

EJUSE

ESCOLA JUDICIAL

DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 22, 2015

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 2318-8642

Conselho Editorial e Científico
Direção Editorial: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz João Hora Neto
Juiz Francisco Alves Júnior
Juíza Suzete Ferrari Madeira Martins
Juíza Rosa Geane Nascimento Santos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Daniela Patrícia dos Santos Andrade
Revisão: Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Gráfica e Editora Liceu Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
http: wvw.tjse.jus.br/ejuse
e-mail: ejuseexterno@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 22, 2015.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador José dos Anjos

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Lorena Figueiredo de Oliveira Freire

Coordenadora de Cursos para Servidores
Ana Patrícia Prado Santana Campos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho.....15

O PODER JUDICIÁRIO E O SEU PAPEL CONSTITUCIONAL DE IMPEDIR A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO
Paulo Roberto Fonseca Barbosa.....47

DA PERMISSÃO "À PROCURA DA FELICIDADE" À PROMESSA DE BEM-ESTAR: A CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS MODELOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO LIBERAL E DO WELFARE STATE
Fernando Luís Lopes Dantas.....83

O ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL, VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL
Sanny Lara Lima Veríssimo Araújo.....105

ARTIGO 384 DA CLT E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL OU NORMA NÃO RECEPCIONADA?
Gianini Rocha Gois Prado.....139

A HIPERJUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS: A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO CONTENÇÃO PARA A HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO
Anthony Ferreira Almeida & Pamela Ferreira Almeida.....153

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO - EFETIVAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL E COMBATE À ESTIGMATIZAÇÃO PRECOCE DO ACUSADO
Luciano Luis Almeida Silva.....165

AS DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS DO INCISO I, DO ARTIGO 1.829 DO CC
Nayra Moura Santos.....199

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL
Carla Martins Moura Silva.....209

A AÇÃO POR OMISSÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Genésia Marta Alves Camelo.....229

O PROCESSO DE APROVAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
Magson Melo Santos.....303

JUDICIÁRIO SERGIPANO PROPORCIONA AOS SERVIDORES ESPAÇO PARA REFLEXÃO ATRAVÉS DO PROJETO DE ORIENTAÇÃO PARA A APOSENTADORIA
Sheilla Tatiana Costa de Oliveira & Maria Edivaní Panta.....321

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRIME ORGANIZADO SOB O ENFOQUE DA LEI 12.850/2013
Ana Carolina Oliveira D'Avila.....329

MEDIAÇÃO JUDICIAL: INSTRUMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL
Carla Maria Franco Lameira Vitale & Maria Hortência Cardoso Lima.....343

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E SUA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA
Fabrício Emmanuel Lima Santos.....363

APRESENTAÇÃO

É com muito orgulho que temos a honra de apresentar à comunidade jurídica brasileira, especialmente aos magistrados, servidores do Tribunal de Justiça de Sergipe e advogados militantes, alunos e ex-alunos da Escola Judicial de Sergipe, mais um número da *Revista da Ejuse*.

O papel fundamental de uma escola judicial, ao meu sentir, não é apenas a formação e atualização profissional, mas também a disseminação de conhecimentos baseados na pesquisa e no estudo científicos de temas jurídicos ou metajurídicos, que possam trazer novas luzes para a prática da atividade jurídica, em todos os seus campos de saber.

Neste particular a nossa Revista vem cumprindo o seu papel catalisador das ideias e das produções de magistrados, servidores, advogados, alunos e ex-alunos da Escola Judicial, contribuindo para uma hermenêutica aberta a toda a sociedade como nos lembra Peter Haberlle, jurista alemão.

Esperamos que cada vez mais os magistrados possam se fazer presentes com seus estudos por meio de artigos jurídicos que, com toda certeza, aumentará a importância deste meio de divulgação reconhecido em Sergipe e no Brasil, nos Tribunais e nas Universidades brasileiras.

No mais, desejar a todos uma boa leitura e a certeza de que mais uma vez cumprimos o nosso dever.

Aracaju, fevereiro de 2015.

Juiz José Anselmo de Oliveira
Diretor Editorial

DOUTRINA

A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: O ideal de Justiça deve ser perseguido pelo Poder Judiciário, o qual deve sempre estar atento às realidades sociais e aos valores contidos em nossa Constituição Federal, constituindo-se a jurisdição em verdadeiro instrumento de implementação dos direitos fundamentais. Para tal desiderato, magistrados devem assumir o compromisso de perseguir sempre o ideal de Justiça, acreditando serem peças fundamentais do sistema jurídico, como instrumentos de pacificação social, visando precipuamente a garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, a fim de contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Constitucionalização do Direito. Direitos e Garantias Fundamentais. Ativismo Judicial. Justiça. Controle de Constitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Em razão da imperatividade das normas constitucionais e da real necessidade de implementação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, a Justiça se revela como **valor, princípio e ideal** imprescindível quando da interpretação das leis, constituindo-se em objetivo precípuo e condição *sine qua non* quando da implementação dos direitos fundamentais consagrados.

Some-se a isso o novo perfil de jurisdição constitucional que irradia os valores constitucionais pelo sistema jurídico.

Do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar a aplicação de uma lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucionais, preservando-se,

* Juíza da Comarca de Poço Redondo. Mestre em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade – Universidade Federal de Sergipe (UFS).

assim, o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro. É o fenômeno da constitucionalização do direito.

O Supremo Tribunal Federal e todos os demais magistrados deste Brasil detêm o dever de guarda dos ideais contidos em nossa Lei Fundamental, que é dotada de força normativa e supremacia.

Há um verdadeiro processo de filtragem constitucional e não se diga que o referido processo é equidistante das decisões monocráticas dos juízes de primeiro grau.

Os juízes da atualidade devem pautar as suas decisões em fundamento constitucional, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana e os princípios explícitos e implícitos que dela derivam, mesmo que a lei infraconstitucional seja em sentido diverso, realizando verdadeiro controle de constitucionalidade na via difusa.

Ressalte-se ainda que o Poder Judiciário vive um momento de virtuosa ascensão política e institucional. A redemocratização passou a ser poder político e nova consciência de cidadania.

A Constituição Federal criou novos direitos e novas ações. A vida brasileira se judicializou mediante a implementação de um acesso à justiça mais efetivo.

Pois bem. Em razão da constitucionalização do direito, da crescente demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário, verifica-se no Brasil o que Luís Roberto Barroso denomina de *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final, sendo nítida a necessidade do ativismo judicial no Estado contemporâneo. É a transformação do jurídico em político, enquanto o político quer se tornar cada vez mais jurídico.

A Carta de 1988, que completará seus 27 anos de existência, confere à dignidade da pessoa humana o valor de fundamento da República Federativa do Brasil, atribuindo também como seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos.

O Ministro Carlos Ayres Britto defende que o constitucionalismo contemporâneo pode ser denominado Fraternal ou Altruístico, "para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração".

A Justiça, portanto, erige-se como principal meio de defesa dos direitos individuais, mesmo quando as violações resultarem da atuação

administrativa estatal.

Sendo assim, não se pode pensar em um Poder Judiciário tímido, responsável apenas pela resolução de litígios de natureza privada, revelando-se a necessidade de efetivar e implementar os valores contidos em nossa Constituição Federal, sobretudo em relação aos direitos fundamentais nela contidos.

2. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O fenômeno da Constitucionalização do Direito exerce um verdadeiro papel unificador do sistema jurídico, preservando sobremaneira a força normativa da Constituição e a efetividade de suas normas.

É indubitável que a Constituição Federal é norma suprema do sistema jurídico brasileiro, sendo dotada, portanto, de força normativa.

Por tal razão é que todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico lhe devem obediência formal e material, já que ela ocupa o mais alto grau na hierarquia das fontes.

De igual modo, por serem as referidas normas objeto de estudo dos diferentes ramos do direito existentes no sistema jurídico, é fato que também estes microssistemas deverão manter a devida correspondência, sobretudo quando da interpretação de seus preceitos.

Com efeito, denota-se que, hodiernamente, desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está ocorrendo verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, consequência da evolução da ciência constitucional.

Este fenômeno, mais conhecido como constitucionalização do Direito, permite não somente a releitura de conceitos e institutos jurídicos, mas também a elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas e a interação dos diferentes campos da ciência jurídica.

Destarte, a Carta Magna assume atualmente papel de unificação do sistema, mediante a imposição de seus princípios e normas aos demais ramos do ordenamento jurídico, mediante processos de filtragem constitucional realizados, sobretudo, pelo Poder Judiciário.

Assim, é cogente que se compreenda a estrutura interna de uma determinada norma que compõe um ramo do direito específico a partir da legalidade constitucional.

A atividade do operador do direito consiste, primordialmente e essencialmente, na interpretação das normas jurídicas, sejam de natureza escrita ou consuetudinária, adequando-as aos fatos sociais que diuturnamente ocorrem no seio da coletividade.

Assim, por exemplo, quando se afirma a existência de um crime, nada mais estamos a fazer do que subsumir a conduta praticada pelo agente com as normas penais de regência.

Da mesma forma, quando se diz que um contribuinte é devedor de determinado tributo, tal conclusão deriva naturalmente de um exercício de interpretação, através do qual o operador entendeu que o fato da vida que o sujeito passivo praticou adequa-se àquela hipótese de incidência prevista na norma estatal.

Dessa forma, e na medida em que o trabalho desenvolvido pelo aplicador do direito tem como ponto central a interpretação das normas jurídicas, à luz da linguagem adotada e da compreensão do ser e do dever ser, temos que a hermenêutica, como arte filosófica interpretativa, assume papel de suma importância para a vida em comunidade, regida pelo Direito.

A verdade que sempre é buscada pelo operador jurídico, é fruto de um silogismo interpretativo, de um sentimento filosófico valorativo, que vai muito além do objetivismo científico e perpassa pelo conhecimento do mundo humano, de modo a tornar evidente a importância que a hermenêutica tem para a solução dos conflitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal cada vez mais vem exercendo um controle mais efetivo, criando precedentes, muitas vezes vinculantes, atrelado ao controle efetuado pelos juízes de todo o país quando do julgamento dos casos concretos.

E a consequência desta trajetória evolutiva é a incorporação de mecanismos de jurisdição constitucional e o fortalecimento dos já existentes.

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisdição constitucional pode efetivamente aplicar de forma direta uma norma constitucional a um determinado caso concreto, bem como também pode se utilizar indiretamente da norma constitucional, realizando o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo infraconstitucional.

Ambos os modelos de jurisdição constitucional constituem-se verdadeiros instrumentos de implementação de direitos fundamentais,

merecendo o estudo atenção especial no tocante à questão da realização da justiça no caso concreto em detrimento da segurança jurídica, bem como no que concerne aos limites porventura impostos ao que se denomina de ativismo judicial.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O Estado de Direito se consolida a partir da adoção de dois paradigmas - separação de Poderes e proteção de direitos individuais - com nova formatação estatal esteada em Constituições normativas.

Segundo preconiza Luís Roberto Barroso, é possível identificar três modelos institucionais diversos de Estado, quais sejam: O Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito.

Ainda na lição de Luís Roberto Barroso:

> O Estado pré-moderno, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como consequência, também normativo. O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito.
> O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Gerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade

> das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, as quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição. (pág. 244 e 245).

Fugindo das pretensões deste modesto trabalho percorrer todos os momentos históricos em que as sementes do que hoje se chama de constitucionalismo foram lançadas, avulta realçar que o momento hodierno, da primeira década do Século XXI, pode ser definido como de um constitucionalismo de sentido democrático.

Nos momentos atuais, não mais satisfaz ao conceito de constitucionalismo a vetusta noção formal de democracia, mas sim a democracia no seu sentido material, como muito bem externado pelo grande constitucionalista Luis Roberto Barroso na mesma obra supracitada, verbis:

> "A democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material,

> sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade" (ob. cit. p. 41).

O Estado de direito reclama que o cidadão deixe de ser mero espectador das decisões políticas, cujo monopólio pertence, ou pertencia, àqueles que se encontram no núcleo do poder; persegue-se um ideal de democracia participativa em que o povo é protagonista do momento histórico, podendo interferir nas decisões relevantes pelos meios mais sortidos de participação popular.

Um Estado de respeito às diferenças, e que objetive uma redução real das desigualdades históricas e que esbata os maléficos efeitos à sociedade que a existência de grupos de dominação outrora sequelaram a civilização.

Nas preciosas palavras do Ministro Marco Aurélio:

> Falta-nos, então, para afastarmos do cenário as discriminações, uma mudança cultural, uma conscientização maior dos brasileiros; urge a compreensão de que não se pode falar em Constituição sem levar em conta a igualdade sem assumir o dever cívico de buscar o tratamento igualitário, de modo a saldar dívidas históricas para com a impropriamente chamadas 'minorias', ônus que é de toda a sociedade (Revista latino-americana de estudos constitucionais, Del Rey, volume 5, janeiro/junho de 2005, pág. 162)

As normas constitucionais, e o constitucionalismo em geral, devem estar a serviço desse ideário, que constitui objetivo primaz da República, como se encontra em tintas fortes no preâmbulo e nos primeiros dispositivos da Constituição Federal de 1988.

