLEXIONES ÉTICAS DEL MUNDO GLOBAL Y SUS INFLUENCIAS JUSFILOSÓFICAS: EL SOFISMO, LA MAYÉUTICA Y LA JUSTICIA ACTUAL[1]

Pedro Durão, Doctorando en Derecho por la Universidade de Buenos Aires (UBA) y Procurador del Estado de Sergipe – Brasil. e-mail: pedrodurao@viajuridica.com.br

El mejor libro de moral es nuestra conciencia. Tenemos que consultarlo con la mayor frecuencia posible. (Pascal)

RESUMEN: La presente investigación trata sobre el contenido jusfilosófico aplicado al estudio de la ética, con la finalidad de trazar sus aspectos singulares y sus concepciones distintivas, ante el sofismo, la mayéutica y la justicia em el mundo global.

PALABRAS-CIAVES: Ética. Jusfilósofos. Sofismo. Mayéutica. Justicia.

ABSTRACT: The present investigation deals with on the beginning to the study the applied philosopher the ethics, with the purpose to trace its singular aspects and its distinctive conceptions, ahead of the sofismo, the maieutiké and justice in a glogal world.

KEYWORDS: Ethics. Phisolopher. Sofismo. Maieutiké. Justice.

SUMARIO: 1. Introduccion. 2. Consideracionaes generales acerca de la éticidad. 3. Ética y moral: sus divergencias. 4. Breves raíses histórica. 5. Panorama jusflosófico moderno y contemporáneo: rápidos comentários. 6. Abordaje historicista y sociológico del sofismo. 7. Sócrates versus sofismo: la mayéutica y la parturización de las ideas. 8.

[1] Estudio presentado para fines de conclusión de la materia Filosofía política, teoría de la democracia e Ingeniería Constitucional bajo cátedra del Prof. Dr. Aníbal D'Auría ante el curso de posgraduación en Doctorado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA.

Contenido conclusivo: idearios y valores de la justicia. ¿La justicia o una justicia?

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el contenido jusfilosófico aplicado al tema elegido para el estudio de la ética, objetivando trazar sus aspectos singulares y sus concepciones distintivas, ante el sofismo, la mayéutica y la justicia en el mundo global.

La justificativa de la elección del tema propuesto fue provocada por la afinidad con el asunto y del análisis de obras atentas a la especificidad en estudio y su importancia em la gestión pública democrática y em la justicia atual.

Es oportuno esbozar los objetivos generales y específicos con vistas a orientar todo el trabajo metodológico que será desarrollado. En efecto, en un primer momento, analizaremos las consideraciones propedéuticas acerca de la eticidad y, seguidamente, las ideas distintivas de la ética y de la moral.

Con esa aspiración, trazaremos brevemente las raíces históricas de la ética, para más adelante, centrar la atención en un rápido panorama cronológico de la filosofía moderna y contemporánea.

Efectuaremos un abordaje historicista y sociológico del sofismo, hasta alcanzar el estudio de Sócrates versus el sofismo: la mayéutica es la parturización de las ideas, con sus elementos relevantes.

Así, utilizaremos el marco teórico de filósofos y estudiosos consagrados que han tratado específicamente la materia, con el propósito de proveer algunas respuestas a los problemas comunes sobre la ética y la justicia, haciendo uso de técnicas científicas que permitan descubrir sus nociones.

Se trata, finalmente, de una modesta sistematización de lecturas junto a la maduración de los conocimientos permitidos por la disciplina Filosofia política, Teoria de la democracia e Ingeniería Constitucional, bajo la clara maestría del Prof. Aníbal D'Auría, en el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El texto, naturalmente, no agota la materia. Es, por lo tanto, un mero punto de partida.

2. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA ETICIDAD

Una pregunta que siempre nos viene a la mente es sobre la real utilización de la ética. Ética, ethos, en griego, em primer lugar significa "morada". De allí que el significado como "morada del ser". La ética sublima la conciencia de los hombres, su conocimiento del mundo que lo cerca con la realización del bien.

La aplicabilidad de la eticidad reside en la modificación de su concepción subjetiva para la materialidad, o sea, en la prevalencia de la moral política sobre la moral individual, con un enfoque en las relaciones entre los individuos y el Estado. Su objetivo es esclarecer y sistematizar las bases del hecho moral y determinar las directivas y los principios abstractos de la moral. En este caso, la ética es una creación conciente y reflexiva de um filósofo sobre la moralidad, que es, a su vez, creación espontánea e inconsciente de un grupo.

Entonces no se puede disociar el todo de lo individual; de allí que sea una cuestión ética el desarrollo de las potencialidades humanas, con el perfeccionamiento de sus virtualidades, vinculando responsabilidades en las acciones individuales respecto a la libertad del otro, en verdadera perspectiva de respeto a la dignidad humana, con decisiones acertadas. Antes de que el hombre pregunte que es eso, se debe preguntar cuáles son sus energías que no pueden quedar repremidas, pero que deben ser impulsadas com la moralidad.

Explica, con propiedad, Maurício Adeodato:

> El concepto de ética ha sufrido profundas modificaciones y desde entonces se tiene casi tantas definiciones como autores que la examinan. Su aplicabilidad práctica, sin embargo, permanece fiel al sentido original de hábito, uso, costumbre, derecho. Desde una visión pragmática, las normas éticas cumplen la misma función vital: reducen la inmensa complejidad de las relaciones humanas y ayudan al ser humano a decidir sobre el cómo actuar. Y es la decisión lo que neutraliza el conflicto[2].

[2] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.139.

La ética sirve para revelar normas de conducta compatibles con el bien común, no se presta para justificar o arbitrar actos humanos incompatibles con la razón, a sus semejantes y a la naturaleza que los circunda.

A ese respecto, argumenta Lima Vaz con mucha pertinencia:

> "El dominio de la physis o el reino de la necesidad se encuentra roto por la apertura del espacio humano del ethos en el cual se irán a inscribir lass costumbre ,los hábitos,las normas y los interdictos,los valores y las acciones"[3].

La ética, desde una perspectiva tradicional, es comprendida como un estudio o una reflexión, científica o filosófica, y eventualmente teológica, sobre las costumbres o las acciones humanas.

Así, se puede extraer que la ética tiene como preocupación el comportamiento del hombre y se basa em los principios generales que rigen este tipo de conducta, el cómo y el porqué los hombres actúan de acuerdo o no con la moral, discutiendo, argumentando, problematizando e interpretando la misma. De allí se observa el carácter filosófico de la ética, que posee una amplitud globalizante para con la Moral, el Derecho, la Política, entre otras áreas.

La ética puede ser vista desde el prisma de las más diversas teorías: sustancia preconizada por el pensamiento metafísico, desde **Platón (428-347a.C.)**, que dividía el mundo inteligible del sensíble, el mundo real del ideal, que por cierto, fue objeto de críticas por los Sofistas, que preconizaban que lo "bueno y lo bello" no pasan de uma mera convención. Platón expone em el Mito de la Caverna, la existencia de realidades distintas. Para él, la ética es sustancial, siendo el bien algo valorado.

Los consecuencialistas, **Karl Marx (1818-1883)**, **Max Weber (1864-1920)**, entendían que la ética kantiana no evaluava las acciones, puesto que, según la óptica de **Immanuel Kant (1724-1804)**, mentir no pasa de ser un imperativo categórico, y esto no satisface a los

[3] LIMA, Vaz Henrique C. de. *Escritos de filosofia II*. São Paulo: Loyola, 1993, p.13.

consecüencialistas, puesto que mentir no es un mal a depender de sus consecuencias.

Partiendo de este razonamiento, la teoría analítica se preocupa con el ser y las consecuencias del actuar de este ser. Surge, después, el emotivismo para el cual el fundamento de la vida moral no es la razón, y sí la emoción. Los sentimientos humanos son causas de las normas y de los valores éticos, que preconiza la dependencia de la óptica del individuo en percibir tales valores y el relativismo, que propone la separación de hecho y valor, pues ambos son relativos a la luz de la óptica de cada uno.

Más modernamente, tenemos a los utilitaristas, en una vertiente de la ética consecuencialista, que insiste en percibir la noción de utilidad como sinónimo de placer y bienestar. De esse modo, para determinar si una acción es buena, se deben analizar las ganancias o las pérdidas que se hayan obtenido; se destaca, em esta vertiente, la esfera económica. Los utilitaristas hacen, por cierto, un cálculo de costo/beneficio que resulta en un sacrificio y son insensibles a la distribución equitativa, en este caso, de Justicia. Tenemos como defensor de la teoría utilitarista a **John Stuart Mill (1806-1873)**.

Tambiém, no hay duda del avanzo de la filosofia política y de la participación popular, como establece Profesor Anibal D'Auria de la Universidade de Buenos Aires:

> Con la definición de un área específica de investigación dentro de la filosofía política y la teoría del Estado, se avanzó significativamente en la comprensión del funcionamiento del régimen demo-representativo de gobierno y en la búsqueda de vías tendientes a profundizar la participación popular y el carácter democrático de tales sistemas como el municipalismo y el cooperativismo. Se avanzó también, a través del replanteo del papel de la retórica en las deliberaciones legislativas y de la revalorización del sorteo en la constitución de los órganos deliberativos.[4]

[4] D'AURIA, Anibal. *Revista 15 Años de investigación científica en la UBA: avances del conocimiento y logros tecnológicos*. Buenos Aires: UBA. p.122. Disponível em: <http:// http://www.rec.uba.ar/Documentos/Memoria%202.pdf>. Acesso en 30 mar. 2007.

De este modo, se puede percibir que el interés de la ética es el ser humano, es la persona en todas sus dimensiones, por el replanteo del papel de la retórica, concluyendo, sin embargo, una unidad en su ser y en su deber ser. Así, se puede afirmar que la ética es una conducta interior, reflexiones acerca de los valores, y, por consiguiente, una toma de posición en relación a estos valores.

3. ÉTICA Y MORAL – SUS DIVERGENCIAS

Muchos autores[5] diferencian, generalmente, ética de moral, usando una perspectiva didáctica y separatista; otros engloban los conceptos desde una visión indisoluble. De hecho, no es la moral lo mismo que la ética, aunque el hecho más relevante sea el que la moral es un fundamento de la ética.

La ética no crea a la moral. En cuanto la primera se centra en lo filosófico y especulativo, esta última se caracteriza por ser normativa, aunque existan corrientes que piensan de la ética como una ciencia dogmática. Para que exista una conducta ética, se hace necessário que se exija un agente conciente, o sea, aquel que sepa discernir sobre lo que está bien y lo que está mal. Unido a los conceptos de lo acertado y lo erróneo, está la concepción de la conciencia moral de los individuos. Esta conciencia moral es aquella voz interior que dice a cada uno que se debe hacer el bien, en todas las ocasiones y evitar el mal.

La conciencia moral reconoce la diferencia entre el bien y el mal, siendo capaz de juzgar el valor de los actos y conductas, y de actuar de acuerdo con los valores morales; así el individuo se vuelve responsable por sus acciones y sentimientos em el mundo social. Sánchez Vásquez establece que:

> La moral es un hecho social. Se verifica solamente en la sociedad, en correspondencia con las necesidades sociales y cumpliendo una función social. La moral es una forma de comportamiento

[5] Es conveniente mencionar algunos autores que hacen diferencias entre ética y moral, usando una perspectiva didáctica y separatista, como, por ejemplo: João Mauricio Adeodato, Nelson Saldaña y Marilena Chauí.

> humano que comprende tanto un aspecto normativo (reglas de acción) como factual, actos que se comportan em un sentido o en otro con las normas mencionadas".[6]

El campo ético está formado por obligaciones y valores que constituyen el contenido de las conductas morales-virtudes, realizadas por el sujeto o agente moral, principal integrante de la existencia ética. Para que exista la conducta ética, es necesario que el agente sea conciente, es decir, que posea capacidad de discernir entre el bien y el mal (cabe observar ahora que actuar éticamente es tener conductas de acuerdo con el bien. Todavía definir el contenido de ese bien es un problema aparte, pues es una concepción que se transforma según el contexto histórico).

Este agente puede ser pasivo o activo. Pasivo, cuando se deja arrastrar y gobernar por sus impulsos, inclinaciones y pasiones, no ejerciendo su propia conciencia, libertad y responsabilidad; activo y virtuoso, cuando es capaz de controlar interiormente sus impulsos, discutiendo consigo mismo y con los demás el sentido de los valores y de los fines establecidos, consultando su razón y voluntad antes de actuar, haciéndose de esse modo responsable por lo que hace y no sometiéndose a la voluntad de terceros.

La ética puede ser vista, en este sentido, como una educación interior del carácter del sujeto moral para dominar racionalmente sus impulsos y deseos, para orientar la voluntad rumbo al bien y a la felicidad, para formarlo como miembro de la colectividad sociopolítica. Su finalidad es la armonía entre el carácter del sujeto virtuoso y los valores colectivos, que también deberían ser virtuosos, pues, encontrados en los seres racionales.

Con su claridad peculiar Nelson Saldanha[7] destaca la importancia de la ética para la antropología filosófica:

> "De hecho la ética — con ethos — se refiere a los seres humanos y no abarca a los animales (como

[6] Sánchez Vásquez, Adolfo. *Ética.* 21ª. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p.83.
[7] SALDANHA, Nelson. *Ética e história.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.7.

> ciertos estoicos tendían a pensar), ni obviamente a los posbles seres — humanos, dioses y ángeles. Em este sentido, toda teoría ética presupone una antropología filosófica".

Otro elemento conciente del campo ético son los medios para que el individuo alcance sus fines. La afirmación que los fines justifican a los medios, en ética, deja de ser obvia. Marilena Chauí[8] afirma que usar medios inmorales para llegar a un fin ético no es correcto, porque esos medios faltan el respeto a la conciencia y la libertad de la persona moral, que estaría actuando por coacción externa y no por reconocimiento interior del fin ético. Fines éticos exigen medios éticos.

La moral es el aspecto subjetivo de la ética, lo que equivale a decir que ella es bilateral y autónoma, o sea, impone una obligatoriedad de sus normas desde el interior hacia lo exterior, por medio de una libre iniciativa, entera y total convicción individual del sujeto, en que la única pena para la posible violación es el remordimiento.

Para que no quedase la moral apenas como sugerencia de conducta, el derecho, por ser bilateral y coactivo, impone la obligatoriedad de sus normas, desde lo exterior hacia el interior, independientemente de la convicción individual del agente, a través del Estado, con la garantía de la fuerza. Resáltese que la moral es la base, el punto de partida de creación para un haz de normas jurídicas. En fin, tanto la moral como el derecho integran la ética.

Alexandre da Maia comenta la ética de la tolerancia desde una perspectiva ontológica: "[...] En fin la ética de la tolerancia sería una manera de no fijar em la ontología generalizante de los jusnaturalistas y positivismos hasta entonces imperantes en la filosofía del derecho".[9]

Aunque sea una forma de ética, respetar la diversidad cultural del derecho, aunque haya críticas levantadas por el autor, se entiende que el derecho no puede quedar enquistado a un tipo de defensa argumentativa, debiéndose respetar las diversas corrientes del pensamiento humano y promover la cultura y el sentidoo ético, aunque sea en el marco de lo

[8] CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1997, p.341.
[9] MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.111.

tolerable.

4. BREVES RAÍCES HISTÓRICAS DE LA ÉTICA

En Occidente, el estudio de la ética se inicia con **Sócrates (468-406 a.C.)**, que, al recorrer las calles de Atenas, preguntaba a los atenienses qué eran los valores en los cuales creían, respetaban y actuaban. Las preguntas socráticas terminaban sempre revelando que los atenienses respondían sin pensar en lo que decían. Repetían lo que se les había enseñado desde la infancia.

Los atenienses se sentían confundidos o, mayormente, irritados con las preguntas, por percibir que entremezclaban valores morales com los hechos constatables de la vida cotidiana, y también porque tomaban los hechos de la vida cotidiana como si fuesen valores morales evidentes. De ese modo Sócrates, al hacer uso de la **mayéutica** ("el arte de parir ideas"), permitiéndole a los atenienses reflexionar sobre las costumbres de Atenas que seguían y no sabían el porqué, se torna una *persona non grata* al orden social por cuestionar valores que nunca fueron o no deberían ser cuestionados.

En resumen, los atenienses confundían hechos y valores pues ignoraban las razones o causas porque valorizaban ciertas cosas, personas o acciones y despreciaban otras.

La indagación ética socrática se dirige a la sociedad y al individuo. Las cuestiones socráticas inauguran en sí la ética o la filosofía moral, porque definen el campo en el cual valores y obligaciones morales pueden ser establecidos al encontrar el inicio, esto es, la conciencia del agente moral. Es sujeto ético moral solamente aquel que sabe lo que hace, conoce el significado de sus intenciones y de sus actitudes y la esencia de los valores morales.

Otros filósofos influenciaron sobremanera en la ética, como por ejemplo **Platón (427-347 a.C.)**, cuyos planteos en esse punto se apoya en aspectos metafísicos, epistemológicos, y políticos. Ya **Aristóteles (384-322 a.C.)** entendía que la finalidad de la ética era descubrir el bien absoluto que llamaba de felicidad. La virtud era preciosa según el pensador, vista como un justo medio entre los vicios extremos, verbigracia la avaricia y la prodigalidad. Es importante acrecentar que para conocer con profundidad la ética aristotélica es necesesario abordar

tres de sus libros: Nicómaco, la Ética Eudemia y la Moral Magna. También hay que tener em cuenta la ética epicureísta, fuente de influencia de los hedonistas en la actualidad, y la ética estoica que se fundamenta en la virtud y la naturaleza.

San Agustín (354-430), adepto al neoplatonismo y que vivió durante los años de declinio del Imperio Romano, fue el mayor teólogo cristiano de su época. En esa vertiente, elaboró una acepción del tiempo como fenómeno de la conciencia, en que los actos son realizados por la gracia y no por la fe. Sus trabajos influenciaron profundamente en las doctrinas y las actitudes cristianas durante toda la Edad Media, aspecto que, en verdad, se mantiene hasta hoy. Las bases de gravitación de la moral agustiniana son el amor y la voluntad.

Santo Tomás de Aquino (1225-1274) redescubrió el pensamiento aristotélico y re-elaborándolo desde la herencia teológica generó uma corriente de pensamiento que se transformó en la doctrina de mayor influencia de la Iglesia. Para este autor, sólo la fe salva, sólo la fe puede salvar. Tenemos en este período la fortificación de la moral cristiana, que refuerza en la actualidad con vistas a la práctica mercantil.

En la Edad Media, las concepciones éticas se vincularon a los valores religiosos, lo que resultó en la identificación del hombre moral con el hombre temeroso de Dios. El cristianismo considera que el ser humano es, en sí y por sí mismo, incapaz de realizar el bien y las virtudes, introduciendo de ese modo una nueva idea en la moral: la idea del deber. Pero los cambios socioculturales y económicos de la Edad Moderna trajeron nuevos conceptos de moral y ética que se volvieron, principalmente, hacia la autonomía moral del individuo.

Mientras tanto, ¿cómo hablar en comportamiento ético por deber, si éste se presenta como un poder externo, que impone sus leyes, forzando al individuo a actuar en conformidad a un conjunto de reglas venidas de afuera de su conciencia?

Uno de los filósofos que buscó resolver esa dificultad fue el francés **Jean Jacques Rousseau (1712-1778)**, em el siglo XVIII. Para él, la conciencia moral y el sentimiento del deber son innatos. El hombre nace puro y bueno; el deber es una forma de que él recuerde esa naturaleza originaria y, por lo tanto, sólo en apariencia se puede hablar de imposición exterior.

Obedeciendo al deber, está el hombre obedeciéndose a sí mismo, a

sus sentimientos y no a la razón, pues ésta es responsable por la sociedad egoísta y perversa.

Otra respuesta, propia también del final del siglo XVIII, fue traída por **Immanuel Kant (1724-1804)**. Oponiéndose a Rousseau, Kant vuelve a afirmar el papel de la razón en la ética. Por naturaleza, dice Kant, el hombre es egoísta, ambicioso, destructivo, agresivo y cruel.

Así, es a través del deber que el hombre se torna un ser moral. El deber, lejos de ser una imposición externa hecha a voluntad y conciencia humanas, es la expresión de la ley moral en el ser humano, manifestación más alta de la humanidad en cada individuo.

Los idearios de la Revolución Francesa se afirman como una nueva ética del absoluto para lo colectivo, rompiéndose varias fronteras del poder total. Obedecer a la moral es obedecerse a sí mismo. El hombre se hace autónomo a medida que se obedece a sí mismo, esto es, a los valores, a la moral. Rousseau y Kant procuraron conciliar el deber y la idea de una naturaleza humana que precisa ser obligada a la moral.

Ya en el siglo XIX, las relaciones entre el capital y el trabajo hicieron surgir los movimientos de masa y el intento de teorización de esos fenómenos. En este sentido, Karl Marx se destaca observando que donde existe sociedad dividida en clases, la moral de la clase dominante predomina sobre la clase dominada y se vuelve un instrumento para mantener la dominación. Por lo tanto, las condiciones de la moral verdadera sólo existirían en la sociedad sin Estado y sin propiedad privada.

La tradición filosófica examinada hasta aquí constituye el racionalismo ético, pues atribuye a la razón humana el lugar central en la vida ética. Existe, todavía, una otra concepción ética, francamente contraria a la racionalista (y por eso muchas veces llamada de irracionalista), que contesta a la razón, el poder y el derecho de intervenir sobre el deseo y las pasiones, identificando la libertad con la plena manifestación del deseante.

Esa concepción se encuentra en **Friederich Nietzsche (1844-1900)** y en varios filósofos contemporáneos. Para esos filósofos, a quienes se les puede llamar de anti-racionalistas, la moral racionalista o de los débiles y resentidos que temen la vida, el cuerpo, el deseo y las pasiones es la moral de los esclavos, de los que renuncian a la verdadera libertad ética.

Contra la concepción de los esclavos, se afirma la moral de los

señores o la ética de los mejores, la moral aristocrática, fundada en los instintos vitales, en los deseos y en aquello que Friederich Nietzche llama voluntad de poder, cuyo modelo se encuentra en los guerreros bellos y buenos de las sociedades antiguas.

La teoría psicoanalítica de **Sigmund Freud (1856-1939)** trajo una nueva concepción de la moral, fundamentada en el inconsciente. El descubrimiento de que existe en la base de todo comportamiento humano un mundo oculto de pulsiones, deseos, sexualidad y agresividad, ayudó en la superación de los prejuicios, al igual que en la valorización del cuerpo y las pasiones, orientando la moral cada vez más hacia el hombre concreto.

En general, las personas precisan de tiempo para tomar decisiones y pensar en lo que van a hacer cuando se deparan con un dilema ético. La ética en el actual mundo global y virtual es mayormente compleja, imponiendo incluso reglas especiales.

5. PANORAMA JUSFILOSÓFICO MODERNO Y CONTEMPORÁNEO: BREVES COMENTARIOS

En el flujo de las transformaciones patrocinadas por la época moderna y contemporánea surgen nuevos cuestionamientos ante la ciencia y el hombre. Estas transiciones, apoyadas en las innovaciones provenientes del Estado moderno y del avance tecnológico, apuntan hacia nuevas direcciones desarrolladas a partir de una nueva concepción jusfilosófica y el historicismo de cada sociedad.

Por eso, uno de los pensadores modernos, **Nicolás Maquiavelo (1469-1527)** afirmaba que el hombre es egoísta por naturaleza y que solo es bueno si ve en ello alguna conveniencia, ya que cuanto más hábil e influyente, menos necesita recurrir a la violencia. En efecto, en su obra[10] más conocida identifica el tiempo de transición que vive la humanidad, registrando que el príncipe hábil es una especie de Dios que vale ser temido o amado, nunca odiado o despreciado.

Con posterioridad, **Francis Bacon (1561-1626)** admitía que el

[10] MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe: con notas de Napoleón Bonaparte*. Buenos Aires: Terra, 2006. p.88-92.

conocimiento era un medio de conquistar el poder; por otro lado, el verdadero conocimiento es producto del análisis y la observación de los fenómenos, introduciendo, por lo tanto, una metodología racional científica.

En otra esfera, **René Descartes (1596-1650)** entendía que las sociedades primitivas fueron en um primer momento esenciales y que en el período moderno las sociedades son naturales. Por tales razones, utilizó las ciencias exactas para deducir otros teoremas, haciendo saber que si algo no es verdadero es porque es falso. Alimenta su racionalidad instrumental la convicción de que la idea se afirma con el método y el conocimiento puede ser verdadero si se apoya en la razón, en el sentido de que las dudas son buscadas para que sean eliminadas.

Thomas Hobbes (1588-1679), desde otro enfoque, afirmaba que Dios existía en una suma de perfección para ser omnipresente y omnisciente. Aplicando la racionalidad en que la razón es instrumento de cálculo, dice que los medios conducen al fin y que el Estado garantiza el bien común en una sociedad centrífuga. En otras palabras, el Estado es el gran definidor, incluso prorrogándose el derecho de tomar las cosas desde una realidad latente, en un ideal positivista ético.

No obstante, **Baruj de Spinoza (1632-1677)**, iconoclasta de caráter individualista, entendía la razón desde el punto de vista de la eternidad, en una conjunción de realidades entre la naturaleza y Dios. En su obra Tratado Teológico Político plantea que el hombre actúa por sus actos y que los mismos se encuentran impulsados por deseos de Dios: "la teología no es sierva de la razón, ni ésta de la teología. Razón por la que estamos persuadidos de la autoridad de la sagrada escritura".[11]

Se ve, desde luego, la preocupación del pensamiento de la época por las indagaciones sobre la esencia divina y el nuevo formato del Estado, concomitantemente a la necesidad de adopción de preceptos éticos adecuados a la realidad fáctica de la existencia humana.

Así John Locke (1632-1704), jusnaturalista que propugnaba la existencia de una ingeniería política de control, admitía principios democráticos para la autolimitación del Estado en un mundo natural de propiedad común. Entendia la igualdad entre todos los hombres

[11] SPINOZA, Baruj. *Tratado teológico-político.* Buenos Aires: Libertador, 2005, p. 225-227.

con vistas a permitir la libertad, sin prejuicio de los otros. Ya **George Berkeley (1685-1753**) afirmaba que las sensaciones establecían la existencia de algo en el mundo, contraponiéndose evidentemente a Descartes. En consecuencia, postulaba que Dios en cada uno de nosotros sería la percepción de ese mundo exterior, imaginario y cósmico. Con todo **Voltaire (1694-1778)**, teórico sistemático que luchó contra el atraso y el dogmatismo, planteaba una reforma de la sociedad basándose en la idea del progreso de la razón. En su época ya admitía el principio del debido proceso legal para la consagración del juspuniendi Estatal. Atraillado, por lo tanto, a la sujeción de la ley, siempre y cuando la misma sea racional y benéfica.

Vale observar la completa modificación del pensamiento clásico y medieval ante los nuevos formatos identificadores de una postura ética humana y Estatal. En correspondencia, se tornó imperativo el adaptarse a los fenómenos culturales y sociológicos respecto a una mejor forma de organizar la sociedad, en busca de la satisfacción del individuo y del bien común.

Vale recordar que **Gottfried Leibniz (1646-1716)** identificaba el actuar humano por el fenómeno reflexivo de sus acciones, diferentemente de los animales que pueden actuar de forma espontánea y contingente. Y, repasando esas consideraciones, el escéptico **David Hume (1711-1776)** aplicó la teoría del conocimiento para afirmar que el empirismo es la única fuente de conocimiento. Aduce que la causalidad de los eventos es semejante a un instinto, refiriéndose a lo que pasa en nuestra mente en un perfecto encadenamiento de hábitos. Esta creencia en el mundo exterior produce la aserción de que no se puede afirmar o negar la existencia de algo fundamentado en cualquier tipo de argumento.

El gran crítico de la modernidad **Jean-Jacques Rosseau (1712-1778)** se apegó a la ley moral, abriendo el discurso sobre el origen de la igualdad. Afirmó que la conciencia moral "es la que dicta si un acto es bueno o es malo", en el sentido de que la idea del bien debe ser sustentada por la sociedad. Su obra "El Contrato Social" propone un modelo abstracto de lo que debería ser en una concepción política justa con equilibrio de fuerzas, no la realidad vivida, ya que la vida en sociedad crea nuevas necesidades.

En una época en que los valores son fuertemente contestados y

reevaluados, aparece la figura de **Immanuel Kant (1724-1804)** colocando la razón en juicio. Tomando esa posición como punto de partida, investiga la posibilidad de la metafísica y de la ética con la intención de entender y justificar las condiciones de las acciones. Para Kant la conducta moral depende de la intención, no de los resultados, llamando esa conducta de convicción. Tengamos en cuenta que se vive en un momento de profunda y revolucionaria redimensionalización de los paradigmas. En este sentido, adaptarse a las exigencias del mercado, a los avances del progreso de la cultura, de los valores o acompañarlos paralelamente no era nada fácil para las naciones, principalmente las menos desarrolladas, o aún aquellas en fase de desarrollo. Esto ocurre porque las conquistas sociales logradas con el advenimiento del nuevo pensamiento liberal, traído por la onda revolucionaria francesa, colocaron a todas las naciones en una situación similar al nuevo modelo económico que pretendía instalarse, sobrepujando los resquicios del absolutismo monárquico que remanecía en plena era contemporánea.

Los países más abiertos a la onda privatizadora y liberal que se acomodaba a finales del siglo de las luces, buscaron luego adaptarse a esta realidad que ya se manifestaba más que en un tiempo cabal a sus necesidades, pasando a tornarse viable la permeabilización del pensamiento liberal en toda su extensión.

Difícil, por cierto, fue situar la sociedad de un desarrollo tardío o en vías de desarrollo a esta estructura que tanto le parecia extraña y a la que tanto se insistía en adentrar sus complejidades económicas, políticas y, de manera irreversible, sociales.

En este rol de contradicciones, inaugurando el pensamiento contemporáneo, surge **Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)** usando la negación para mostrar la realidad, afirmando que sólo se puede explicar lo que ya pasó, lo que ya se realizó. Desde una visión organicista y determinista, incluso de Estado, informa que se debe superar el presente histórico conservando los elementos del pasado para que se hagan realizables los intereses de los individuos en comunidad.

En verdad, Hegel inicia afirmando que las bases del conocimiento humano se modifica de generación a generación, pues no existen verdades eternas. Todos los pensamientos anteriores habían establecido criterios eternos y, en este sentido, limitaba lo que el hombre debería saber acerca del mundo. Demuestra, a partir de estos postulados, la

ética como modo de ser, en significado técnico, como el producto de cada pueblo. En otra senda, **Arthur Schopanhauer (1788-1860)**, quien reacciona ante el pensamiento de Hegel, comparte con Kant la expresión de que el hombre cognoscente reconoce el mundo y sus representaciones, acrecentados, claro, por la voluntad o el designio de cada uno en cuanto fuerza propulsora de la naturaleza y el substrato de la realidad.