O Direito Constitucional é fruto de uma constante trajetória histórica, desenvolvendo-se, sobremaneira, de acordo com a evolução do conceito de Estado.

Traduz-se o texto constitucional em verdadeira Carta Política e Jurídica de direitos conquistados pela humanidade.

Revela, portanto, um intenso compromisso com os direitos humanos, não refletindo pura e simplesmente as circunstâncias momentâneas de poder, mas sobretudo os valores do ser humano.

Os valores consagrados universalmente em determinada Carta Magna, ditos fundamentais internamente e humanos no plano internacional, muitas vezes podem até mesmo se sobrepor à soberania de um Estado.

Sobre o tema, discorre Daniel Sarmento que:

> (...) Elaborada por uma Assembleia Constituinte livre e democrática, marcada pela ampla participação de uma sociedade civil altamente mobilizada, a Constituição de 88 foi, não sem razão, apelidada por um dos seus principais artífices de "Constituição Cidadã".
> E, de fato, no seu lado mais virtuoso, a Constituição revela um profundo compromisso com os direitos humanos, em plena sintonia com os tratados e declarações internacionais existentes nesta área. Ela contém o que talvez seja o mais amplo elenco de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, composto não só por liberdades civis clássicas, como também por direitos econômicos e sociais, incorporando, ainda, direitos de 3ª geração – como o meio ambiente e a proteção à cultura.
> Por outro lado, o constituinte não quis fazer dos direitos meras proclamações retóricas despidas de significado prático. Pelo contrário, ele se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais, afirmando por isso a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF). Reforçou, neste sentido, os mecanismos de tutela de direitos instituindo novos remédios constitucionais e ampliando os já existentes. E fortaleceu institucionalmente o Poder Judiciário, tido como guardião dos direitos, ao robustecer a sua independência em face dos poderes políticos.[1]

Como se percebe, é fato a importância vital da preservação dos direitos consagrados constitucionalmente, fundamentais por natureza e, por tal razão, imperativos, universais e cogentes, sendo imperioso que o sistema jurídico seja dotado de mecanismos de atuação prática

para fins de implementação efetiva de tais direitos consagrados, a fim de conferir a máxima efetividade tão almejada.

E, como já se disse anteriormente, faz-se necessária uma releitura do Direito em toda a sua plenitude, quero dizer, em todos os seus ramos, redefinindo as categorias jurídicas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, conferindo-se, assim, uma nova compreensão do Direito pelos seus operadores.

Com prioridade, Luís Roberto Barroso ensina que:

> A verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.[2]

Verifica-se, portanto, que em razão da imperatividade das normas constitucionais e a real necessidade de implementação dos direitos fundamentais nela consagrados, foram criados mecanismos para garantir-lhe uma máxima efetividade, em especial para o Poder Judiciário, fato que acarretou a expansão da jurisdição constitucional.

Enfim, variadas são as transformações em matéria de controle de constitucionalidade, principalmente com relação aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A nossa Corte constitucional detém o dever de guarda da nossa Constituição Federal, dotada de força normativa e supremacia.

É imprescindível que o controle de constitucionalidade seja um instrumento eficaz no combate ao vício de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, preservando-se com isso o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se justifica mais o apego à forma, aos ideais de outrora.

O Poder Judiciário está migrando para um modelo de eficiência e celeridade processuais, e não pode mais se resumir tão-somente à legalidade.

Os juízes hoje devem pautar as suas decisões em fundamento constitucional, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana e os princípios explícitos e implícitos que dela derivam.

Há um verdadeiro processo de filtragem constitucional, obtido através da supremacia e da força normativa da Constituição.

Ademais, deve sempre ser averiguada a dupla compatibilidade vertical, ou seja, a lei deve ser compatível não só com a Constituição Federal, mas também com o direito internacional.

A era é a da globalização e da democracia material.

Não basta a democracia formal, da maioria. Não basta a maioria aprovar a lei para que seja válida.

Antigamente, bastava a aprovação da maioria para que a lei fosse válida e esta situação perdurava até que outra lei a revogasse.

Hoje, uma lei vigente só é válida se compatível com os ditames da Constituição Federal e do direito internacional.

Daí a importância de serem preservados os princípios previstos na Constituição Federal e que seja realizado um efetivo controle de validade das normas infraconstitucionais, a fim de serem preservadas as normas que detém supremacia.

Diante de tal necessidade, caminha bem o Brasil em direção a um controle mais efetivo, mais dinâmico e eficaz.

A tendência é a aproximação do modelo norte-americano, em que se tem a presença do *stare decisis*.

O STF, como guardião da Constituição Federal, tem um papel de suma relevância nesta tarefa evolutiva.

Através da mutação constitucional e outros mecanismos, o controle de constitucionalidade hoje no Brasil tem uma nova feição, muito diferente, a título de exemplo, daquela existente durante a vigência da Constituição de 1934.

Mecanismos de jurisdição constitucional são fortalecidos nesta trajetória evolutiva, buscando-se a interpretação conforme os ditames da justiça do caso concreto.

4. JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Envolve a interpretação constitucional um plexo de atividades direcionadas a conduzir o Direito às relações políticas, regrando a divisão e o desempenho do exercício do poder, assim como fazendo valer a obediência aos direitos de cidadania.

A tarefa não é de fácil solução; no entanto, como expressão da vontade superior do povo, deve se impor, já que promulgada a Constituição, a soberania popular se transmuda em supremacia constitucional.

É bem verdade que a efetivação de determinados direitos caros à civilização, como os direitos sociais, não depende apenas da vontade dos juristas, estando ligada a fatores de ordem material apartados da normatividade jurídica, e, logo, insusceptíveis de se transformarem em realizações por obra da interpretação constitucional.

A implementação de determinadas promessas constitucionais está condicionada, por exemplo, a fatores de natureza material, como a disponibilidade de recursos e o desenvolvimento econômico; afinal de contas, é exato dizer que palavras não fazem coisas.

Assim o ressalta Inocêncio Mártires Coelho:

> Nesse contexto, torna-se extremamente complexa, para não dizer penosa, a interpretação/aplicação de normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, na medida em que, de um lado, os seus operadores, independentemente de sentimentos de ordem pessoal, são obrigados a emprestar-lhes a máxima efetividade – afinal de contas, esse é um dos princípios da interpretação especificamente constitucional – e, de outro, devem observar, também, outros cânones hermenêuticos de igual hierarquia, como os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional e da proporcionalidade ou da razoabilidade, a cuja luz, sucessivamente, não podem interpretar a Lei Maior em 'fatias', desrespeitar o seu modelo

> de separação dos Poderes e, tampouco, proferir decisões segundo particulares concepções de justiça – por mais respeitáveis que sejam -, de todo incompatíveis com a ordem plasmada na Constituição. Neste, como em muitos outros domínios, enganam-se os que acreditam – juristas e filósofos – que é possível fazerem-se coisas com palavras. (Curso de direito constitucional, Saraiva, pág. 762).

Em paralelo a isso, tem-se debatido, em sede de interpretação constitucional, até que ponto as decisões judiciais podem avançar sem provocar tensões com os outros poderes, em vista do princípio da separação de poderes.

Nesse tom, o que se passou a denominar ativismo judicial equivale a uma mais ampla participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Em oposto, tem-se a autocontenção judicial, mediante a qual o Judiciário reduz ao mínimo a sua interferência nas ações dos outros Poderes.

Mediante o chamado ativismo judicial, o intérprete da Constituição procura extrair o máximo de potencialidades do Poder Público em prol da sociedade, em busca de uma efetiva realização da justiça, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito.

É importante destacar que ativistas e não ativistas ratificam a denominada supremacia judicial, reconhecendo a função precípua do Poder Judiciário em relação ao proferimento da última palavra acerca da interpretação e das leis.

As políticas públicas foram, gradativamente, convertidas em direitos fundamentais a fim de serem exigidas coercitivamente e, com isso, o juiz passou a atuar politicamente visando implementar os programas de "bem-estar".

Hodiernamente, a legislação formulada com base em conceitos jurídicos abertos e indeterminados ampliou sobremaneira a discricionariedade do Poder Judiciário e consolidou a existência de dois fenômenos, quais sejam, a politização do direito e a judicialização da política.

Quando o direito assume para si uma função política, haverá a politização do direito.

Por sua vez, quando a política delega competências decisórias para os tribunais, verifica-se a judicialização da política.

A questão consiste em dirimir acerca da possibilidade de exercício da função política pelo direito, bem como sobre a aptidão de sua estrutura para o desempenho deste papel.

É certo que o direito deve assegurar expectativas quando frustradas diante da realidade fática.

Fábio Konder Comparato, ao discorrer sobre a possibilidade da revisão de políticas pelo Poder Judiciário, ensina que:

> É irrecusável, em primeiro lugar, reconhecer que o juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de produzir-se tão só *ex nunc*, ou seja, com preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois de outra sorte poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados.
>
> Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo (*ex nunc*, como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política. (…)
>
> Tendo em vista a estrutura tradicional das Constituições Brasileiras, a introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas em nosso direito exige, indubitavelmente, uma reforma constitucional que precise a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária.[3]

Em tal contexto, surge a necessidade de Reforma do Judiciário Brasileiro a fim de conferir maior eficiência às decisões judiciais, entendida como tal a atribuição da Justiça do caso concreto a partir de uma interpretação constitucional.

O Supremo Tribunal Federal bem tem atinado para essa perspectiva, em diversos julgados, dos quais podem ser citadas as seguintes ementas:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito,

à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família

como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de

uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "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". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO

DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.
(ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.

(RE 417408 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012).

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na

educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. -Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e

configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei

Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis

> de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.
>
> (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Sem embargo da questão da implementação dos direitos fundamentais, a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e a matéria a ser submetida ao processo político majoritário.

É certo que a Constituição protege direitos fundamentais adotando modelos de políticas públicas aptas a implementá-los. Porém, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e opções políticas aos Poderes Executivo e Legislativo.

A ponderação entre as duas vertentes apontadas deve ser dirimida mediante critérios que resguardem o processo democrático e promovam na medida certa os valores constitucionais.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso salienta que:

> O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional. No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tronam a tarefa complexa. (pág. 390 e 391).

A questão realmente consiste em delimitar os critérios indispensáveis para que a função judicante institucional, estruturante e purificadora do sistema jurídico, não extrapole o razoável e preserve o equilíbrio da atividade jurisdicional assim reconhecida.

Luís Roberto Barroso ressalta a existência de consequências negativas quando do exercício exacerbado da constitucionalização do Direito, apontando como tais as de natureza política, as quais esvaziam o poder das maiorias, pelo engessamento da legislação ordinária; e as de natureza metodológica, as quais redundam no decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais (pág. 391).

Salienta ainda que:

> (…) é indispensável que juízes e tribunais

> adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

E fornece soluções:

> Em meio a múltiplos esforços para coibir as duas disfunções referidas acima, destacam-se dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral:
> a) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;
> b) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

E conclui que:

> A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado Democrático

> de Direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobreporem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza os princípios da separação dos Poderes, da segurança jurídica e da isonomia.
> Regras têm preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não-realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial. (pág. 392-394)

5. CONCLUSÃO

De tudo o que se disse, pode-se resumir que é fato a importância vital da preservação dos direitos consagrados constitucionalmente, fundamentais por natureza e, por tal razão, imperativos, universais e cogentes, sendo imperioso que o sistema jurídico seja dotado de

mecanismos de atuação prática para fins de implementação efetiva de tais direitos consagrados, a fim de conferir a máxima efetividade tão almejada.

E, como já se disse anteriormente, faz-se necessária uma releitura do Direito em toda a sua plenitude, quero dizer, em todos os seus ramos, redefinindo as categorias jurídicas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, conferindo-se, assim, uma nova compreensão do Direito pelos seus operadores.

Verifica-se, portanto, que em razão da imperatividade das normas constitucionais e a real necessidade de implementação dos direitos fundamentais nela consagrados, foram criados mecanismos para garantir-lhe uma máxima efetividade, em especial para o Poder Judiciário, fato que acarretou a expansão da jurisdição constitucional.

Neste contexto, é que surge a Justiça como **valor**, **princípio** e **ideal** imprescindível e elemento de fundamental importância quando das interpretações constitucionais, constituindo-se em objetivo precípuo e condição *sine qua non* quando da realização dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior.

A Justiça da decisão deve ser verificada a partir de cada caso concreto em especial e deve ser considerada como um fim perseguido por toda forma de interpretação, sobretudo a constitucional, já que nesta Carta são consagrados os direitos mais caros para a sociedade.

As decisões judiciais devem estar em consonância com a realidade fática da sociedade e atender aos princípios e regras constantes na Constituição Federal.

Cada sentença, já dizia Zaffaroni, em sua obra Poder Judiciário "é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contrassenso".

Com efeito, sem se considerar como corpo fora da sociedade ou predestinado tutor dos destinos dela, mas por ela habilitado, através da Constituição, para ser seu servidor, o Judiciário precisa assumir essa

tarefa, na condição específica de um dos três poderes do Estado.

O Judiciário, portanto, nos tempos atuais, não pode se restringir a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos.

Sem pretender um "governo de juízes", observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição da autêntico poder, cumprindo estas tarefas ao modo especificado.

Para que possa o socorro judiciário prevalecer contra os abusos do poder, preciso é que o juiz se possa opor ao poder em seu abuso. Isto é, seja, por sua vez, poder.

Enfim, a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal deve ser feita de acordo com a realidade social, com muito equilíbrio, sem ilusões e, por fim, como bem acentuou Luís Roberto Barroso, deve-se ter, acima de tudo, valores, determinação, um pouco de senso de humor e, sobretudo, humildade.

Diante deste novo contexto, magistrados devem assumir o compromisso de perseguir sempre o ideal de Justiça, acreditando serem peças fundamentais do sistema jurídico.

Como instrumentos de pacificação social, devem sobremaneira buscar garantir os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, a fim de contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional em nosso país.

O ideal de Justiça deve ser perseguido pelo Poder Judiciário, o qual deve sempre estar atento às realidades sociais e aos valores contidos em nossa Constituição Federal, constituindo-se a jurisdição em verdadeiro instrumento de implementação dos direitos fundamentais.

THE JURISDICTION AS IMPLEMENTATION TOOL OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: The ideal of justice must be pursued by the judiciary, which should always be aware of social realities and values contained in our Constitution, becoming the jurisdiction in true instrument of implementation of fundamental rights. To this aim, judges must

make a commitment to always pursue the ideal of justice, believing they are fundamental parts of the legal system as instruments of social pacification, aiming precipuamente guaranteed constitutionally guaranteed fundamental rights in order to contribute to improving the delivery court in our country.

KEYWORDS: Constitutional Law. Constitutionalisation Law. Fundamental Rights and Guarantees. Judicial Activism. Justice. Judicial Review.

Notas

[1] SARMENTO, Daniel e Cláudio Pereira de Souza Neto. *A constitucionalização do Direito* – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006, pág. 123.
[2] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
[3] COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", in: C. A. Bandeira de Mello (org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 357.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/Luís Roberto Barroso - São Paulo: Saraiva, 2009.
NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais* – A jurisprudência e a criação de direito para além da lei: Florianópolis : Ed. da UFSC, 1988.
COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", in: C. A. Bandeira de Mello (org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*.
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* / Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, - 8.ª Reimpressão.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado* / Hans Kelsen ; tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., - São Paulo: Martins Fontes, 1998.
MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal* / Paulo Roberto Soares Mendonça. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo (diretor). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora , Número 5 janeiro/junho de 2005.
TEIXEIRA, António Braz. *Sentido e Valor do Direito* - Introdução à Filosofia Jurídica. Lisboa:Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.
CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991

O PODER JUDICIÁRIO E O SEU PAPEL CONSTITUCIONAL DE IMPEDIR A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Paulo Roberto Fonseca Barbosa[*]

> Ali onde chovem leis penais continuadamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as já existentes, aí não se vivem os melhores tempos para liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram de forma mais ruidosa – ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae lege*. (Carl Ludwig von Bar)

RESUMO: O Direito Penal é a forma mais drástica de intervenção estatal sobre a liberdade humana, trazendo-lhe marcas indeléveis. Razão disso, sua atuação deve ser comedida, limitando-se a atuar de forma adequada e necessária. O presente estudo insere-se nesse contexto, tendo em mira demonstrar a imposição constitucional direcionada ao Poder Judiciário brasileiro de impedir a utilização expansiva e, portanto, espúria do Direito Penal. Centra-se energia em atacar precisamente o problema alcunhado pela doutrina de administrativização do Direito Penal, traço marcante da sociedade de risco e resultante do advento do princípio da precaução. Para tanto, a teoria constitucional do garantismo, visivelmente recepcionada pela Constituição brasileira, apresenta-se como principal marco teórico. Com feito, o garantismo erige-se em referencial apto a fornecer guarida argumentativa a subsidiar a solução do problema, consistindo em fomentar uma atuação jurisdicional legítima, por meio de uma interpretação em conformidade com a Constituição, respeitando princípios penais basilares, reverenciando, assim, o momento atual de supremacia constitucional.

[*] Juiz de Direito e Juiz Eleitoral no Estado de Sergipe, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia (FSBA) e Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA).

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Garantismo. Direito Penal. Administrativização. Sociedade do Risco. Supremacia da Constituição.

1. INTRODUÇÃO

A Assembleia Nacional Constituinte talhou o preâmbulo da nossa Constituição Federal, instituindo um Estado Democrático destinado a assegurar a liberdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Outrossim, a Carta Magna erigiu como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, ainda, afirmou possuir como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (respectivamente, arts. 1º e 3º da Constituição Federal). Por sua vez, a teoria constitucional do garantismo é pautada num binômio que pode ser resumido sucintamente como a contenção do poder criminalizante do Estado e a ampliação da liberdade dos indivíduos, com nítida rejeição do protagonismo penal. Nessa toada, ao lume da linha de atuação traçada pelo poder constituinte originário, podemos afirmar que a vigente Constituição brasileira possui essência garantista.

D'outra banda, é cediço que os textos constitucionais contemporâneos gozam de máxima força normativa, materializando-se em norma suprema de cada ordenamento jurídico. Como resultado, os preceitos do garantismo, embutidos nos recintos constitucionais contemporâneos, não podem ser violados. Ao revés disso, devem servir como norte a guiar a atividade do legislador ordinário, sob pena de a atividade mencionada receber a pecha de inconstitucional. Essa supremacia da Constituição tem origem no direito norte-americano e robustecimento no ocaso da Segunda Grande Guerra, sendo produto de uma nova modelagem do Direito Constitucional contemporâneo. Por essa nova conformação, o Poder Judiciário se legitima como o principal guardião da Constituição e de todo o seu substrato axiológico, cabendo-lhe edificar sua atividade interpretativa nos fundamentos e objetivos antevistos na lei magna.

Paralelamente ao desenvolvimento dos textos constitucionais, a sociedade também seguiu seu curso de desenvolvimento, influenciando e sendo influenciada pelo direito. A busca incessante por novas técnicas mais eficazes de produção, o incremento tecnológico e o consequente

crescimento econômico foram responsáveis por todo avanço social, proporcionando uma zona de conforto praticamente irreversível. Contudo, tudo isso somente foi possível com a materialização de riscos, os quais passaram a ser parte imanente da estrutura social. É nessa trama evolutiva que surge, então, a sociedade de risco e a premente necessidade de controlar as atividades perigosas. Isso porque o convívio com o perigo passa a ser necessário à manutenção do modelo econômico vigente. Inaugura-se, assim, o Direito Penal da precaução, com o propósito de regular condutas despidas de comprovada lesividade penal, inaugurando um cenário de duvidosa constitucionalidade.

É justamente nessa sociedade do risco que se verifica a força expansiva do Direito Penal, mostrando a administrativização como uma de suas facetas, a qual se caracteriza pela antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; pela relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e por sancionar com penas criminais condutas lesivas ou potencialmente lesivas a bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa, dada a ausência de dignidade penal do bem jurídico protegido. Tudo isso provoca uma quebra da esperada racionalidade, incentivando o surgimento de um Direito Penal inadequado e desnecessário, portanto, inconstitucional. Daí a premência de uma atuação judicial atenta aos comandos constitucionais, em prol da manutenção das garantias outrora conquistadas com intenso sacrifício.

Objetivamos neste artigo traçar os contornos da atuação do Poder Judiciário, de molde a compatibilizar o resguardo da essência constitucional, por meio do uso racional do Direito Penal. Outrossim, pretendemos discorrer sobre o choque ocasionado entre o Direito Penal clássico e a nova sociedade de risco, demonstrando a ilegitimidade da expansão penal, afastando especificamente o fenômeno da administrativização e sua tática notoriamente falida de inchaço da legislação criminal e consequente relativização de garantias. Em arremate, enfrentaremos, à luz dos axiomas construtores do garantismo, o problema sempre candente dos crimes de perigo abstrato e dos delitos por acumulação, reafirmando o caráter subsidiário do Direito Penal, tendo por escopo conduzir os lindes da jurisdição às raias da legitimidade exigida pelo Estado Democrático de Direito, dentro de um panorama interpretativo viável.

2. A ESSÊNCIA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO COMO PREMISSA FUNDAMENTAL

A coluna que sustenta a ideia central de nosso estudo é pautada na premissa por meio da qual a Constituição brasileira recepcionou a Teoria do Garantismo. E não poderia ser outro o entendimento. A simples leitura do texto constitucional não nos deixa mentir, dada a sua intensa carga normativa em prol do respeito e manutenção dos direitos e garantias fundamentais, içados ao posto de cláusulas pétreas, valendo citar *v. g.* a presunção de inocência,[1] a proibição de provas ilícitas,[2] a individualização da pena,[3] o direito ao devido processo legal[4] e, até mesmo quando o texto supremo veda a fiança e afasta a possibilidade de prescrição de certos crime, bem como determina a criminalização de algumas condutas, está atuando de forma garantista.[5]

Isto porque o garantismo não pode ser entendido apenas pelas lentes de uma tímida e mitigada intervenção penal ou mesmo por intermédio de um processo penal relativizado sempre em favor do réu, sobrecarregando o autor da imputação penal de forma desproporcional. O garantismo deve ser visto como uma proposta de mão dupla, sendo correto afirmar que "para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu em uma ação penal" (FELDENS, 2008, p.66). Em outras palavras: o garantismo colima realizar, com máxima eficácia, os direitos fundamentais, oportunizando sua fruição tanto pelo homem livre como pelo acusado num processo penal. Pode, portanto, ser considerado uma teoria construída num duplo viés.

Passemos agora a uma breve análise histórica e conceitual do garantismo.

Não é demasiado afirmar que é milenar a luta do homem em face do poder do Estado no afã de resguardar a sua liberdade. A história testifica tal assertiva por meio de um dos seus episódios mais marcantes e importantes para humanidade: a Revolução Francesa (1789). Nesse referenciado marco histórico, restou evidenciada a antítese liberdade do homem *versus* poder estatal. Partindo desse ponto de vista, resulta salutar sempre que possível a ampliação da esfera de liberdade humana e a minimização do poder do Estado. Eis, então, o pano de fundo para o surgimento da Teoria do Garantismo, a qual tem como idealizador o professor italiano Luigi Ferrajoli. O garantismo é, a bem da verdade, uma

teoria com espeque constitucional, irradiando seus efeitos no campo do Direito Penal e Processual Penal, devendo-se entender como garantias, os direitos, isenções ou privilégios concedidos por uma Constituição ao seu cidadão.[6]

Necessário notar, ainda, que o garantismo deita suas raízes no conceito de meio-termo Aristotélico[7], eis que afasta a figura do Estado repressor, onde há o abuso irracional do direito de punir, bem como repele o Estado selvagem ou de natureza[8], no qual inexistem regras, preponderando a lei do mais forte. O garantismo, nessa ordem de ideias, seria uma virtude para Aristóteles. A doutrina em liça instrumentaliza-se, segundo Ferrajoli (2010, p. 91), em 10(dez) axiomas, os quais se mostram visceralmente conectados aos ideais iluministas e que, hodiernamente, já se encontram positivados no seio de quase todas as Constituições vigentes no direito ocidental, erigindo-se em valiosos pilares estruturais dos Estados Democráticos de Direito, talhados sob o império e sob a imprescindibilidade do princípio da legalidade.

Os 10(dez) axiomas que formam o sistema garantista (SG) dividem-se em três grupos, ligando-se à pena, ao delito e ao processo e podem ser assim dispostos: 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade do evento); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade da ação); 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7) *Nulla culpa sine judicio* (principio da jurisdicionariedade); 8) *Nullum judicio sine accusatione* (princípio acusatório); 9) *Nulla acusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

Nas palavras do pai do garantismo, "estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental de Direito Penal" (FERRAJOLI, 2010, p. 91). Trata-se de um norte seguro e legítimo a ser seguido pelo Estado-juiz no momento de análise de formação da responsabilidade penal (*rectius*, culpabilidade), para fins de aplicação ou não da reprimenda. Sua edificação axiológica foi resultante do processo de racionalização do Direito Penal, fruto das reivindicações advindas

das revoluções burguesas contra o *Ancien Regime*, ocorridas durante o século XVIII[9].