Bajo la óptica del premodernismo en muchos aspectos, **Bodin** entendía que el Estado es soberano y su Monarca no está sujeito a la orden jurídica, en cuanto el gobierno es la aplicación del poder. En realidad, hasta el dia de hoy no se confunde Estado y Gobierno, aunque actualmente ambos se encuentren sumisos al orden vigente de cada país, y además por otra parte el pueblo puede discutir cada vez más y poner en evidencia los actos atroces de las autoridades y los gestores en disonancia con la ética pública. Por otro lado **Ludwig Feuerbach (1804-1872)**, desde un materialismo crítico religioso, discute la filosofía teniendo como centro el hombre afirmando que "la religión es la reflexión, el reflejo de la esencia humana en sí misma".[12]

Ya **Jonh Stuart Mill (1806-1873)**, racionalista impecable, defiende el sufragio universal y la irrestricta libertad de opinión y de prensa, mientras **Friedrich Nietzsche (1844-1900)** toma como punto de partida la amoralidad propia de la época de la alta sociedad francesa y su libertinaje, no objetando la importancia de la misma en cuanto reguladora del comportamiento social sino que sirva para la vida, dando a entender sobre este punto que la verdad es siempre subjetiva y que se vuelve necesaria la negación de todas las formas posibles de sujeción.

En este paso, **Martin Heidegger (1889-1976)**, neokantista de la escuela existencialista alemana, caracteriza la conciencia ligada estrictamente al espacio temporal y espacial, como carácter própio de la condición humana acerca de los términos tiempo e ser.

Por su lado **Karl Max (1818-1979)**, viendo la realidad desde una acepción epistemológica del materialismo, refleja la comprensión de la esencia del trabajo y que la religión resulta ser una total autoalienación

[12] DELIUS, Christh; GATZEMEIER Mattias. *Historia de la filosofia: desde la antigüedad hasta nuestros dias*. Barcelona: Könemann, 2005. p. 82.

de los seres humanos. Desde esa posición, este pensador entendía que sólo habrá igualdad si dejan de existir las clases, ya que con la falsa conciencia de que la clase dominante piensa y los obreros trabajan, se privilegia solamente a la casta que vive en mejores condiciones. Ese materialismo dialéctico permitía el ciclo en favor de la burguesía.

Otro es el sentido de **Jean-Paul Sartre (1905-1980)**, existencialista que insiste en que los hombres están atados a los enlaces predispuestos y que la libertad comienza con la muerte. Afirmando que un ser tiene la libertad de cambiar su rumbo a partir de cada momento, ya que "la existencia precede y gobierna la esencia", se afirma que la moral surge en la posibilidad de una recusa de sus valores.

Enseguida viene **Karl Popper (1902-1994)**, aduciendo que la revolución del conocimiento científico avanza colocando teorias falsas, al igual que en una democracia representativa donde un gobernante hace lo que quiere, donde por medio del voto puede hacer lo que desea, en una perfecta elección por interés. Así, el pueblo gobierna indirectamente las omisiones éticas de sus gobernantes.

Focalizando la esfera del poder, afirma **Michel Foucault (1926-1984)** que el poder es una relación de fuerzas, estando en todos los segmentos y haciendo parte del todo. En realidad, reprime construyendo verdades y subjetividades. Por su estudio, el discurso es un instrumento por el cual el poder ejerce el control de la producción y la propagación de la verdad, y naturalmente surge la justicia, instaurando el poder en un determinado orden. Ese discurso acerca de la verdad se modifica en el tiempo, pues ya no surte efecto el discurso ritualizado de enunciación sino como conciencia de convencimiento de estar al lado de la justicia como esencia del poder.

Por fin, sólo resta observar el discurso como instrumento de persuasión del ciudadano con el mensaje, y también de demostración de aquello que se oferta, mucho más que la propuesta vehiculada, formando un discurso ético que nada exige pero presenta al interlocutor la verdad con legitimidad y justicia.

6. ABORDAJE HISTORICISTA Y SOCIOLÓGICA DEL SOFISMO

El Sofismo es la propia técnica, las enseñanzas y la práctica de los

sofistas. Se trataba de un grupo singular de pensadores que utilizaban argumentos atrabiliarios com la intención de manipular, recepcionar y persuadir o defender determinada posición, independientemente de su valor y verdad.

El origen del sofismo se establece en el término que significaba sabio, especialista en el saber. Los sofistas eran aquellos que se presentaban como sabios y maestros de la misma especie de profesores libres e itinerantes que ejercían su oficio, remunerados con el objetivo de enseñar el arte de hablar y tener éxito en la vida social.[13]

Los principales sofistas que sostenían tesis paradojales segun el saber de la época helénica son: Protágoras de Abdera, fundador del movimiento; Pródico de Céos; Hipias de Elis; Anrifon de Atenas; Trasímacos de Calcedônia, y Calícias y Gorgias de Leontino.

En verdad, los sofistas influenciaron el curso de la investigación filosófica y fueron los primeros en reconocer el valor formativo del saber y elaboraron el concepto de cultura (Paideia) como formación del hombre y como miembro de un pueblo o de un ambiente social.[14]

Se visualiza, desde luego, que la naturaleza relativista de sus tesis teóricas no es más que la expresión de una condición fundamental de la enseñanza y en cualquiera de los casos de interés de los sofistas se limitaban a la esfera de las ocupaciones humanas y a la propia filosofía como instrumento que posibilita su hábil movimentación en busca de sus intereses.

El carácter de la sofística se expresa como la profesión de la sabiduría, de aquellos que enseñaban mediante remuneración, limitándose a la enseñanza de las disciplinas formales y otras nociones desprovistas de solidez científica.

La creación fundamental de los sofistas fue la retórica como el arte de declamar o argumentar con el fin de impresionar o persuadir

---

[13] Nesse sentido: CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político: da cidade-estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico*. Tomo I. Tradução Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 37-43. REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. Vol. I, 4ªed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 73-74. JAGUARIBE, Hélio. *Um estudo crítico da história*. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 333-335.

[14] ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. Vol. I, 5ªed. Lisboa: Editorial Presença, 1991, p. 84.

independientemente de la validez de las razones adoptadas.

Según Jean-Jacques Chevallier[15], Protágoras, príncipe de los sofistas y perito en manipular la dialéctica, fue quien instauro el subjetivismo total en el terreno político como en el ético afirmando que el hombre es la medida de todas las cosas. Ya Hipias tejió opiniones originales sobre la relatividad de las leyes en el espacio según los pueblos y las ciudades, así como sus relaciones con la justicia, cuando dice que *todos los aquí presentes son para mí parientes, prójimos, conciudadanos por la naturaleza, tal vez por la ley. Por la naturaleza el semejante es pariente del semejante pero la ley, que tiraniza a los hombres, impone restricciones a la naturaleza.*

Así podemos percibir algunos aspectos del sofismo: a) los sofistas exigían compensación pecuniaria por sus enseñanzas, visando objetivos prácticos siendo esencial la búsqueda de alumnos; b) los sofistas eran nómadas, respetando el apego a la ciudad en contraposición al dogma ético griego; c) los sofistas manifestaron la notable libertad de espíritu en relación a la tradición, las normas y los comportamientos codificados mostrando una confianza ilimitada en las posibilidades de la razón; d) los sofistas comprendían un complejo de esfuerzos independientes para satisfacer la necesidade idéntica.

Finalmente podemos afirmar que la sofística destruyó la vieja imagen del hombre de la poesía y de la tradición prefilosófica y no supo reconstruir una nueva estampa, habiendo sido rechazado sobre todo por Sócrates, uno de los pensadores más importantes de la Grecia clásica, y Platón.

7. SÓCRATES VERSUS SOFISMO: LA MAYÉUTICA ES LA PARTURIZACIÓN DE LAS IDEAS

Sócrates, hijo de un escultor y de una partera, nació en una época en que Atenas se tornava potencia política, económica y militar (470-399 AC); nada dejó escrito, sólo sus ideas divulgadas por sus principales discípulos: Xenofonte y Platón. La expresión socrática fue eternizada

---

[15] CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político: da cidade-estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico*. Tomo I. Tradução Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 39.

en Platón que se coloca como un porta-voz de su doctrina, y aun Xenofonte[16] que presenta Sócrates en una dimensión menos mítica.

Desde su juventud, Sócrates tenía el hábito de debatir y dialogar con la gente de su ciudad. Al contrario de sus predecesores, no fundó una escuela, prefiriendo realizar su trabajo en locales públicos, de forma no comprometida, dialogando con todas las personas, lo que fascinaba a jóvenes, mujeres y políticos de su época.

Las cuestiones que Sócrates privilegia son las referentes a la moral, de allí el ponerse a preguntar en qué consiste el coraje, la cobardía, la piedad, la justicia y así el resto. En verdad, por medio de preguntas, él destruye el saber constituido para reconstruirlo en la búsqueda de la definición del concepto.

En la enseñanza socrática, para que haya una definición de la esencia universal del hombre, es preciso que exista algo más allá de los hombres particulares y diferentes entre sí que nosotros conocemos, un otro mundo donde exista la justicia en sí. Es en el mundo invisible que la justicia triunfa.

El autoconocimiento es parte estructural de la razón socrática desarrollada a través de diálogos, siendo estos divididos en ironía y **mayéutica**, con un estilo de vida aparentemente sofista aunque jamás vendió sus enseñanzas; interrogaba a las personas por las calles queriendo de ellas una posición a propósito de la justicia, el bien y el mal, del derecho, según reporta Frederico Abrahão de Oliveira en su obra "Filosofia del Derecho Ocidental".[17]

Hay, por lo tanto, una coincidencia entre Sócrates y los Sofistas en lo que conscierne al entendimiento sobre la necesidad de que el derecho traiga su origen vinculado a la naturaleza humana. La diferencia entre uno y otros estriba en que los sofistas consideran los aspectos relativos al hombre en cuanto Sócrates va hasta la esencia humana tomando en cuenta el espíritu ético, a pesar de que exista una tradición proveniente de Aristóteles al afirmar que los sofistas nada dijeron.

---

[16] En Apologia de Sócrates, Xenofonte relata, a través del testimonio interesante, el proceso socrático describiendo que Sócrates, altivo, digno y sereno, prefiere morir a deber la vida a jueces despreciables.

[17] OLIVEIRA. Frederico Abrahão de. *Filosofia do direito ocidental: momentos decisivos*. Porto Alegre: Sagra, 1996, p. 102.

Más aún: se registra que

> "los sofistas sostenían el relativismo en el conocimiento y en la moral. Sócrates discrepaba radicalmente en este punto de ellos. Recordemos que para los sofistas no había un criterio universal o patrón con el medir las actitudes morales, por lo cual no era posible hallar definiciones precisas de ellas y, en consecuencia, hacer ciencia rigurosa ("episteme"). Sócrates, por el contrario, pensaba que sí era posible encontrar este patrón utilizando con rigor el razonamiento que nos diera las definiciones precisas para cada concepto. A través del diálogo, el razonamiento y, por tanto, la comunicación, es posible lograr las definiciones precisas. Sócrates sí cree en un conocimiento "epistémico" sobre los conceptos morales. En este empeño por un saber "científico" sobre cuestiones morales tiene bastante que ver el modelo de saber utilizado, el saber técnico".[18]

Se ha señalado que él vivió y murió enseñando el respeto a las leyes (al contrario de sus adversarios sofistas que se insurreccionaron contra textos legales), afirmando la noción del alma y el yo conciente como personalidad intelectual y moral para concluir, inevitavelmente, en que *"el alma nos ordena conocer a aquel que nos advierte el conócete a ti mismo."*[19]

---

[18] Los Sofistas y Socrates. *Revista filosofia de bachillerato*. Disponível em: <http://perso.wanadoo.es/jupin/filosofia/sofistas_socrates.html>. Acesso em 30 out. 2003.

[19] Nesse sentido: CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político: da cidade-estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico*. Tomo I. Tradução Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 44. REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. Vol. I, 4ªed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 88. CRETELLA, José Júnior. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 106.

El lema en que Sócrates - *"Conócete a ti mismo"* - cifra toda su vida de sábio reside en que el perfecto conocimiento del hombre es el objetivo de todas sus especulaciones y la moral, el centro hacia el cual convergen todas las partes de la filosofía. La psicología le sirve de preámbulo, la teodicea[20] de estímulo a la virtud y de natural complemento de la ética.

La manera del cómo Sócrates hacía que las personas se conocieran a sí mismas también estaba ligada a su descubrimiento de que el hombre, en su esencia, es su *psyché*. En su método, llamado de **mayéutica**, él tendía a despojar a la persona de su falsa ilusión de saber, fragilizando su vanidad y permitiendo que la persona misma estuviese más libre de los prejuicios y más susceptible a extraer la verdad lógica que estaba en su interior.

Él nada enseñaba, apenas ayudaba a que el interlocutor de turno formara por su cuenta opiniones propias y limpias de falsos valores, pues entendía que el verdadero conocimiento tiene que venir de adentro, de acuerdo con la conciencia.

Indubitablemente el objetivo del diálogo socrático, *"[...] era matar al maestro en el discípulo, inocularle el gérmen de la duda metódica, del cuestionamiento purgativo, y prepararle el espíritu para un auténtico aprendizaje..."*, afirma Eduardo Navarro[21] al comentar el perfil biográfico de Sócrates – Maestro de Grecia y del Mundo – , en el capítulo introductório al clásico Banquete de Platón.

Entendía el sabio griego que el proceso de aprender es un proceso interno, y tanto más eficaz cuanto mayor sea el interés de aprender. Sólo el conocimiento que viene de adentro es capaz de revelar el verdadero discernimiento, tomando, concomitantemente, conciencia de su propio pensamiento.

En esa línea, se opera una revolución en el tradicional cuadro de la enseñanza y de los valores. Los verdaderos valores no son aquellos que están ligados a las cosas exteriores como la riqueza, el poder, la vida, sino aquellos valores del alma que se resumen todos en el conocimiento.

---

[20] Trata-se teodicéia de disciplina filosófica que procuram justificar a bondade divina, contra os argumentos tirados da existência do mal no mundo, refutando as doutrinas dualistas que se apóiam nesses argumentos procurando reivindicar a bondade e a justiça de Deus, apesar de existirem o mal natural e sofrimento humano.

[21] PLATÃO. *O Banquete.* Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 24.

Es, por otro lado, al orden cívico que el sabio Sócrates impulsa su vida y, difícilmente podría imaginar un sacrificio mayor. Así, él murió predicando un respeto a las leyes, mas tal postura no significa que hubiera predicado el respeto a las leyes injustas; alias, Sócrates, cuando se encuentra condenado a muerte y es visitado por sus amigos, los cuales le proponían la fuga de la prisión evitando la ejecución de la pena impuesta injustamente, lo que no acepta diciendo:

> "si me pertenece el derecho de salir de esta prisión sin el permiso de los atenienses o, si por el contrario, carezco de ese derecho es lo que debemos analizar. ¿El Estado nos cometió injusticia decidiendo equivocadamente la controversia jurídica? Es lo que debemos decidir."

Argumenta Sócrates que el orden jurídico reinante en la ciudad de Atenas es la propiciadora de las condiciones de vida de sus ciudadanos que están bajo guarida del orden establecido; así, en la relación existente entre el Estado y los ciudadanos no hay igualdad puesto que estos deben a la patria, la vida y el conocimiento que poseen, volviéndose, por lo tanto, siervos del sistema.

Vale recordar que entre los pueblos organizados, la justicia es el propio poder, fundamento de los poderes públicos que se instituyen por delegación de la soberanía popular. La justicia es el propio derecho realizado.

Afirma Hans Kelsen sobre la armonía entre la justicia y el derecho positivo en la época de Sócrates que este filósofo "nos remite la parte del derecho de la moral positiva directamente a los dioses declarando: 'hasta los mismos dioses tienen lo justo y lo legal por una única y misma cosa.'"[22]

Nelson Saldanha plantea que el derecho ocurre en las sociedades con una estruturación ético-política destinada a resolver problemas que pueden ser o no "conflictos: una estruturación que tiende a estabilizarse y a vigorizar como forma, pero que al mismo tiempo cambia, se altera,

[22] KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 504-506.

cambia de contenido"[23], y continúa, describiendo la justicia como valor: "la justicia es siempre un 'ideal', aunque tienda o deba tender a una realización a través de instituciones, normas y criterios."[24]

Es importante sobremanera señalar que John Rawls conceptúa la justicia como

> "un significado, un equilibrio adecuado entre reivindicaciones competitivas y una concepción de la justicia como un conjunto de principios correlacionados con la identificación de las causas principales que determina ese equilibrio."[25]

Sócrates, finalmente, finge ignorar todo, aduciendo no haber un concepto general de cualquier cosa. El concepto es, pues, el fruto, el término, el desecho de un proceso que dialécticamente va de la multiplicidad a la unidad, del error a la opinión verdadera.

8. CONTENIDO CONCLUSIVO: IDEARIOS Y VALORES DE LA JUSTICIA. ¿LA JUSTICIA O UNA JUSTICIA?

En apretada síntesis, se puede comprender que la ética influencia em el dia a día de la humanidad, siendo necesario diferenciar las actitudes egoístas, producidas en la mayoría de los casos por los sofistas, así como la construcción del pensamiento y la creación de las ideas provenientes de la experiencia humana, con vistas a una justicia equilibrada y ecuánime.

De este modo, estaremos más próximos al respeto de los valores innatos del ser humano, pudiendo tratarlo con dignidad, aun frente a situaciones conflictivas y opuestas que revelan el mundo globalizado o para algunos: mundo globocolonizado.

Bajo esta perspectiva, no hay un concepto único de justicia. Esta se

---

[23] SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 4.
[24] SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política.* Porto Alegre: Fabris, 1987, p.156.
[25] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* São Paulo: Matins Fontes, 1997, p. 11.

encuentra en las ideas, en el conocimiento verdadero y relativamente aceptable que se adquieren mediante indagaciones, cuestionamientos. Por sus preguntas, Sócrates, ha obligado muchas veces a los hombres experimentados a que elucidaran todo lo que sabían sobre la justicia. Estos hombres percibieron que, a lo máximo, sólo podían citar ejemplos de justicia y que eran incapaces de descubrir el concepto general que definirían a la justicia como tal. Según Sócrates existe "una justicia" y no la Justicia.

Ciertamente, es doloroso descubrir que tal "concepto" designa una justicia que, conforme Sócrates, tiene su existencia en el mundo invisible. Lo vemos de manera clara, en suma, en el ejercicio de la ironía del sofismo y de la mayéutica socrática.

Así es que la justicia socrática y la contemporánea divergen en su forma representativa en el sentido de que encontraba imbuída en los valores introspectivos de cada hombre, buscaba el sentido rectilíneo de pensar la solución de las contiendas, mientras que la moderna, renovada por las exigencias del derecho positivo y muchas veces influenciada por factores diversos, promueven la lenta y virtual solución de las lides, apartando el verdadero objetivo de la justicia real deseada por todos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. Vol. I, Lisboa: Editorial Presença, 1991.

ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva,1996.

ADMOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do estado*. V.1 Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

BITTAR, Eduardo. *A justiça em Aristóteles*. Rio de janeiro: Forense Universitária, 1999.

CAPUTI, María Claudia. *La ética pública*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1997.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político: da cidade-*

estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico. Tomo I. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.
D'AURIA, Anibal. *Revista 15 Años de investigación cientifica en la UBA: avances del conocimiento y logros tecnológicos*. Buenos Aires: UBA. Disponível em: <http:// http://www.rec.uba.ar/Documentos/Memoria%202.pdf>. Acesso em 30 mar. 2007.
DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antônio José Brandão, vol. 1°, São Paulo: Saraiva, 1948.
DELIUS, Christh; GATZEMEIER, Mattias. *Historia de la filosofia: desde la antiguidade hasta nuestros dias*. Barcelona: Könemann, 2005.
DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 2000.
DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico*. Buenos Aires: Libertador, 2006.
EINSTEIN, Alberto; INFELD, Leopold. *La Física, aventura del pensamiento: el desarrollo de las ideas desde los primeros conceptos hasta la relatividad y los cuantos*. Buenos Aires: Losada, 2004.
FILHO, Adonias. *Sócrates: os grandes personagens e a história.* Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1996.
Foucault, Michel. *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets Editores, 1980.
GARCIA MORENTE, Manuel. *Fundamentos de filosofia I : lições preliminares*. Tradução e prólogo de Guilhermo de la Cruz Coronado, 8º ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.
GILES, Thomas Ransom. *Dicionário de filosofia: termos e filósofos*. São Paulo: EPU, 1993.
HAMERMAN, J. *Ensayos políticos.* Barcelona: Península, 1977.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fundamentos de la filosofia del derecho*. Madrid: Libertarias/Prodhufi,1993.
HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Madrid: Sarpe, 1983.
HUISMAN, Denis. *Dicionário de obras filosóficas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
JAGUARIBE, Hélio. *Um estudo crítico da história.* Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
JÚNIOR, José Cretella. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
KELSEN. *O problema da justiça*. Tradução João Batista Machado. 3ªed.

São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LIMA, Vaz Henrique C. de. *Escritos de filosofia II*. São Paulo: Loyola, 1993.
LOCKE, John. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Losada, 2003.
MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe: con notas y comentários de Napoleón Bonaparte*. Buenos Airers: terra, 2006.
NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
NIETZSCHE, Friedrich. *Aforismo y otros escritos filosóficos*. Buenos Aires: Adrómeda, 2003.
OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Filosofia do direito ocidental: momentos decisivos*. Porto Alegre: Sagra, 1996.
PADOVANI, Humberto e GASTANGNOLA, Luís. *História da filosofia*. 7º ed. São Paulo: Melhoramentos, 1967.
PASCAL. *Pensamientos: sobre la religión y sobre otros asuntos*. Buenos Aires: Losada, 2003.
PLATÃO. *Apologia de Sócrates: Banquete – texto integral*. Tradução de Peitro Nassentti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pesetta e Lenita M. R. Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antigüidade e idade média*. Vol. I, 4ªed., São Paulo: Paulus, 1990.
Revista filosofia de bachillerato. *Los sofistas y socrates*. Disponível em: <http://perso.wanadoo.es/jupin/filosofia/sofistas_socrates.html>. Acesso em 30 out. 2003.
ROMMEL, Robatto. *Desafios da ética na administração pública*. monografia UFPE, Pernambuco, Brasil. 2003.
RORTY, Richard. *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporâneos: escritos filosoficos 2*. Barcelona: Paidós, 1993.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Proyecto de constitucion para Corcega*. Madrid: Tecnos, 1988.
SALDANHA, Nelson. *Ética e história*. Rio de Janeiro: Renovar,1998.
_____. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
_____. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Sánchez Vásquez, Adolfo. *Ética.* Tradução João Dell'Anna. 21ª. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
Singer, Peter. *Ética prática*, Tradução Jefferson Luís Camargo, 2ª. ed., São Paulo, Martins Fontes Editores, 1998.
Sousa Santos, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 8ª. ed., São Paulo, Cortez Editora, 2001.
SPINOZA, Baruj. *Tratado teológico-político*. Buenos Aires: Libertador, 2005.
WEBER, Max. *El político y el científico*. Buenos Aires: Libertador, 2005.

A IMPUGNAÇÃO DO DEVEDOR NA NOVA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Bruno Barros Cavalcanti, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, com monografia de conclusão de curso aprovada com louvor à unanimidade, cuja síntese ora se publica neste artigo.

RESUMO: Trata da impugnação do devedor, novo instituto criado pela Lei 11.232/05 aplicável à execução dos títulos judiciais. Elucida os principais pontos controvertidos, como o procedimento, requisito da segurança do juízo, efeito suspensivo, a decisão e sua recorribilidade, subsistência da exceção de pré-executividade entre outros.

ABSTRACT: It deals with impugnation of the debtor, new institute created by applicable Law 11.232/05 to the execution of the headings judicial. It elucidates the main controverted points, as the procedure, requirement of the security of the judgment, suspensive effect, the decision and its appeal, subsistence of the pre-executivity exception among others.

1. INTRODUÇÃO

Vive-se um momento de profunda alteração na sistemática processual civil brasileira, pois inúmeras são as mudanças produzidas em todo o Código de Processo Civil, sobretudo no ponto que mais interessa que diz respeito ao cumprimento dos provimentos judiciais civis.

Pode-se afirmar, conforme entendimento de Alexandre Freitas Câmara[1], que com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.444/02 e Lei nº 11.232/05 houve um rompimento definitivo com o modelo inicial constante do CPC/73 a respeito da execução da sentença.

[1] CÂMARA, Alexandre Feitas. *A nova execução de sentença*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 12.

Em decorrência das modificações, rompeu-se com a dicotomia processo de conhecimento/processo de execução autônomos e independentes, passando a vigorar a teoria do sincretismo processual.

A partir de agora, para a maioria dos casos, haverá um processo único, dividido em duas fases. Preliminarmente haverá o conhecimento que culminará com o provimento judicial requerido, e posteriormente, dentro do mesmo processo, a fase de cumprimento de sentença que servirá para realizar o direito material definido.

Não será mais necessário manejar um novo processo para obter o bem da vida postulado inicialmente. Para a realização concreta do direito material, objeto da demanda, e reconhecido pela sentença, passa a ser despicienda a propositura de uma nova ação.

O rompimento do sistema incide não apenas na forma de visualizar o conhecimento e a execução como fases de um mesmo processo, mas atinge também os institutos e os atos que compõem todo o procedimento, mormente aqueles relacionados com a etapa de realização material da sentença.

Outra conseqüência não podia ser esperada. Com a adoção do sincretismo processual houve mudança de paradigma do Código de Processo Civil no que toca ao cumprimento dos títulos executivos judiciais. Deste modo, todos os atos e institutos que antes compunham o conhecido processo de execução sofreram modificações.

Pode-se dizer que alguns institutos passaram por mudanças mais expressivas, como os embargos do devedor, e outros por modificações de menor expressão, como a invasão do patrimônio do devedor. Mas em verdade todos os elementos do sistema foram alterados pelas reformas do CPC.

Os embargos à execução foram um dos institutos que sofreram maiores modificações. Eles se tornaram de aplicação bastante reduzida, limitados apenas a alguns casos, como na execução de título judicial ou extrajudicial contra fazenda pública e execução de título extrajudicial em geral.

Em seu lugar surgiu, como meio de defesa do executado na fase de cumprimento de sentença, a impugnação do devedor que será objeto de estudo no presente trabalho.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Meio de defesa do executado[2], a impugnação do devedor é um instituto jurídico que foi incorporado ao ordenamento pela Lei 11.232/05. Veio em substituição aos embargos do devedor[3] nas ações de execução de título judicial[4]. No Código de Processo Civil Brasileiro, a sua disciplina está contida nos artigos 475-J § 1º, 475-L e 475-M.

Alexandre Freitas Câmara[5] conceitua a impugnação do devedor como uma resposta do executado. Araken de Assis[6] a inclui no rol dos remédios contra a execução, tratando-a como um meio de reação do devedor. Conforme este último autor, a impugnação do devedor,

---

[2] Não há qualquer contradição em continuar utilizar a denominação executado pra se referir à parte que deve cumprir a obrigação, apesar da ação de execução autônoma ter deixado de ser a regra na sistemática processual. Neste sentido José Ignácio Botelho de Mesquita: (...) "Não estranhe o leitor se ainda falamos em "execução", em vez de "cumprimento" de sentença. A expressão "execução" ainda cabe, não só porque a nova lei continuou a empregá-la, como também porque sempre soaria como uma *contradictio in terminis* vir o executado a impugnar o "cumprimento", que é ato seu e que só por ele pode ser praticado, em vez de impugnar a ordem de execução, que é ato do Estado." ; BOTELHO, José Ignácio Mesquita. Metamorfose dos embargos. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, p. 57/58, maio, 2006.

[3] De acordo com o art. 741 do CPC, os embargos à execução remanescem para os casos de execução por quantia certa de título executivo judicial contra a Fazenda Pública. Estes não serão objeto de estudo no presente trabalho.

[4] Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
IV – a sentença arbitral; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

[5] CÂMARA, op. cit., 2006, p. 126.

[6] ASSIS, op. cit., 2006, p. 297.

quando manejada, dará azo à criação de um novo processo. Surgirá então uma ação autônoma, por ele chamada de oposição à execução.

Araken de Assis, ao expressar sua opinião, defende a autonomia da impugnação do devedor, em virtude dela ter a força de suspender a marcha do cumprimento de sentença. Ainda argumenta que dado este efeito tão relevante, não poderia ser considerada apenas como incidente ao processo. Confira-se:

> Reservar a qualidade de autêntica oposição à ação autônoma, reduzindo os embargos e, agora, a impugnação ao papel de simples contestação, obscurece o fato de que por seu intermédio o executado põe barra, susta no todo ou em parte a execução. Bem por isso é universal a idéia de que o executado veicula por ação sua reação contra o executado.[7]

Contudo, esta linha de raciocínio não é a mais perfeita. Inúmeros são os incidentes processuais que têm o poder de suspender o andamento do feito, mas nem por isso são considerados ações autônomas. É o que ocorre com as exceções instrumentais[8], as quais suspendem o procedimento principal sem formar processo independente.

Desta forma, apoiado pela maioria da doutrina[9], conclui-se que a impugnação do devedor não possui natureza de processo autônomo, como ocorria com os embargos do devedor. Trata-se de um incidente

---

[7] ASSIS, op. cit., 2006, p. 314.

[8] "Empregada no sentido de modalidade de resposta do réu, exceção é o incidente processual pelo qual se pode alegar, com a *suspensão do procedimento principal* (CPC, art. 306, c/c art. 265, III), determinadas matérias, que por determinação legal, devem ter um procedimento próprio para serem investigadas e decididas. São exceções instrumentais." "A lei prevê três espécies: incompetência relativa, impedimento e suspeição".(grifo do autor) DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 435.

[9] CÂMARA, op. cit., 2006, p. 126; BEDAQUE, José Roberto do Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, p. 74, maio 2006; BOTELHO, op. Cit., p. 58.

ao processo[10] que transcorrerá durante a fase de cumprimento de sentença.

Com a interposição da impugnação, não haverá instauração de nova relação jurídica processual, muito menos de uma nova ação. Se nem mesmo a fase executiva é realizada em processo autônomo, há incoerência em considerar que um dos seus elementos - a impugnação do devedor - será implementada através de processo independente.