O referido processo de racionalização foi resultante da negação do fundamento teísta do Direito Penal, levado a efeito pelos contratualistas, fato que veio a modificar sobremaneira a espinha dorsal da estrutura punitiva daquela época, ocasião na qual as garantias eram mínimas, crime e pecado se confundiam e o homem sofria um processo de coisificação.[10] O Direito Penal, então, iniciou seu processo de laicizacão, deixando de lado sua concepção substancialista do delito, para perfilhar um caráter formalista, com a necessidade de sua comprovação (do delito) para ulterior punição. Razão disso, a laicização traçou uma política criminal de intervenção mínima, resguardando as individualidades (CARVALHO e CARVALHO, 2002, p.8/9). Começava assim a ruir o Direito Penal do autor, que permeou toda a inquisição medieval a partir do século XII, calcado em bases insólitas, afastadas ao mais leve piparote.

Surgia, nesse cenário histórico, o Direito Penal com garantias aos acusados.

Daí por que podemos afirmar que o movimento ilustrado foi o grande responsável por fornecer as estruturas de um novo Direito Penal, caracterizado pelo nascimento de um contínuo processo de reconhecimento de garantias fundamentais penais, tendo os indivíduos direitos oponíveis em face do Estado. A Teoria do Garantismo penal, portanto, pode ser conceituada como um modelo regulador da sanha punitiva estatal, pautando-se na racionalidade jurídica, consistente numa liberdade regrada, que se utilizava de técnicas de minimização dos poderes institucionais em prol da liberdade humana. Na ótica do seu mentor, almeja constituir um modelo normativo de direito, estribado na estrita legalidade, nota peculiar do Estado de Direito, o qual:

> Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Por certo, sendo um modelo normativo de direito, o garantismo penal tem em mira a legítima disciplina dos atos de restrição da liberdade humana por meio da lei, forçando o Estado a reconhecer o indivíduo como sujeito titular de direitos fundamentais, estes decorrentes da dignificação do homem, os quais não podem em hipótese alguma ser desrespeitados, dado suas características de universalidade (dirigem-se a todos os seres humanos) e irrenunciabilidade (os seus titulares não podem deles dispor). Contudo, embora o princípio da legalidade se constitua em pedra angular do garantismo, ocupando lugar de relevo no sistema de garantias, bem como seja o escudo precípuo do indivíduo em face do poder punitivo estatal, deve ser visto e analisado *cum grano salis*.

Isto porque Ferrajoli chama atenção para a necessidade de se aferir os graus de validade e vigência das normas jurídicas, eis que o garantismo não se satisfaz tão-somente com o ingresso formal da norma no ordenamento jurídico por meio do procedimento legalmente estabelecido, advinda de uma autoridade competente para dito mister, sem verificação de seu conteúdo, tal qual preconizado pelo positivismo de outrora. O garantismo fomenta nos juristas uma permanente tensão crítica sobre o arcabouço jurídico, com a consequente rejeição ao ultrapassado dogmatismo no momento de interpretação das normas, buscando-se uma cisão entre os conceitos de norma válida (aspecto material) e norma vigente (aspecto formal). Assim, o sistema de garantias acena para quebra da presunção de validade dos atos estatais, indicando a necessidade da constante existência da dúvida, do espírito crítico e da incerteza ante o aspecto substancial da lei e de sua utilização.[11]

Deveras, o positivismo jurídico foi realmente uma conquista imprescindível do passado, respaldando a legalidade, com os processos de codificação, e o surgimento dos textos constitucionais, trazendo a modelagem dos modernos Estados de Direito. Porém, a análise do fato e sua adequação ao dispositivo legal de há muito deixaram de ser benefícios isolados do indivíduo. Daí por que a perspectiva garantista move-se alimentada pela crítica incessante da norma, a qual deve ser sempre interpretada de maneira a fornecer uma maior amplitude à liberdade humana, achatando o poder estatal. Bem por isso, Carvalho (2011, p. 97) admoesta que "Se a pena é um 'mal em si mesmo', todas as possibilidades de mitigação do cárcere (redução dos danos que isto encerra) – democraticamente aceitáveis – devem ser buscadas pelo

intérprete".

Cravada a linhagem histórica do garantismo, podemos perceber o seu perfeito encaixe constitucional, indo ao encontro da vontade originária de potencializar os direitos e garantias fundamentais. Disso resulta a consequente conectividade com a nossa proposta de rejeição da administrativização generalizada do Direito Penal, haja vista que a criminalização desnecessária de novas condutas, como meio de forçar o cumprimento de regras essencialmente administrativas, através do uso de tipos de perigo abstrato e delitos cumulativos, evidencia nítida agressão aos princípios da necessidade (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*) e lesividade (*nulla necessitas sine injuria*) do Direito Penal. Essa anomalia penal constitui a parte central de nosso estudo e é resultante da evolução social e de sua imprescindível convivência com o risco, o qual "será [vem sendo, na verdade] fator determinante para a orientação da política criminal" (BOTTINI, 2013, p. 37).

Cabe, como veremos adiante, ao Poder Judiciário o papel de reafirmar o garantismo.

3. A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SUA BLINDAGEM JUDICIAL

É preciso voltar os olhos ao passado para compreender melhor a evolução e a magnitude dos textos constitucionais ora vigentes no direito ocidental.[12] A necessária história de conquistas da humanidade na efetivação normativa de direitos e garantias fundamentais coincidiu com a racionalidade e o advento das Constituições – por isso o garantismo é uma teoria constitucional. Com efeito, antes do surgimento do Estado Moderno, a razão era posta num plano medíocre e toda explicação fenomenológica era adligada aos dogmas religiosos e explicações divinas, como já dito *v.g.* confundiam-se crime e pecado. O homem não era senhor do seu destino. Todavia, o fortalecimento da classe burguesa e o impulso ao uso da razão – em todos os setores – modificaram o curso da história, inaugurando uma nova era.

Com efeito, as revoluções dos séculos XVII e XIX tiveram como pano de fundo sócio-político uma marcante atuação do liberalismo, com o nítido propósito de implementar a livre concorrência, impossibilitando a ingerência estatal, então mitigada pelo princípio da legalidade e pelo

fenômeno das codificações. De início, as bases filosóficas eram extraídas do jusnaturalismo divino, e, num segundo momento, o combustível a impulsionar os ideais burgueses era o jusnaturalismo racional. Todavia, o avanço burguês urgia por mais previsibilidade e segurança normativa, de modo que era vedada a interpretação legal – era a vez do positivismo jurídico[13], da busca pela neutralidade e cientificidade do direito, além da perigosa junção entre direito e normatividade estatal (*rectius*, lei).

Nesse contexto histórico, já inservível, saía de cena o direito natural.

Ao mesmo tempo, ante um capitalismo seminal, aliado à busca pela efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão (civis e políticos), bem como mirando a formalização da separação de Poderes, seguiam-se as limitações dos poderes do Estado, com o advento das constituições escritas. Iniciavam-se aqui as bases para o denominado constitucionalismo moderno. A partir daí, os textos constitucionais evoluíram gradativamente. De simples pedaço de papel, subjugado aos fatores reais de poder, consoante defendia Lassalle[14], as Constituições passaram a ocupar posto de Lei Fundamental, constituindo-se em pedra angular de todo sistema normativo vigente, sob os auspícios do positivismo. Lançando mão do escólio de Kelsen, densificados em 1934, em sua obra mais famosa, *Teoria Pura do Direito*[15], denota-se que a Constituição é fincada no topo da pirâmide jurídica, abaixo apenas da norma fundamental hipotética, fornecendo (in)validade às demais disposições legais.

Entretanto, o positivismo subjacente ao constitucionalismo moderno, repudiando os princípios jurídicos e dissociando-se dos valores éticos e humanitários, foi alvo de severas e fundamentadas críticas advindas da comunidade jurídica mundial. Com efeito, o Estado Nacional Socialista (eufemismo para Estado Nazista) mostrou para o mundo a falência do princípio da legalidade como único mecanismo de legitimação do poder. Na referida modalidade de Estado, a lei obtinha validade pela sua forma de nascimento, sem guardar nenhuma obediência ao conceito material de justiça. Assim, amparado pela lei, o governo nacional socialista alemão cometeu o extermínio de milhões de pessoas politicamente indesejadas,[16] sob argumentos pífios e jamais aceitados.

Era preciso, então, traçar sustentáculos para uma nova teoria jurídica, após o transcurso das duas Grandes Guerras Mundiais. O Estado Legislativo de Direito deveria ceder espaço ao Estado Constitucional de

Direito, por meio do qual a legalidade ocuparia um plano secundário diante das disposições constitucionais, as quais passariam a ser dotadas de supremacia material,[17] tendo como bússola a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Dessa maneira, seria possível uma lei ser formalmente válida e não encontrar morada no ambiente constitucional, ante eventual desrespeito aos preceitos substanciais positivados pelo constituinte originário. Para tanto, o direito muda a sua roupagem, passando doravante a destilar a robustez do seu caráter axiológico – é a era da força normativa dos princípios (CUNHA Jr., 2012, p. 39/40).

Despontava, assim, o neoconstitucionalismo.[18]

O neoconstitucionalismo, aos nossos olhos, consubstancia uma nova fase do direito constitucional ocidental, com traços próprios marcantes e bem delineados, sem precedentes na história, desencadeando um enquadramento diverso ao positivismo antes reinante[19]. Por certo, os textos constitucionais de outrora não possuíam normatividade suficiente ao ponto de se tornarem exequíveis, gerando direitos subjetivos. Ao revés, traziam em si normas de organização políticas sem força de aplicação e princípios com baixa densidade normativa e alto grau de abstração, ficando relegados ao segundo plano.[20] A primazia era da lei de efeito concreto, a qual criava direitos subjetivos, decidindo litígios, ao passo em que os princípios eram desacreditados. O positivismo, então, sem obter êxito em "explicar a realidade a normativa dos princípios, [negava] a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico" (SCHIER, 2007, p. 257).

Entretanto, o ocaso da Segunda Guerra Mundial desencadeou verdadeira "revolução copernicana do Direito Público" (MIRANDA, 2007, p. 29). As constituições, até então esquecidas, por conta de sua natureza principiológica e com hierarquia usual de inferioridade em cotejo às leis vigentes, foram catapultadas ao posto de protagonistas desse mais novo capítulo sobre o filme da história da humanidade. Essa evolução dos textos constitucionais contemporâneos passou a evidenciar características peculiares, quais sejam: a) a sua natureza de norma jurídica imperativa e exigível; b) a supremacia material das disposições constitucionais ante o ordenamento em geral; c) o encaixe das constituições em local de destaque no plano do direito, servindo como farol a iluminar todos os demais segmentos jurídicos, que passam

doravante a ter leitura chancelada pela sua correlata constituição (BARCELLOS, 2011, p. 3).

Por sua vez, essa nova Teoria Geral do Direito Constitucional vai necessitar de instrumentos para concretização prática e defesa de suas premissas, fazendo valer sua imperatividade, agora qualificada pelo selo de superioridade material. O controle de constitucionalidade[21], por meio da criação de Cortes Constitucionais ou mesmo juízos monocráticos ou coletivos, é o instrumento para tanto. Nesse passo, instituído o sistema do *judicial review*, perde força o Legislativo, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário passa a ter destaque, sendo o principal guardião dos direitos e garantias fundamentais, portando a última palavra sobre as eventuais celeumas normativas. Cria-se, por conseguinte, um cenário inovador, onde a aplicação *in concreto* das normas constitucionais vai desencadear o advento da jurisdição constitucional, mudando por completo o alcance social das novas constituições.

Imperioso denotar que a supremacia do Poder Judiciário, no novo ambiente constitucional, decorre do ônus de ser ele (o Judiciário) o baluarte e o intérprete moral da Constituição, cabendo-lhe, desse modo, a legítima defesa intransigente da força normativa e dos princípios constitucionais. Dita supremacia resta potencializada, quando se observa a textura aberta dos novos diplomas constitucionais, ensejando constante mutação interpretativa do órgão judicante no afã de acompanhar os avanços sociais. Como resultado, a amplitude do controle jurisdicional de (in)constitucionalidade, pela via da interpretação principiológica, restringe a atividade legislativa, submetendo-a sempre ao crivo judicial, possibilitando, ainda, o poder criativo dos juízes[22], instaurando uma aparente crise de legitimidade.

A bem da verdade, a sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais Poderes não é e está longe de ser uma unanimidade. Entretanto, a atual sistemática do Direito Constitucional contemporâneo sinaliza para a necessidade da supremacia judicial. Isto porque, a partir do instante em que o Poder Judiciário passa a ser responsável por densificar e complementar os contornos da lei do mais alto escalão normativo, redefinindo princípios, desatando conceitos controvertidos e ponderando valores, assume, sem dúvida, um lugar de primazia entre os Poderes, sendo guindado à "condição de elemento racionalizador do sistema jurídico" (EMERIQUE, 2007, p. 371), sem prejuízo do necessário sistema

de freios e contrapesos.

Ademais disso, no Brasil, a supremacia judicial é albergada pela própria lítera do art. 102, da Constituição[23] e pode ser também traduzida pela imperatividade dos princípios constitucionais, os quais terminam por atuar, ao mesmo tempo, como um filtro limitativo para o Poder Legislativo e potente instrumento de controle judicial, causando um legítimo desequilíbrio voluntário de forças com a nítida intenção de possibilitar a blindagem e garantir a força normativa da Constituição. Ainda quanto à supremacia do Judiciário, cabe dizer que se trata de uma supremacia reconhecida no campo jurídico, a qual certamente não pode ser traduzida no mundo fático. Para tanto, basta realizar uma incursão à história do Brasil e do mundo ocidental, quando se verá a inofencividade do Judiciário ante os grandes golpes. Bem por isso, Hamilton (2003, p. 464, tradução nossa), afirmou que "(...) o Judiciário é sem dúvida o mais fraco dos três poderes; nunca poderá enfrentar com sucesso os outros dois; e deve tomar todo cuidado possível para defender-se dos ataques daqueles."[24]

4. A SOCIEDADE DE RISCO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL

Nos tópicos anteriores, advogamos ser a Constituição brasileira portadora do garantismo, haja vista sua orientação ser voltada para a amplitude da liberdade humana e encolhimento do poder punitivo estatal. Também buscamos demonstrar que a doutrina garantista constitui a própria essência da Constituição, o seu eixo axiológico. E, mais, vimos que o legítimo guardião da Constituição é o Poder Judiciário, responsável por estabelecer o ponto final de todos os conflitos e dúvidas que tragam como questão de fundo algo relacionado ao plano constitucional. Doravante, procuraremos demonstrar as implicações de tais assertivas em cotejo com a realidade social para, a partir daí, detalhar as consequências resultantes do choque provocado entre a evolução social e o direito, direcionando os holofotes para o fenômeno da administrativização no campo penal e o papel do Poder Judiciário.

Ninguém seria tão inocente ao ponto de afirmar que não vivemos em uma sociedade de consumo[25]. O consumo, a bem da verdade, pode ser classificado como principal elemento estrutural do vértice econômico

da sociedade, alimentando o modelo organizacional da civilização ocidental industrializada, onde aqui incluímos, mesmo que tardiamente ou incompletamente, a sociedade brasileira industrializada. Contudo, a sociedade industrial embrionária evolui ao ponto de não suportar os efeitos gerados por sua própria atividade desenvolvimentista. Numa comparação regressiva com a história, podemos afirmar que, do mesmo jeito que a modernidade nutrida do século XIX fez desmoronar os pilares da "*esclerosada sociedade agrária estamental, e ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na configuração da modernidade, surge uma outra configuração social*"(BECK, 2011, p. 12/13, grifos no original).

Essa outra configuração social é denominada por Beck de "sociedade de risco" (*Risikogesellschaft*), título do seu livro publicado em 1986, logo após o acidente na cidade ucraniana de Chernobyl, e mundialmente difundido. No livro, o sociólogo alemão expõe as consequências dos influxos ocasionados pelos riscos advindos com a industrialização e potencializados num mundo globalizado e com limites territoriais encurtados pela tecnologia. Beck escancara a contradição resultante entre modernidade e sociedade industrial, separando uma da outra e denunciando a incapacidade desta última de controlar os riscos produzidos pela primeira, concluindo que a produção de riquezas estaria em papel de inferioridade quando defrontada à produção de riscos (BECK, 2011, p. 15).

Com efeito, a escassez que penalizava a sociedade de outros tempos serviu e ainda serve como mote a impulsionar a busca por novas fontes de riqueza social, materializadas em novas tecnologias e conhecimento científico capaz de suprir momentaneamente as ilimitadas necessidades humanas. Contudo, se a busca incessante por riqueza permanece igual, agora os riscos são diferentes[26]. Com efeito, o passado era caracterizado pela produção de riscos individualizáveis, atingindo pessoas certas e determinadas, localizadas geograficamente. Somado a isso, havia maior possibilidade de antever eventuais resultados danosos. De maneira simplificada: os riscos eram pessoais, regionais e previsíveis. Assim, de certa forma, havia um controle razoável dos riscos produzidos, os quais não eram inseridos como motivo de preocupação no contexto social (BOTTINI, 2013, p. 25). Nessa época, o Direito Penal liberal atendia sua

função de proteger bens jurídicos.

Entretanto, na atual sociedade de risco, fruto das imposições decorrentes da Revolução Industrial desencadeada no século XIX, a ideia é fomentar o consumismo através das inovações tecnológicas e industriais, alcançando o maior número de pessoas possíveis – essa é a lógica do sistema capitalista[27]. Nesse passo, a procura pelo "novo" implica em intensa atividade direcionada ao desenvolvimento científico, sem que se saiba ao certo quais serão os eventuais resultados produzidos, criando um quadro nebuloso de incerteza e insegurança[28], onde todos são vítimas em potencial. Assim, o risco passa a ser elemento característico das sociedades modernas, compondo a espinha dorsal da estrutura econômica. De seu turno, os empreendimentos arriscados "já não podem – como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante" (BECK, 2011, p. 16).

As principais características do risco contemporâneo e seus influxos sobre o direito são apresentadas por Bottini (2013, p. 27/30) da seguinte maneira: a) o risco desloca-se da periferia para a parte central da organização social, passando a sofrer a incidência de decisões políticas, eis que passa a ser gênese de atividades perigosas, atraindo a necessidade de regulação estatal, inclusive por meio do Direito Penal; b) a visualização do nexo de causalidade entre conduta danosa e resultado torna-se cada vez mais difícil, pois o processo de pulverização dos fatores referenciais de tempo e espaço é intensificado a cada dia pelas inovações tecnológicas[29]; c) cria-se o chamado "efeito bumerangue"[30], por meio do qual se materializa a democratização do risco, ou seja, quem produz e/ou se beneficia do risco também pode sofrer seus efeitos maléficos.

Tudo isso ocasiona uma situação conflitante, pois o clamor pela descoberta de inovações tecnológicas que propiciem a cura de doenças, o melhoramento genético, o aumento da produção alimentar, a segurança dos meios de transporte etc., também vem acompanhado da obscuridade dos possíveis estágios de perigo resultantes da aplicações empíricas das novas descobertas. E para agravar tal situação de conflito, a racionalidade científica já não mais seria a via apta a extirpar a produção prévia dos riscos indesejáveis, evitando a periculosidade decorrente do comportamento humano, pois "Ao ocuparem-se com os

riscos civilizacionais, as ciências sempre acabaram por abandonar sua base de lógica experimental, contraindo um casamento polígamo com a economia, a política e a ética" (BECK, 2011, p. 35), comprometendo o encontro da verdade objetiva.

Como visto, a necessidade de viabilizar o desenvolvimento econômico implica em permitir a produção necessária de certos riscos. Contudo, a ignorância sobre a periculosidade daí advinda passa a ser fator decisivo a fomentar a intervenção do Estado, normatizando penalmente os limites aceitáveis das atividades e empreendimentos geradoras de perigo, cristalizando uma típica atuação administrativa de gerenciamento de riscos.[31] Busca-se uma fórmula legal com escopo de preservar o atual modelo de produção e, ao mesmo tempo, garantir a pretendida segurança social. Como consequência, a normatização do risco é vista na antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; na relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e no uso de penas criminais para proteção de bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa, ensejando uma tutela penal simbólica.

Fica evidente, assim, a construção de uma nova roupagem ao Direito Penal, que começa a despir-se de sua função originária de ser o protetor das liberdades contra os eventuais abusos do Estado, passando a ocupar o posto de aliado desse mesmo Estado na equalização dos riscos e consequente organização social, aproximando-se, portanto, do Direito Administrativo. E o traço marcante dessa nova configuração do Direito Penal é notado pelo acolhimento do princípio da precaução[32], o qual vai repercutir de modo tão incisivo ao ponto de reformular a atual política criminal e balançar a estrutura dogmática do delito. Nas palavras de Bottini (2013, p. 64), "O Direito Penal, aos poucos, incorpora a precaução como princípio orientador de determinadas normas penais, para robustecer o sistema de gerenciamento de riscos, e para responder às demandas sociais por maior controle e por maior segurança". Mas até que ponto seria legítimo um Direito Penal da precaução?

Eis, então, o ponto nodal de nosso estudo, consistente em posicionar a atuação do Poder Judiciário num contexto conflituoso, onde a teoria do crime não consegue abarcar serenamente, com legitimidade e adequação constitucionais, as novas modalidades de delitos oriundos dessa nova

sociedade do risco. Deveras, o sistema penal clássico, resultante do período ilustrado, focado em reprimir condutas lesivas a determinado bem jurídico individual cometidas no passado, agoniza *hic et nunc* diante de delitos, os quais passam a ser regulados de forma antecipada (sem lesão) e com o intuito de proteger bens jurídicos coletivos, como *ad exemplum* o meio ambiente e a ordem econômica. Isso cristaliza a notória expansão do Direito Penal brasileiro, indo de encontro ao garantismo constitucional, despertando atuação do seu garante, o juiz. A teoria do crime, portanto, necessita ser revisitada pela atuação jurisdicional.

5. O PODER JUDICIÁRIO E A EXPANSÃO PENAL: UM RÉQUIEM AO FENÔMENO DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

O capítulo em testilha enquadra-se naquilo que podemos denominar ser o mérito do nosso estudo. É a partir desse ponto que tentaremos reunir as premissas até aqui já levantadas, de molde a fornecer um norte de segurança e legitimidade ao órgão julgador na sua árdua tarefa de resguardar a essência constitucional, contextualizando-a no âmbito de efervescência social. Dita missão, no caso em liça, traduz-se, grosso modo, em viabilizar a utilização racional do Direito Penal diante das transformações evolutivas da sociedade já delineadas, proporcionando segurança sem materialização de vivências inconstitucionais. Mais especificamente: o intuito é concatenar a supremacia da Constituição no ambiente do risco, encontrando uma teoria constitucional do delito que atenda ao seu objetivo de proteger bens jurídicos, respeitando sempre as garantias e os direitos fundamentais, por meio de uma dogmática lógica.

Para tanto, um primeiro ponto se mostra vital e consiste simplesmente em saber que o problema existe. E o problema, em poucas palavras, pode ser resumido da seguinte maneira: o Direito Penal clássico não possui em si estrutura dogmática para cumprir o seu objetivo precípuo, consistente na proteção de bens jurídicos, e, por isso, vem utilizando a lógica gerencial do Direito Administrativo para demonstrar eficiência diante dos novos delitos produzidos pela sociedade de risco.[33] Por conseguinte, o legislador penal vem amiúde subvertendo imposições constitucionais, transformando regra em exceção, haja vista a grande quantidade de condutas normatizadas como crimes de perigo abstrato

e delitos cumulativos. Nessa toada, o Direito Penal, *ultima ratio*, vai caminhando ao posto de *prima ratio* do Estado, na proporção direta em que a ineficiência estatal contribui para a administrativização desse mesmo Direito Penal.[34]

O fenômeno em tela teve sua origem a partir do momento em que o Estado de Polícia iluminista recebeu os influxos normativos decorrentes da Revolução Francesa. Com feito, antes do mencionado evento histórico, a atuação estatal não era limitada ou regulada por ordenamento jurídico nenhum. Tal fato mudou com nascimento do Estado de Direito, pautado na legalidade. O Direito Penal seguiu na proteção de bens jurídicos individuais, calcado na tradição jusnaturalista. Já o Direito Administrativo ocupou-se da organização do Estado, buscando proteger antecipadamente direitos dos cidadãos e do próprio Estado. Aqui se notou, pela primeira vez, a ligação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, consistente na imposição de sanções decorrentes de condutas ilícitas (DIAS, 2001, p. 138).[35]

Essa atividade administrativa de proteção passou a necessitar de um ordenamento próprio, desencadeando a figura da contravenção penal, categoria gestada pelo código penal napoleônico. Entretanto, o desenvolvimento social começou a exigir, cada vez mais, a atuação interventiva do Estado, fazendo diminuir os laços entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, ante a necessidade de se fazer valer as diretrizes estatais. Tal fato agravou-se sobremaneira após a Primeira Grande Guerra e veio intensificando-se paulatinamente. Foi nesse cenário em que "o legislador foi-se deixando seduzir, um pouco por toda parte, pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais, ao serviço dos mais diversos fins da política social" (DIAS, 2001, p. 139/140), potencializando-se dito comportamento por conta dos novos problemas decorrentes da sociedade do risco.