Veja o que afirma Athos Gusmão Carneiro:

> Como já se mencionou, e tendo inclusive em vista que o cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia passou a ser uma fase do processo de conhecimento (cujo objeto foi ampliado), não mais assiste ao devedor a possibilidade de defender-se através de uma "ação" embargos do devedor (com natureza de "ação de conhecimento" intercalada), mas sim mediante simples *impugnação* aos atos executórios, isto é, mediante uma atividade meramente incidental, sem a instauração de "nova" relação jurídica processual. Aliás, se o cumprimento da sentença não mais se constitui em processo autônomo, não se compreenderia que a contradita a tal cumprimento se fizesse em ação autônoma.[11]

2. REQUISITOS E PROCEDIMENTO DA IMPUGNAÇÃO DO DEVEDOR

A impugnação do devedor deverá ser interposta dentro dos 15 (quinze) dias seguintes à intimação da penhora e avaliação, conforme

---

[10] "*Incidente do processo* é ato ou série de atos realizados no curso de um processo. É um procedimento menor, inserido no procedimento desse processo, sem que surja nova relação jurídica processual. Exemplos: a) exceções instrumentais de suspeição, impedimento, incompetência relativa; b) incidente de uniformização de jurisprudência; c) incidente de declaração de inconstitucionalidade." DIDIER JÚNIOR, op. cit., 296.

[11] CARNEIRO, Athos Gusmão. Do "cumprimento da sentença", conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, p. 25, maio 2006.

se denota do §1º do art. 475-J do CPC[12]. Este prazo é contado de forma ordinária, ou seja, exclui-se o dia do começo e inclui-se o dia do vencimento, conforme prevê o art. 184 do CPC.

A Lei 11.232/05, apesar de editada com o fulcro de conceder maior celeridade ao processo, aumentou para 15 (quinze) dias o prazo de apresentação da impugnação do devedor. Ao tempo, em que os antigos embargos nas execuções por quantia certa deveriam ser apresentados em 10 (dez) dias.

A comunicação ao executado dos atos de constrição patrimonial e da avaliação, que é o termo inicial do prazo, poderá ser efetuada na pessoa do advogado. Na falta deste, será feita ao próprio devedor ou seu representante legal.

Quando a comunicação for feita ao executado ou seu representante legal, poderá ser via correio ou por mandado. Se a intimação for feita ao advogado, poderá ocorrer pelo órgão oficial, pessoalmente ou por via postal (art. 236 e 237 do Código de Processo Civil pátrio)[13].

Nos casos em que a intimação é elaborada via *Diário de Justiça*, o termo inicial do prazo para a apresentação da impugnação do devedor será a publicação. Utilizada a via postal ou Oficial de Justiça, a contagem iniciará com a juntada do instrumento de comprovação da intimação aos autos do processo[14].

Se o pólo passivo da ação for composto por mais de um executado, o prazo terá início com a última intimação. Segundo Araken de Assis[15], mesmo que eles tenham constituído advogados diferentes, não haverá

---

[12] Leia-se o art. 475-J do Código de Processo Civil:
Art. 475-J Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
§ 1ª Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

[13] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Notas acerca da impugnação ao cumprimento de sentença. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, p. 92, maio 2006.

[14] Art. 241 do CPC.

[15] ASSIS, op. cit., 2006, p. 284/285.

a dobra prevista no art. 181 do CPC. Em posição contrária, Alexandre Freitas Câmara defende a contagem em dobro do prazo para impugnar se os devedores possuem advogados diversos[16].

A eventual apresentação das exceções instrumentais de incompetência, de impedimento ou de suspeição dará causa à suspensão do transcurso do prazo para apresentação da impugnação. Bem assim ocorrerá em caso de interposição de embargos de terceiros com efeito suspensivo (art. 1.052 CPC) ou embargos à arrematação (art. 746 CPC).

Caso a impugnação seja apresentada depois de escoado o prazo, será considerada intempestiva, devendo ser indeferida em virtude da preclusão temporal.

Conforme se extrai do art. 475-J do CPC, a penhora, que torna seguro o juízo, assim como ocorria nos antigos embargos, é requisito de admissibilidade da impugnação do devedor[17]. Entendimento compartilhado por grande parte da doutrina[18], combatida minoritariamente por José Roberto dos Santos Bedaque[19].

Destarte, a impugnação não será admitida se não houver segurança do juízo, requisito que pode ser apreciado *ex officio* pelo juiz. Contudo, caso seja constatada a inexistência da penhora, o magistrado não precisará indeferir de plano a impugnação do devedor, poderá aguardar a sua ulterior efetivação para, a partir daí, processar a oposição.

Mesmo que os bens dados em garantia não sejam suficientes para garantir a execução, a impugnação poderá ser admitida. Este posicionamento é extraído de interpretação analógica da decisão do

---

[16] CÂMARA, op. cit., 2006, p. 125.

[17] ASSIS, op. cit., 2006, p. 299.

[18] VIANA, op. cit,. p. 92. CARNEIRO, op. cit., p. 13.

[19] "Duas ponderações, todavia, são necessárias. Em primeiro lugar, se aprovado o projeto de lei sobre execução fundada em título extrajudicial (PL 4.497/2004), o artigo 737 do Código de Processo Civil será revogado . Além disso, a desnecessidade de penhora, depósito ou caução será regra expressa (CPC, art. 736). Isso significa dizer que os embargos à execução prescindirão de garantia. Se assim é, não parece haver coerência em exigi-las nas impugnações"

"Em conseqüência, admissível interpretar o artigo 475-J, § 1º, como regra destinada tão-somente a fixar o termo *a quo* do prazo para a impugnação. Esta pode ser apresentada, todavia, independentemente de garantia, pois não há exigência expressa dessa medida como pressuposto de admissibilidade. Se realizada a penhora, a impugnação deve ser reduzida em quinze dias, sob pena de preclusão". BEDAQUE, op. cit., p. 106.

STJ[20], na qual foram admitidos os antigos embargos do devedor, mesmo quando o valor do bem penhorado era menor que a dívida.

A competência para processar a impugnação do devedor será do juízo onde foi realizada a fase de conhecimento da causa, pois ali também o é para o cumprimento da sentença.

Todavia, caso o exeqüente opte por exercer a prerrogativa do parágrafo único do art. 475-P do CPC[21], a competência para impugnação que verse sobre atos praticados pelo juízo deprecado será afeta a este. O juízo deprecante terá competência para apreciar qualquer matéria que seja argüida via oposição do devedor[22], ainda que os atos impugnados tenham sido praticados no juízo deprecado.

Recebida a impugnação, *ex officio*[23] ou a requerimento do devedor, o juiz poderá suspender a fase de cumprimento de sentença. Para isso, há necessidade de preenchimento de dois requisitos: os fundamentos da oposição devem ser relevantes e também deve existir receio de grave dano de difícil ou incerta reparação, caso a execução prossiga.

De acordo com a lição de Araken de Assis, haverá relevância nos fundamentos se, mediante um juízo sumário, o juiz possa constatar que haverá êxito na impugnação. Seguindo as lições do citado autor, o

---

[20] 1ª S. do STJ, Eresp 807.723-PR, 10.04.2002, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Embargos de Divergência (CPC, arts. 496, VIII, e 546, I; art. 266, RISTJ). Execução Fiscal. Penhora. Insuficiente. Admissibilidade, dos Embargos do Devedor. Lei nº 6830/80 (arts. 15, II, 16, § 1º, 18 e 40). CPC, artigos 646, 667, II, 685, II, e 737, I.

1. Consideradas as circunstâncias factuais do caso concreto, inexistindo ou insuficientes os bens do executado para cobrir ou para servir de garantia total do valor da dívida exeqüenda, efetivada a constrição parcial e estando previsto o reforço da penhora, a lei de regência não impede o prosseguimento da execução, pelo menos, para o resgate parcial do título executivo. Ficaria desajustado o equilíbrio entre as partes litigantes e constituiria injusto favorecimento ao exeqüente a continuação da constrição parcial, se impedido o devedor de oferecer embargos para a defesa do seu patrimônio constrito. Se há penhora, viabilizam-se os embargos, decorrentes da garantia parcial efetivada com a penhora.

2. Embargos rejeitados.

[21] Segundo Art. 475-P do CPC. Art. 475-P O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Parágrafo único. No caso do inciso II do caput deste artigo, o exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

[22] ASSIS, op. cit., 2006, p. 338-339.

[23] CÂMARA, op. cit., 2006, p. 133 e ASSIS, op. cit., 2006, p. 348.

receio de grave dano de difícil ou incerta reparação estará presente, quando:

> "(a) o exeqüente não apresenta idoneidade financeira evidente para suportar a indenização que lhe resultaria do acolhimento da impugnação fundada nos incisos II e VI do art. 475-L; (b) a alegação do executado envolve um direito fundamental, a exemplo do direito à moradia (art. 6º da CF/88), alegada a condição de residência familiar do bem penhorado, caso em que não há reparação pecuniária que remedie a privação da moradia."[24]

A suspensão é medida excepcional. Ela poderá atingir apenas uma parte da execução se, sobre o restante, não recair nenhum risco de dano, ou não houver relevante fundamento para tal. Um exemplo disto é o caso em que se pleiteia, na impugnação, apenas a redução do valor da execução, sob o *quantum* incontroverso, o cumprimento poderá continuar sem problema algum.

O efeito suspensivo poderá ser afastado se, mesmo presentes os requisitos, o exeqüente, mediante seu requerimento, prestar caução suficiente, idônea, e arbitrada pelo juiz nos próprios autos do cumprimento de sentença.

A decisão que concede, ou não, o efeito suspensivo, por ter natureza interlocutória, é recorrível mediante agravo de instrumento, não podendo o tribunal converter em retido, pois pelas próprias características da suspensão da execução, há presença dos requisitos do art. 522, *caput,* do CPC[25].

Se foi concedido o efeito suspensivo à impugnação, esta tramitará nos próprios autos do cumprimento da sentença. Não existindo tal

---

[24] ASSIS, op. cit., 2006, p. 350-351.

[25] Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

efeito, a sua autuação será feita em apartado, apenso aos autos principais conforme dispõe o art. 475-M, § 2º.

A impugnação do devedor seguirá o rito comum[26], adequando-se a todas as peculiaridades deste. O prazo de resposta para que o exeqüente manifeste-se sobre a impugnação será de 15 (quinze) dias[27].

3. MATÉRIAS ARGÜÍVEIS VIA IMPUGNAÇÃO

Sem aprofundar o assunto, pois este não é objeto do presente trabalho, pode-se dizer que no processo sincrético a fase de conhecimento é de cognição[28] plena, ou seja, qualquer matéria de direito ou de fato pode ser alegada pelas partes e o magistrado será obrigado a apreciá-las[29]. Há uma extensão horizontal, livre e ilimitada da atividade do órgão judicial.

Ainda nesse primeiro momento, a análise dos fatos postos em juízo deverá ser efetuada de forma completa, ou seja, o magistrado deverá lançar mãos de todos os meios necessários para descobrir a veracidade e circunstância dos fatos alegados pelas partes, o que qualifica a cognição como exauriente. Desta forma, com relação ao plano vertical da atividade jurisdicional, o seu desempenho também será pleno.

---

[26] "Omisso que seja o art. 475-M, o rito da impugnação é o comum, à semelhança do que se sucede na liquidação por artigos (art. 475-F). Na hipótese do rito ordinário, aplicam-se, destarte as "providências preliminares" dos arts. 324 a 328, conforme exige o art. 323. Assim, argüindo o impugnado alguma questão prévia, o juiz abrirá prazo de dez dias para o impugnante se manifestar. Igualmente, não cabe o julgamento antecipado, se não há questão de fato dependente de prova diversa da documental. O art. 475-M, § 2º, recomenda seja "instruída" a impugnação justamente fitando tal possibilidade. A designação da audiência segue o modelo comum de todos os procedimentos".

[27] ASSIS, op. cit., 2006, p. 354 e CARNEIRO, op. cit., p. 25. Em sentido contrário, para quem o prazo é de 5 dias, por falta de disposição legal, posiciona-se Alexandre Freitas Câmara. CÂMARA, op. cit., 2006, p. 134.

[28] "Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízo de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las. Trata-se de atividade comum a todas as categorias de processo, embora se revele predominante no processo cognitivo". CÂMARA, op. cit., 2004, p. 271.

[29] "Em primeiro lugar, o plano horizontal (extensão), que diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição judicial. Aqui se define quais as questões podem ser examinadas pelo magistrado a cognição, assim, pode ser: a) plena: não há limitação a que o juiz conhecer; b) parcial ou limitada: limita-se o que o juiz pode conhecer." DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 268.

Como já foi afirmado, a impugnação do devedor se dá após esta primeira fase do processo sincrético durante o cumprimento da sentença. Terá cognição exauriente, pois o exame da questão posta em juízo será completo. Contudo nem todas as matérias serão argüíveis.

Não seria racional aceitar que a impugnação do devedor possuísse uma cognição plena, pois esta já teve lugar durante a fase de conhecimento. As matérias argüíveis via impugnação do devedor possuem conteúdo restrito. Caso a lei permitisse uma atividade jurisdicional horizontal ilimitada, o processo seria protelado desnecessariamente. A parte já teve oportunidade de argüir amplamente todas as questões.

Ademais, com o final da primeira fase do processo sincrético, após a sentença tornar-se irrecorrível, surge a eficácia preclusiva da coisa julgada. A partir daí, será impossível a rediscussão das matérias já decididas. Segundo Alexandre Freitas Câmara: "Tendo em vista o fato de que o título se formou em um módulo processual de conhecimento, é preciso respeitar a eficácia preclusiva dele emanada e, por isso, há uma série de limitações às matérias alegáveis na impugnação"[30].

A limitação das matérias argüíveis via impugnação do devedor está prevista no art. 475-L[31] do Código de Processo Civil. Restringe-se às

---

[30] CÂMARA, op. cit., 2006, p. 126.

[31] A redação do Art. 475-L do CPC é a seguinte: Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

II - inexigibilidade do título; (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

III - penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

IV - ilegitimidade das partes; (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

V - excesso de execução; (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

§ 1º Para efeito do disposto no inciso 11 do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei n° 11.232. de 2005)

§ 2º Quando o executado alegar que o exeqüente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação. (Incluído "ela Lei n° 11.232. de 2005)

seguintes questões: a) Falta ou nulidade da citação se o processo correu à revelia; b) Inexigibilidade do título; c) Penhora incorreta ou avaliação errônea; d) Ilegitimidade das partes; e) Excesso de execução; f) Causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação.

3.1 FALTA OU NULIDADE DA CITAÇÃO SE O PROCESSO CORREU À REVELIA

Esta primeira matéria, argüível via impugnação do devedor, corresponde a um defeito que atinge a eficácia do processo em relação ao réu e a validade dos atos processuais subseqüentes[32]. Apesar da sua ocorrência durante a fase de conhecimento, fugindo à regra, pode ser alegada em sede de impugnação do devedor.

A falta ou nulidade de citação é um vício de grande relevância, pois atenta contra o princípio do contraditório. Em virtude disto, o Ordenamento Jurídico reserva outros meios para sua argüição como a *"querella nulitatis",* a qual se trata de uma ação anulatória autônoma e a ação rescisória.

Para a utilização da impugnação do devedor, argüindo esta matéria, é necessário que, em virtude da falta ou nulidade da citação, o processo tenha corrido à revelia do réu. Pois, mesmo que tenha existido este defeito, pode ser que o demandado tenha comparecido espontaneamente e, assim, sanado o vício.

Apenas para os casos de execução de sentença condenatória, sentença arbitral e formal ou certidão de partilha será possível discutir a ausência ou vício de citação, pois suas respectivas formações exigem respeito ao contraditório. Para os demais títulos executivos judiciais previstos no art. 475-N do CPC não será possível esta argüição.

Sendo o título executivo uma sentença penal condenatória ou sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, o

[32] "Trata-se de condição de eficácia em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. A sentença, por exemplo, proferida em processo em que não houve citação, é ato defeituoso, cuja nulidade pode ser decretada a qualquer tempo, mesmo após o prazo da ação rescisória (art. 475-L e art. 741, I, CPC-73) - trata-se também de vício "transrescisório", na eloqüente expressão de José Maria Tesheiner. Não se pode confundir nulidade que se decreta a qualquer tempo, como é o caso, com inexistência jurídica." DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 403.

juiz cível padecerá de competência para analisá-las. Por sua vez, se a execução for de sentença homologatória de conciliação, transação ou acordo extrajudicial, não há porque se falar em vício ou nulidade da citação, pois esta não é exigida na formação dos respectivos títulos.[33]

3.2 INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO

O inciso II do Art. 475-L do Código de Processo Civil pátrio prevê que inexigibilidade do título também pode ser uma matéria argüida em sede de impugnação do devedor. Contudo, o legislador foi bastante infeliz na redação do citado dispositivo[34]. Na verdade, a exigibilidade não é requisito do título executivo, mas da obrigação.

Alexandre Freitas Câmara faz uma distinção entre título executivo e a exigibilidade. Esta, ele qualifica como condição da ação vinculada ao interesse-necessidade, que existirá quando a obrigação não estiver sujeita a termo ou encargo. Já o título executivo integra o interesse-adequação. Sem a sua presença com os respectivos requisitos preenchidos, toma-se inadequada a tutela jurisdicional *in executivis*[35].

Da interpretação do texto legal, infere-se que a intenção do legislador foi possibilitar ao devedor apresentar defesa quando falta o título executivo, ou não estão presentes os seus respectivos requisitos. É inadequada a tutela jurisdicional *in executivis* quando, por exemplo, falta liquidez ao título.

O parágrafo 1º do art. 475-L do CPC prevê que o título executivo também será considerado inexigível se fundado em interpretação, ou aplicação de lei, ou ato normativo declarados inconstitucionais ou incompatíveis com CF pelo STF.

Esta matéria também era argüível por via dos antigos embargos à execução de título executivo[36]. Estava prevista no parágrafo único do art. 741, cuja redação foi dada pela Medida Provisória 1.984-20 de

---

[33] ASSIS, op. cit., 2006, p. 320.
[34] ASSIS, op. cit., 2006, p. 348.
[35] CÂMARA, op. cit., 2005, p. 421-422.
[36] A execução era a mesma independemente de se tratar de título executivo judicial ou extrajudicial.

julho de 2000 com posteriores reedições até a "estabilização"[37] com a Medida Provisória 2.180-35 de 24 de agosto de 2001[38].

Trata-se de forma do executado se furtar ao cumprimento da sentença quando esta for proferida com base em fundamentos inconstitucionais ou incompatíveis com a CF. Para haver cabimento da impugnação, a manifestação do STF poderá ser proferida antes ou depois da formação do título executivo judicial, basta que os seus efeitos possam atingi-lo. Contudo, a decisão deverá ser exarada via controle concentrado e com efeitos oponíveis *erga omnes*[39].

Araken de Assis aduz que, neste caso, a procedência da impugnação não desconstituirá o título judicial, irá retirar a sua eficácia executiva[40]. Alexandre Freitas Câmara completa afirmando que foi criada, pelo legislador, uma forma de "relativização da coisa julgada material, fundada na inconstitucionalidade do teor da decisão judicial"[41].

Cássio Scarpinella Bueno elabora forte crítica a este dispositivo argumentando que ele atenta contra a segurança jurídica, pois um "fato pretérito consolidado e estável juridicamente não pode ser apagado para o futuro. Muito menos quando todos os seus efeitos já tenham sido sentidos na ordem prática"[42].

Entretanto, em sentido contrário, Humberto Theodoro Jr. defende este artigo. Segundo ele, a invalidade do ato incompatível com a Constituição Federal existe independentemente do reconhecimento por

---

[37] A EC 32/01 dispôs em seu art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

[38] BUENO, op. cit., p. 109.

[39] ASSIS, op. cit., 2006, p. 330-331. Em sentido contrário para Athos Gusmão Carneiro se manifesta: "A Lei nº 11.232 veio a adotar (com felicidade, parece-nos) solução intermediária: para considerar "inexigível a sentença, impõe-se que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, que serviu como fundamento (maior e suficiente) de *decisium*, já haja sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal; mas tal declaração pode ter ocorrido tanto em ação de controle concentrado como em sede de controle difuso de constitucionalidade, neste segundo caso após suspensa pelo Senado – CF, artigo 52, X, a execução da norma" CARNEIRO, op. cit., p. 26.

[40] ASSIS, op. cit., 2006, p. 330.

[41] CÂMARA, op. cit., 2006, p. 128.

[42] BUENO, op. cit., p. 111.

parte de Judiciário. A coisa julgada não pode servir-lhe de escudo e chancelar a sua aplicação em desrespeito a preceitos constitucionais[43].

3.3 PENHORA INCORRETA OU AVALIAÇÃO ERRÔNEA

O inciso III do ART. 475-L do CPC permite ao devedor alegar, na sua impugnação, a invalidade da penhora em razão do descumprimento de requisitos formais ou dela ter recaído sobre bem impenhorável. Araken de Assis acrescenta que também haverá vício na penhora quando o seu objeto for bem de terceiro, não responsável pela dívida[44].

O nosso ordenamento não autoriza expressamente o executado a obstar que a constrição patrimonial recaia sobre bem de outrem, alheio à obrigação. Contudo, aceitar uma alegação neste sentido é de importância salutar, pois surge mais um mecanismo para proteção da esfera jurídica de terceiros não responsáveis pela obrigação.

Pela nova sistemática, a penhora e avaliação são efetuadas no mesmo momento[45]. Assim, como o valor do bem é conhecido antes da oportunidade de apresentação da impugnação, nada impede que nela seja veiculada alegação de excesso da penhora.

A segunda parte do inciso em estudo permite ainda que na sua oposição, o devedor alegue erro na avaliação. Esta hipótese não se limita apenas aos casos em que houve por parte do avaliador uma falsa percepção ou total desconhecimento da realidade, conceito de erro dado pela doutrina civilista[46].

---

[43] ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art.* 741, *parágrafo único do CPC*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8316/1/Embargos_%C3%A0_Execu%C3%A7%C3%A3o_com_Efic%C3%A1cia.pdf>

[44] ASSIS, op. cit., 2006, p. 324.

[45] Anteriormente, quando a execução do título executivo judicial dependia de um novo processo, a avaliação era feita em momento posterior à penhora e também subseqüente aos embargos do devedor. Desta forma o executado não podia alegar excesso da penhora, em razão de não se conhecer o valor do bem.

[46] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* parte geral. Vol. 1, 8 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 348.

A título de avaliação errônea, devem-se incluir os casos em que há dolo do avaliador e ele intencionalmente atribui valor incorreto, ou quando o bem sofre um incremento no seu valor, após a realização da avaliação.[47]

3.4 ILEGITIMIDADE DAS PARTES

Aqui, o Código de Processo Civil Brasileiro permite que a impugnação do devedor fundamente-se na argüição de ilegitimidade de uma das partes, ocupem elas o pólo ativo ou passivo da execução.

Não faz parte do objetivo do presente trabalho um estudo sobre a legitimidade das partes[48]. Contudo, pode-se afirmar que se trata de uma condição da ação, cuja ausência pode ser reconhecida *ex officio* pelo magistrado. Assim, a impugnação será útil ao devedor quando o juiz não tiver procedido em obediência ao Ordenamento Jurídico.

No caso concreto, quando o título executivo for uma sentença condenatória, a definição da legitimidade dependerá da análise de quem foi o vencido e quem foi o vencedor na primeira fase do processo. Para os demais títulos será imprescindível examinar a obrigação para se descobrir quem ocupará o pólo ativo e o pólo passivo da execução.

3.5 EXCESSO DE EXECUÇÃO

O inciso V do art. 475 do CPC repete a primeira parte do inciso V do reformado art. 741 do CPC, afirmando que a impugnação do devedor poderá argüir excesso de execução, a qual estará presente nas situações previstas no art. 743 do CPC[49].

---

[47] ASSIS, op. cit., 2006, p. 324.

[48] "A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade *ad causam* ou capacidade de conduzir o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, "decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso". Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar". DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 180.

[49] Art. 743. Há excesso de execução:

I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título;

II - quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;

III - quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;

IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582);

V - se o credor não provar que a condição se realizou.

O primeiro caso em que haverá excesso de execução ocorre quando o credor pleiteia quantia superior à prevista no título executivo, ou seja, o numerário requerido é superior àquele devido. Nestes casos, o § 2° do art. 475-L exige que, ao apresentar a impugnação, o devedor indique de imediato o valor que entende correto sob pena de rejeição liminar da oposição.

A providência exigida pelo citado § 2°, nos dizeres de Athos Gusmão Carneiro, objetiva "coarctar alegações procrastinatórias do executado no pertinente 2 excesso de execução"[50]. Permite também que o cumprimento de sentença prossiga em relação à parte incontroversa. Este novo dispositivo coaduna-se com o objetivo da Lei 11.232/05 de alcançar a celeridade processual.

A procedência da impugnação que argúi o excesso da execução baseada no argumento de superioridade do valor requerido frente ao valor devido, não gerará a extinção do processo, mas apenas a redução do valor cobrado ao patamar correto.

A impugnação do devedor também poderá ser utilizada como defesa do executado na fase de cumprimento de sentença que imponha obrigação diversa da pecuniária. Nesta ocasião, poderá ser argüido excesso de execução, quando esta recair sobre coisa diversa daquela declarada no título executivo[51], ou quando o seu processamento não estiver ocorrendo conforme estabelecido na sentença[52].

Também estará configurado o excesso de execução quando o credor exigir o adimplemento da obrigação por parte do devedor sem cumprir a que lhe era devido. Aqui se permite a argüição da "exceptio non adimpleti contractus" prevista no art. 476[53] do Código Civil Brasileiro. Vale ressaltar que esta defesa não poderá ser levantada quando, pela

---

[50] CARNEIRO, op. cit., p. 26.

[51] "É o que se tem, por exemplo, no caso em que o executado esteja obrigado a entregar um automóvel e, no processo executivo, seja citado para entregar um trator". CÂMARA, op. cit., 2005, p. 429.

[52] "Basta pensar na hipótese de se pretender obrigação pecuniária por conversão de uma obrigação de fazer quando o executado havia sido condenado a cumprir a prestação *in natura."* (grifo do autor). Ibidem.

[53] Dispõe o art. 476 do CC pátrio: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

própria circunstância da obrigação, o credor tiver de adimplir sua prestação em primeiro lugar.

A última hipótese de excesso de execução existirá quando o título executivo judicial ajustar obrigação condicional. Ou seja, aquela na qual só será lícita a sua exigência quando um evento futuro e incerto[54] tiver se perpetrado. Enquanto não implementada a condição, caso o credor cobre a dívida, o devedor poderá impugnar o cumprimento da sentença alegando excesso de execução.

3.6 CAUSA IMPEDITIVA, MODIFICATIVA OU EXTINTIVA DA OBRIGAÇÃO

Chamadas por Araken de Assis[55] de exceções substanciais, estas causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação atacam o próprio direito definido no título executivo, que é objeto de execução. O citado dispositivo traz um rol exemplificativo das situações alegáveis sob este fundamento, como o pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição.

Contudo, a própria lei, assim como no alterado art. 741 VI do CPC, como forma de preservar a coisa julgada, exige que a causa alegada tenha surgido em momento superveniente ao proferimento da sentença. Em virtude da eficácia preclusiva deste provimento jurisdicional, não será alegável, via impugnação, fato ou direito anterior ou contemporâneo à fase de conhecimento da ação, pois este era o momento adequado para alegá-los. Não o fazendo, o devedor perde a prerrogativa de manifestá-los.

Quanto a este ponto, a redação do inciso VI do art. 475-N do CPC é dúbia pois permite a alegação de causa impeditiva da obrigação. Esta, por sua vez, ocorrerá anterior ou simultaneamente à constituição da obrigação. Tal lapso foi herdado do reformado art. 741, IV, do CPC, aplicável aos antigos embargos, contra os quais Alexandre Freitas

---

[54] "Notemos que sempre a condição subordina a obrigação a evento futuro e incerto". VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 150.

[55] ASSIS, op. cit., 2006, p. 327.

Câmara faz uma crítica bastante pertinente, apontando como deve ser feita a sua interpretação:

> (...) Se equivoca a lei processual ao incluir, entre as matérias de que trata o referido dispositivo, as causas impeditivas da obrigação. Isto porque, como se depreende do texto legal, apenas causas supervenientes à formação do título executivo podem ser alegadas nos embargos do executado, o que se dá em respeito à eficácia preclusiva de coisa julgada substancial, prevista no art. 474 do CPC. As causas impeditivas da obrigação, porém, são - por definição - anteriores ou simultâneas à sua constituição.[56]

Como exemplo esclarecedor do assunto em debate, pode-se citar o seguinte caso: imagine que João pleiteie contra José uma ação de indenização por dano moral 4 (quatro) anos após a realização do ato lesivo. Sabendo que a prescrição para reparação civil consuma-se em 3 (três) anos, José poderá argüi-la em sua defesa. Contudo, se não o fizer durante a fase de conhecimento da ação, não poderá aduzi-la em impugnação do devedor. Entretanto, suponha que, após a formação do título, João só requeira o cumprimento da sentença passados mais 4 (quatro) anos. Neste caso, João poderá alegar a prescrição no momento de oferecer impugnação, pois se operou uma nova prescrição após a formação do título.

4. JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO, AUTORIDADE E RECORRIBILIDADE

É relevante mencionar a autoridade da decisão que resolve a impugnação do devedor. Teria ela a possibilidade de adquirir imutabilidade formal e material? Faria coisa julgada, impedindo que no mesmo processo ou até em um outro diverso sua decisão fosse inalterável?[57]

---

[56] CÂMARA, op. cit., 2005, p. 432.
[57] Art. 467 e 474 do CPC.

José Ignácio Botelho responde negativamente esta questão aduzindo que a decisão em sede de impugnação do devedor não faz coisa julgada material, pois, para ele, esta oposição é resolvida por uma decisão interlocutória desrevestida dos poderes do art. 467 do CPC. Da mesma forma, não há coisa julgada formal, pois: "não produz os efeitos (...) nem a preclusão das alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do autor"[58], art. 474 do CPC.

Todavia, em sentido contrário, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, no momento em que o legislador admitiu a possibilidade do executado opor defesas de mérito durante a execução, a decisão que as resolve deve possuir força de coisa julgada material.[59] Haverá o impedimento da rediscussão da matéria tanto dentro do mesmo processo, quanto em outro diferente.

Esta última posição é mais condizente com o propósito das alterações do CPC indicadas neste trabalho, que tem como norte a celeridade e economia processual. Primeiramente, porque a decisão que resolve a impugnação, como será dito mais à frente, terá natureza de sentença.