Essa fusão entre o Direito Penal e o Direito Administrativo é denominada por Sanches (2011, p. 145) de "administrativização do Direito Penal"[36], sendo identificada pela larga utilização dos crimes de perigo abstrato, pelos delitos cumulativos e pelo protagonismo da sanção criminal na proteção de bens jurídicos sem dignidade penal. Tudo isso, como veremos, traz na retaguarda o princípio da precaução como guia.[37] Tentaremos, sob essa divisão de problemas, indicar propostas e soluções.[38] Note-se que deixamos para conceituar cada um dos institutos

mencionados nesse momento de enfrentando dos problemas, por entender ser essa a forma mais didática, tanto mais porque a própria conceituação de alguns institutos já enseja crítica imediata, como sói acontecer com os crimes de perigo abstrato ou presumido. Dita espécie delitiva é o primeiro problema a ser enfrentado.

A nossa ideia é posicionar o Poder Judiciário diante de tais crimes, os quais não ocasionam lesão ou perigo de lesão, à luz dos preceitos constitucionais. Isso porque muito se tem discutido na doutrina alienígena e intestina acerca da (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. As decisões judiciais também oscilam quanto a fornecer (ou não) guarida constitucional a tais delitos.[39] O tema, portanto, demanda estudo. A questão precípua é compatibilizar a opção do legislador penal de proteger bens jurídicos por meio da estrutura dos crimes de perigo abstrato, entendidos como "condutas perigosas de *per si*, independente da demonstração de qualquer dano ou perigo de dano, de sorte que a lei presume o perigo de dano *juris et de jure*" (QUEIROZ, 2013, p. 223). Além disso, outro problema seria a quebra da presunção de inocência, por conta da inversão do ônus probatório, prejudicando os acusados dessa modalidade delitual.

O argumento mais contundente em favor da citada inconstitucionalidade menciona o princípio nitidamente garantista da lesividade ou ofensividade (*nulla necessitas sine injuria*), consistente na impossibilidade de aceitação de crime sem, no mínimo, prova de um perigo concreto ao bem jurídico tutelado. O princípio em referência, com repouso implícito na Constituição Federal, forneceria para a existência, em tese, de qualquer delito uma escala de lesividade que se iniciaria no perigo concreto de dano e terminaria na efetiva lesão do objeto penalmente resguardado, deixando de lado as condutas abstratamente perigosas. D'outro lado, os adeptos da constitucionalidade, incluindo hoje a maioria dos julgados do STF[40], não conseguem indicar um argumento razoável a legitimar os delitos de perigo abstrato, pois veem ratificando a opção do legislador penal ante a necessidade de proteger bens jurídicos relevantes, imprimindo, destarte, uma visão funcionalista ao Direito Penal.[41]

Devemos perceber que o ponto em comum entre as teses contraditórias consiste no referencial bem jurídico. Tal fato evidencia a importância atribuída ao objeto tutelado pela norma, motivo por que entendemos ser imprescindível a sua utilização na legitimação da atuação mínima do

Direito Penal. Nesse passo, num primeiro momento, o juiz deve guiar a sua atuação jurisdicional, na órbita criminal, sempre questionando como regra a existência de um bem digno de proteção penal e com repouso constitucional. Do contrário, sem objeto previsto na Constituição, deve ser constatada a ilegitimidade (*rectius*, inconstitucionalidade) da tutela penal, sobrelevando o caráter subsidiário do Direito Penal e a essência garantista da Constituição. Num segundo momento, aferido o merecimento do amparo penal por chancela constitucional, parte-se para a análise da existência de dano ou perigo concreto de dano ao objeto jurídico resguardado, fazendo uma análise da culpabilidade em concreto.[42]

Porém, a questão não é tão simples assim. Isso porque as modificações resultantes da sociedade do risco, mormente a incorporação do princípio da precaução ao Direito Penal, com massificação dos crimes de perigo abstrato e o reconhecimento constitucional dos bens jurídicos coletivos, terminaram por balançar as estruturas da teoria clássica do delito, consoante já afirmando linhas atrás. A primeira incongruência é reconhecer a constitucionalidade de um delito, desnudo de lesividade mínima a qualquer bem jurídico penal, sem violar um sistema constitucional estribado no garantismo. Tudo começa com a ideia de relativização do bem jurídico levado a efeito pelo advento dos bens coletivos.[43] Ripollés (2005, p. 148) adverte, todavia, que mesmo perdendo força, não há indicativo que o conceito de bem jurídico perdeu sua utilidade, "mas sim que é preciso colocá-lo no lugar que lhe corresponde".

Vejamos, então, com exemplos, como fica difícil legitimar a aceitação de alguns delitos com antecipação da tutela penal, sem qualquer ofensa ao objeto protegido. Citamos os art. 306 e 310, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)[44] e arts. 12 e 15 da Lei 10.826/2003[45]. Pela leitura dos dispositivos mencionados, denota-se a possibilidade de apenar um indivíduo, pela forma mais rígida de punição, sem prova de qualquer espécie de lesão. No caso do citado art. 306, imaginemos uma pessoa que ingeriu uma pequena quantidade de vinho e, dentro da mais perfeita normalidade, conduz seu automóvel até o local de destino sem cometer nenhuma transgressão apta a criar uma situação de perigo concreto, conquanto apresente "0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar" (art. 306, §1˚, inc. I, *in fine*). Ou, na hipótese do referido art. 15, um indivíduo dispare sua arma, para fins de verificação de aptidão

de disparo, no quintal de sua ampla residência, direcionando o projétil para o chão de areia.

Nos casos acima ventilados, o juiz está legitimado a proferir uma condenação criminal? Entendemos que não, sob pena de admitirmos o retorno do Direito Penal do autor, que pune comportamentos sem lesividade. Ferrajoli (2010, p. 433) sedimenta pontuando que "Em qualquer caso, deve tratar-se de um dano ou de um perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreta conduta proibida, e não só considerando em abstrato somente o conteúdo da proibição". Vendo sob esse ângulo, defendemos aqui primeiramente uma necessária redefinição da teoria do bem jurídico penal, adotando uma concepção dualista[46], de molde a aceitar a existência de bens individuais e coletivos sob a tutela penal.

Entretanto, o reconhecimento de um bem jurídico coletivo deve ser acompanhado de uma análise antropocêntrica[47] do eventual resultado produzido pela conduta típica em exame. O juiz, diante de um caso em concreto, envolvendo um bem coletivo, deve perguntar-se de que maneira a conduta *sub judice* afetou um interesse humano e se esse interesse possui endosso constitucional. Do contrário, deve ser rejeitada criação de novos bens jurídicos coletivos apenas para "legitimar" a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, como bem analisado por Greco (2011, p. 104). Em síntese: não é o alto grau de abstração de um bem coletivo constitucional que vai suprir o pressuposto da lesividade para legitimar a antecipação da tutela penal, pois sempre haverá a necessidade de se aferir a escala de danosidade resultante da conduta típica.

É justamente por isso que propomos a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição[48] nas hipóteses envolvendo crimes de perigo abstrato, de modo que seja preservada a constitucionalidade de cada tipo desenvolvido sob dita estrutura de delito, harmonizando a necessidade de proteção, potencializada pela sociedade do risco, sem prejuízo dos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo. O caso passaria a ser analisado de maneira peculiar para se aferir a existência ou não de culpabilidade e o juiz seria o maior responsável por isso. O garantismo seria, destarte, pelo crivo do Judiciário, concretizado em sua dupla vertente.[49] Isso seria possível por meio da análise empírica de cada conduta, realizando-se uma leitura expansiva de cada crime de perigo abstrato, embutindo a danosidade ou o perigo concreto de dano como

elemento estrutural do tipo. Desse modo, o juiz exerceria o seu poder criativo, aperfeiçoando a atividade do legislador penal, conduzindo-a aos berços da constitucionalidade.

Restaria, portanto, suprido o princípio da lesividade, pela via da integração judicial interpretativa, viabilizando constitucionalmente a tendência de antecipação legislativa da tutela penal, além de concretizar na prática a cooperação entre os Poderes.[50] Outrossim, continuaria incólume a presunção constitucional de inocência, haja vista que o ônus de provar a lesão ou perigo concreto de lesão deslocar-se-ia para o acusador. E, por fim, outro ganho substancial seria a retomada do centro de imputação do Direito Penal clássico, ou seja, a reprovabilidade penal deixaria de ser direcionada prematuramente para a conduta, retornando para o resultado, seu local de origem, impedindo a odiosa construção dos crimes de comportamento.

Além dos crimes de perigo abstrato, outro problema,[51] enfrentado por nós nesse estudo, oriundo da sociedade de risco, e que vem atormentando a dogmática jurídico-penal, é a figura do delito por acumulação (*kumulationsdoikte*). Tal modalidade delitiva é caracterizada pela necessidade de proteger bens jurídicos coletivos daquelas condutas que, se praticadas de forma isoladas, não lesariam o bem protegido de forma contundente, porém, se reunidas, afetariam sobremaneira o objeto tutelado. A ideia surge inicialmente no Direito Penal alemão, por impulso de Lothar Kuhlen, com o escopo de solucionar um caso concreto, envolvendo matéria ambiental.[52] Chamamos atenção para o fato dessa categoria de delito também inserir-se no enredo, ora contestado, da administrativização do Direito Penal, no qual o legislador penal atua subsidiado pelo princípio da precaução, proibindo condutas individuais insignificantes, de molde a garantir a incolumidade de um bem jurídico de fruição geral e futura.

Entretanto, embora louvável a atitude do legislador, é imperioso notar que a estrutura dogmática utilizada para tanto se mostra inadequada, quando confrontada com os cânones constitucionais.[53] Consoante defendemos anteriormente, os crimes de perigo abstrato podem receber uma interpretação constitucional que lhe garante vivência no ordenamento jurídico, e essa mesma forma de tratamento deve ser dispensada aos delitos cumulativos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. E aqui mais uma vez se mostra fundamental a

atuação jurisdicional caso a caso, realçando a culpabilidade material de cada indivíduo. Isso em razão do próprio conceito de delito cumulativo desprezar aparentemente o princípio da ofensividade,[54] fato inaceitável num ordenamento tipicamente garantista. Por certo, não há abrigo constitucional para se instituir um Direito Penal do comportamento, sem lesão a bem jurídico determinado.

A utilização da técnica legislativa de criminalização cumulativa, sem análise da culpabilidade individualizada, termina por lançar ao vento garantias insculpidas a duras penas ao longo dos séculos, flexibilizando mormente as regras de imputação do fato delitivo, haja vista não delimitar questões de tempo (quando ocorreu a materialidade) e espaço (onde ocorreu a materialidade). A flexibilização mencionada termina por subverter de forma espúria a teoria do bem jurídico em prol da expansão penal, pois mais bens implicam em mais delitos. Contudo, o Direito Penal legitimado pelo Estado Democrático de Direito somente deve atuar na defesa de bens jurídicos lesionados ou, no mínimo, contra condutas que promovam um perigo concreto de dano, como já detalhado neste capítulo anteriormente. Antes tais razões, deve ser recusada "qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, que transforme o Direito Penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política" (DIAS, 2012, p. 146).

O afastamento da lógica cumulativa assenta-se, ainda, na forte impregnação de conteúdo moral, vinculado a um dever de solidariedade. Parte-se do questionamento "o que aconteceria se todos praticassem determinada conduta?". Desse modo, a conduta repelida não traria qualquer prejuízo isoladamente e sua proibição estribar-se-ia na necessidade de evitar comportamentos egoístas, por meio dos quais um indivíduo beneficia-se em detrimento dos outros. Sobre o tema em comento, calha transcrever, pela lucidez argumentativa, o escólio de Oliveira (2013, p. 32): "trata-se de uma conduta imoral, porém não suficientemente relevante para ser considerada um ilícito penal, especialmente diante da reforçada impossibilidade de o Direito Penal ser instrumentalizado para punição de meras imoralidades".

Disso resulta ser incompatível com o texto constitucional admitir a criminalização de uma conduta sem lesividade, sob o perigoso argumento de proteger bens coletivos, valendo mencionar como exemplo os artigos 29 e 38, ambos da Lei 9.605/98.[55] Ora, acolhendo-se a tese da

cumulatividade, o indivíduo que apanhar um único animal silvestre, sem autorização legal, estaria incurso de imediato nas penas do mencionado art. 29. De outro tanto, caso o mesmo indivíduo resolvesse proceder ao corte de uma única árvore situada em floresta de preservação permanente, também estaria sob a égide do Direito Penal. Contudo, dita interpretação simplória não se nos afigura razoável, cabendo ao juiz uma interpretação conforme a Constituição, dentro da realidade fática de cada caso levado ao seu crivo. Assim, por exemplo, se determinada área de preservação é desmatada de forma significativa (*rectius*, lesiva) por um único indivíduo, mesmo que em diferentes contextos, dando origem a uma situação de risco àquela área protegida, seria legítimo, só assim, o uso do Direito Penal.

O juiz, nessa ordem de ideias, é certamente o "elemento racionalizador do sistema jurídico" (EMERIQUE, 2007, p. 371). Razão disso, deve desempenhar o seu *munus* em conformidade com a nossa Carta Magna, a qual alberga como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, ainda, afirma possuir como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (respectivamente, arts. 1º e 3º da Constituição Federal). Por tais argumentos, a expansão penal, na forma como foi aqui destrinchada (crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos), deve ser considerada ilegítima, salvo se realizada pelo magistrado uma interpretação conforme as diretrizes constitucionais, perquirindo individualmente a lesividade, em respeito ao princípio da culpabilidade. Assim, o Poder Judiciário estará reafirmando a subsidiariedade do Direito Penal, coibindo o fenômeno da administrativização, e ao mesmo tempo impedindo o uso de sanções criminais, quando na verdade a penalização administrativa mostrar-se-ia adequada.

Ainda com o intuito de propor alternativas para solução do problema da expansão penal, ressaltamos, além da atuação jurisdicional, a necessidade de fortalecimento do Direito Administrativo sancionador. Com efeito, uma atuação mais eficaz do Poder Executivo em coibir a prática de ilícitos administrativos desafogaria o Direito Penal para sua atuação naquelas hipóteses nas quais se mostra necessária a criminalização.[56] Por certo, o Direito Penal é somente um dos caminhos possíveis para promoção de proteção social e não é, e nem será capaz de atingir seu intento de forma isolada. É preciso atuação setorizada

(educação, geração de emprego, lazer etc.) e construtiva do Estado. Aliado a isso, é preciso, também, rejeitar a proliferação do Direito Penal simbólico,[57] caracterizado por "manter um nível de tranquilidade na opinião pública, fundado na impressão de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade" (BIANCHINI, 2002, p. 124).

É certo que vivemos um momento no qual o Direito Penal clássico vem sendo posto à prova diante da nova realidade social. O advento do risco na sociedade capitalista estremeceu a base dogmática do Direito Penal, demonstrando que realmente o "direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto." (GRAU, 1998, p. 44). Contudo, as transformações resultantes em leis não podem ser avessas ao texto constitucional, ao revés disso, devem ser nele iniciadas, respeitando-o sempre.[58] Nesse passo, diante da inércia legislativa em reconhecer as modificações sociais e preparar a Constituição Federal para os novos problemas decorrentes do moderno Direito Penal, cabe ao juiz, seu legítimo defensor, realizar uma interpretação contextualizada com o novo ambiente de transformações, resguardando a essência garantista escolhida pelo poder constituinte originário.

Deveras, a existência de um sentimento constitucional em implementar os programas sociais prometidos, concretizando a dignidade humana, se mostra patente e deve partir de todos os intérpretes da Constituição[59], mormente daqueles que compõem os Poderes da República. Sob tal prisma, no que diz respeito "aos poderes constituídos, a dignidade ora assume o papel de fronteira à sua atuação, ora se identifica como objetivo da atuação destes" (JACINTHO, 2009, p. 37). É, portanto, tendo como alvo precípuo a concretização de um dos fundamentos de nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana, em sua dupla vertente (promoção e proteção), que é legítima a negação da administrativização do Direito Penal brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Após toda linha de argumentação expendida, procuramos demonstrar o vínculo existente entre as premissas lançadas e suas implicações diretas junto ao processo de administrativização do Direito Penal brasileiro, embora sem ter a pretensão de esgotar o assunto em estudo, mas

procurando contribuir para resolução do embate. Procuramos, num primeiro momento, demonstrar a essência garantista da Constituição Federal brasileira e as consequências daí decorrentes no campo do Direito Penal. Prosseguindo, buscamos explicitar, por meio de uma análise histórica, o novo momento de supremacia vivido pelo Direito Constitucional ocidental, realçando a ascensão do Poder Judiciário e seu papel de garante das Constituições. Por fim, explicamos os impactos decorrentes da sociedade do risco no seio do Direito Penal brasileiro.

Detectamos, como conclusão, ser o fenômeno da administrativização do Direito Penal, na forma como vem sendo feita, uma atividade inconstitucional, eis que a proliferação dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos, onde não há lesividade ao bem jurídico tutelado, não se compactua com o espírito garantista da Constituição brasileira. Entretanto, concluímos, também, que a atuação do juiz, diante de cada caso concreto, buscando sempre a formação individual da culpabilidade, pode reverter dito quadro de inconstitucionalidade, fazendo uso da técnica de interpretação conforme ao texto constitucional, perquirindo a existência (ou não) de lesividade ao objeto protegido. Nesse passo, pensamos que o Direito Penal liberal continuará cumprindo de maneira legítima, ao menos por enquanto, o seu papel principal de ser a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos, ensejando segurança social, ao mesmo tempo em que restarão resguardados os direitos e garantias fundamentais.

IL POTERE GIUDIZIARIO E LA SUA FUNZIONE CONSTITUZIONALE PER IMPEDIRE IL AMMINISTRATIVISMO DEL DIRITTO PENALE BRASILIANO

RIASSUNTO: Il diritto penale è la forma più drastica di intervento a riguardo della libertà umana, tracciando segni indelebili. Per questa ragione, la sua attuazione deve essere misurata, limitandosi ad attuarla nella forma adeguada e necessaria. Il presente studio si inserisce in questo conntesto, avendo come obiettivo quello di dimostrare l'imposizione costituzionale direzionata al Potere Giudiziario brasiliano per impedire l'uso esteso e perciò incorretto del diritto penale. Si focalizza l'energia per affrontare precisamente il problema succitato dalla dottrina amministrativistica del diritto penale, caratteristica evidente della società del rischio derivante dall'arrivo del principio di precauzione. Per

questo, la teoria costituzionale del garantismo, visibilmente approvata dalla Costituzione brasiliana, si presenta come il principale quadro teorico. Cosí, il garantismo si innalza a riferimento adatto per fornire un rifugio argomentativo sovvenzionando la soluzione del problema, atto a promuovere un'attuazione giurisdizionale legittima, per mezzo di una interpretazione in conformità con la Costituzione, rispettando i principi penali basilari, venerando, così, il momento attuale di supremazia costituzionale.

PAROLE CHIAVI: Potere Giudiziario. Garantismo. Diritto Penale. Amministrativismo. Societá del rischio. Supremazia della costituzione.

Notas

[1] Art. 5˚, inciso LVII
[2] Art. 5˚, inciso LVI
[3] Art. 5˚, inciso XLVI
[4] Art. 5˚, inciso LIV
[5] Art. 5˚, incisos XLII, XLIII e XLIV
[6] Bobbio (*apud* FERRAJOLLI, 2010, p. 7), prefaciando a primeira edição de *Direito e Razão*, livro gênese da Teoria do Garantismo, enuncia que se tratou de uma aposta alta, caracterizada pela "Elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no Direito Penal."
[7] Para Aristóteles (2001, p. 44): "Existem, então, três espécies de disposições; duas delas são vícios que envolvem excesso e carência respectivamente, e a terceira é uma virtude, ou melhor, o meio-termo."
[8] Para Rousseau (2012, p. 48), a passagem do estado de natureza para o estado civil promoveu importantes modificações nas ações humanas, que passaram a explicitar nítido caráter moral, além de cambiarem o instinto pela justiça. Segundo o mencionado contratualista, o homem, por meio do contrato social, deixou de ser um "animal estúpido e limitado" para ostentar o *status* de "ser inteligente".
[9] Segundo o jurista argentino Mendez (*apud* BATISTA, 2011, p. 12), o Direito Penal iluminista, resultado das lutas da burguesia que culminaram na Revolução Francesa, se legitima como instrumento de defesa da sociedade civil, frente a um Estado (absolutista) que atuava factual e normativamente com total arbitrariedade e discricionariedade.
[10] Kant (2003, p. 174) rejeitava a ideia de utilização da pena como meio de se obter benefícios à sociedade, afirmando que o castigo deve ser infligido ao homem "somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios."
[11] Oportunos, nessa perspectiva, os ensinamentos de Carvalho (2002, p. 21), quando acrescenta que: "A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, consequentemente, (c) que os atos emanados pelo poder público, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle." Feldens (2008, p. 70-71) acena de forma contrária à quebra da presunção de legitimidade dos atos estatais, afirmando que não se pode "dizer que *todo* o

poder é mal e que *necessariamente* descambará para o despotismo." (destaques originais)
[12] A importância da análise histórica é incentivada por Hesse (2009, p. 2), para quem: "Parte do reconhecimento de que a constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas hão de ser compreendidos numa perspectiva histórica. Só a consciência dessa historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado das questões jurídico-político-constitucionais."
[13] Larenz (1991, p. 44) define, de forma sintética, que "essa nova orientação intelectual, que se esforçava por liquidar todos os resíduos jusnaturalistas, era o positivismo".
[14] Em 16 de abril de 1862, Lassalle (2003, p. 35) advogou sua tese fundamental sobre a essência da Constituição, pontuando que "juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra lei, e por conseguinte é punido".
[15] Kelsen (1999, p. 247) asseverou que: "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora". Comungando da teoria kelseniana, Bobbio (2011, p. 61) sublinha a diversidade das fontes normativas no ordenamento e detecta que a unidade normativa somente é possível "pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem ser deduzidas de uma única norma". Para uma visão crítica sobre a pureza da teoria em apreço, vale conferir Larenz (1991, p. 91-109), quando aduz que: "Esta concepção é dificilmente compatível com função da judicatura no Estado constitucional".
[16] Conde (2005, p. 226-227) comenta Dachau, um dos campos de concentração mais temidos, da seguinte forma: "Originariamente, foi concebido para receber opositores políticos ao regime nazista, principalmente comunistas, mas já desde o primeiro momento foram internados também nele os associais, e a partir de 1938, depois da *Kristallnacht*, os judeus. Posteriormente se foram trasladando a ele pessoas, principalmente judeus, sacerdotes católicos poloneses, ciganos, etc., procedentes dos países do Leste Europeu ocupados pelas tropas alemãs (Polônia, Rússia, Países Balcânicos, etc.). Também houve espanhóis, exilados depois da Guerra Civil e detidos na França. Em seus 12 anos de vida passaram por ali mais de 200.000 pessoas, mesmo dado que muitas pessoas nem sequer foram registradas, quiçá este número seja maior. Oficialmente, houve durante estes anos quase 30.000 falecimentos. Ainda que igualmente devem ter existido muitos mais executados nas câmaras de gás ou fuzilados."
[17] Ganha relevo aqui a ideia de filtragem constitucional, a qual acena para a "preeminência normativa da Constituição, pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-linguística e também material" (SCHIER, 2007, p. 252).
[18] O neoconstitucionalismo confunde-se, a bem da verdade, com o movimento de constitucionalização do direito, resultante do segundo pós-guerra, quando os textos constitucionais passaram a apresentar peculiaridades até então inexistentes. Nesse sentido, Guastini (p. 50-58) traça sete condições para se aferir a constitucionalização de um ordenamento, quais sejam: a) uma Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) força vinculante da Constituição; d) interpretação extensiva da Constituição; e) possibilidade de aplicação direta da Constituição; f) necessidade de interpretação das leis conforme a Constituição; e g) poder de influência da Constituição sobre as relações políticas. Mais adiante, indicaremos a interpretação extensiva e conforme, para fins de resolução do problema do

nosso estudo. Ainda sobre o neoconstitucionalismo, Pozzolo (2006, p. 79) lista sintomas de sua identificação, a saber: "a) a adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada 'modelo prescritivo de Constituição como norma'; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada 'ponderação' ou 'balanceamento'; d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito."

[19] Entretanto, alguns autores não constatam diferenças entre o neoconstitucionalismo e o positivismo. Por todos, Comanducci (2002, p. 102), quando afirma que "*la teoria del derecho noeconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.*"

[20] Canotilho (2003, p. 121) complementa, afirmando que, nessa época, "os códigos civis convertem-se na principal fonte de direito. São eles e não as constituições que fixam os princípios gerais do direito remetendo o texto constitucional para a categoria de uma simples 'lei orgânica dos poderes políticos.'"

[21] Tal modalidade de controle deita raízes na notória decisão do Juiz John Marshall, no caso *Marbury vs Madison*, em 1803, quando declarou inconstitucional uma lei americana à luz da Constituição Federal.

[22] Cappelletti (1999, p. 24-25), em obra clássica sobre o tema, defende o poder criativo dos juízes, aduzindo que "quando se fala dos juízes como criadores, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária '*law-making*'". No mesmo sentido, Hart (2009, p. 351): "sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder." Pela ótica da filosofia pragmática do direito, a criatividade judicial é defendia também por Posner (2007, p. 37-38). Ver, ainda, Barroso (2011, p. 267). Em sentido contrário, Pozzolo (2006, p. 100) e Paiva (2013, p. 499-528).