Em segundo lugar, ainda que a decisão da oposição em debate fosse interlocutória, não seria producente admitir um procedimento de cognição exauriente,[60] de rito ordinário, sem o poder de formar um provimento judicial com eficácia de coisa julgada. Pensar de forma contrária, ignora os motivos das reformas estudadas.

Aborde-se agora a natureza e recorribilidade da decisão que resolve a impugnação do devedor. Observando que a Lei 11.232/05 não alterou apenas a execução dos títulos executivos judiciais, mas também promoveu mudanças em todo o Código de Processo Civil brasileiro, entre elas a nova redação dada ao §1º do art. 162[61]. Através deste dispositivo modificou-se o conceito de sentença. Este provimento

[58] BOTELHO, op. cit., p. 59.
[59] BEDAQUE, op. cit., 75.
[60] Ver. Item 3.
[61] Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1ª Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei.

judicial passou a ser considerado não em razão de sua finalidade, por termo ao processo, mas em razão do seu conteúdo[62].

Sem aprofundar o tema, as decisões do magistrado, independentemente de encerrar o processo, desde que tenha como conseqüência as situações previstas no art. 267 e 269 do CPC, passaram a ser consideradas sentença após a edição da Lei 11.235/05. Assim, por exemplo, caso o juiz acolha ou rejeite o pedido do autor, inciso I do art. 269 do CPC, terá decidido por intermédio de uma sentença.

O julgamento da impugnação do devedor implica no acolhimento ou rejeição, ainda que parciais, do pedido do executado, autor desta oposição. Assim, de acordo com o novo conceito previsto no CPC, a decisão deste incidente terá natureza de sentença. Neste sentido, Araken de Assis[63].

Contudo, desta consideração surgirá um relevante problema. Segundo Fredie Didier Jr. é de acordo com a natureza da decisão que se definirá qual será o recurso cabível[64] contra ela. Seguindo a lógica do art. 513 do CPC[65], como a decisão da impugnação tem natureza de sentença, ela seria recorrível mediante apelação.

Entretanto, o legislador deixou de lado o formalismo e, antecipando-se aos debates doutrinários, dispôs no §3º do Art. 475-M: "decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação."

Mesmo se tratando de sentença, caso a decisão não importe a extinção do processo, ou seja, a impugnação seja rejeitada ou acolhida parcialmente, o recurso cabível será o agravo de instrumento. Apenas nos casos em que o julgamento da impugnação importar a extinção da execução, será cabível apelação.

Desta forma, quanto à recorribilidade do julgamento da impugnação, o legislador preferiu levar em conta a conseqüência e não o conteúdo da decisão para poder definir o recurso adequado.

---

[62] BUENO, op. cit., p. 12.
[63] ASSIS, op. cit., 2006, p. 358.
[64] DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 466.
[65] Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

CONCLUSÃO

As mudanças apresentadas neste trabalho, pelas quais o Código de Processo Civil Brasileiro tem passado, refletem a necessidade social de maior velocidade na prestação jurisdicional. É na tentativa de suprir este anseio que a nova Lei 11.232/05 simplifica a sistemática processual, desmistificando classificações e conceitos antes estanques.

A divisão entre processo de conhecimento/processo de execução/processo cautelar, antes vista como um dogma, cede espaço à unidade de processos desenvolvidos em várias fases distintas. Assim, o que antes só podia ser obtido através de um novo processo, execução da sentença, pode ser realizado sem a necessidade de criação de uma nova relação jurídica processual.

As mudanças efetuadas que tornaram despicienda a necessidade de um processo de execução autônomo e criaram a fase de cumprimento de sentença, também afetaram a forma de defesa do executado. Extinguiram-se os embargos à execução, criando em seu lugar a impugnação do devedor.

Este novo meio de defesa se trata de um incidente processual, que segue a linha do sincretismo e torna desnecessária a criação de um novo processo, como ocorria com os embargos à execução. Também na tentativa de imprimir maior velocidade à prestação jurisdicional, como regra, o legislador previu a inexistência do efeito suspensivo da impugnação do devedor, ao contrário do que ocorria com o antigo meio de defesa do executado.

O legislador levou em conta a obrigatoriedade do respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, criando um hábil método de reação do executado, a impugnação do devedor. Por intermédio deste instrumento, o executado pode argüir inúmeras matérias que ponham em risco a sua posição jurídica, garantindo a sua plena proteção.

As questões argüíveis, apesar de limitadas pelo art. 475-L do CPC, traduzem todos os fatos que possam comprometer a esfera jurídica do executado. Evitam-se rediscussões e, ao mesmo tempo, garante-se

que acontecimentos, posteriores à formação do título executivo, não comprometam os direitos do devedor.

Busca-se garantir a plena aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de cumprimento de sentença, pois outra realidade não poderia ser admitida quando estamos diante de uma norma constitucional que veicula direito fundamental.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. Coleção Estudos e pareceres – II. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1080.

ASSIS, Araken. *Cumprimento de sentença*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p- 312.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7825>. Acesso em 16 de novembro 2006.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, maio 2006.

BOFF, Leonardo. *Igreja, carisma e poder*, Petrópolis, Vozes: 1982. p. 150-151.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 386-387.

BOTELHO, José Ignácio Mesquita. Metamorfose dos embargos. *Revista do advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, maio 2006

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova reforma do código de processo civil*.Vol.. I São Paulo: Saraiva, 2006. p 68-69.

CÂMARA, Alexandre Feitas. *A nova execução de sentença*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 12.

CÂMARA, Alexandre Feitas. *Lições de direito processual civil* vol. 2, 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 153.

CÂMARA, Alexandre Feitas. *Lições de direito processual civil.* vol. 1, 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 153

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do "cumprimento da sentença", conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, maio 2006.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposición y autodefensa.* 2 ed. México: UNAM, 1970. p. 149

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* Vol. 1, 6 ed. Salvador: Jus Podium, 2006. p. 60-62

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. Ed.rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* parte geral. Vol. 1, 8 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

Dicionário de expressões estrangeiras. Disponível em: <http://www.redejuridica.com.br/expest.jsp?idpalavra=40&letra=A>. Acesso em: 08 de nov. de 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 9 ed. São Paulo: Método, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *As sentenças que dependem de execução.* Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/36.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* Vol. 1. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. "*O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*". Disponível em:< http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em 22 de novembro 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil,* vol.4. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 1987.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Direito processual romano.* Disponível em: <www.direitoprocessual.org.br/.../Artigos/1%20%20Direito%20Processual/Direito%20Processual%20Romano.DOC>. Acesso em: 31 de ago. de 2006.

MESQUITA, Gil de. *Fundamentos constitucionais do processo: delineamentos para uma teoria geral.* Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5792>. Acesso em 21 de novembro 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1973-1978.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil* vol.3. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 1983.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal.* Rio de Janeiro: Aide, 1987.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Notas acerca da impugnação ao cumprimento de sentença. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, maio 2006.

WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", *in Direito do Consumidor,* vol. 19.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória*: *sentido e alcance do art.* 741, *parágrafo único do CPC.* Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8316/1/Embargos_%C3%A0_Execu%C3%A7%C3%A3o_com_Efic%C3%A1cia.pdf>

O ESPAÇO PÚBLICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE A APLICABILIDADE DA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS EM PAÍSES PERIFÉRICOS

Arnaldo de A. Machado Júnior, advogado, bacharel em Contabilidade, especialista em Direito Processual Civil pela Fanese, Mestrando em Direito Processual pela UNICAP (Universidade Católica de Pernambuco) e professor da Fase (Faculdade de Sergipe).

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, ao estampar o princípio do Estado Democrático de Direito, incutiu no seio jurídico-normativo nacional a perspectiva de uma sociedade justa, igualitária, que prima pelo bem-estar social, segundo os padrões socioculturais da sociedade contemporânea. Nesse liame, destaca-se o relevante papel da jurisdição constitucional como guardiã dos preceitos insculpidos na Constituição Federal, que bem representa os anseios do Poder Constituinte Originário. A partir dessas premissas, o presente estudo elegeu como tema central o Espaço Público da Jurisdição Constitucional**,** com o objetivo principal de criticar a aplicabilidade da teoria de Jürgen Habermas em países periféricos, sobretudo tendo em vista suas carências sociais, políticas e econômicas, que fulminam a perspectiva autoral de espaço público democrático. A importância do tema remonta no fato de que, a depender do grau de desenvolvimento experimentado por determinado país, a concepção teórica escolhida será responsável por profundas modificações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, capazes de tutelar a tirania da maioria, fulminando qualquer perspectiva de ascensão para os menos favorecidos, ou de garantir os direitos fundamentais da minoria.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional; Espaço Público; Países Periféricos.

ABSTRACT: When the Federal Constitution of 1988 highlighted the principle of Democratic right of State, instilled in the national normative

jurisdiction the perspective of a fair society with equality standing out the social welfare according to the cultural patterns of contemporary society. The role of the constitutional jurisdiction as a guardian of the ruling foreseen in the federal Constitution that well represents the eagerness of Original Constitutional Power is highlighted in this bond. Based on these premises, this research selected as the main topic the Public Space of the Constitutional Jurisdiction and the main objective is to criticize the applicability of Jürgen Habermas´theory in peripheral countries especially taking into consideration their social political and economical needs that strikes down the civil rights of public democracy. The importance of the main topic brings to the fact that depending on the level of development experimented by a determined country, the chosen theoretical conception will be responsible for very deep social, economical, political and jurisdictional modifications, capable of protecting the tyranny of the majority, striking down any perspective of rising for the least favorable ones or to guarantee the fundamental rights for the minority.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction; Public Space; Peripheral Countries.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Jurisdição Constitucional; 3. Jurisdição Constitucional sob a ótica do Procedimentalismo de Jürgen Habermas; 3.1. O Papel do Espaço Público; 3.2. A Importância da Teoria Habermasiana para a Jurisdição Constitucional; 4. Críticas à Teoria Procedimentalista de Habermas; 4.1. O Espaço Público em Países Periféricos; 4.2. Os Direitos Fundamentais em Países Subdesenvolvidos; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao estampar o princípio do Estado Democrático de Direito, incutiu no seio jurídico-normativo nacional a perspectiva de uma sociedade justa, igualitária, que prima pelo bem-estar social, segundo os padrões socioculturais da sociedade contemporânea.

Nesse liame, destaca-se o relevante papel da jurisdição constitucional como guardiã dos preceitos insculpidos na Constituição Federal, que bem representa os anseios do Poder Constituinte Originário. A partir disso, reconhecendo a supremacia da Lei Fundamental, assim como a imprescindibilidade da jurisdição constitucional, renomados doutrinadores têm produzido trabalhos sobre o assunto, no sentido de melhor adequar a jurisdição constitucional às complexas necessidades da sociedade pós-moderna.

O presente estudo elegeu como tema central O ESPAÇO PÚBLICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: Uma Abordagem Crítica sobre a Aplicabilidade da Teoria de Jürgen Habermas em Países Periféricos; com o objetivo principal de criticar a aplicabilidade da teoria de Jürgen Habermas em países periféricos, sobretudo tendo em vista suas carências sociais, políticas e econômicas, que fulminam a perspectiva autoral de espaço público democrático.

O tema é de grande relevância para o cenário acadêmico, vez que a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional estão relutantes à procura da teoria que melhor justifique as decisões judiciais, sobretudo tendo em mira os postulados constitucionais. Destaca-se também que Habermas tem influenciado muito o estudo da jurisdição constitucional, a partir de sua concepção procedimentalista, inclusive no direito pátrio. A importância do tema também remonta no fato de que, a depender do grau de desenvolvimento experimentado por determinado país, a concepção teórica escolhida será responsável por profundas modificações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, capazes de tutelar a tirania da maioria, fulminando qualquer perspectiva para os menos favorecidos, ou de garantir os direitos fundamentais da minoria.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como bem lembrado por Gilmar Ferreira Mendes[1], o conceito de Constituição não se limita ao texto propriamente escrito, vez que abrange também os princípios formadores da unidade valorativa da Lei Fundamental, mormente os presentes em seu preâmbulo. Diante

[1] Ao fazer referência à jurisdição constitucional alemã, Gilmar Ferreira Mendes esclarece que: "O conceito de Lei Fundamental não se limita às

disto, pode-se afirmar que o Estado Democrático, comprometido com o pleno exercício dos direitos sociais, do bem-estar, da igualdade e da justiça, integra, indissociavelmente, o conceito da Constituição Federal de 1988.

Hodiernamente, a jurisdição constitucional tem a função precípua de estabilizar as relações sociais, consoante o conteúdo normativo estabelecido na Carta Magna, sem ignorar a complexidade do Estado, a fim de que as estruturas normativas abstratas possam regulamentar a realidade fática da sociedade[2].

Não se pensa mais na teoria tripartite dos poderes de Montesquieu[3] como algo absoluto, inflexível, segundo os moldes clássicos, que não atendem aos interesses hodiernos da sociedade, sobretudo quando se leva em consideração que cabe à jurisdição constitucional impor,

---

disposições singulares do direito constitucional escrito.
De um lado, essa idéia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da fidelidade federativa, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e princípio do estado social. Por isso, estão compreendidos no conceito de Lei Fundamental não apenas disposições constantes do texto consti
tucional mas também as regras jurídicas nele formuladas, o preâmbulo da Lei Fundamental, os dispositivos da Constituição Weimar, incorporados expressamente ao texto da Lei Fundamental (art. 140), os princípios gerais inerentes ao sistema adotado e as idéias principais que inspiram o constituinte, ainda que não concretizadas numa determinada disposição ou preceito."(MENDES, Gilmar Ferreira.
Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112-113).

[2] AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19.

[3] De acordo com Montesquieu: "Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se o Poder Executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor". (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Coleção a obra-prima de cada autor. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 166)

mormente aos demais poderes, irrestrita obediência ao texto constitucional[4].

De qualquer sorte, a reformulação da teoria da separação dos poderes passa por uma mudança ideológica considerável, a partir do comprometimento com a efetivação dos preceitos constitucionais essenciais, a fim de evitar que a norma fundamental tenha um valor meramente declaratório ou simbólico[5].

A jurisdição constitucional tem um papel fundamental no contexto contemporâneo, vez que atua como verdadeira guardiã dos postulados constitucionais, inclusive do princípio da separação dos poderes, permitindo assim um controle recíproco entre os órgãos, conforme os ensinamentos de Kelsen[6]:

> "(...) a expressão "divisão dos poderes" traduz melhor que a separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns com os outros. E isso não apenas para impedir a concentração que seria perigosa para a democracia -, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação deles".

---

[4] Sobre o tema, Canotilho, citando Eisenmann, esclarece que a Teoria Clássica de separação dos poderes foi um mito, já que o próprio Monstequieu estabeleceu a necessidade de ingerência recíproca entre os poderes. A título de exemplo, o autor menciona: "(...) reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do *direito de veto"*. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. 2. reimp. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003, p. 115).

[5] Utiliza-se a concepção de constitucionalização simbólica de Marcelo Neves: "A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata "se-então da "norma primária" e da "norma secundária" (programação condicional) não se concretiza regularmente". (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 49).

[6] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152.

Mesmo após as diversas transformações experimentadas pelo direito constitucional, o núcleo da Constituição permaneceu inabalado, qual seja: "a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem"[7]. Essa, inclusive, tem sido a justificativa encontrada para a existência, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos democráticos, de um procedimento especial para a reforma de normas constitucionais, que comporta condições bem mais difíceis de serem atendidas que as exigidas para a reforma de normas infraconstitucionais, de menor grau hierárquico, garantindo assim uma maior segurança aos preceitos da Lei Fundamental.

A partir da concepção sobre a supremacia da Carta Magna, defende-se a imediata concretude de suas normas, sob pena de gerar uma dicotomia entre os fatos sociais e os preceitos constitucionais, comprometendo, sem sombra de dúvidas, até mesmo, a credibilidade do texto constitucional. Os comandos constitucionais não podem ser vistos como simples declarações de intenções, sem qualquer cunho de obrigatoriedade, ou coercitividade, sob o risco de torná-los inócuos, o que ocasionaria a subversão do ordenamento jurídico e a insegurança jurídico-ética da sociedade.

Sobre a efetivação dos princípios constitucionais, menciona-se também a elucidativa passagem de Kelsen[8], o qual assevera:

> "A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta".

[7] Ibid. p. 130.
[8] KELSEN, op. cit., p. 132.

A jurisdição constitucional colima dar efetividade aos comandos constitucionais, com a pretensão de nivelar a Constituição formal à Constituição material, funcionando como um instrumento indelével de defesa da Constituição, uma vez que objetiva concretizar a carga axiológica agasalhada em seu texto, principalmente a que dá guarida aos direitos fundamentais.

Merece destaque também o fato da jurisdição constitucional se basear na legitimidade das normas constitucionais, emanadas do Poder Constituinte Originário. Convém lembrar que a Constituição é a norma que apresenta maior grau de participação (legitimidade) popular, eis que se origina de complexas conjecturas, de cunho social, político e econômico, razão pela qual não seria crível a existência de norma constitucional ineficaz, nem tampouco óbices legais à eficácia de seu conteúdo, mormente dos direitos fundamentais, sob pena de se configurar a ruína da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito[9].

A afirmação absoluta dos direitos fundamentais foi erigida ao patamar de principal escopo da jurisdição constitucional, por representar os valores consagrados como inalienáveis pelo Poder Constituinte. Nesse toar, a função primordial da jurisdição constitucional é garantir a tutela de direitos aos cidadãos, sobretudo nos casos em que um dispositivo constitucional não é efetivado. O objetivo maior da jurisdição constitucional é densificar a concretização dos direitos fundamentais, núcleo valorativo de maior relevância da Carta Magna[10].

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DO PROCEDIMENTALISMO DE JÜRGEN HABERMAS

De acordo com Habermas, o direito subjetivo à participação, corolário da sistemática da soberania popular, deve ser capaz de assegurar a formação democrática da vontade, através da institucionalização da autodeterminação dos cidadãos, com igualdade

[9] AGRA, op. cit., p. 30.
[10] Ibid., p. 31-32.

de chances[11]. Sob essa ótica, apenas a institucionalização jurídica seria capaz de fornecer legitimidade ao processo de normatização.[12]

Segundo a tese autoral, o exercício da autonomia da vontade dos cidadãos perpassa pela problemática entre sociedade e democracia. Exige-se uma maior aproximação entre os personagens sociais, no intuito de proporcionar uma cultura política dissociada da malfadada estrutura de classes[13]. O processo democrático deve assegurar garantias às minorias, ou seja, reservas contra decisões absolutas da maioria. Parte-se da premissa de que a minoria só consente a maioria quando existe a possibilidade de que aquela possa vir a conquistar a maioria no futuro, com base nos melhores argumentos, isto é, podendo modificar a decisão ora tomada[14].

Como forma de garantir a coerência do sistema político-jurídico, as decisões da maioria devem ser limitadas pelos direitos fundamentais das minorias. Dessa forma, os cidadãos, fazendo uso da sua autonomia política, não podem proporcionar colisão com o próprio sistema que constitui essa mesma garantia[15].

Habermas entende que a racionalidade e os valores éticos devem integrar o processo comunicativo, de forma a orientar as perspectivas dos argumentos utilizados nos debates, proporcionando o consenso necessário para a tomada de decisões judiciais, sob a égide da segurança jurídica[16].

A respeito da teoria de Habermas, Walber Agra[17] esclarece:

> "A função das estruturas normativas e dos parâmetros ético-racionais é garantir a realização do consenso, todas as vezes que ele não puder ser

---

[11] HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1 v., p. 212.

[12] Segundo Habermas: "O conceito de institucionalização refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando". (Ibid., p. 221).

[13] Ibid., p. 218-219.

[14] Ibid., p. 224.

[15] Ibid., p. 224.

[16] AGRA, op. cit., p. 188.

[17] Ibid., p. 191.

> realizado pelo processo comunicativo. O direito, em Habermas, caracteriza-se pelas exigências concomitantes de positivação e fundamentação argumentativas, baseadas em parâmetros éticos morais, no que difere dos procedimentalistas tradicionais, que sustentam poder ser a legitimidade obtida apenas pelo procedimento, destituída de qualquer tipo de conteúdo material".

Consoante Habermas, o Tribunal Constitucional, com o fito de concretizar valores, não deve ter ingerência sobre os demais tribunais, sob pena de agir como uma corte autoritária, que desestimula movimentos de interação entre o indivíduo e o Estado, transformando os juízes e as leis nas únicas esperanças dos cidadãos. Propõe-se que a jurisdição constitucional deva ficar limitada à tarefa de compreensão procedimental do texto constitucional, com o objetivo de proteger o processo de criação democrática de Direito, relegando os valores substanciais. O Tribunal Constitucional deve zelar pelo fornecimento ao cidadão de amplas condições para solucionar os seus próprios problemas[18].

Como bem retrata Streck[19], a teoria procedimentalista de Habermas propõe:

> "um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma "nação de cultura", mas, sim, em uma "nação de cidadãos".

[18] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158-160.
[19] Ibid., p. 158 – 159.

Os direitos fundamentais da justiça[20] possuem uma posição de destaque no processo normativo-comunicativo. São considerados verdadeiros embriões dos demais princípios, motivo pelo qual a sua aplicação assegura um alto grau de aceitabilidade racional das decisões, bem como segurança ao direito.

Para Habermas, o procedimento deve se desenvolver através de atos jurídicos que colimam prestigiar o melhor argumento, do ponto de vista do consenso popular consciente e auto-responsável, tendo sempre em mira, também, os preceitos morais pertinentes ao caso. A força do melhor argumento deve ser reconhecida como preferível, desde que consentânea com a moralidade. Percebe-se, claramente, que a moral detém forte influência sobre o direito em Habermas, inclusive com condição de até mesmo legitimá-lo[21].

A jurisdição constitucional é baseada em argumentos racionais que prestigiam valores ético-jurídicos, mensurados a partir dos debates travados na intimidade do espaço público[22]. A autonomia privada é muito relevante para o ordenamento jurídico em Habermas, a ponto de ser considerada requisito essencial para a efetiva, e independente, participação do indivíduo no processo de formação do discurso racional.

A própria positividade do direito pressupõe que o processo democrático seja baseado no consenso racional das normas, vez que, sob esta vertente, o direito positivo representa a vontade legítima dos cidadãos politicamente autônomos[23].

---

[20] Percebe-se que, ao tratar de direitos fundamentais da justiça, Habermas faz referência aos princípios consentâneos ao Estado de Direito, relacionados ao procedimento, sobretudo os concernentes à autonomia privada; parte-se do pressuposto de que os indivíduos possuem legitimidade para autodeterminação, através da participação consciente e igualitária no processo de decisão. (HABERMAS, op. cit., p. 216).

[21] AGRA, op. cit., p. 191.

[22] Tratando sobre o espaço público em Habermas, Walber Agra define: "O agir comunicativo servindo-se da autonomia das vontades e do regime democrático constitui-se na força propulsora do espaço público. O espaço público é o elo de ligação entre a política e o Direito, onde os cidadãos respaldariam o melhor argumento para que este pudesse alicerçar a decisão." (Ibid., p. 192)

[23] HABERMAS, op. cit., p. 54.

A teoria procedimentalista de Habermas não defende, de forma peremptória, a prevalência da forma sobre o conteúdo, até mesmo porque são levados em consideração valores ético-jurídicos quando da realização do discurso racional. Em verdade, advoga que os procedimentos jurídicos sejam a única garantia de realização dos pressupostos necessários para o pleno funcionamento do espaço público.

3.1. O PAPEL DO ESPAÇO PÚBLICO

Para Habermas, o espaço público é um elemento fundamental de legitimidade da jurisdição constitucional, que proporciona o esclarecimento e a discussão das questões importantes para o cenário judicial, sobretudo através da razão comunicativa e da autonomia privada, garantindo assim que a decisão judicial corresponda sempre ao melhor argumento. Parte-se da premissa de que a autonomia privada assegura igualdade de condições a todos os indivíduos, a ponto de torná-los partícipes do processo comunicativo e, portanto, da elaboração das decisões.

Prega-se uma igualdade comunicativa no processo discursivo travado no espaço público, de modo que os membros da sociedade possam, juntos, construir as decisões judiciais, assegurando que o melhor argumento, ou seja, aquele que tenha um maior grau de consenso popular, seja sempre prestigiado[24].

Nessa linha, o espaço público atua como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional, agindo como uma espécie de caixa de ressonância da sociedade, no ímpeto de atuar em prol dos interesses conscientes da maioria, motivo pelo qual deve manter uma meticulosa simetria com o Poder Judiciário.

O procedimento democrático, inserto no espaço público, é visto como o verdadeiro limite para as deliberações da maioria, já que permite a participação de todos os cidadãos no processo de procura pelo argumento mais robusto, em igualdade de chances, tendo em vista a necessidade de que tal desiderato corresponda ao consenso

[24] AGRA, op. cit., p. 188.

comunitário. Reconhece-se a relevância do procedimento democrático para a jurisdição constitucional, sobretudo porque esta atua, inclusive, como instrumento legítimo de integração social, vez que intervém em vários seguimentos da sociedade[25].

Habermas defende a racionalização do procedimento construído no espaço público, através do sopesamento das questões levantadas e dos princípios ético-racionais que respaldam o melhor argumento do ponto de vista social. Não se admite decisões arbitrárias, imprevisíveis, alheias ao processo democrático de construção. Pugna-se pela coerência do ordenamento jurídico, de maneira que todos possam presumir, a partir do desenrolar do processo discursivo, o teor da decisão judicial vindoura.

Uma ampliação da jurisdição constitucional só seria legítima se colimasse garantir os direitos fundamentais típicos da autonomia privada, que fundamentam o procedimento democrático desenvolvido no espaço público. A jurisdição constitucional não teria aptidão para garantir os demais direitos fundamentais, mormente em virtude da impossibilidade de se alcançar o consenso necessário no espaço público, que lhe daria a almejada legitimidade, tendo em vista os diversos interesses sociais que seriam postos em discussão[26].

Merece destaque também o entendimento de Marcelo Cattoni[27] sobre a legitimidade das decisões judiciais, arrimado na concepção procedimentalista:

> "O que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão

[25] Ibid., p. 188.
[26] HABERMAS, op. cit., p. 346-347.
[27] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. "*Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*". In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.).
Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 49.

> judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público, das partes e dos seus advogados".

O processo democrático de Habermas, pela necessidade de consenso e participação popular, guarda uma relação muito íntima com o princípio maioritário, o qual exige a aplicabilidade dos princípios da igualdade democrática, da liberdade e da autodeterminação, eis que o ordenamento jurídico deve corresponder às pretensões da maioria. Todavia, a prevalência do consenso maioritário não significa o absolutismo da maioria ou até mesmo o seu domínio. Como preleciona Canotilho[28], "O *direito da maioria* é sempre um *direito de concorrência* com o *direito das minorias* com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maioria".

Consoante Habermas, as teses substancialistas não são aptas para concretizar a essência do texto constitucional, mormente porque não se pode ignorar o pluralismo político, econômico, social, cultural e religioso que integram a sociedade contemporânea; onde há, inclusive, ampla fragmentação de classes sociais, que impedem a formulação de um consenso a respeito do conteúdo a ser albergado pelas decisões judiciais, condição *sine qua non* para legitimidade e validade em Habermas.

3.2. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA HABERMASIANA PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A teoria de Habermas tem uma importância muito grande para a jurisdição constitucional, principalmente no tocante à discussão em torno da sua legitimidade, vez que o seu procedimento estabelece uma interação fundamental entre a vontade popular e o agir comunicativo, emanada no espaço público. Ou seja, defende-se a plena participação popular nas definições das políticas públicas. Rechaça-se a possibilidade

[28] CANOTILHO, op. cit., p. 329.

do direito substituir, a partir do momento em que desempenha atividades atípicas, a política.

Percebe-se que a sua teoria prima pela prevalência da autonomia privada, participativa e racional, ciente dos seus deveres e poderes no cenário nacional, no intuito de obter a resposta que corresponda ao melhor argumento, entendido como aquele advindo do consenso social.

Pretende-se estabelecer uma coerência ético-racional e democrática no sistema jurídico, respaldada no procedimento comunicativo que possibilita a igualdade de chances de participação dos membros da comunidade, em homenagem aos princípios democráticos da autodeterminação e do consenso maioritário.

Malgrado prestigiar o procedimento como forma de garantir decisões legítimas e justas, Habermas não deixa de reconhecer a importância dos direitos fundamentais para a Constituição, bem como para o processo discursivo que precede a decisão judicial. Entretanto, colimando obstaculizar abusos e arbítrios, prega a prevalência dos princípios fundamentais relacionados apenas à autonomia privada, vez que prestigia a força legitimadora do consenso social; o que, no seu entender, não seria alcançado com os demais direitos fundamentais, mormente em virtude do pluralismo que integra a sociedade contemporânea.

Destaca-se também a menção feita ao espaço público, como sendo o local propício ao debate popular sobre os interesses da sociedade, durante o processo comunicativo. Doutrinariamente, Habermas, de certa forma, restabelece os postulados embrionários da democracia participativa no processo de construção da decisão.

Merece também destaque a preocupação com a tirania da maioria. Segundo o referido autor, processo justo seria apenas aquele que possibilitasse igualdade de condições entre os partícipes do processo comunicativo, evitando decisões imprevisíveis, bem como arbitrárias, arrimadas em consensos minoritários ou circunstanciais.

Doutra forma, a partir da concepção de que as decisões seriam construídas diante da participação da sociedade, através da autonomia privada, acaba-se com a necessidade de seguir um padrão fixo de conteúdo, o que possibilitaria uma adaptação mais ágil e consentânea

ao dinamismo da sociedade contemporânea, responsável pela reformulação diuturna das expectativas sociais[29].

4. CRÍTICAS À TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS

Apesar da relevância da teoria habermasiana, a doutrina majoritária faz sérias críticas à sua construção procedimentalista da jurisdição constitucional. Dessa forma, passa-se a criticar, de forma objetiva, os principais aspectos levantados por Habermas sobre a jurisdição constitucional, levando-se em consideração as características peculiares aos países periféricos.

4.1. O ESPAÇO PÚBLICO EM PAÍSES PERIFÉRICOS

Segundo Habermas[30], as decisões judiciais só se legitimam através de uma normatização politicamente autônoma e racional, que permita às partes uma correta compreensão da ordem jurídica, sobretudo a partir da concepção de que, além de destinatárias, são verdadeiras protagonistas do processo de criação do direito. Advoga-se a co-responsabilidade de todos os cidadãos pelo exercício e concretização dos direitos, inclusive dos fundamentais.

Todavia, deprende-se que a teoria de Habermas deixou de levar em consideração as características imanentes aos países periféricos, sobretudo as concernentes ao esgarçamento do tecido político, econômico e social. Como se poderia legitimar a jurisdição constitucional através da malferida autonomia privada dos países periféricos? A título de reflexão, menciona-se o nosso pleito eleitoral, que evidencia, sem espaços para incertezas, a prevalência econômica em detrimento da ideologia política.

Falar em legitimidade da jurisdição constitucional através da participação popular, em países periféricos, sabidamente destituídos do proclamado mínimo existencial, seria o mesmo que pretender "tirar

[29] AGRA, op. cit., p. 128-229.
[30] HABERMAS, op. cit., p. 157.

leite de pedra". Não há igualdade de chances, nem tampouco consenso real, onde, para significativa parcela da população, não existe educação, habitação, emprego, saúde, estudo, etc. O consenso alcançado, com toda certeza, seria aquele almejado pela classe economicamente dominante, porque não há autodeterminação em uma sociedade de excluídos.

Alavancar a autonomia privada nos países periféricos ao patamar de legitimadora da jurisdição constitucional, através dos debates proporcionados no suposto espaço público, além de proporcionar uma expectativa social fantasiosa, também engendraria atos preparatórios para uma "tirania da maioria". Isto porque em países periféricos, compostos por números alarmantes de indigentes, onde a cidadania ainda é uma ficção sociojurídica, o espaço público serviria apenas às aspirações da classe prestigiada.

Como bem preleciona Canotilho[31]:

> "Mais modernamente, o *procedimento justo* tende a densificar-se como *procedimento comunicativamente* (ou informativamente) *justo,* que obrigará, por exemplo, à criação de comunicações pré-procedimentais como consultas ou fases preliminares do procedimento a instâncias de parte, institucionalização de 'mesas redondas' sob a forma de conferência de interessados, cooperação informal através de avisos, informações, esclarecimentos, criação de mediadores privados entre a administração e os interessados".

Todavia, não se pode denegar a constatação de que as sociedades modernas têm como característica imanente o pluralismo, que impossibilita a existência de um discurso racional que proporcione um consenso amplo sobre as questões essenciais do texto constitucional[32].

---

[31] CANOTILHO, op. cit., p. 514.

[32] ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução José Antônio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada – España: Comares, 2005, p. 63-67.

Devem-se levar em consideração as peculiaridades experimentadas pelos países periféricos, sob pena de legitimar, teoricamente, a "tirania da maioria"; apesar de não ser esta a pretensão da teoria em comento. Tratar igualmente os desiguais, fomentando ainda mais a desigualdade, representaria uma involução sem precedentes para o direito constitucional.

4.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS

Em uma sociedade pós-moderna, complexa por sua natureza, a jurisdição constitucional atua como instrumento de concretização dos princípios materiais do regime democrático, sobretudo dos direitos fundamentais, que representam a carga valorativa assumida pelo Poder Constituinte. A partir do Estado Democrático de Direito, o antigo dogma da igualdade formal perde espaço para o compromisso de materialização dos preceitos constitucionais, sob pena de malversação da jurisdição constitucional.

Partindo-se da premissa de pluralidade, bem como da desigualdade social, cultural e econômica presentes em nossa sociedade pós-moderna, sobretudo em países periféricos, a jurisdição constitucional desenvolve um papel imprescindível para a esfera de direitos das minorias. Em uma sociedade pluralista como a contemporânea, como já advertiu Luhmann, "um procedimento não pode ser considerado como uma seqüência fixa de ações determinadas"[33].

Apesar do princípio da maioria representar uma das vértebras da coluna do regime democrático, devem-se viabilizar mecanismos de controle, aptos a obstaculizar qualquer tipo de absolutismo, que pretenda fulminar direitos fundamentais da minoria, sabidamente protegidos pela Lei Fundamental.

É sobre esse cenário que se sobressai a jurisdição constitucional, a partir do compromisso de assegurar a concretização dos comandos constitucionais, mesmo daqueles pertinentes aos direitos fundamentais

[33] LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento: pensamento político.* Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 37.

das minorias, mesmo quando flagrantemente contrapostos aos interesses da maioria. Como bem arremata Walber Agra: "As minorias devem acatar as decisões políticas tomadas pela maioria, desde que não atinjam os direitos considerados essenciais pela Constituição"[34].

Consoante Habermas, apenas os direitos fundamentais relativos à autonomia privada deveriam ser prestigiados pelo ordenamento jurídico, a fim de que os indivíduos pudessem participar efetivamente do processo de construção da decisão, em paridade de oportunidades, prestigiando o melhor argumento. Entretanto, como já mencionado, tal pretensão não encontra amparo prático nos países subdesenvolvidos, sobretudo diante da desigualdade socioeconômica. Qualquer pressuposição de igualdade de participação nos debates travados no espaço público em países periféricos, em verdade, legitimaria, através de um discurso inocente, o pleno domínio da maioria, fulminando, inclusive, os direitos fundamentais das minorias, previstos no texto constitucional.

A partir da teoria procedimentalista de Habermas, que relega para um segundo plano o conteúdo essencial da norma fundamental, a jurisdição constitucional deixaria de ter o compromisso de concretizar os postulados previstos pelo Poder Constituinte Originário, verdadeiro legitimador de sua atuação, para permitir a supremacia do Poder Ordinário, detentor de menor grau de legitimador. Os valores consagrados pelo Poder Constituinte Originário, reconhecidamente objeto de maior participação popular, seriam superados pelos valores do Poder Ordinário, muitas vezes manipulados pela maioria, mormente em países periféricos.

Como bem preleciona Canotilho[35]:

> "A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial com a idéia de direito, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico. Consequentemente, a constituição não representa uma simples

[34] AGRA, op. cit., p. 36.
[35] CANOTILHO, op. cit., p. 1439.

> positivação do poder. É também a positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade. Quando uma lei constitucional logra obter validade como ordem justa e aceitação, por parte da colectividade, da sua bondade 'intrínseca', diz-se que uma constituição tem legitimidade".

A jurisdição constitucional é um instrumento muito valioso de controle do Estado Democrático de Direito nos países subdesenvolvidos, capaz de rechaçar possíveis tiranias da maioria. Ignorar os comandos axiológicos do texto constitucional seria o mesmo que legitimar a tirania da maioria.

Enquanto o mundo contemporâneo discute sobre mínimo existencial, proibição de retrocesso social e concretização de direitos fundamentais sociais, a construção teórica de Habermas relega para um segundo plano tal debate, esquecendo-se do esgarçamento social, político e econômico experimentado pelos países periféricos. Enquanto o mundo contemporâneo busca, através da jurisdição constitucional, densificar a força normativa dos dispositivos constitucionais, o procedimentalismo de Habermas pretende reduzir a esfera de atuação da jurisdição constitucional[36].

5. CONCLUSÃO

Hodiernamente, a jurisdição constitucional tem como função precípua estabilizar as relações sociais, a partir da concretização dos preceitos constitucionais, em respeito à legitimidade auferida através do Poder Constituinte Originário. A partir disso, reconhece-se a supremacia *Lex Matter*, e a imediata aplicabilidade dos seus preceitos, sobretudo dos direitos fundamentais.

Não se pensa mais na teoria da separação dos poderes como algo estanque, inflexível, estranho à realidade social, consoante a concepção clássica. Diante de uma mudança ideológica, entende-se que a jurisdição

[36] AGRA, op. cit., p. 230.

constitucional tem verdadeiro compromisso com a efetividade dos postulados constitucionais. Não se admite que as normas constitucionais sejam meramente simbólicas ou declaratórias, sem nenhum mecanismo de exigibilidade imediata. Os direitos fundamentais passaram a ocupar um papel importante na jurisdição constitucional, vez que representam valores consagrados como inalienáveis pelo Poder Constituinte Originário.

De acordo com a teoria de Habermas, o direito não pode ingerir na política, nem tampouco resolver todos os problemas do Estado. Ao contrário, deve assegurar o direito subjetivo à participação dos indivíduos, corolário da sistemática da soberania popular, através da institucionalização da autodeterminação dos cidadãos, com igualdade de chances, contribuindo assim para a formação democrática da vontade no espaço público. Apenas os direitos fundamentais relativos à autonomia privada ganham destaque em Habermas, tendo em vista que os demais, no seu sentir, não seriam capazes de obter o grau de consenso necessário para a tomada de decisões judiciais, mormente em virtude do pluralismo contemporâneo, o que proporcionaria a prática de abusos e arbítrios.

Na teoria habermasiana, o espaço público é um elemento fundamental de legitimidade da jurisdição constitucional, que proporciona o esclarecimento e a discussão das questões importantes para o cenário judicial, sobretudo através da razão comunicativa e da autonomia privada, garantindo assim que a decisão judicial corresponda sempre ao melhor argumento.

Consoante Habermas, a jurisdição constitucional deva ficar limitada à tarefa de compreensão procedimental do texto constitucional, com o objetivo de proteger o processo de criação democrática de Direito; a fim de prestigiar o melhor argumento, do ponto de vista do consenso popular consciente e auto-responsável, relegando os valores substanciais.

A teoria de Habermas tem uma importância muito grande para a jurisdição constitucional, sobretudo no tocante à discussão em torno da sua legitimidade, vez que o seu procedimento estabelece uma interação fundamental entre a vontade popular e o agir comunicativo, emanada no espaço público, a partir do prestígio da autonomia privada. Todavia, tem como pressuposto necessário para a sua viabilização a igualdade de chances de participação dos membros da comunidade,

em homenagem aos princípios democráticos da autodeterminação e do consenso majoritário.

Depreende-se que a teoria de Habermas deixou de levar em consideração as características imanentes aos países periféricos, sobretudo as concernentes ao esgarçamento do tecido político, econômico e social. Como se poderia legitimar a jurisdição constitucional através da malferida autonomia privada dos países periféricos?

Não há igualdade de chances, nem tampouco consenso real, onde, para significativa parcela da população, não existem, nem mesmo, educação, habitação, emprego, saúde, estudo, etc. Essa linha de raciocínio, além de proporcionar uma expectativa social fantasiosa, também engendraria atos preparatórios para uma verdadeira "tirania da maioria".

Em uma sociedade periférica, complexa e desigual por natureza, a jurisdição constitucional é um instrumento imprescindível para a concretização dos princípios materiais do regime democrático, sobretudo dos direitos fundamentais, que representam a carga valorativa assumida pelo Poder Constituinte.

A jurisdição constitucional deve assegurar a concretização dos comandos constitucionais, mesmo daqueles pertinentes aos direitos fundamentais das minorias, até mesmo quando flagrantemente contrapostos aos interesses da maioria.

Qualquer pressuposição de igualdade de participação nos debates travados no espaço público em países periféricos, em verdade, legitimaria, através de um discurso inocente, o pleno domínio da maioria; fulminando, inclusive, os direitos fundamentais das minorias. A jurisdição constitucional deixaria de ter o compromisso de concretizar os postulados previstos pelo Poder Constituinte Originário, verdadeiro legitimador de sua atuação, para permitir a supremacia do Poder Ordinário, detentor de menor grau de legitimidade.

Perorando, reconhece-se a importância da teoria procedimentalista de Habermas para a jurisdição constitucional, sobretudo por levantar a questão da democracia participativa, pretendendo transferir para os indivíduos, diante da autodeterminação da autonomia privada, a responsabilidade pelo conteúdo das decisões judiciais. Todavia, conclui-

se que os países periféricos não apresentam as condições necessárias para a viabilização da teoria procedimentalista de Habermas, sobretudo diante do esgarçamento social, político e econômico experimentado por esses países.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal : densificação da jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro : Forense, 2005.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia.* Tradução José Antônio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada – España: Comares, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. 2. reimp. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento: pensamento político.* Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.* Coleção a obra-prima de cada autor. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. "*Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*". In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 47 - 78.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANÁLISE DO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PREMATURO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS

Genésia Marta Alves Camelo, bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Procuradora Federal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN

RESUMO: O presente texto aborda o não conhecimento pelos tribunais superiores de recursos interpostos antes da publicação da decisão a ser impugnada. Aponta o entendimento dos referidos tribunais superiores, procedendo a uma análise crítica dos fundamentos exarados. Após um acurado estudo do tema proposto, concluímos pela necessidade urgente de mudança de posicionamento, a fim de se considerar tempestivo o recurso prematuro interposto de decisões monocráticas e colegiadas, de forma a garantir um processo sem dilações indevidas e em perfeita consonância com a ordem constitucional e legal, concretizando o acesso à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, além de garantir um processo justo, em que se procede à efetiva tutela dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso prematuro; intempestividade

ABSTRACT: The present text analyses not the knowledge for the superior courts of resources inserted before the publication of the being impugnated decision. It points the agreement of the cited superior courts, proceeding to a critical analysis of the engraved beddings. After a study of the considered subject, we conclude for the urgent necessity of positioning change in order to consider timely the premature resource inserted of singular decisions and decision of not singular court to guarantee a process without improper delays and in perfect accord with the constitutional and legal order, materialize the access to the adequate, effective and timely guardianship jurisdictional., beyond guaranteeing a process just where if the effective proceeds guardianship from the rights.

KEYWORDS: Premature resource; intempestive

SUMÁRIO:1. Introdução; 2. Das decisões dos Tribunais Superiores; 2.1. Posição do Supremo Tribunal Federal; 2.2. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça; 2.3. Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho; 3. Do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas - Abordagem constitucional; 4. O Novo Processo Civil Brasileiro - Necessidade de uma tutela efetiva e tempestiva dos direitos a fim de assegurar o acesso à justiça; 5. Análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal; 6. Conclusão; 7. Referência bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

O conhecimento dos recursos depende, além de outros requisitos, da sua interposição no prazo legal. Assim, o requisito de admissibilidade extrínseco pertinente à tempestividade é verificado no juízo de prelibação. Vale acentuar que a interposição extemporânea implicará no não conhecimento do recurso.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a intempestividade dos recursos pode decorrer de impugnações tardias em que a interposição dos recursos ocorre após o decurso do prazo.

Entretanto, a jurisprudência dos tribunais superiores tem considerado também como intempestivo os chamados recursos prematuros cuja interposição ocorre antecipadamente à publicação das decisões.

Acontece que a doutrina majoritária crítica duramente o referido posicionamento das instâncias superiores. Nesse sentido citamos o ilustre mestre Fredie Didier:

> "Primeiro, a esdrúxula tese da intempestividade do recurso prematuro: o STF já afirmou que recurso interposto antes do prazo (antes da intimação da decisão) é intempestivo (ver, por exemplo, STF, 2ª.T., AI n. 375.124, j. 28.05.2002, rel. Celso de Mello, publicado no DJU 28.06.2002). Os fundamentos não se sustentam, até mesmo pela irrazoabilidade: se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação" (Curso de

> Direito Processual Civil, volume III, 3ª edição, ed. Podivm, 2007, Salvador, pág. 50-55).

Impende registrar que o prazo para interposição de recursos é peremptório.

O artigo 506 do Código de Processo Civil estabelece que o termo inicial do prazo recursal é o da intimação da decisão. É sabido que a intimação dos atos processuais considera-se feita pela publicação nos órgãos oficiais, pelo correio, por meio de oficial de justiça ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

Portanto, a interposição de recursos fora do prazo fixado em lei, implicará em juízo de admissibilidade negativo.

Nesse sentido, citamos as precisas palavras do processualista José Carlos Barbosa Moreira in *O Novo Processo Civil Brasileiro*:

> "Tempestividade – Todo recurso deve ser interposto dentro do prazo fixado em lei, cujo cômputo obedece às regras gerais sobre contagem de prazos processuais (art. 506, combinado com o art. 184 e seus parágrafos). Como resulta do exame das disposições contidas nos arts. 242 e 506, o termo inicial é a data da intimação da decisão, quer se trate de pronunciamento em primeiro grau de jurisdição – pois com a leitura em audiência, a que alude o art. 506, nº I, a sentença se reputa intimada (cf. art. 242, § 1º) -, quer se trate de acórdão, cuja publicação em súmula no órgão oficial (art. 506, nº III) também vale por intimação. Apresenta peculiaridades a determinação do *dies a quo* para interposição de recurso especial e/ou extraordinário, quando o acórdão que se impugna resulta de deliberação tomada em parte por unanimidade e em parte por maioria dos votos (v., infra, §§ 24, nº I, 2, e 25, nº I, 2)." (Moreira, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro:*

exposição sistemática do procedimento, 22 ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 113-131)

No que concerne ao tema que aqui importa, cabe analisarmos se o recurso prematuro realmente não atende ao requisito de admissibilidade – tempestividade.

2. DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nesse diapasão, torna-se salutar transcrevermos alguns julgados proferidos pelos Tribunais Superiores acerca da presente questão, os quais refletem a posição atual majoritária pertinente a matéria sob análise, a fim de facilitar a sua abordagem.

2.1 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Data do Julgamento: 26/04/2007 PRIMEIRA TURMA
Data de publicação no Diário da Justiça: 22/06/2007
AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 629.662-0 SÃO PAULO
RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.MATÉRIA PROCESSUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA O ARESTO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DAS RESPECTIVAS RAZÕES NO PRAZO PARA RECORRER.
Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede.
De mais a mais, a insurgência não se dirige contra decisão final da causa, apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do inciso III do art. 102 da Lei Maior.
Agravo desprovido."

2.2 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo AgRg no Ag 558881 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO2003/0187877-5
Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 13/04/2004
Data da Publicação/Fonte DJ 31.05.2004 p. 321

> "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL PREMATURO. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.AUSÊNCIA DE RENOVAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ."

2.3 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

NÚMERO ÚNICO PROC**:** ED-ED-E-ED-AIRR - 51727/2002-900-02-00
PUBLICAÇÃO**:** DJ - 11/05/2007
PROC. Nº TST-ED-E-ED-AIRR-51727/2002-900-02-00.8
C:A C Ó R D Ã O SBDI1 JOD/vm/fv

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INTEMPESTIVIDADE 1. É extemporânea a interposição de **recurso** antes da publicação da decisão impugnada, porquanto fora do momento

> oportuno, conforme recente entendimento do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (ED-ROAR-11.607/2002-000-02-00.4, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, julgamento realizado na sessão de 04/05/2006). Precedentes do
> STF no mesmo sentido. Ressalva do Relator.
> 2. Embargos de declaração não conhecidos, por intempestividade."

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS – ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro 2004, veio constitucionalizar expressamente o direito fundamental à razoável duração do processo e à celeridade processual, em seu art. 5º, inciso LXXXVIII:

> "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

O mencionado princípio também foi contemplado expressamente nas Constituições da Espanha e de Portugal.

Importante registrar que mesmo antes da publicação da referida emenda constitucional, o nosso ordenamento jurídico já previa instrumentos a fim de garantir a prestação jurisdicional adequada e em prazo razoável, em consonância com os princípios do devido processo legal e da eficiência da Administração Pública, e ainda, da efetividade da tutela jurisdicional.

Evidente que o princípio do devido processo legal só será observado em sua inteireza se às partes for conferida a garantia de um processo justo, em que a tutela jurisdicional é prestada no menor tempo possível.

Ademais, o direito à prestação jurisdicional tempestiva já se incorporara efetiva e expressamente ao ordenamento jurídico como

direito fundamental, por força do art. 5º § 2º da Constituição Federal de 88, desde a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como ensina Fredie Didier

> a Corte Européia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) A atuação do órgão jurisdicional.(Jr. Fredie Didier, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 7ª ed – Salvador/BA: Podivm, 2007, p. 25-59).

Noutro giro, o Tratado de Roma, subscrito em 04 de novembro de 1950, dispõe que:

> "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida." (ob.cit.)

É certo que o que realmente se pretende é um processo em que todos os atos sejam realizados em prazo razoável, preservando-se todas as garantias constitucionais e em perfeita harmonia com o princípio da segurança jurídica. Não se busca a celeridade a todo preço, com riscos de sacrifícios a princípios constitucionais tais como, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A finalidade do referido dispositivo constitucional, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, é coibir dilações inúteis que em nada contribuirão para a efetividade do direito material, tampouco para propiciar que as partes exerçam suas garantias constitucionais.

Destarte, verifica-se em consonância com o preceito constitucional, a utilização de qualquer meio, procedimento ou instrumento que venha a conferir maior celeridade processual, sem causar qualquer tipo de prejuízo às partes, em especial ao devido processo legal e à ampla defesa. Aqui, vislumbra-se a perfeita aplicabilidade do princípio da instrumentalidade das formas pelo qual se consideram válidos os atos processuais praticados de forma diversa à legalmente estabelecida, mas que atinjam a sua finalidade final.

A instrumentalidade do processo visa justamente evitar a repetição inútil de atos, vez que atingida a sua finalidade, de forma a tornar mais célere o procedimento. Dentro dessa perspectiva observamos que não há a menor razoabilidade em se considerar o recurso prematuro como intempestivo de forma a conduzir a um juízo negativo de admissibilidade.

Veja-se que não há que se falar em qualquer prejuízo para as partes processuais e tampouco violação a qualquer preceito de ordem pública.

Ao revés, encontra-se em perfeita consonância com o princípio pelo qual o processo não deve durar nem mais nem menos do que o estritamente necessário – razoável duração do processo.

É mister salientar que a mera imposição para que a parte que já tomou ciência da decisão a ser impugnada, aguarde a publicação da decisão para o termo inicial do prazo recursal viola flagrantemente o princípio constitucional da razoável duração do processo e da celeridade e, ainda, o princípio processual da instrumentalidade das formas.

Depreende-se, pois, que o princípio da razoável duração do processo está diretamente relacionado com os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da proteção à dignidade da pessoa humana, devendo, assim, serem observados estritamente.

4. O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – A NECESSIDADE DE UMA TUTELA EFETIVA E TEMPESTIVA DOS DIREITOS A FIM DE ASSEGURAR O ACESSO À JUSTIÇA

Interessante constatar que o processo civil brasileiro tem como seu objetivo primordial a efetiva implementação da garantia constitucional de acesso à Justiça – garantia de acesso à ordem jurídica justa.

A doutrina, na busca do pleno acesso à ordem jurídica justa destaca três importantes fases: a) assistência judiciária gratuita; b) proteção dos interesses coletivos e difusos; c) prestação da tutela jurisdicional efetiva e adequada visando a proteção do direito material de modo a implementar o escopo da pacificação social.

O Código de Processo Civil vem sendo constantemente alterado visando a tão desejada celeridade processual. Podemos dizer que a primeira grande inovação processual, ocorrida em 1992, fez surgir o instituto da tutela antecipada, importantíssimo para a efetivação da tutela inibitória.

Impende enfatizar que a sistemática recursal estabelecida no Código de Processo Civil tem sido apontada como a grande causa da demora na tramitação dos processos, retardando consideravelmente o resultado final do processo.

Nesse sentido, recorremos às preciosas lições do mestre Araken de Assis in *Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil*:

> "Nada obstante, o sistema recursal do CPC em vigor surge como o mais provável ponto de estrangulamento. Indício seguro dessa proeminência negativa desponta nas sucessivas leis reformistas. O legislador não economizou seus esforços neste terreno. Conforme acentuou José Carlos Barbosa Moreira, "em nenhum outro título do estatuto processual se concentrou com tanta intensidade o fogo da artilharia reformadora." O furor reformista preservou incólume menos da metade dos artigos do Título X do Livro do CPC." (Assis, Araken de, *Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil,* in Camargo, Marcelo Novelino, org., *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, 2.ed. – Salvador/BA: Edições Jus Podivm, 2007, p. 325-342).

Pode-se verificar, portanto, que mais do que nunca se almeja a rápida solução dos processos judiciais sem, contudo, violar garantias individuais

consagradas no texto constitucional, buscando dentro do possível a implementação de um processo justo, cujo tempo de duração não seja nem maior nem menor do que o realmente necessário para se garantir a efetividade da tutela dos direitos.

O novo processo civil encontra-se comprometido com a efetiva tutela dos direitos. A efetividade da tutela dos direitos está intimamente relacionada com a celeridade processual, tendo em vista que a tutela jurisdicional efetiva há de ser tempestiva.

Nesse sentido, citamos as lições do mestre Luiz Guilherme Marinoni in *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*:

> Para resumir, basta evidenciar que há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando for necessário, preventiva. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e essa deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a imprescindibilidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. Pensando-se a partir daí fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra do modo menos gravoso ao réu.
>
> Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência de sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi

> proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos." (Marinoni, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 165-248).

E mais adiante faz uma reflexão sobre o papel do juiz frente ao direito fundamental à tutela jurisdicional:

> "Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa." (Marinoni, Luiz Guilherme, ob. Cit. P. 165-248).

Há de se asseverar que o juiz ao proferir juízo de admissibilidade negativo, diante de recurso prematuro, não extrai das regras que disciplinam o requisito da tempestividade a sua máxima potencialidade. Trata-se de formalismo que impede a tutela efetiva e tempestiva dos direitos, uma vez que a não interposição do recurso antes da publicação, quando possível, dilata o procedimento sem que se atinja qualquer resultado útil.

Além do mais, a intempestividade reconhecida em juízo de prelibação em decorrência de interposição de recurso antecipadamente viola flagrantemente o princípio constitucional da ampla defesa, ao impedir a análise do mérito da impugnação.

Comunga do mesmo entendimento o grande processualista Cândido Rangel Dinamarco in *Instituições de Direito Processual Civil*:

> "Aceleração do processo. Para melhorar as condições de tempestividade da tutela jurisdicional, muitas medidas vêm sendo tomadas na legislação brasileira de processo civil. Entre nós, são tradicionalmente muito numerosos os títulos executivos extrajudiciais (casos em que se dispensam as demoras de um prévio processo de

> conhecimento) já está presente o processo monitório (em que se produz título executivo judicial com bastante celeridade); já se generalizou a admissibilidade da antecipação da tutela jurisdicional (art. 273) e algo vem sendo feito no sentido de deformalizar o procedimento (juizados especiais, simplificação de certos atos mesmo no processo comum). Mas também por esse aspecto é indispensável formar uma verdadeira consciência racional – seja para que o legislador ouse prosseguir ditando normas conducentes à eliminação de formalismos inúteis, seja para que os juízes as pratiquem. Pouca utilidade tem, p.ex., eliminar na lei a esdrúxula liquidação por cálculo do contador, se os juízes continuarem a ouvir o devedor e homologar cálculos antes de determinar a penhora; seria uma ridícula reforma a dispensa de reconhecimento de firma na procuração ad judicia pela lei, enquanto os juízes prosseguirem a exigi-la; etc. Também esses são entraves culturais que cabe à doutrina combater e aos tribunais, pela atividade educativa de seus julgados, extirpar".(Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. I, 2ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 253-295).

5. ANÁLISE CRÍTICA DA POSIÇÃO DO STF

Infere-se, portanto, que a mais alta Corte deste país pacificou seu entendimento no sentido de não conhecer recurso interposto, antes da publicação da decisão no *Diário Oficial*.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal ao proceder à análise da questão pertinente ao recurso prematuro distinguiu as decisões monocráticas das colegiadas, consoante se depreende da decisão abaixo transcrita:

> "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DE RELATOR QUE, POR INTEMPESTIVIDADE, NEGOU SEGUIMENTO A OUTRO AGRAVO

> REGIMENTAL. RECURSO NÃO RATIFICADO OPORTUNAMENTE.
> Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação do acórdão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que o antecede.
> Entendimento que não se aplica no caso de decisão monocrática, a cujo inteiro teor as partes têm acesso nos próprios autos, antes da respectiva publicação.
> Recurso provido para, afastada a intempestividade do primeiro agravo, dar-se-lhe seguimento."(Data do julgamento: 6/06/2005 Tribunal Pleno, Diário da Justiça de 17/03/2006, Ag.Reg.No Ag.Reg.Na AÇão Originária 1.140-0 Distrito Federal, relator : MIN. CARLOS Britto).

Nesta seara nota-se, que o prazo para interposição de recurso contra decisões colegiadas só começa a fluir da publicação da súmula do acórdão no órgão oficial, nos termos do art. 506, III CPC).

Destarte, na pendência da publicação da decisão colegiada, o recurso interposto será considerado intempestivo.

Asseverou-se que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a interposição de recurso, por absoluta falta de objeto.

Disso deflui que o Supremo Tribunal Federal exige para a interposição de recurso, a existência formal da decisão a ser impugnada.

Na linha da orientação fixada, a publicação do acórdão antecede sua juntada aos autos. No entanto, é digno de registro salientar que embora o acórdão não tenha sido juntado aos autos, em virtude de mero procedimento administrativo, ele possui existência jurídica.

O acórdão é fruto de decisão colegiada que se torna pública na seção de julgamento. É preciso perceber que a publicação da decisão - ocorrida na própria seção de julgamento – não se confunde com publicação na imprensa oficial – ato pelo qual se dá conhecimento aos interessados dos atos processuais executados.

Assim, depreende-se facilmente que os recursos interpostos antes do prazo começar a fluir não podem ser considerados intempestivos com fundamento na falta de objeto e inexistência formal da decisão a ser impugnada.

É certo que a decisão existe, apesar de não ter sido formalmente juntada aos autos.

Nem se diga, de outro lado, que o Supremo Tribunal Federal exige a comprovação de ciência inequívoca da decisão de forma incontestável para efeito de definição do *dies a quo* do prazo recursal.

Nesse sentido, citamos a decisão proferida no Recurso Extraordinário RE 132.031, Relator Celso Bandeira, publicada em 19 de abril de 2003:

> "Os prazos recursais começam a fluir da data em que o sujeito processual, por meio de seu advogado, tem, ainda que informalmente, ciência inequívoca da decisão que deseja impugnar, desde que inexista qualquer situação de dúvida ou de controvérsia a respeito do momento em que se registrou o conhecimento efetivo do ato decisório proferido. Precedentes.
> A ciência inequívoca, para efeito de definição do *dies a quo* do prazo recursal, não se presume, exigindo-se, do contrário, comprovação incontestável de que ela efetivamente ocorreu."

De qualquer forma, é importante notar que tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal merece interpretação em consonância com o princípio da razoabilidade. Senão vejamos.

É cediço que o termo inicial do prazo recursal se dá a partir da intimação das partes da decisão prolatada. O que desejamos destacar, entretanto, é que a finalidade da intimação é dar conhecimento às partes do ato processual executado.

Acontece que a ciência da parte do ato impugnado antes da publicação da decisão faz com que o objetivo maior da publicação tenha sido atingido. No entanto, se houver a menor dúvida no tocante à ciência da decisão pela parte o *dies a quo* para interposição de recurso, deverá considerar o dia da intimação, a fim de não prejudicar a parte, evitando, assim, a interposição de recurso tardio.

Evidente que cabe à parte sucumbente verificar, no caso de optar pela pronta interposição de recurso antes da publicação, se obteve integral conhecimento das razões de decidir.

Ora, a interposição de recurso consiste em um ônus processual. Dessa forma, se a parte optou por recorrer tendo conhecimento apenas do dispositivo da decisão ou de informação obtida pela internet, sem o total conhecimento dos fundamentos da decisão, não cabe ao juiz proferir juízo de admissibilidade negativo ao recurso. Note-se que tal posicionamento – publicação da decisão para que a parte possa recorrer – é contraditório, pois a princípio parece ter como objetivo a proteção da parte recorrente ao exigir a necessidade de se conhecer os fundamentos da decisão para que se possa aduzir as impugnações adequadas. Contudo, parte dessa premissa para não admitir o recurso deixando de examinar qualquer impugnação aduzida, em flagrante violação ao direito do recorrente de ver suas razões de inconformismo da decisão prolatada examinadas.

Cumpre ressaltar que a interposição de recurso antes da publicação da decisão, por ato voluntário da parte, sem conhecimento efetivo de todos os fundamentos que ensejaram a decisão constitui ônus da parte, sendo que se esta não se desincumbir deste ônus estará sujeita aos efeitos que lhe são próprios.

Não obstante, uma vez interposto o recurso, concretizada a ciência da decisão prolatada, não havendo que se exigir prova incontestável de que a ciência inequívoca efetivamente ocorreu.

No tocante às decisões monocráticas a Corte Suprema salienta que estas, como os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, vão para os autos, antes da publicação, ao contrário dos acórdãos do STF que somente vão para o processo quando é remetido para a publicação no *Diário da Justiça*.

Em conseqüência, os recursos interpostos a fim de impugnar as decisões monocráticas e proferidas por tribunal que as junta aos autos antes da publicação no *Diário Oficial* não são intempestivos, por possibilitar a ciência inequívoca das partes, não havendo que se cogitar de prematuridade.

Há, pois, em verdade, que para a verificação do termo inicial do prazo recursal o que efetivamente importa é a ciência da decisão pelo interessado.

Outrossim, não se pode desconsiderar que muitas decisões prolatadas pela mais alta Corte deste país são pautadas em critérios rigorosos, até mesmo desprovidos de fundamentação jurídica adequada e razoável, visando o juízo de admissibilidade negativo dos recursos,

diante do enorme volume de recursos que são submetidos aos Tribunais Superiores.

Dentro dessa perspectiva, vale a pena transcrevermos a manifestação da Relatora Eliana Calmon em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, a qual integra o informativo de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº 290, de 26 a 30 de junho de 2006, ao afirmar que a jurisprudência daquela Corte é extremamente severa no trato do agravo de instrumento em descompasso com a tendência processual da flexibilização:

> "AGRAVO REGIMENTAL. ASSINATURA. ADVOGADO. PETIÇÃO. RESP.
> Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que não conheceu de agravo de instrumento diante da inexistência de assinatura do advogado na petição do recurso especial. A Min. Relatora anotou que a jurisprudência desta Corte é extremamente severa no trato do agravo de instrumento, quase como um direito de defesa da Corte, diante do assoberbamento de processos, tratamento esse que está em pólo oposto ao que tem sido adotado pelos processualistas e pelo próprio Direito pretoriano que, aos poucos, tenta despregar-se da rigidez das regras formais do processo. A flexibilização no tratamento das normas formais visa sempre salvar o direito material, quando não houver prejuízo para a outra parte e puder o ato atingir sua finalidade. Os precedentes trazidos à colação pelos agravantes demonstram a tendência, no STJ, quanto à adoção do princípio da finalidade, mas todos eles referem-se a irregularidades ocorridas nas instâncias ordinárias. Entende que está em descompasso com a tendência processual da flexibilização a rigidez no tratamento que se dá ao agravo de instrumento a qual, embora tenha por escopo diminuir o número de processos, contém em seu bojo uma punição ao advogado que se descura de uma filigrana processual. Foi o que ocorreu na hipótese. Apenas se colocaram no instrumento

> cópias sem as assinaturas, segundo o recorrente. Embora não se possa ter certeza, neste momento, de que a petição original do recurso especial foi devidamente assinada, inexiste prejuízo algum em mandar subir os autos, até porque a irregularidade, se confirmada, poderá ensejar o não-conhecimento do especial (Súm. N. 115-STJ). Assim, a rigidez a ninguém aproveita, senão a um tratamento que se distancia da regra de ouro inserida no princípio de que a instrumentalidade das formas não pode sacrificar o direito maior a quem serve o processo. Com essas considerações, a Turma deu provimento ao agravo regimental para prover o agravo de instrumento, determinando a subida do recurso especial para melhor exame. Precedente citado: AgRg no Ag 680.480-SP, DJ 5/5/2006. AgRg no Ag 688.689-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 27/6/2006."

Cabe salientar que as razões aduzidas pela ilustre ministra do Superior Tribunal de Justiça se aplicam *mutatis mutantes* em relação ao Supremo Tribunal Federal no tocante ao rigoroso tratamento conferido ao recurso prematuro.

De toda forma, é lamentável que a motivação de certos julgamentos não seja eminentemente jurídica, com fins à tutela efetiva dos direitos.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, arrimada nos preceitos do Estado Democrático de Direito, do devido processo legal, da segurança jurídica, eficiência da Administração Pública, efetividade da tutela jurisdicional e da dignidade da pessoa humana reconhece como direito fundamental a um processo sem dilações indevidas.

Assim sendo, o entendimento prevalescente nos tribunais superiores no sentido de que a interposição de recurso antes da publicação da

decisão impugnada, conduz à prolação de juízo negativo de admissibilidade da impugnação não se encontra em harmonia com o princípio da duração razoável do processo.

Nesse liame, o novo processo civil brasileiro, arrimado no novo enfoque de acesso à Justiça e em perfeita consonância com o princípio da instrumentalidade das formas, visando à garantia de acesso à ordem jurídica justa e a efetividade da tutela dos direitos, não tem como respaldar o entendimento majoritário jurisprudencial, uma vez que a interposição de recurso prematuro não causa nenhum prejuízo às partes processuais, consistindo em mero formalismo inútil.

Infere-se também, no que concerne ao tema que aqui importa, que a decisão a ser impugnada possui existência formal podendo ser objeto de impugnação a partir de sua publicação na audiência ou juntada aos autos.

Nesse espeque, a mais alta Corte deste país procede à distinção entre decisões monocráticas e colegiadas, estabelecendo que se considera tempestivo os recursos interpostos de decisões monocráticas e colegiadas em que se junta aos autos o acórdão antes do envio para publicação. Ao revés, considera intempestivos os recursos interpostos de acórdãos, inclusive os prolatados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, antes da sua publicação em virtude dos referidos acórdãos só virem a ser juntados aos autos após a publicação.

Com efeito, para verificação do termo inicial do prazo recursal o que efetivamente importa é a ciência da decisão pelo interessado. Ciente da decisão atingida está a finalidade que se busca com a publicação da decisão – ciência das partes interessadas do ato processual praticado.

Outrossim, uma vez interposto o recurso, concretizada estará a ciência da decisão prolatada, não havendo que se exigir prova incontestável de que a ciência inequívoca efetivamente ocorreu.

Diante de todos os argumentos supracitados urge que as decisões proferidas pelos tribunais superiores observem estritamente a ordem jurídica constitucional e legal a fim de se obter a pacificação social mediante processo justo e prestação jurisdicional efetiva e tempestiva tutelando adequadamente o direito material.

Portanto, não realizam o melhor direito decisões pautadas em critérios rigorosos de admissibilidade, cuja finalidade seja o não conhecimento do recurso com o escopo de diminuir o número de processos em que se procede ao juízo de mérito.

Hodiernamente, não é razoável que a parte zelosa pela interposição do recurso antes da expiração do prazo seja penalizada com o não conhecimento do recurso.

Assim, a concretização do princípio de acesso à Justiça, na perspectiva do tempo que se leva para a entrega da prestação jurisdicional, implica na necessidade de mudança de entendimento dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, a fim de se conhecer do recurso chamado prematuro, quer se trate de decisões monocráticas ou colegiadas.

Enfim, o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas determina que os atos processuais sejam praticados em tempo nem maior nem menor do que o realmente necessário, para se garantir a efetividade da tutela dos direitos.

Dessa forma, o recurso prematuro há de ser conhecido, uma vez que realiza perfeitamente o princípio da duração razoável do processo, encontrando-se em consonância com a nova ordem jurídica processual e por estar comprometido com um resultado justo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil,* in Camargo, Marcelo Novelino, org., *Leituras complementares de direito constitucional – Direitos fundamentais*, 2.ed. – Salvador/BA: Edições Jus Podivm, 2007, p. 325-342.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil,* vol. I, 9ª.ed. – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, p. 31-39.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil,* vol. I, 2ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 253-295.

JR. Fredie Didier. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 7ª ed – Salvador/BA: Podivm, 2007, p. 25-59.

JR. Fredie Didier. *Curso de direito processual civil*, vol. III, 3ª ed – Salvador/BA: Podivm, 2007, págs. 19-63.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 165-248.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 19.ed. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 92-95.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, 22 ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 113-131.

A FEDERALIZAÇÃO DAS HIPÓTESES DE GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALIDADE.[1]

Mark Clark Santiago Andrade, bacharel em Direito, formado pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduando pela Escola Superior da Magistratura. Assessor de Juiz.

RESUMO: No presente estudo será discutida a constitucionalidade do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/04 e mais conhecido como "federalização dos crimes contra os direitos humanos". De início, serão tecidos alguns comentários acerca do que seja constitucionalidade e de seu controle. Em seguida, serão mencionados os mais fortes argumentos contrários e favoráveis à compatibilidade do IDC com a Constituição Federal de 1988. Por fim, será defendida a tese da plena harmonia da "federalização" com a Magna Carta e, conseqüentemente, com todo o ordenamento jurídico pátrio, elegendo-se o IDC como importante instrumento de proteção aos direitos humanos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: incidente de deslocamento de competência; direitos humanos; constitucionalidade.

ABSTRACT: In the present study it will be argued the constitutionality of the Brazilian incident of jurisdiction displacement, which was introduced in the legal system by the 45th. Constitutional amendment and more known as "the federalization of the crimes against the human

[1] ANDRADE, Mark Clark Santiago. *Incidente de deslocamento de competência*: A federalização das hipóteses de grave violação de Direitos Humanos. TCC. Universidade Federal de Sergipe: São Cristóvão/SE, 2006. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao qual remetemos o leitor para uma pesquisa mais aprofundada sobre os aspectos gerais do IDC.

rights". At the beginning, some commentaries will be said concerning to what it is constitutionality and of its control. After that, the strongest arguments contrary and favorable to the compatibility of the IDC with the Federal Constitution of 1988 will be mentioned. Finally, the thesis of the full harmony of the "federalization" with the Great Letter will be defended and, consequently, with all the native legal system, choosing the IDC as an important instrument of protection to the human rights in Brazil.

KEYWORDS: incident of jurisdiction displacement, human rights, constitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Antecedentes históricos do IDC; 3. Controle de Constitucionalidade; 4. Argumentos contrários à constitucionalidade do IDC; 5. Argumentos favoráveis à constitucionalidade do IDC; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A questão da defesa e efetivação dos direitos humanos é globalmente discutida na atualidade, representando uma relevante problemática mundial que transpõe as estreitas fronteiras dos Estados-Nação. Em relação ao Brasil, tal preocupação refletiu na inserção de disposições constitucionais referentes aos direitos da humanidade, sob uma perspectiva claramente protetiva, viabilizadas pela recente Emenda Constitucional n. 45 promulgada em 08 de dezembro de 2004 (EC 45/04), comumente denominada Reforma do Judiciário. Dentre tantas novidades, a modificação constitucional introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no art. 109, V-A e § 5º da Carta Magna, o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC).

O estudo em questão tem por escopo analisar a compatibilidade desse novo instrumento com a Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, com o ordenamento jurídico pátrio. Nessa esteira, serão apresentados os principais argumentos que balizam as teses da constitucionalidade e inconstitucionalidade do IDC, os quais estiveram presentes desde as primeiras discussões no Congresso Nacional e contribuem para acalorados debates no meio jurídico e no meio

sociológico. O primeiro caso de IDC, levado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) em virtude do homicídio da missionária norte-americana Dorothy Stang, ocorrido no município de Anapu, Estado do Pará, em fevereiro de 2005, conferiu mais fôlego à discussão sobre a federalização das hipóteses de grave violação aos direitos humanos. Por fim, advogar-se-á a tese da plena harmonia da "federalização" com a Magna Carta e, conseqüentemente, com todo o ordenamento jurídico pátrio, elegendo-se o IDC como importante instrumento de proteção aos direitos humanos no Brasil.

A presente pesquisa é guiada pelo paradigma da primazia dos direitos humanos inerente à Carta de 1988, considerado sob a perspectiva da grande problemática mundial que se abate em nosso tempo: a proteção desses direitos. Como afirma Noberto Bobbio (1992, p. 24), com propriedade e pertinência: "o problema fundamental em relação aos direitos humanos, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los". Mesmo diante de solenes declarações, os direitos humanos continuam sendo constantemente violados e "Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se encontra enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada" (BONAVIDES, 2001, p. 528). Nesse sentido, o IDC possui imenso valor como instrumento apto a amortizar, ao menos no Brasil, tal estado de patogenia.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICO-SOCIAIS

No plano social, é antiga a luta de organizações de defesa da pessoa humana, em sua maioria ONGs (organizações não-governamentais), para instituir no Brasil a federalização dos crimes contra os direitos da pessoa humana, o que resultou na inclusão da proposta no Plano ou Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH). Contribuíram como combustível para intensificar a ação da sociedade, assim como para a normatização do IDC o volumoso crescimento da violência, muitas vezes acompanhada da impunidade dos agentes infratores, em casos que, infelizmente, tornaram-se famosos não somente dentro dos limites do território nacional, mas que transpuseram as fronteiras do Brasil, como, por exemplo, os massacres, chacinas e crimes de mando ocorridos em Eldorado dos Carajás, Vigário Geral, Carandiru,

Parauapebas, Xapuri, Candelária e Queimados, só para citar alguns dos mais recentes.

No espaço legislativo, a primeira iniciativa de modificação da competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra os direitos humanos foi encaminhada ao Congresso Nacional pelo Ministério da Justiça, através da Exposição de Motivos n. 231, de 13/05/1996, convertida, na Câmara dos Deputados, na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 368/96. O texto do Executivo previa o acréscimo ao art. 109 da CF de dois incisos, o XII ("os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos") e o XIII ("as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifestem interesse").

Posteriormente, a PEC n. 368-A/96 acabou sendo apensada à PEC 96-A/92, que dispunha sobre a reforma do Poder Judiciário, de relatoria da Deputada Zulaiê Cobra, que propôs, em seu relatório, alterações ao aludido art. 109 da CF. Em votação final, a Câmara aprovou a seguinte redação em relação ao § 5º:

> Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Quando da apreciação da matéria pelo Senado Federal, onde a PEC recebeu o n. 29/00, o Relator Bernardo Cabral acrescentou ao texto aprovado pela Câmara o inciso V-B, nos seguintes termos: "os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob tutela de órgão federal de proteção de direitos humanos, nos termos da lei". Tal proposição, entretanto, não logrou êxito.

Vale destacar que durante o período de discussão e votação do projeto no Congresso Nacional, diversas entidades de classe compostas por profissionais do direito apresentaram suas sugestões, a fim de

contribuir com o debate, sem faltarem críticas e questionamentos diversos. Citem-se como exemplos a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Procuradores da República, a qual designou uma comissão formada em conjunto com os Procuradores do Estado de São Paulo integrantes do Grupo de Trabalho em Direitos Humanos, coordenado pela Procuradora Flávia Piovesan.

Ao final do processo legislativo, todavia, permaneceu intacta a composição aprovada na Câmara dos Deputados.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Um dos aspectos que ocasiona bastante controvérsia nos debates jurídicos sobre o IDC, diz respeito a sua constitucionalidade. Essa discussão não se restringe aos juristas individualmente, mas se amplia a organizações de operadores do direito, tais como a CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público dos Estados), a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), a ANAMAGES (Associação Nacional dos Magistrados Estaduais), a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), a ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República), a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), apenas para citar alguns exemplos.

No entanto, antes de adentrarmos no mérito da constitucionalidade da "federalização", faz-se mister tecer breves comentários sobre controle de constitucionalidade e sua incidência sobre as emendas constitucionais, e acerca das diferentes espécies de inconstitucionalidade.

Primeiramente, deve-se ter em mente que as leis e os atos normativos são presumidamente constitucionais. Porém, esta presunção, que é relativa (*iuris tantum*), poderá ser afastada ou confirmada por meio das regras de controle de constitucionalidade. Quanto à conceituação do que seja "controle de constitucionalidade", esta somente pode ser entendida levando-se em consideração o escalonamento do ordenamento jurídico em normas hierarquizadas, tal como preceitua Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* (1996, p. 215 e ss.). Como ensina Carlos Augusto Alcântara Machado (2005, p. 281):

> Assim, tomando por empréstimo a teoria kelseniana, neste particular, se o ordenamento jurídico é constituído por um conjunto de normas *supra-infra escalonadas* formando uma pirâmide e no topo da pirâmide se encontram as normas constitucionais – ou simplesmente a Constituição – assegura-se o princípio da supremacia da constituição ou das normas origem, para utilizar uma expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1978, p. 146/147), no momento em que se consagra no próprio sistema jurídico um corpo de regras de preservação da Constituição, Lei Suprema de um Estado qualquer.

O princípio da supremacia das normas constitucionais significa que

> a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 1996, p. 49).

Tal preceito é conseqüência direta e primordial da rigidez constitucional, que "decorre da maior dificuldade para a sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal" (SILVA, 1996, p. 49).

Com efeito, o conceito de controle de constitucionalidade está intrinsecamente vinculado à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional. A proteção aos direitos fundamentais interfere igualmente e sobremaneira nesse conceito, pois essa guarida é a "primordial finalidade do controle de constitucionalidade" (PIZZORUSSO apud MORAES, A., 2004, p. 598). Controlar a constitucionalidade significa, por conseguinte, "verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato

normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais" (MORAES, A., 2004, p. 600).

Será inconstitucional, conseqüentemente, qualquer das espécies normativas previstas no art. 59 da CF ou os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo desconformes aos ditames constitucionais. Ao entrarem em colisão com a Lei Maior, observa-se a inconstitucionalidade por ação; e quando se deixa de praticar um ato determinado pela Constituição, tem-se a inconstitucionalidade por omissão. A doutrina, ordinariamente, classifica a inconstitucionalidade por ação em dois tipos: formal e material. A primeira ocorre quando "uma norma jurídica é elaborada em desconformidade com o procedimento legislativo estabelecido na Constituição, ou, ainda, quando não observa as regras de competência", gerando, quase sempre, inconstitucionalidade total do texto impugnado. Já a segunda, mais comum, é detectada quando "uma norma jurídica é elaborada em desacordo com o conteúdo material consagrado na Lei Fundamental. É dizer: a norma constitucional agasalha um conteúdo que é desrespeitado pelo legislador ordinário", podendo provocar inconstitucionalidade total ou parcial da norma fustigada A inconstitucionalidade por omissão pode ser também classificada em total ou parcial, a depender se "o legislador não cumpre ou cumpre de forma incompleta aquilo que foi determinado pela Constituição" (MACHADO, 2005, p. 282-286).

Têm-se modalidades outras de inconstitucionalidade registradas pelos doutrinadores e jurisprudência, *verbi gratia*, as inconstitucionalidades originária, superveniente, antecedente, conseqüente, direta, indireta, por arrastamento, nomodinâmica, nomoestática, entre outras que "na prática, nada mais são do que variações ou desdobramentos daquelas já identificadas" (MACHADO, 2005, p. 286-288).

Em relação ao momento de realização do controle, este pode ser classificado em preventivo, visando impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico; ou repressivo, que busca expurgar do ordenamento jurídico a norma editada em desrespeito à Constituição (MORAES, A., 2004, p. 602). Via de regra, o sistema de controle repressivo de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o Jurisdicional, cabendo "ao

Poder Judiciário, além de suas atribuições típicas de resolver litígios, aplicando o direito ao caso concreto, a digna missão de garantir a supremacia da Lei das Leis" (MACHADO, 2005, p. 289). O controle repressivo pode ser exercido tanto da forma concentrada ou abstrata - cuja competência é do Supremo Tribunal Federal (STF) - quanto da forma difusa ou aberta - realizado, no caso concreto, por todo e qualquer juiz ou tribunal. O controle preventivo é realizado, regra geral, pelos Poderes Executivo e Legislativo (MORAES, A., 2004, p. 602-627).

É oportuno destacar também que, ao consagrar a incondicional superioridade das normas constitucionais, no sistema jurídico brasileiro não existe possibilidade de incidência dos mecanismos de controle de constitucionalidade sobre as normas constitucionais promulgadas pelo Poder Constituinte Originário.[2] Diante de tal vedação, o ordenamento pátrio não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormem*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (*Grundentsheidungen*) (MORAES, A., 2004, p. 631).

Outro fator que contribui para a fixação do princípio da supremacia da Constituição e da rigidez constitucional, é a previsão, pelo constituinte de 1988, de um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário com vistas à possibilidade de alteração das normas constitucionais. O art. 60 da CF prescreve as etapas desse processo, tendo em vista a emenda à Constituição.

A proposta de emenda constitucional é considerada um ato infraconstitucional, sem qualquer normatividade, somente ingressando na ordem jurídica após a sua aprovação, passando, então a ser preceito constitucional. "Tal fato é possível, pois a emenda constitucional é

[2] Nesse sentido: STF – Pleno – Adin nº 815-3, Rel. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, seção I, 10 de maio de 1996, p. 15.131, onde se salienta que: "a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida" e complementando que se deve dar "estrita observância ao princípio da unidade da Constituição".

produzida segundo a forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário" (MORAES, A., 2004, p. 564). Dessa maneira, respeitados os ditames fixados pelo art. 60 da CF, a emenda ingressará no ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias. Contudo, se qualquer das limitações impostas pelo citado artigo for desprezada, a emenda será inconstitucional, devendo ser expelida do ordenamento por meio das regras de controle de constitucionalidade, em virtude da inobservância das limitações impostas pela Carta Magna. Destarte, é plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de se verificar sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.[3]

Portanto, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado reformador, submete-se às limitações constitucionais. A Constituição Federal brasileira traz duas grandes espécies de limitações ao poder de reformá-la: expressas e implícitas. As limitações previstas textualmente pela Carta de 1988, por sua vez, subdividem-se em três espécies: circunstanciais, materiais e formais. As limitações implícitas, que derivam das explícitas, dividem-se em dois grupos: alteração do titular do poder constituinte reformador e supressão dos limites expressos. Tais entraves à alterabilidade constitucional são verdadeiros mecanismos de auto-preservação (MORAES, A., 2004, p. 564).

Para os fins do presente estudo, revela extrema importância as limitações impostas pelo constituinte originário de 1988 ao poder de alterar o texto da Constituição, mormente no que se refere às limitações materiais dispostas no seu art. 60, § 4º. Nesse dispositivo encontram-se as denominadas cláusulas pétreas, as quais compõem o núcleo

---

[3] Nesse sentido: STF – Pleno – Adin n. 892-3/DF – Rel. Min. Moreira Alves – decisão 14-4-93, referente à EC 2, de 25-8-1992; STF – Pleno – Adin n. 939-7/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Ementário STF* n. 1730-10 (medida cautelar in *RTJ* 150/68), referente à EC 3, de 17-3-1993; STF – Pleno – Adin n. 1805/DF – medida cautelar - Rel. Min. Néri da Silveira, *Informativo STF* n. 104, capa, referente à EC 16, de 4-6-1997; STF – Pleno – Adin n. 1946/DF – Rel. Min. Sydiney Sanches, *Informativo STF* n. 144, referente à EC 20, de 15-12-1998 (Reforma previdenciária).

intangível da Carta Magna, obstando que eventuais reformas desfigurem o corpo constitucional de tal forma que possa afastar o seu espírito, mantendo-se firme o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) e evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria Constituição. Entre elas estão os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CF) muitos dos quais, também, direitos humanos, além do próprio IDC, que, conforme já defendido, é entendido como uma garantia à efetividade da Justiça e à celeridade processual.

A respeito de tais barreiras a alterações na Constituição, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 19) destaca que:

> As Constituições democráticas, ao estabelecerem que certos direitos e instituições encontram-se acima do alcance dos órgãos ordinários de decisão política ou, mesmo, fora de sua competência, por força das limitações materiais ao poder de reforma, atuam como mecanismos de autovinculação, ou pré-comprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas. [...] O constitucionalismo democrático traça, nesse sentido, um conjunto de limitações à maioria com o propósito de favorecer a dignidade humana e fortalecer a própria democracia, estabelecendo os princípios e as meta-regras a partir das quais o sistema democrático deve funcionar, sem, no entanto, suprimi-los.

Ao tratar das limitações materiais expressas, o aludido jurista aduz que há uma distinção entre as normas constitucionais ínsita à própria Carta de 1988. Para ele, levando em consideração o elenco disposto no art. 60, § 4º, o "constituinte impôs, assim, uma distinção entre preceitos meramente constitucionais – que podem ser alterados pelo procedimento ordinário de mudança constitucional – e dispositivos superconstitucionais – imunes ao poder constituinte reformador" (VIEIRA, 1999, p. 21). Dessa forma, segundo Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 135), o constituinte teria concedido a

> superconstitucionalidade a diversos setores da Constituição, ou seja, um conjunto de princípios

> e normas constitucionais hierarquicamente superiores aos demais dispositivos da Constituição. Superconstitucionalidade, e não supraconstitucionalidade, pois embora superiores, esses dispositivos ainda se encontram dentro da órbita da Constituição: direito positivo, e não transcendente.

Todavia, o próprio doutrinador supracitado reconhece que a alusão a posições hierarquicamente distintas dentro do texto constitucional é uma "idéia que vai de encontro ao que pensa boa parte dos constitucionalistas" (VIEIRA, 1999, p. 135). Também entra em confronto com a já citada jurisprudência do STF, que rechaça essa teoria. Assim sendo, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para se declarar inconstitucional uma norma originária, o que, conforme já visto, não é possível no direito pátrio, pois as duas regras possuem a mesma hierarquia no escalonamento do ordenamento jurídico.

Observa-se nitidamente, entretanto, uma superioridade axiológica dessas limitações, uma vez que elas se identificam com a própria essência da Constituição. Essa posição privilegiada se limita a suplantar o poder de reforma constitucional, impedindo a proposta de emenda com tendências a modificar ou a abolir tais elementos, o que somente seria possível com o advento de uma nova Constituição. Possibilita, igualmente, o controle de constitucionalidade sobre as atividades do Poder Constituinte derivado reformador, inclusive sobre as próprias emendas à Constituição. Mesmo contrário à corrente dominante de equivalência hierárquica das normas constitucionais, assiste razão a Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 29), quando afirma que um "constitucionalismo fortalecido por dispositivos superconstitucionais – como os inscritos no texto de 1988 – pode servir como proteção contra a irracionalidade ou a paixão daqueles envolvidos pelo canto místico das sereias".[4]

---

[4] O autor se refere à interessante e esclarecedora analogia feita por Jon Elster (apud VIEIRA, 1999, p. 19-22), o qual se utiliza de uma passagem da *Odisséia* de Homero em que Ulisses determina que o amarrem ao mastro de sua embarcação para que não sucumba ao canto mortal das sereias, com o objetivo de explicar o papel das Constituições nas sociedades democráticas. Levando-se em conta tais ponderações, o autor ensina que: "a imagem de Ulisses atado ao mastro de sua embarcação, por vontade própria, com a

O art. 109, § 5º da CF, onde se insere o IDC, objeto desta pesquisa, foi introduzido por meio de Emenda Constitucional, o que permite o questionamento de sua constitucionalidade. De fato, já tramitam no STF diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), com o escopo de que seja declarado inconstitucional tal instrumento, com a sua conseqüente retirada do ordenamento jurídico pátrio. As linhas escritas neste tópico são importantes para se entender os argumentos daqueles que são abjetos e, noutro extremo, dos defensores da constitucionalidade do IDC, a serem abordados em seguida.

4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONSTITUCIONALIDADE DO IDC

Os opositores da denominada "federalização das hipóteses de grave violação de direitos humanos" enumeram uma série de críticas ao deslocamento de competência por ele viabilizado. No tocante à sua constitucionalidade formal, esta é indiscutível, já que o processo especial previsto no art. 60 da CF, com vistas à Emenda Constitucional, foi regularmente obedecido em todos os seus aspectos procedimentais. Do mesmo modo, não se fala em inconstitucionalidade por descumprimento às limitações circunstanciais, já que ausente qualquer das ocasiões anormais e excepcionais assentes no art. 60, § 1º da Carta Maior. O que se discute, principalmente, é se o instrumento em exame possui constitucionalidade material.

Entendem, portanto, os oponentes do IDC, que o dispositivo inserido pela EC 45/04 está eivado por flagrante inconstitucionalidade material. O melhor exemplo, sintetizando a lista de argumentos contrários à manutenção do art. 109, V-A c/c § 5º da CF no

finalidade de se autopreservar, pode auxiliar a compreensão dos sistemas constitucionais democráticos, e especialmente das cláusulas superconstitucionais adotadas por uma sociedade no decorrer do processo constituinte, objetivando perpetuar sua autonomia, sua liberdade de decidir. Nos dois casos, a possibilidade de ação por parte do indivíduo ou do corpo político é bloqueada com o objetivo de autopreservação. Trata-se, nesse sentido, de uma limitação habilitadora e emancipatória". Os dispositivos "superconstitucionais" seriam, portanto, as "cordas" atadas pelo Poder Constituinte Originário contra o perigo de usurpação da ordem constitucional pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

ordenamento jurídico pátrio, está assentado de forma clara e auto-explicativa numa moção elaborada pela CONAMP, em 07 de março de 2005, expondo que:

> A CONAMP entende que o artigo 109, § 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/04 (Reforma do Judiciário), é inconstitucional pelos seguintes motivos:
> (1) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por ferir cláusula pétrea do juiz natural, eis que estabelecido por critério subjetivo (conceito de "violação de direitos humanos") (cf. Ministro Celso de Melo, no HC 67.759/RJ);
> (2) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por ferir cláusula pétrea do "Pacto Federativo", eis que trata-se de uma "intervenção federal nos Estados" de "forma branca", já que a verdadeira intervenção federal(artigo 36 da CF/88) impede votação de emenda constitucional;
> (3) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por criar uma espécie oblíqua de "Chefia do PGR sobre os PGJ's", lembrando que a figura é o retorno com outro rótulo da antiga avocatória, abolida pela legislação, sendo que consagra o Estado unitário ao invés do Estado Federado (aliás, o próprio nome do instituto já mostra o equívoco do assunto), já que não se está "federalizando" e sim unificando tudo para União;
> (4) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" gera "descriminação odiosa" pois desconfia de instituições do Estado-membro (MPE e Justiça Estadual), quando o critério é meramente de competência;
> (5) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é figura totalmente desnecessária no Estado democrático de Direito, eis que existem instrumentos já consagrados como:
> 5.1- "federalização (leia-se - unificação) das investigações" (a Polícia Federal pelo artigo 144,

parágrafo primeiro da CF/88 com regulamentação da Lei 10.446/02, artigo 1, III já consagra a atuação da milícia federal em casos de violação de direitos humanos);

5.2- desaforamento no rito do Júri, onde os jurados sejam suspeitos ou comprometidos (artigo 424 do CPP) ou na Justiça Castrense (artigo 109 do CPPM).

Aliás, o caso "Dorothy", missionária assassinada no Pará é doloso contra a vida, como tantos outros delitos que ofendem tratados e nestes casos, quem julga são membros do povo, seja no Tribunal do Júri Estadual ou Federal, o que prova a inconstitucionalidade da norma por retirar do Tribunal do Júri local o princípio da imediatidade e identidade física, por critério subjetivo, além de ofender a própria ampla defesa, eis que com o "sensacionalismo da mídia", muitos casos podem levar ao "pré-julgamento".

5.3- Intervenção federal no Estado-membro, quando a gravidade do assunto comprometer todas autoridades locais/Estadual na omissão de violação de tratados internacionais - artigo 36 da CF/88.

Quanto a isto, antes mesmo do massacre de Eldorado de Carajás e da morte da missionária, o culto PGR à época, Dr. Aristides Junqueira, ajuizou no STF intervenção federal no Pará e o STF negou.

Se existe "federalização das investigações", "desaforamento no Júri" e "intervenção federal nos Estados", qual o papel da "federalização dos crimes"? Qual hipótese realmente poderia justificar uma violação do promotor e juiz natural como esta, fora dos casos já previstos?

(6) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por violar a ampla defesa, eis que a mídia, com a federalização, pode provocar o "pré-julgamento" do caso, o que demonstra um aparente "Tribunal de Exceção", já que o juiz natural encontra-se completamente

comprometido com um critério subjetivo feito por apenas uma única pessoa;

(7) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional pela ausência de contraditório com o Procurador-Geral de Justiça do Estado, que sequer será respeitado como Chefe do MPE, eis que basta o PGR, que não é Chefe do MPE, desejar a suscitação e o STJ concordar que tudo estará comprometido, inclusive "causas cíveis", eis que a CF/88 não fala de "causas criminais", de sorte que pode haver comprometimento político com a medida em total desrespeito a regras objetivas e prévias de competência para evitar Tribunal de Exceção;

(8) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional porque resulta na quebra da razoável duração do processo (nova redação do *artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*), eis que cabendo Recurso Extraordinário da "federalização" dos crimes (ou "das causas") pelos advogados do réu ou mesmo pelo PGJ do Estado questionado, o processo demorará até julgamento no órgão competente, podendo, em crimes de penas relativamente médias, ensejar prescrição.

Porém, apesar do Ministro da Justiça, Dr. Márcio Thomas Bastos e ainda o Presidente do STJ, Dr. Édson Vidgal, terem se posicionados contrários a medida no caso da missionária Dorothy, no Pará, o Exmº. Dr. Cláudio Fontelles insiste neste absurdo jurídico, leia-se, deslocar o julgamento do Júri Estadual para colocar no Júri Federal, sendo que quem julga É O POVO e não um juiz federal, leia-se, quem julga é quem não tem noção em Direito.

O argumento que as autoridades Estaduais do Pará não tomaram providências é sofisma, eis que Autoridades Federais também foram avisadas e

> quedaram-se inertes, conforme noticiado também pela imprensa.
> Por todo o exposto, a CONAMP REPUDIA O DESLOCAMENTO DO JUIZ E PROMOTOR NATURAL DO FATO, ESTUDANDO O AJUIZAMENTO DE ADIN NO STF CONTRA A VERDADEIRA "GRAVE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS", QUAL SEJA, A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" (VIOLA OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS COMO CLÁUSULA PÉTREA).

Nessa mesma linha, a AMB e a ANAMAGES, as quais ajuizaram as Adins n. 3486 e 3493, respectivamente, sendo que na última há pedido liminar, também combatem a existência do IDC, utilizando-se de diversos pontos da monção elaborada pela CONAMP para fundamentar suas ações de inconstitucionalidade.[5]

A AMB alega que a federalização está amparada em critérios vagos e que é subjetiva a definição do que vem a ser "graves crimes contra os direitos humanos". Também declarar que esse incidente de deslocamento, por poder ser feito a qualquer tempo, poderá ser realizado até mesmo depois de uma decisão da Justiça Estadual, o que infringiria o princípio da segurança jurídica.

Já a Adin interposta pela ANAMAGES informa que se pretende institucionalizar uma "intervenção federal nos Estados de forma branca" além do que "a federalização dos direitos humanos gera discriminação odiosa, pois parece desconfiar da capacidade e eficiência das instituições dos Estados-Membros", argumentando, ainda, que a garantia do devido processo legal seria violada, especialmente a ampla defesa e o contraditório, já que "pouquíssimas são as cidades que possuem varas da Justiça Federal. Isso pode trazer um grande prejuízo ao réu, pois, em vez de ter seu processo julgado em sua comunidade

[5] As Adins n. 3486 e 3493 foram interpostas junto ao STF, respectivamente, nos dias 05 e 11 de maio de 2005.

– onde está mais perto dos meios de provas (como, por exemplo, suas testemunhas) – terá que se deslocar para outra cidade".

Do mesmo modo, os doutrinadores abjetos ao IDC fazem uso de vários dos questionamentos referidos anteriormente. André Ramos Tavares (2005, p. 52) nota que possível inconstitucionalidade do incidente de deslocamento de competência residiria na violação ao princípio do juiz natural, uma vez que, após a ocorrência do fato e a instauração de processo judicial, "a competência para sua apreciação pode, por critérios vagos e imprecisos, ser alterada quanto ao órgão que procederá ao julgamento da causa", e conclui:

> Assim, embora se possa argumentar que a possibilidade de deslocamento passa a integrar o conjunto de regras previamente elaboradas acerca da possibilidade de deslocamento, sua imprecisão e completa falta de objetividade impedem que a discussão se dissipe com tal argumento, pois sempre falecerá ao mecanismo a conjugação de regras prévias e precisas (não subjetivamente independentes).

Nesta mesma linha, comentam Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega (2005, p. 462):

> A primeira matéria que cumpre discutir é o reconhecimento expresso pelo reformador de uma maior dignidade e importância da Justiça Federal em relação à Justiça Estadual. Aquela antiga preocupação do constituinte originário de relacionar a matéria da competência às atividades objetivas desenvolvidas, preservando-se uma idêntica importância institucional, já não existe mais. Fica reconhecida a indignidade da Justiça Estadual e sua incapacidade em "assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais". O critério utilizado é muito claro: quando a violação dos direitos humanos for leve, a competência é da Justiça Estadual. Quando a violação for grave, a competência é da Justiça Federal.

> Mais grave, entretanto, é a fixação de um critério de competência condicional e fundado na pura subjetividade de uma única autoridade. Ora, o art. 5°, LIII, da CF/1988 assegura que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". É inerente ao princípio do devido processo legal que a regra de competência seja objetivamente fixada antes do ajuizamento da lide. Assim foi durante grande parte da história brasileira. Ocorre que, a partir da reforma, a competência para as ações relativas à violação de direitos humanos não pode mais ser fixada no momento da propositura da ação, mas depende de uma condição extrínseca às próprias partes litigantes, qual seja o oferecimento de pedido de "deslocamento de competência" formulado pelo Procurador-Geral da República.
> [...]
> Em razão do exposto, pensamos que também esta disposição é inconstitucional.

Lilian Mendes Haber, Carolina Ormanes Massoud e Ibraim José das Mercês Rocha (2005, p. 27) chegam a defender que constituiria fato "menos danoso se a EC n. 45, pretendendo prestigiar a federalização dos crimes contra os direitos humanos, sem desmerecer o Ministério Público e a Justiça Estadual, tivesse atribuído competência expressa à Justiça Federal, pura e simplesmente".

5. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE DO IDC

Este tópico é destinado não somente a registrar o discurso favorável ao IDC, mas também a rebater as críticas desferidas a esse relevante instrumento e, enfim, concluir pela sua compatibilidade com o texto da Carta Magna de 88, em todos os sentidos imagináveis.

Os principais argumentos utilizados pelos defensores da providência modificadora de competência, ora em estudo, são: por fim a conjectura paradoxal onde o Estado brasileiro é responsabilizado pelo descumprimento das obrigações internacionais na pessoa jurídica da União, de forma única e exclusiva, sem que esta tivesse, antes da Reforma do Judiciário, a perspectiva nacional de investigar, processar ou julgar os seus infratores; dotar o sistema jurisdicional de melhores instrumentos para enfrentar a impunidade e a afronta à ordem jurídica, em casos envolvendo direitos humanos, muitas vezes ausentes nos órgãos estaduais.

Pedro Lenza (2005, p. 497-498) destaca que a previsão estabelecida no art. 109, V-A c/c o § 5º do mesmo dispositivo da CF foi "muito bem vinda e acertada" no sentido de adequar "o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos", uma vez que

> Nos termos do art. 21, I, a União é quem se responsabiliza, em nome da República Federativa do Brasil, pelas regras e preceitos fixados em tratados internacionais. Assim, na hipótese de descumprimento e afronta a direitos humanos no território brasileiro, a única e exclusiva responsável, no plano internacional, será a União, não podendo invocar a cláusula federativa, nem mesmo "lavar as mãos" dizendo ser problema do Estado ou Município. Isto não é aceito no âmbito internacional.

Já no tocante ao valor do IDC como mecanismo conservador da observância dos direitos da pessoa humana na esfera nacional, Vladimir Aras (2005, p. 01) aduz que:

> Trata-se tão-somente de **um instrumento vocacionado a preservar a responsabilidade internacional do Brasil perante cortes e organismos internacionais** (como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a

> Organização dos Estados Americanos e, por via indireta, o Tribunal Penal Internacional) e de efetiva proteção aos direitos humanos em nosso território, em virtude da internacionalização do direito humanitário e das obrigações derivadas de inúmeras convenções universais firmadas pelo País, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José, 1969), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e o recente Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, e as convenções da ONU contra a tortura e para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, por exemplo.

Partem também dessa premissa as organizações que acastelam o IDC entre as quais estão a OAB, a ANPR e a AJUFE. Esta última, em nota oficial na qual antevê a improcedência da Adin ajuizada pela AMB contra a federalização, observa, de forma abalizada, a importância do IDC:

> A grande importância da federalização é que ela introduz no Brasil a adoção de um sistema multinível de responsabilização pelos Direitos Humanos, no qual, se uma esfera judicial não conseguir dar a resposta adequada na apuração e julgamento desses crimes, a responsabilidade passa para a outra. E o país pode, assim, como signatário que é de vários tratados internacionais sobre direitos humanos, garantir sua defesa perante esses tribunais.

Nessa linha, Flávia Piovesan (2005a, p.79) ressalta que a "federalização dos crimes de direitos humanos significará um instrumento de avanço para a proteção e defesa desses direitos". Com atenção à preocupação que deve estar presente num Estado

Democrático de Direito, como o é a República Federativa do Brasil, consoante disposto no art. 1º da Carta Magna de 1988, em relação aos mecanismos estatais dispostos ao resguardo dos direitos da pessoa humana, a procuradora salienta ainda que:

> Se qualquer Estado Democrático pressupõe o respeito dos direitos humanos e requer a eficiente resposta estatal quando de sua violação, a proposta de federalização reflete sobretudo a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados (PIOVESAN, 2005c).

Além da referida importância do IDC, como meio de compatibilizar o direito interno brasileiro com o processo de internacionalização dos direitos humanos que se encontra em gradativo crescimento desde o final da Segunda Guerra Mundial, institutos desta natureza, isto é, que provocam o julgamento pela jurisdição federal de causas que podem acarretar responsabilização internacional, encontra respaldo no direito comprado. José Francisco Resek (apud SCHREIBER; CASTRO E COSTA, 2005) discorre sobre este aspecto que:[6]

> Em geral, nas federações os crimes dessa natureza, os crimes previstos por qualquer motivo em textos internacionais, são crimes federais e da competência do sistema federal de Justiça. Isso tem várias vantagens, como uma jurisprudência uniforme, uma jurisprudência unida, a não tomada de caminhos diversos segundo a unidade da federação em que se processe o crime. É vantajoso e é praticado em outras federações.

[6] Apesar de ser um renomado autor e com algumas de suas obras disponíveis, obrigou-se a fazer a citação indireta de José Francisco Rezek, já que não consta do artigo onde o aludido doutrinador foi diretamente mencionado qualquer referência bibliográfica que levasse à pesquisa da obra original. Restam, diante da omissão, dúvidas quanto à procedência da citação, não obstante dela também se utilizarem outros autores – e, do mesmo modo, não citam a fonte, o que é bastante criticável num trabalho destinado à comunidade científica – a exemplo de Vladimir Aras. Contudo, mesmo em face dessas ponderações, não se poderia deixar de constar o entendimento abalizado do ex-Ministro do STF e Juiz da Corte Internacional de Justiça sobre a matéria tratada.

Pode-se citar um dos casos de "federalização" previsto no direito alienígena, que ocorre nos Estados Unidos da América. Nesse país, os crimes de narcotráfico podem ser julgados tanto pela Justiça dos Estados-membros quanto pela Justiça Federal, bastando, por exemplo, que a prisão do traficante seja realizada pela *Drugs Enforcement Administration* (órgão de combate às drogas submetido à União), para que o delito seja de competência da Justiça Federal (ARAS, 2005, p. 02).

Outrossim, a hodierna sistemática mundial de proteção dos direitos humanos, somada ao dever internacional de persecução criminal, "admite seja um caso submetido à apreciação de organismos internacionais quando o Estado mostra-se falho ou omisso no dever de proteger os direitos humanos" (PIOVESAN, 2005a, p. 81, 2005c). Aliás, esse raciocínio é análogo ao empregado no caso do deslocamento da competência para a Justiça Federal, que só será possível se comprovada a falha na prestação jurisdicional da Justiça do Estado-membro, sendo esse um de seus requisitos inafastáveis. Nesse aspecto, o IDC não trouxe qualquer novidade ao mundo jurídico, acrescendo-se apenas mais uma instância a nível nacional com vistas a evitar o embaraço e as sanções perante a comunidade mundial por violação de direitos humanos previstos em tratados internacionais dessa estirpe.

Verifica-se, igualmente, no plano do direito interno, que a "proposta da federalização encontra-se em plena harmonia com o sistema constitucional" (PIOVESAN, 2005a, p. 81). A Constituição de 1988 possui um forte conteúdo ético, resguardando lugar de destaque e conferindo enorme valor aos direitos da humanidade. O princípio da dignidade da pessoa humana, essência dos direitos humanos, está prenotado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), que é regida em suas relações internacionais, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II, VIII e IX, da CF). Outrossim, a Lei Maior enumera em seu art. 5º um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais" (art. 5º, § 2º, CF) dos quais o Brasil seja parte.

Ressalte-se, ainda, a colocação dos direitos e garantias fundamentais - que são o "núcleo central dos Direitos Humanos" (NOGUEIRA, 2003, p. 249) - como cláusula pétrea material no art. 60, § 4º, IV da CF, e a drástica medida de intervenção federal nos Estados-membros a fim de assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, *b*, CF).

Atesta-se, diante do paradigma da primazia dos direitos humanos inerente à CF, que, num aparente conflito entre a proteção desses diretos e o pacto federativo, a primeira deve prevalecer sobre o segundo. Isso porque "ao acolher direitos fundamentais e princípios formais de Justiça, a Constituição convida todos os seus intérpretes a uma leitura ética do seu texto" (VIEIRA, 1999, p. 240).[7] Observa-se que a Carta de 1988, em virtude de seu forte conteúdo axiológico e democrático, prefere o ético ao político.[8] Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 241-242):

> O princípio da Federação, por exemplo, *prima facie*, não possui valor moral em si. [...] por mais que se busque valorizar a Federação, enquanto mecanismo de realização da autonomia

[7] Pode-se vislumbrar o IDC como uma forma alternativa, mais sutil e menos traumática de atuação da União, possuindo caráter complementar da justiça federal - em virtude de negativa ou retardo de prestação jurisdicional pelos entes subnacionais - com a justiça dos Estados e no Distrito Federal, para atender aos mesmos objetivos já consagrados no artigo 34 da Constituição. Da mesma forma que na intervenção federal, o legitimado para provocar o incidente é o Procurador-Geral da República, que, neste caso, deve dirigir-se ao Superior Tribunal de Justiça para a fixação final da competência.

[8] É nesse contexto que se adota no presente estudo a teoria material da Constituição, concebida por Paulo Bonavides (2001, p. 534), podendo ser assim entendida: "Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição".

> individual, ela não alcança a posição de condição de realização da dignidade.
> [...]
> Portanto, não sendo o princípio federativo um valor ético de importância transcendente, ele deve ceder quando em confronto com o avanço de outros princípios fundamentais. Caso, por exemplo, se aprove emenda permitindo à Justiça Federal apurar violações aos direitos humanos perpetradas por funcionários dos Estados – numa clara redução das competências judiciais dos Estados –, o magistrado constitucional será obrigado a proceder a uma ponderação entre os benefícios trazidos aos direitos humanos e as perdas à Federação. Nesse confronto entre cláusulas superconstitucionais, que protegem um princípio estruturante da organização do Estado, e a proteção da dignidade humana, caberá ao magistrado, no caso concreto, dar prioridade a um deles. E, como a Federação não é um valor em si, mas uma simples forma de organização do Estado, esta deve ceder em nome dos direitos fundamentais. O que não significa que o princípio federativo perca sua validade. Diferentemente do conflito de norma, o conflito entre princípios não deve ser resolvido pela exclusão da norma derrotada, que perde sua validade. No caso dos princípios eles não perdem sua validade, senão seu peso naquele caso específico.

Das considerações acima, verifica-se que não existe direito absoluto, ou seja, que não possa ser relativizado quando do choque com outro direito normatizado em diploma jurídico de mesma força hierárquica. As cláusulas pétreas não fogem a essa regra.[9] Neste conflito, ocupa seu

[9] Referendando tal entendimento, colaciona-se acórdão elucidativo do Pretório Excelsior: "OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a

lugar primordial o princípio da proporcionalidade, "princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais" (BONAVIDES, 2001, p. 395).

Paulo Bonavides (2001, p. 395) cita como exemplo de aplicação do preceito trazido a lume que se insere, dentre outros lugares do texto constitucional, no "§ 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal", um dos casos de ação interventiva, a qual, como visto, possui semelhança com o IDC.

Tal máxima constitucional compõe-se de três elementos: pertinência ou aptidão (adequação do meio escolhido), necessidade (proibição de excesso ou escolha do meio mais suave) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação, avaliação ou meio que leva mais em conta o conjunto de interesses em jogo no caso específico), exercendo sua principal função na esfera dos direitos fundamentais, servindo, antes de qualquer coisa, à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2001, p. 359-361).

Somente a partir do advento histórico da concepção, hoje em ascensão, de Estado de Direito atado ao princípio da *constitucionalidade*, "que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica", compreende-se o conteúdo do princípio da proporcionalidade, sendo o controle por este efetuado o próprio controle de constitucionalidade. "A inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é 'excessiva', 'injustificável', ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade" (BONAVIDES, 2001, p. 361-362).

Nota-se que, ao contrário do exemplificado por Oscar Vilhena Vieira na transcrição logo acima, o IDC nem mesmo chega a subtrair

---

adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (*STF*, MS 23452/RJ; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento: 16/09/1999; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *DJ* DATA-12-05-00, PP-00020; EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

qualquer competência originária da Justiça Estadual. Outrossim, não se diagnostica sequer um arranhão no princípio do pacto federativo, devido à natureza subsidiária da federalização das hipóteses de grave violação de direitos humanos, somente possível diante, também, da comprovação de que a Justiça do Estado-membro tenha sido de alguma forma maculada. E, mesmo se o fosse, no conflito entre os dois preceitos pétreos, os direitos humanos prevaleceriam, tendo no IDC o meio mais pertinente, necessário e ponderado a resguardar a ordem e os preceitos basilares da Constituição, em virtude da aplicação do princípio da proporcionalidade.

A essa mesma conclusão chegou o Ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do primeiro caso apreciado pelo STJ, entendendo que o incidente deve ser apreciado à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), estes compreendidos na comprovação da presença cumulativa e indissociável dos três requisitos de admissibilidade do IDC (grave violação a direitos humanos, risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil e falha das instituições públicas estaduais na apuração e punição da grave violação), exame a ser realizado em cada situação de fato, levando-se em consideração suas circunstâncias e peculiaridades detidamente. Consignou-se no IDC paradigmático que:

> O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente.

Com efeito, tratando-se de uma garantia constitucional aos direitos humanos, a regra do art. 109, § 5º, CF, além de possuir eficácia plena (art. 5º, § 1º, CF), tem caráter instrumental. É, nessa via, uma norma de processo que possibilita o deslocamento da competência, de forma horizontal, da Justiça Estadual para a Justiça Federal, que nada mais são do que partes do todo que compõe uma só Justiça. O princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV. CF) não é desobedecido, como muitos alegam; ao revés, é efetivado, já que o processo que se encontrar irregular na Justiça Estadual é impelido, por intermédio do IDC, a um consentâneo desenvolvimento com a lei em outra esfera, isto é na Justiça Federal. Nesta última, e aí sim, desdobrar-se-ão os demais atos processuais, dando-se continuidade (e efetividade) ao devido processo legal até final julgamento.[10]

Vale destacar também que o IDC deve ser visto em consonância com o novo inciso LXXVIII do art. 5º, introduzido também pela EC 45/04, o qual estabelece o princípio da celeridade processual, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Tais dispositivos coexistem no plano genético com as regras, simultaneamente introduzidas pela "Reforma do Judiciário", do art. 5º, § 3º - que equiparou os tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais, desde que "aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros" - bem assim a do seu § 4º - que sujeita o Brasil "à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão" - o que consagra o "princípio da complementaridade, preservando-se o sistema jurídico interno na medida em que o 'TPI' só exercerá jurisdição em caso de incapacidade ou omissão dos Estados" (LENZA, 2005, p. 496).

Além disso, conforme sublinha Vladimir Aras (2005, p. 01), independentemente do IDC, "já se podia antever**, no regime anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004**, hipótese de competência da Justiça Federal para o julgamento de graves crimes contra os direitos

[10] Entre os partidários da tese de que o IDC viola o *due process of law* se encontram Lilian Mendes Harber, Carolina Ormanes Massoud e Ibraim José das Mercês Rocha (2005, p. 33).

humanos que comprometessem a responsabilidade internacional do Brasil". Têm-se, como exemplos, os incisos IV e V do art. 109 da CF, os quais já se referiam à competência da Justiça Federal para investigar, processar e julgar os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União e os previstos em tratados ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (denominados de "crimes à distância"), respectivamente. O interesse da União é evidente diante de ser ela quem mantém relações com Estados estrangeiros e firma compromissos com organizações internacionais.

No plano infraconstitucional, consoante observa Flávia Piovesan (2005a, p. 81), tal "proposta está em absoluta consonância com a sistemática processual vigente (vide, a título exemplificativo, o instituto do 'desaforamento')". O desaforamento, previsto no art. 424 do CPP, trata-se de um deslocamento de competência, ocorrente nas hipóteses de julgamento pelo Tribunal do Júri, onde se retira o processo do foro em que está para que o julgamento se processe em outra comarca se presentes as situações previstas na lei processual. Como ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 545):[11]

> Constitui assim o desaforamento derrogação da regra de competência territorial (*ratione loci*), pelo qual o réu é julgado fora do distrito da culpa por ato excepcional da Instância Superior. Essa providência não viola o princípio do juiz natural, nos crimes dolosos contra a vida, no Tribunal do Júri, mas apenas faz variar o local do julgamento nas hipóteses do artigo 424 do CPP, que não é incompatível com a Constituição Federal e não enseja um "tribunal de exceção".

Os pressupostos do desaforamento acabam sendo bastante semelhantes aos do IDC: falta de isenção da Justiça Estadual ou negativa de Justiça, por exemplo, assim como a excessiva demora do

[11] Nesse sentido: STF – *RT* 661/363-4.

julgamento. A idéia subjacente nos dispositivos e retratada na expressão "interesse da ordem pública" (art. 424, *caput*, CPP) é semelhante nos três casos: evitar a impunidade ou a denegação de Justiça. Os efeitos da aplicação do desaforamento e do deslocamento são simétricos, isto é, em ambos os casos há remessa da ação a outra vara para julgamento perante juízo isento. Nesse sentido se posiciona Vladimir Aras (2005, p. 01):

> Portanto, estamos certos de que, se o desaforamento é constitucional, o incidente de deslocamento também o é. E, com o perdão do trocadilho, é um *desaforo* dizer o contrário, mormente quando se sabe que jamais houve oposição a tão longevo e útil instituto. De fato, na sua atual feição, o **desaforamento existe há mais de sessenta anos no CPP** e sequer está previsto ou "autorizado" na Constituição.

Ressalte-se, contudo, que a existência do instituto do desaforamento não afasta a incidência do deslocamento de competência previsto no art. 109, § 5º, CF. Aquele se restringe exclusivamente aos casos submetidos ao Tribunal do Júri e muda-se apenas a sede do juízo processante, enquanto que o IDC é mais amplo, aplicando a casos que possam ou não se tratar de crimes dolosos contra a vida, existindo a modificação da competência *raione materiae* (da Justiça Estadual para a Justiça Federal) com a alteração ou não da comarca, vinculada à existência de vara federal na região.

Ad argumentandum tantum, em favor do IDC existe no ordenamento jurídico brasileiro outros instrumentos processuais que acarretam modificações, seja de atribuição seja de competência. De fato, por força do art. 144, §1º, I da CF, a Polícia Federal pode apurar "infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme". A Lei n. 10.446/02, no seu art. 1º, III, regulamentou essa atribuição da polícia judiciária da União, concorrente com a da Polícia Civil Estadual, de investigar infrações penais "relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de

que seja parte", havendo, portanto, uma persecução conjunta por ambas as corporações policiais (ARAS, 2005, p. 01).

Cite-se, ainda, o caso da ação penal privada subsidiária, garantia individual que se coaduna com o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), e está prevista no art. 29 do CPP. Portanto, em caso de inércia absoluta do Ministério Público (MP), faculta-se ao particular ofendido ou a seu representante legal, manejar queixa-crime para a persecução criminal de delitos originariamente de ação penal pública. Trata-se, pois, de substituição de legitimado. Como aqui se está diante de um direito fundamental talhado para garantir o acesso à Justiça e à prestação jurisdicional, ninguém ousa inquiná-lo de violador do princípio do promotor natural ou do princípio acusatório. "Nesta medida, a ação privada subsidiária da pública é um dos meios que se presta a garantir a célere tramitação dos feitos criminais, diante da demora injustificada ou da inércia do Ministério Público em promover a ação penal" (ARAS, 2005, p. 01).

Situação de claro deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Federal ocorre nos casos de conexão entre crimes de competência federal e crimes de competência estadual. A questão está hoje sumulada pelo STJ no Enunciado n. 122: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal". "Com isso, o STJ pacificou o entendimento de que, no concurso de 'jurisdições' de igual categoria (juiz de Direito vs. juiz federal), a **competência federal prepondera sobre a competência estadual**. A primeira é expressa na Constituição, ao passo que a segunda é residual, embora mais ampla" (ARAS, 2005, p. 01).

Ainda no que concerne à competência, as corriqueiras exceções e os conflitos entre juízos diversos são defesas processuais tradicionais, que ocorrem no curso de ações penais e cíveis, além dos casos de remoção *ex officio* de magistrados (que atendem ao interesse público, de acordo com o art. 103-B, § 4º, III, CF), inexistindo, em todos esses exemplos, ofensa alguma aos princípios da segurança jurídica e do juiz natural. Segundo salienta Vladimir Aras (2005, p. 01):

> Tais instrumentos processuais jamais foram contestados ao argumento de que ofendem o

> princípio do juiz natural (art. 5º, LVIII, CF). Quantas são as exceções de incompetência (em razão da função, material e territorial), de suspeição e de impedimento que alteram o juízo ou afastam juízes antes acreditados como "naturais"? Evidentemente, essas ferramentas de processo, como também o IDC, não afetam a segurança jurídica na atividade jurisdicional, pelo simples fato de alterarem o juízo tido como competente. E isto é óbvio, porque todos os órgãos jurisdicionais envolvidos, tanto nas velhas exceções como no novo incidente de deslocamento, são pré-existentes e pré-estabelecidos, não existindo qualquer juízo *ex post factum* ou tribunal de exceção. Como antes se disse, o juiz federal que receberá a causa deslocada é também *juiz natural* porque, desde o início, segundo a própria Constituição brasileira, aquele juízo era *virtualmente* ou *condicionalmente* competente para os processos relativos a graves violações a direitos humanos. Trata-se então de **juiz natural potencial**.

Afora tudo o que já foi dito, apenas para rebater de forma mais explícita outras críticas fomentadas pelas associações e doutrinadores desafetos ao IDC, sintetizadas no documento apresentado pela CONAMP (v. item 2.2), vê-se que o deslocamento em questão não ressuscita a antiga avocatória, abolida da legislação. Do mesmo modo não entra em confronto com os princípios da ampla defesa e do contraditório, devido à sua natureza contenciosa. Tais aspectos já foram discutidos quando da análise da natureza jurídica do aludido IDC (v. item 1.3).

Deve-se também considerar que a finalidade do incidente de deslocamento é proteger direitos fundamentais das vítimas e assegurar o interesse público da persecução criminal e da obediência aos direitos humanos, com o escopo de reduzir a impunidade. O instituto presta-se também à proteção de autores de delitos, já condenados ou não, e que venham a ter seus direitos individuais gravemente violados pelo Estado. Neste sentido, ainda que se pudesse falar em afastamento do

princípio do juiz natural (o que não é efetivamente o caso, consoante demonstrado), a adequada ponderação dos interesses contrapostos permitiria perfeita harmonização do aparente conflito, em favor do reconhecimento da constitucionalidade do incidente de deslocamento da competência, já que o mesmo tem por escopo maior ampliar a efetividade da Justiça, reduzir a impunidade e garantir direitos da pessoa humana. "Em síntese, o constituinte derivado não reduziu a esfera de proteção dos direitos do cidadão, mas sim a ampliou por meio de um novo instrumento garantista, o incidente de deslocamento de competência" (ARAS, 2005, p. 01).

Por fim, é digno de nota, a título de precedente judicial, a decisão exarada pelo STJ no *leading case* motivado pela morte da missionária norte-americana Dorothy Stang. No IDC n. 01/PA, como foi autuado, foram rejeitadas as preliminares argüidas pela defesa de inépcia da inicial e a de que o dispositivo constitucional seria norma de eficácia contida. Um dos argumentos utilizados pelos suscitados foi o da ausência de norma legal definidora de um rol enumerando os crimes praticados com grave violação de direitos humanos, o que foi rejeitado de plano. Ficou consignado no julgamento unânime que "não há, também, incompatibilidade do IDC com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor". Restou, portanto, afastada a inconstitucionalidade da federalização, ora em exame, assim como todos os demais argumentos que lhe são opostos.

Pelo exposto, faz-se mister concluir que o IDC está em plena harmonia com a ordem constitucional e infraconstitucional vigente. Mesmo diante do aparentemente impreciso teor do que sejam "hipóteses de grave violação de direitos humanos", questão a ser enfrentada adiante, os argumentos tecidos neste tópico são suficientes para afastar qualquer tentativa de infectar o IDC com o crivo da inconstitucionalidade.[12]

[12] A confirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do IDC, todavia, somente advirá com o julgamento definitivo das Adins que atualmente tramitam, através de decisão a ser proferida pelo STF.

6. CONCLUSÃO

Além de relacionar-se com as demais disposições atinentes à temática dos direitos humanos inseridas no texto da Constituição Federal, o incidente sob foco vincula-se às normas previstas em tratados internacionais sobre a matéria, dos quais o Brasil seja signatário. Ao versar sobre a questão da constitucionalidade dos arts. 109, V-A e § 5° da Carta de 88, notou-se que as Emendas Constitucionais são espécies normativas passíveis de controle de constitucionalidade. Conseqüentemente, o IDC é submetido a tais regras.

Com efeito, evidenciou-se que o deslocamento de competência *sub oculo* está em consonância com a sistemática jurídica internacional, existindo institutos de mesma natureza no direito comparado, ao passo que se rompe com o paradoxo, até então vigente, de ser centralizada a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos na pessoa da União, quando a mesma não dispunha de mecanismos internos mais eficazes para a apuração e julgamento das violações a tais direitos. Ainda, a federalização responde ao cumprimento do dever internacional de persecução criminal, obrigação que passou a ter maior importância em virtude da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (TPI), consagrando-se, dessa forma, o princípio da complementaridade.

No plano do direito doméstico, verificou-se que a proposta da federalização encontra-se em plena harmonia com as sistemáticas constitucional e processual vigentes, ausente qualquer vício formal ou material a eivar o IDC com o crivo da inconstitucionalidade. Destarte, restou patenteado que a "federalização" não viola qualquer princípio constitucional, especialmente, o princípio do juiz natural e do pacto federativo, se considerada como norma de caráter excepcionalíssimo.

A partir da leitura do IDC paradigmático, observou-se que os Ministros do STJ ratificaram a compatibilização da norma do art. 109, § 5° com os demais preceitos basilares previstos também no texto da Carta Magna, indispensáveis à manutenção do Estado Democrático de Direito. Malgrado a improcedência acertada do *leading case*, tal fato não abala a utilidade do instrumento, especialmente no combate à impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos. Ao revés, a decisão do STJ confirma a necessidade e a importância do incidente sob análise, inferindo-se dela que se

estivessem presentes os requisitos do IDC, a "federalização" seria deferida.

Ao término desse estudo, constata-se que o IDC foi inserido num contexto, desde a primeira linha, orientado pelo paradigma da primazia dos direitos humanos e na perspectiva de proteção a esses direitos primordiais da humanidade. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (apud HABER; MASSOUD; ROCHA, 2005, p. 30), desembargadora federal do TRF da 3ª Região, em evento realizado no Estado do Pará, denominado "Federalização em Debate", sugere que a questão do IDC:

> seja vista não sob o ângulo de embate de forças (estadual x federal), uma vez que o resultado esperado – que a federalização pudesse alcançar a justiça – na verdade poderia tornar-se medida inócua, em face do problema estrutural do Judiciário como um todo, mas sim que um novo cenário seja delineado com a união de esforços da esfera estadual e federal, possivelmente em litisconsórcio e em uma perspectiva semiológica.

O entendimento logo acima esboçado pela desembargadora deve ser visto como exemplo a ser seguido, o qual concretiza a verdadeira "união indissolúvel" (art. 1º, *caput*, CF) entre os entes federativos, bem como viabiliza um instrumento relevante para o combate à impunidade e para a garantia de justiça nos casos de graves violações aos direitos humanos. Direitos Humanos, previstos no direito positivo, não faltam. O que há é uma escassez de mecanismos que possam efetivar esses direitos. Nesse diapasão, enfatiza Noberto Bobbio (1992, p. 25-37) que o "problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los", sendo que a real problemática a ser enfrentada "é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos".

Diante de um mundo globalizado, a necessidade de mecanismos que promovam a defesa dos direitos da pessoa humana, tais como a IDC, torna-se ainda mais imperiosa. Destarte,é preciso ter sempre presente a relevante assertiva do mestre italiano: "A efetivação de uma

maior proteção dos direitos humanos está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana" (BOBBIO, 1992, p. 45). Imbuídas desse propósito é que as instituições judiciais brasileiras, sejam elas estaduais ou federais, devem se sobrepor a egocentrismos infrutíferos em busca desse fim maior, qual seja, dotar os direitos humanos de real eficácia plena.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público.* 11. ed. Edição revista por Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. São Paulo: Saraiva, 1995.

ANAMAGES contesta federalização de crimes contra direitos humanos. *Notícias do STF*, Brasília, 19 mar. 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 04 fev. 2006.

ANDRADE, Mark Clark Santiago. *Incidente de deslocamento de competência*: A federalização das hipóteses de grave violação de direitos humanos. TCC. Universidade Federal de Sergipe: São Cristóvão/SE, 2006.

ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global.* São Paulo: Perspectiva, 1994.

_____. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOCAUT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org). *Os direitos humanos e o direito internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 139-166.

ARAS, Vladimir. *Federalização dos crimes contra os direitos humanos.* Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>. Acesso em: 17 jun. 2005.

ARAUJO, Nadia de; ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internacionalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: BOUCAULLT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 63-112.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Judiciário pela EC nº 45.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. PGR Nº 1.00.000.002128/2005-75. *Fonteles pede federalização do caso Dorothy Stang*. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº 6 fev. 2005. Dispõe sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. IDC nº 000001. Suscitante: PGR. Suscitado: Justiça Estadual do Pará. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 2005. Julgamento: 08 jun. 2005. *Caso Dorothy Stang:* STJ nega pedido de federalização das investigações. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35344,3>. Acesso em: 10 jun. 2005.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. *O Ministério Público, "ombudsman", defensor do povo ou função estatal equivalente, como instituição vocacionada para a defesa dos direitos humanos*: uma tendência atual do constitucionalismo. Disponível em: <http://jus2.uol.com. br/doutrina/texto.asp?id=279>. Acesso em: 27 fev. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTELLANOS, Angel Rafael Marino; TERRURÓ, Suzana Maria da Gloria. La triple dimension de los derechos humanos. In: In: BOCAUT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 167-191.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPETÊNCIA duvidosa: AMB ajuíza ADI no STF contra a federalização de crimes. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 04 mai. 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/34544,1>. Acesso em: 20 jun. 2005.

CONAMP (Brasil). *Nota oficial*. Brasília, 07 mar. 2005. Disponível em: <http://www.aesmp.org.br/conamp.htm>. Acesso em: 20 jun. 2005.

CORRÊA, Lanna Schmitz. *Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos*. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6853>. Acesso em: 17 jun.2005.

CRANSTON, Maurice. *O que são os direitos humanos?* Tradução de Reinaldo Castro. Rio de Janeiro: Difel, 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005. p. 83-98.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Competência penal originária da Justiça Federal: desenho constitucional na jurisprudência e a novidade da Reforma do Judiciário. *RT* - Revista dos Tribunais, ano 94, v. 836, p. 411-432, jun. 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil*: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. ref., ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrik; PELLET, Alain. *Direito internacional público.* 2. ed. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Caluoste Gulbenkian, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário:* Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 447-466.

GOMES, Luiz Flávio. *Federalização dos crimes graves:* o que é isso? Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=16221>. Acesso em: 18 jun. 2005.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 31-43.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

HABER, Lilian Mendes; MASSOUD, Carolina Ormanes; ROCHA, Ibraim José das Mercês. Federalização dos crimes contra direitos humanos. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). *Reforma do judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19-43.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito*: trabalho de conclusão de curso: metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do tema à apresentação gráfica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos*: a construção universal de uma utopia. 3. ed. São Paulo: Santuário, 1997.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direito humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*. São Paulo: RT, 2005. (Manuais para concursos e graduação, v.5)

MALULY, Jorge Assaf. *A federalização da competência para julgamento dos crimes praticados contra os direitos humanos*. Disponível em: <http:// www.policiacivil.goias. gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2005.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem*. Tradução de Afrânio Coutinho. 3. ed. Rio de janeiro: Livraria José Olympio, 1967

MASSOUD, Carolina Ornames. Hierarquia das normas sobre tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). *Reforma do Judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6-10.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos Direitos Humanos no século XXI. *RT* - Revista dos Tribunais, ano 93, v. 830, p. 421-442, dez. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. Edição atualizada por Arnoldo Wald. 21. ed. São Paulo: Mallheiros, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Processo penal*. Edição revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, José Luis Bolzan. Deslocamento de competência para a justiça federal de violações contra direitos humanos. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 251-254.

MORTE no Pará: OAB e ANPR querem a federalização em caso de freira. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 fev. 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2005.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro.* 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984. v.1.

NOGUEIRA, Alberto. *Direito constitucional das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005a. p. 67-81.

_____. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição brasileira de 1988. *RT* - Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, p. 41-53, mar. 2005b.

_____. *Direitos Humanos internacionais e jurisdição supra-nacional:* a exigência da federalização. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 17 jun. 2005c.

PONTOS divergentes: Ajufe contesta ADI da AMB contra federalização. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 mai. 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 08 jul. 2005.

REZEK, J. F. *Direito internacional público:* curso elementar. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHREIBER, Simone; CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos.* Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/index.php?ID_MATERIA=389>. Acesso em: 15 jul. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1982.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. 12. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88:* (des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC n. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

THE UNIVERSITY OF BIRMINGHAN. *Essential English dictionary*. 3. ed. Glasgow: Collins Cobuild, 1989.

TOSI, Giuseppe. História e atualidade dos direitos do homem. In: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G., FREITAS, Fábio F. B. (Org). *Polícia e democracia:* desafios à educação em direitos humanos. Recife: Gajop, Bagaço, 2002. p. 25-48.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UnB, 1998.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULLT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 7-62.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

ART. 285-A, do CPC: JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE OU JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ulysses Maynard Salgado, Juiz de Direito do Estado da Bahia, especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe em convênio com a Universidade Federal de Santa Catarina e pós-graduando em Direito Processual: As Grandes Transformações pela UNAMA/EMAB.

1. TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

As reformas do Processo Civil brasileiro realizadas nos últimos anos objetivam criar novos mecanismos para a efetividade processual, bem como conferir maior celeridade aos feitos, em especial, às ações repetidas.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 deu nova redação ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, assegurando a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os precedentes judiciais têm obtido, cada vez mais, papel de destaque para garantir a tempestividade da tutela jurisdicional, privilegiando a uniformização dos julgados.

Nesse contexto, ainda em 1998, destaca-se o art. 557, do CPC, permitindo ao relator monocraticamente negar seguimento ao recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, bem como dar provimento ao recurso se estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Em 2001, a alteração do art. 475, do CPC, com o acréscimo do § 3º, afastou a necessidade de reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior

competente.

Recentemente, em 2006, surgiu a possibilidade de o juiz não receber a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal – súmula impeditiva de recursos, por força do art. 518, § 1º, do CPC.

O art. 285-A, do CPC segue essa tendência, potencializando ainda mais a força dos precedentes judiciais, na medida em que permite que, antes mesmo da citação do réu, o juízo de primeiro grau, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver proferido sentença de improcedência daquela pretensão em outros casos semelhantes, possa prolatar a sentença no mesmo sentido com a reprodução daqueles mesmos fundamentos.

Na literatura jurídica, tem-se denominado de julgamento antecipadíssimo da lide[1] ou de julgamento de improcedência *prima facie* das demandas seriadas[2] ou julgamento liminar das ações repetidas, já que põe fim à questão no seu nascedouro, antes da citação.

Assim, verifica-se a crescente força dos precedentes judiciais, não só do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça, mas também das sentenças de improcedência do próprio julgador de primeiro grau. Tudo em prol da celeridade com a antecipação do resultado judicial esperado com base em precedentes, tendo em vista a busca pela isonomia de solução entre os jurisdicionados.

2. APLICABILIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO DISPOSITIVO

Em linhas gerais, como mencionado acima, o novo instituto processual permite que, antes mesmo da citação do réu, o juízo de primeiro grau, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver proferido sentença de improcedência daquela pretensão em outros casos semelhantes, possa proferir a sentença no mesmo sentido com a reprodução daqueles mesmos fundamentos.

Além disso, segundo o § 1º do dispositivo em análise, garante-se ao

[1] Denominação atribuída pelo professor Fernando da Fonseca Gajardoni.
[2] Denominação utilizada por Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis dos Santos.

autor o direito de apelar do julgamento liminar, com a possibilidade de o juiz se retratar, no prazo de cinco dias, retomando o curso normal do processo com citação para resposta e demais atos. Mantendo sua decisão, deverá determinar a citação do réu para responder ao recurso, remetendo em seguida para o Tribunal.

A constitucionalidade dessa norma processual tem sido questionada pela OAB, na ADIN 3.695/DF, tendo como relator o Min. Cézar Peluso, onde se discute cinco vícios. O professor Gajardoni, ao defender a constitucionalidade do dispositivo, sintetizou os argumentos da ação de que o dispositivo viola:

> 1) a **isonomia constitucional**, pois os entendimentos diversos dos vários juízos acarretarão processos com curso normal e outros com curso abreviado (para as varas onde já tenha entendimento consolidado pela improcedência do pedido);
> 2) a **segurança jurídica**, porque a repetição da sentença dada em outro caso – da qual terceiros não têm ciência dos argumentos e da analogia com o caso que é apresentado – torna ilegítima a atuação jurisdicional;
> 3) o **direito de ação**, preterido pelo súbito bloqueio da regular formação da relação jurídica processual;
> 4) o **contraditório**, já que o requerido não poderá debater e convencer o juízo do acerto de sua tese; e
> 5) o **devido processo legal**, visto como o feixe de direitos e garantias condutoras do processo de seu começo ao fim (grifou-se e organizou-se)[3].

O Instituto Brasileiro de Direito Processual, atuando na qualidade de *amicus curiae*, manifestou-se pela constitucionalidade, em petição

[3] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006, p. 05.

subscrita pelo associado Cassio Scarpinella Bueno, refutando todos os vícios acima apontados. Aqui, mais uma vez, merece ser transcrita a síntese dos argumentos expostos pelo Instituto realizada pelo professor Gajardoni de que não existe violação:

> 1) à **isonomia constitucional**, pois de qualquer forma efetuado o julgamento liminar das ações repetitivas, eventuais divergências de entendimento entre juízes de varas distintas serão solucionadas pelas instâncias superiores;
> 2) à **segurança jurídica**, pois o magistrado, para aplicar o art. 285-A, do CPC, deverá demonstrar fundamentadamente a similitude do caso em apreço com outro julgado anteriormente, cabendo recurso contra a má aplicação do dispositivo;
> 3) ao **direito constitucional de ação** (na verdade petição), pois este já é exercitado com o simples acesso ao Judiciário, e o autor terá sua pretensão analisada fundamentadamente;
> 4) ao **contraditório** (que aqui pode ser nominado de inútil), pois não há lesão ao vencedor da ação pelo fato de não ter podido convencer o juiz, quando ele próprio já está convencido, através da prévia apreciação de casos similares, de que o réu não citado já tem razão; quando o réu – pretensamente lesionado pela falta de citação – sai vencedor da ação; e
> 5) ao **devido processo legal**, pois, além da edição do art. 285-A ter sido precedida de regular processo legislativo, a aplicação do dispositivo, por estar em conformidade com o novel princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LVSSVIII, da CF), vem ao encontro dos anseios por justiça célere, que é uma das facetas do princípio acoimado de violado (conformação da regra às aspirações sociais e proporcionalidade) (grifou-se e organizou-se)[4].

[4] Ibidem, p. 05.

Associado aos convincentes argumentos do professor Cassio Scarpinella Bueno, subscritor da petição do Instituto Brasileiro de Direito Processual, o Ministério Público já se manifestou pela improcedência do pedido da OAB naquela ADIN[5].

Apesar da nova disciplina prevista no artigo em comento, existem institutos processuais anteriores que seguiam a mesma linha, viabilizando o julgamento liminar de improcedência da ação.

O primeiro deles era a possibilidade de indeferimento da inicial se identificada a prescrição ou a decadência, matérias que constituem preliminares de mérito e, por isso, trata-se de julgamento de mérito, de acordo com o art. 269, IV e o art. 295, IV, ambos do CPC. Hipótese que teve seu alcance ampliado com o novo Código Civil de 2002, admitindo o reconhecimento da prescrição em matéria de direitos patrimoniais em favor de absolutamente incapaz e com a mudança do art. 219, § 5º, do CPC[6].

Nas ações de improbidade administrativa, também existia a possibilidade de julgamento imediato pela improcedência com análise do mérito, caso o julgador esteja convencido da inexistência de ato de improbidade pelos elementos dos autos, de acordo com a disciplina do art. 17, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001. Diferencia-se do art. 285-A, do CPC, porque tal julgamento só ocorria após a fase de defesa prévia e porque se aplicava restritivamente aos processos daquela natureza.

3. PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DO ART. 285-A, DO CPC

O primeiro pressuposto para aplicação do art. 285-A, do CPC é que a matéria controvertida seja unicamente de direito.

Tal regra deve ser interpretada no sentido de que a matéria seja exclusivamente de direito ou, havendo matéria de fato, já esteja comprovada pelos documentos apresentados, não dependendo de

[5] Ibidem, p. 05.

[6] GAJARDONI, 2006, p. 6 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2007p. 14.

produção de outras provas em audiência. Trata-se, portanto, de regra semelhante àquela prevista para o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330, do CPC.

Por isso, Cássio Scarpinella Bueno assevera: "O que o art. 285-A reclama para sua incidência é que a questão jurídica, a tese jurídica, *predomine* sobre eventuais de fato"[7] (itálico no original). O mesmo autor conclui: "Aqueles casos em que a prática do foro levará, sempre e em qualquer caso, ao 'julgamento antecipado da lide', justamente porque a questão a ser resolvida é 'unicamente' (leia-se: predominantemente) de direito, porque fatos sempre há"[8].

Aliás, não há que se falar em aplicação do art. 285-A após a citação, porque caracterizaria aquela hipótese do julgamento antecipado da lide já previsto no art. 330, do CPC.

Também se exige que haja, no juízo, precedente de sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Desde logo, há de se ressaltar que não se trata de identidade de causas ou ações disciplinada no art. 301, §§ 1º a 3º, do CPC, isto é, mesmas partes, causa de pedir e pedido. Nessa hipótese de completa identidade, continua caracterizando-se a litispendência ou a coisa julgada, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito, por força do art. 267, V, do CPC.

O que se pretende aqui é que, no caso novo, haja a repetição da questão[9], da controvérsia, da tese jurídica já discutida no caso padrão, capaz de ensejar a mesma resposta judicial de improcedência proferida em outros processos, tornando, assim, desnecessária a fase de citação e resposta do réu e conferindo maior celeridade ao feito.

Segundo o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, a identidade tem que ser de pedido e de causa de pedir, comentando ainda: "Se a tese de direito é a mesma, mas a pretensão é diferente, não se pode falar em 'casos idênticos', para fins do art. 285-A. Da mesma

---

[7] BUENO. Op. cit., p. 68-69.

[8] Ibidem, p. 69.

[9] "A identidade, portanto, que se reclama para aplicar o art. 285-A, localiza-se no objeto da causa, isto é, na questão (ponto controvertido) presente nas diversas ações seriadas". THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 17.

forma, não ocorrerá dita identidade se, mesmo sendo idêntico o pedido, os quadros fáticos descritos nas duas causas se diferenciarem"[10].

Já o entendimento de Fernando da Fonseca Gajardoni é de que é suficiente a identidade da causa de pedir, ainda que os pedidos sejam distintos, como se observa no seguinte trecho:

> A expressão *casos idênticos* deve ser interpretada, por isso, como sendo casos semelhantes, isto é, que tenham os mesmos fundamentos de fato e de direito (causa de pedir), ainda que o pedido seja diverso.
> Por exemplo, nada impede a aplicação do dispositivo para julgar improcedente de plano pretensão que veicule tese sobre a inconstitucionalidade de determinado tributo ou contribuição (causa de pedir) para fins de repetição de indébito (pedido da nova ação), quando idêntica tese jurídica, com a invocação dos mesmos fundamentos, haja sido rejeitada em ação com pedido de compensação (pedido primitivo)[11] (itálico no original).

Nesse ponto, o último posicionamento demonstra ser o mais adequado, desde quando a norma pretende que os fundamentos do julgamento anterior sejam capazes e suficientes para a motivação do novo julgamento, permitindo que a sentença deste reproduza, repita o teor da sentença primitiva. O exemplo citado pelo autor transcrito demonstra claramente tal possibilidade.

Por outro lado, considerando a redação do artigo de que a sentença deve ser de total improcedência, também merece comentário a hipótese de cumulação de pedidos, pois o julgamento deve ser sobre cada pedido. Assim, se existe um paradigma em que a sentença foi de procedência parcial, por acolher um pedido e denegar o outro, possível o julgamento liminar de nova ação em que se deduz apenas o pedido

[10] Ibidem, p. 16.
[11] GAJARDONI. Op. cit., p. 10.

que foi julgado improcedente naquele caso anterior[12].

Por exemplo, numa ação em que são cumulados os pedidos de nulidade contratual e de entrega do bem, sendo julgado improcedente o primeiro e procedente o último. Se houver novas ações discutindo a mesma nulidade contratual suscitada naquele caso paradigma, possível a aplicação do art. 285-A, do CPC, porque esse pedido repetido foi julgado totalmente improcedente na sentença anterior.

O que interessa, como mencionado acima, é que o caso novo tenha semelhança com precedente, a fim de que a parte possa prever o resultado de seu processo, de acordo com os julgamentos anteriores do juízo.

Impõe-se ainda que existam, pelo menos, dois precedentes de improcedência, uma vez que o dispositivo legal faz referência a outros casos, no plural.

O precedente precisa ser do mesmo juízo que sentenciará o novo caso, a fim de garantir maior segurança aos jurisdicionados, podendo ter um conhecimento prévio da posição adotada naquele juízo[13]. Por isso, não pode o juiz substituto ou que estiver cumulando suas atividades basear o julgamento da causa repetida em sentenças de improcedências proferidas em outros juízos.

A sentença que julga o caso novo deve conter o relatório, com o breve resumo do caso, a fim de que possa se identificar a semelhança com o paradigma, para, em seguida, transcrever o mesmo fundamento utilizado naquele paradigma. Não sendo suficiente a simples referência aos números dos processos julgados naquele sentido, já que impossibilita o imediato conhecimento pela parte dos fundamentos que levaram à improcedência de seu pedido.

Juristas têm se manifestado pela necessidade de que esse julgamento liminar pela improcedência do pedido ou o julgamento antecipadíssimo da lide deve estar de acordo com o posicionamento sumulado ou dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior[14].

---

[12] GAJARDONI. Op. cit., p. 8.

[13] Ibidem, p. 7.

[14] Nesse sentido: BUENO. Op. cit., p. 50-51; GAJARDONI. Op. cit., p. 11-12; MARIONI, Luiz Guilherme Marinoni e Teresa Arruda Alvim Wambier apud GAJARDONI. Op. cit., p. 9.

Tudo isso, levando em consideração a competência daqueles em promover a uniformidade jurisprudencial, garantindo o princípio da isonomia de forma mais ampla, além de não justificar um célere julgamento no primeiro grau para ser rapidamente modificado nas instâncias superiores, tendo em vista, inclusive, os mecanismos criados pelos dispositivos citados no item 1, previstos nos art. 557, art. 475, § 3º e art. 518, § 1º, todos do CPC.
Para melhor elucidar tal posicionamento, passo a transcrever a seguinte lição:

> Proponho, contudo, em nome da leitura sistemática do processo civil a que insistentemente me refiro – e que norteia, a bem da verdade, a produção destes meus comentários à mais recente etapa da reforma do Código de Processo Civil –, uma *interpretação* do art. 285-A em que "sentença do juízo" seja entendida simetricamente aos já referidos dispositivos de lei, isto é, súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", para empregar, aqui, o referencial amplo do *caput* do art. 557, na redação da Lei n. 9.756/1998. Até porque, também por força de premissas fundantes do meu pensamento sobre o direito processual civil, esta é a única forma de manter o art. 285-A afinado ao "modelo constitucional de processo", observando-se a forma potencializada o princípio da isonomia a que fiz referência acima[15].

Mesmo que não tivesse sido essa a intenção do legislador, o art. 285-A, do CPC já teria grande valor por ser capaz de conferir a maior celeridade possível à fase cognitiva de primeiro grau nas circunstâncias ali delimitadas de improcedência em questões de controvérsia unicamente de direito, pois o conflito dessa sentença com a jurisprudência sumulada ou dominante do respectivo tribunal, do

[15] BUENO. Op. cit., p. 51.

Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior também poderia ser corrigido permitindo o julgamento monocrático na forma do art. 557, do CPC.

Certamente, apesar de o art. 285-A não fazer referência a tal necessidade, a interpretação sistemática de todos os outros institutos – art. 557, art. 475, § 3º, e art. 518, § 1º, todos do CPC – induz que aquela decisão de primeiro grau esteja em consonância com a orientação jurisprudencial, pois não foi diferente ao permitir ao relator o julgamento monocrático do recurso ou ao juiz sentenciante não receber a apelação ou afastar o reexame necessário. Tal uniformidade garante uma celeridade ainda maior ao feito.

Na fase recursal, mantida a sentença no juízo de retratação, o réu é citado para responder ao recurso. Sua omissão, no entanto, não deve implicar sua revelia. Caso seja provida a apelação e não havendo possibilidade de o Tribunal julgar de plano a matéria, o processo tomará seu curso originário, promovendo-se nova citação do réu para, agora sim, responder à pretensão do autor, suscetível nessa fase à revelia e todos os seus efeitos, se não responder tempestivamente.

Acerca do tema, Ernane Fidélis dos Santos afirma:

> Ainda que o réu não se manifeste, não se pode considerar revelia e decidir contra ele, mesmo porque a questão deve ser apenas de direito. A confirmação da sentença faz coisa julgada favorável ao réu, mas a reforma da decisão, se a questão for, realmente, de puro direito, poderá ser definitiva; se por motivo de questão fática, no entanto, os autos retornam e se permite ao réu adendo em sua defesa[16].

Em sentido contrário, Fernando da Fonseca Gajardoni defende:

> Tendo natureza de contestação, urge esclarecer que a falta de apresentação de resposta ao recurso, no

[16] SANTOS, Ernane Fidélis dos. As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 149.

> prazo legal, implica revelia do demandado, mas não presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial (art. 319 do CPC). Com efeito, a presunção só recai sobre fatos, e o julgamento liminar se dá em regra quando a matéria for unicamente de direito (item 5.3), o que afasta a presunção legal. Haverá, entretanto, a incidência do efeito secundário da revelia, ou seja, o réu contumaz não será intimado dos posteriores atos processuais em 2º grau enquanto não intervier no feito (art. 322 do CPC).
>
> Caso a sentença liminar seja cassada pelo Tribunal por impossibilidade do art. 285-A do CPC, a citação para as contra-razões, por ser ato subseqüente à sentença neste novo regime, automaticamente restará prejudicada (art. 248 do CPC). Assim, com os autos devolvidos à origem, nova citação do réu deverá ser efetuada, agora para que apresente defesa em sua plenitude (contestação tanto com a matéria quanto de fato, exceções, reconvenção, etc.)[17].

Apesar de ser uma resposta ao recurso e de que eventual cassação da sentença anulará a citação anterior, a imposição da revelia, trata-se de uma situação diferenciada, pois o réu já tem conhecimento dos fundamentos que levaram à improcedência do autor, podendo entender desnecessária sua atuação naquela fase, enquanto que, no curso regular do processo, precisa defender seus argumentos para obter o julgamento que lhe seja favorável.

Como conseqüência do julgamento liminar de improcedência das ações repetidas, antes da citação do réu, não há condenação do autor ao pagamento de honorários, já que não haverá a necessidade de contratação de advogado.

Na fase recursal, o Tribunal poderá confirmar a sentença, cassá-la por não ser aplicável o art. 285-A, do CPC naquele caso por ausência de alguns de seus pressupostos, reformá-la se não depender de

[17] GAJARDONI. Op. cit., p. 14-15.

produção de provas ou, se necessário, baixar os autos em diligências, com base na nova redação do art. 515, § 4º, do mesmo Código, ou ainda, remeter os autos de volta ao primeiro grau para processamento regular do feito.

Quanto à sucumbência nessa fase, mantida a sentença, o autor será condenado ao pagamento de custas e honorários, já que a parte ré é citada para responder ao recurso, precisando contratar advogado para tanto.

A aplicabilidade do art. 285-A, do CPC é uma faculdade que a lei confere ao julgador, não sendo obrigado a utilizá-lo, embora seja um mecanismo útil para garantir a tempestividade da prestação jurisdicional nas ações repetidas.

O crescente número de processos envolvendo questões de consumidores pode servir de exemplo da necessidade de o julgador se utilizar dos meios disponíveis para alcançar a garantia da razoável duração do processo.

Portanto, o julgamento antecipadíssimo da lide ou o julgamento liminar de improcedência do pedido demonstra ser um eficaz instrumento para garantir a razoável duração do processo, principalmente, no momento em que se percebe o crescente número de ações, dentre elas as que envolvem consumidores, na Justiça Comum ou nos Juizados Especiais.

4. BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.* vol. 2, São Paulo : Saraiva, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento *antecipadíssimo* da lide. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006. Material da 6ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNAMA – UVB - REDE LFG.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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