[23] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)

[24] No original: *(…) the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks.*

[25] Tal assertiva encontra eco em interessante trecho da obra de Bauman (2008, p. 31), quando releva a banalidade da natureza descartável dos bens de consumo: "Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando 'velho' a 'defasado', impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir."

[26] "Quem – como – Colombo saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra 'risco' tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra." (BECK, 2011, p 25)

[27] Referindo-se à nítida sintonia entre o sistema capitalista e o consumismo, Marcuse (1975, p. 13) lembra "como a sociedade afluente depende cada vez mais da ininterrupta produção e consumo do supérfluo, dos novos inventos, do obsoletismo planejado e dos meios de destruição, os indivíduos têm de adaptar-se a esses requisitos de um modo que excede os caminhos tradicionais." Ainda sobre o consumismo, Bauman (2008, p. 38) aponta ser ele "especialmente importante, se não central para a vida da maioria das pessoas, o verdadeiro propósito da existência. É quando nossa capacidade de 'querer', 'desejar', 'ansiar por' e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano."

[28] Dita insegurança é minimizada por Sanches (2011, p. 46-47)), quando admoesta que "*a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos*" (grifos no original). Segundo o autor, "existe uma elevadíssima 'sensibilidade ao risco'", elencando como um dos motivos a atuação dos meios de comunicação, os quais terminam por encurtar distâncias, potencializando o medo.

[29] Vejamos o exemplo citado por Beck (2011, p. 33): "A mulher que, em seu apartamento de três cômodos num subúrbio de Neuperlach, amamenta seu pequeno Martin de três meses de idade encontra-se desse modo numa 'relação imediata' com a indústria química, que fabrica pesticidas, com os agricultores, que se veem obrigados, em razão das diretrizes agrícolas da Comunidade Europeia, a recorrer à produção massiva especializada e à sobrefertilização, e por aí afora". No exemplo, comprovada uma lesão ao pequeno Martin, decorrente de componentes químicos alimentares advindos da amamentação, em razão da ingestão de agrotóxicos, fica patente a dificuldade de se imputar eventual conduta delitiva ao seu real agente. Isso porque o nexo de causalidade entre conduta e dano foi diluído ao longo do processo produtivo, tornando incerto o tempo e o local do evento criminoso, inviabilizando a responsabilidade penal.

[30] Nas palavras de Beck (2011, p. 44): "Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram". O autor segue exemplificando nas páginas seguintes algumas das hipóteses nas quais pode ser visualizado o tal efeito.

[31] Segundo Sanches (2011, p. 148), "o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está 'administrativizado'".

[32] No intuito de pavimentar o caminho para o transcorrer seguro de nossas ideias, cabe aqui conceituar e distinguir os princípios da precaução e prevenção. Para tal desiderato, permitimo-nos lançar mão dos ensinamentos de Milaré (2009, p. 823), quando aduz que : "De maneira sintética, podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo em que a precaução envolve perigo abstrato."

[33] Sanchez (2011, p. 176) ratifica tal assertiva, pontuando que "o Direito Penal, além da imputação de culpabilidade pelo fato cometido, parece corresponder, em medida determinante, à gestão administrativa do delito como risco social."

[34]A confusão entre o Direito Penal e o Direito Administrativo vem sendo assimilada pelos cidadãos. Um bom exemplo disso ocorreu em Itabaiana/SE, quando o atraso do salário dos professores motivou a classe a registrar um boletim da ocorrência junto à Delegacia local. Disponível em: http://cajunews.com.br/a-prefeitura-se-apropria-desse-dinheiro-que-a-gente-nao-sabe-pra-onde-vai-denuncia-professora-apos-prestar-queixa-policial-contra-prefeitura-de-itabaiana/. Acesso em 07/03/14.

[35] Segundo Dias (2001, p. 138): "Esta ligação assumiu, no caso português, uma peculiaridade digna de menção: a de o ensino universitário do Direito Administrativo ter sido desde 1843 'anexado' ao ensino do direito criminal, com Basílio Alberto de Souza Pinto, um penalista, como

professor, só a partir de 1853 se tornado objecto de uma cadeira autônoma."

[36] Bottini (2013, p. 152) explica que: "A administrativização do Direito Penal remete à problemática das normas penais em branco. Tais normas são expressas por meio de tipos penais incompletos, que remetem a outras esferas a definição precisa dos aspectos objetivos do ato ilícito". Para o autor, tal fato decorre da impossibilidade de descrever condutas precisas diante do quadro de instabilidade social, sempre modificado pela complexidade das relações e advento de novos riscos.

[37] A bem da verdade, a antecipação da tutela, utilizada em demasia no moderno Direito Penal, dimana do princípio da precaução ambiental, vertente especial do Direito Administrativo. Sobre o princípio em comento, atuando no Direito Ambiental, vejamos a doutrina francesa: "A ignorância quanto às exatas consequências a curto e longo prazo de certas ações não deve servir de pretexto para adiar a adoção de medidas que visem prevenir a degradação ambiental. Em outras palavras, diante da incerteza ou da controvérsia científica atual, é melhor adotar medidas de proteção severas a título de precaução do que nada fazer esperando que os danos se revelem. O princípio da precaução é um seguro para o futuro" (PRIEUR, 2011, p. 187, tradução nossa). No original: *L'ignorance quant aux conséquences exactes à court ou à long terme de certaines actions ne doit* pás servir de pretexte *pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prevenir la degradation de l'environnment. Autrement dit, face à l'incertitude ou à la controverse scientifique actuelle, il vaut mieux prendre de suíte dês mensures de protection sévères à titre de précaution que de ne rien faire em attendant que se révèlent* dês *dommages. Le príncipe de pécaution est um assurance sur l'avenir.*

[38] A ideia de dividir o problema encontra acalanto em Descartes (2009, p. 33-35), quando acena para quatro premissas a serem seguidas em busca da verdade, quais sejam: i) sempre duvidar de tudo, ao menos que seja evidente a verdade, evitando conclusões de forma precária; ii) dividir os problemas de um mesmo assunto em tantas partes quanto possível, de molde a minorar as dificuldades e facilitar a resolução; iii) começar a resolver os problemas mais simples, indo gradativamente até o mais complexo e, por fim, iv) enumerar e revisar todas as respostas, certificando-se de que nada relevante foi omitido.

[39] Pela constitucionalidade, vale conferir junto ao STJ o Recurso Especial nº 34.322-0, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: "A infração penal não é só conduta. É também resultado no sentido jurídico normativo, ou seja, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. A doutrina renega os delitos de perigo de lesão ao bem jurídico. Com efeito, não tem sentido punir a simples conduta se ela não conta, ao menos, com probabilidade de risco ao bem jurídico. O ilícito penal não resulta do simples conduzir sem o correspondente documento. Isso é ilícito administrativo. A relevância penal nasce quando a conduta põe em perigo o bem jurídico". Em sentido contrário, *vide* HC 110.258/DF, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, assim gizado: "Relembro, ademais, que, assim como o delito de embriaguez ao volante, também o crime de porte ilegal de arma de fogo classifica-se como crime de perigo abstrato, consumando-se com o simples ato de alguém portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo para sua tipificação, a demonstração de ofensividade real da conduta, o que não leva, de igual forma, à inconstitucionalidade do mencionado tipo penal".

[40] Oportuno mencionar a pendência de julgamento da ADI 4103/DF, cuja relatoria incumbe ao Ministro Luiz Fux, versando, em linhas gerais, sobre a inconstitucionalidade dos artigos 2˚, 4˚ e 5˚, incisos III, IV e VIII, todos da Lei Federal n˚ 11.705/2008, pois essa demanda pode abrir novos horizontes sobre o tema aqui versado.

[41] Sobre o funcionalismo penal na sociedade de risco, conferir Bottini (2011, p. 82-85).

[42] Nesse mesmo tom, Bianchini (2002, p. 58): "É da Constituição que se retiram, de forma implícita ou explícita, os valores (aqui abrangendo a categoria de bem jurídico) que merecem proteção por meio da via penal, o que não significa, entretanto, que todas as condutas atentatórias a eles serão criminalizadas". Por isso, diz-se que o Direito Penal é fragmentário, ou seja, nem todos os bens constitucionais recebem o manto do Direito Penal, apenas algumas

partes/fragmentos da Constituição.

[43] Como exemplo de bens jurídicos coletivos, vale mencionar o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública etc.

[44] Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

[45]Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.
Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

[46] "(...) temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico". (GRECO, 2011, p. 87).

[47] Costa (2010, p. 5) esclarece mencionando que: "O cerne de nosso sistema valorativo é a pessoa humana. O Direito e o Estado existem para servir à pessoa, decorrendo daí ser ela o ponto de partida para a construção do conceito de bem jurídico. Assim, apenas os elementos tidos como essenciais para o desenvolvimento da pessoa numa determinada realidade social podem ser alçados à categoria de bens jurídicos".

[48] Segundo Barroso (2011, p. 325), dita técnica seria em verdade um princípio com uma finalidade de aprimorar a atividade interpretativa e ainda permitir o controle de constitucionalidade. "Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição". E prossegue explicando que "Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirma* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição." (destaques originais) Conferir, também, Mendes (1996, p. 268), quando sinaliza que "no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição."

[49] A propósito: "É a partir dessa perspectiva de análise que acreditamos não incorrer em excessos linguísticos ao nos pronunciarmos sobre um modelo garantista integral. Um modelo que corresponde, nada mais e nada menos, a essa *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais. Um modelo que se mantém fiel à tradicional função dos direitos fundamentais como barreiras à ação estatal, mas que agrega condição à função protetiva que o Estado há de exercer, em determinado ponto ou medida, a esses mesmos direitos fundamentais, em face das reais ameaças do poder privado" (FELDENS, p. 63-64). (destaque original)

[50] Por oportuno, Ramos (2013, p. 92) sinaliza que o princípio da separação de poderes, "que veio a ser adotado pelo Estado constitucional como vetor da estrutura organizatória do Estado e como mecanismo de controle, passa a ser hoje encarado como cooperação e não separação absoluta entre poderes, de modo a abarcar a multifuncionalidade e complexidade do Estado contemporâneo."

[51] Tratando do problema na ótica ambiental, Costa (2010, p. 96) acentua ser "bastante clara, assim, a inadequação das estruturas penais para tratar da imputação de boa parte dos problemas

ambientais. A imputação individual de resultados se move, no âmbito das lesões ambientais, em um terreno pantanoso demais para as exigências do sistema penal".

[52] Kuhlen percebeu que "pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidades ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água. Em vista desse problema, sugere o autor a punição destas condutas, individualmente, com a finalidade de preservação do meio ambiente, enquanto bem jurídico coletivo, a ser desfrutado por toda sociedade". (OLIVEIRA, 2013, p. 28)

[53] Aqui nos referimos aos princípios constitucionais do devido processo legal e todos os seus consectários, quais sejam: legalidade, lesividade, ampla defesa e contraditório etc.

[54] Tecendo comentários sobre a relativização do princípio da lesividade na sociedade do risco, Sanchez (2011, p. 156) ressalta parecer "claro que, também para o Direito Penal, o fator decisivo começa a ser o problema das grandes cifras e não a dimensão de lesividade do comportamento individual".

[55] Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

[56] Infelizmente, a omissão do Poder Executivo em coibir ilícitos tipicamente administrativos termina em alguns momentos sendo incentivada pelo próprio Judiciário, conforme recente posicionamento jurisprudencial. Isso pode ser notado, em ofensa ao quanto aqui propomos, na edição do Verbete 502, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim grafado: "Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas". Certamente, a efetiva fiscalização administrativa, corroborada pela aplicação de sanções com a mesma natureza, já seria suficiente e mais eficaz no papel de proteger o bem jurídico tutelado.

[57] "Na verdade, o objetivo subjacente à legislação simbólica, é tão-somente atrair o consentimento do cidadão em favor do Estado, validando entre eles a ilusão de segurança, capacidade e eficiência (MONTE, 2008, p. 3). No original: *Invero, l'obiettivo di fondo della legislazione simbolica, è proprio quello di attirare il consenso dei cittadini verso lo Stato, avvalorando fra gli stessi l'illusione di sicurezza, capacità ed efficienza.* Ver, ainda, em idêntica direção, Marcelo Neves (2011, p. 38).

[58] Em tom de crítica, Verdú (2007, p. 90) denuncia que: "Chegamos a um momento em que se dá pouca importância à vulneração da legalidade, contanto que as medidas políticas obtenham resultados benéficos no campo social."

[59] Häberle (1997, p. 13) defende que "no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição."

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Retórica* – tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio

de Janeiro: Renovar, 2011.
BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.* 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.
BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celson Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011.
BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* – Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993/ Reimpressão, 1999.
CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo.* 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2002.
COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. *In*: Revista Isonomia, n˚ 16, 2002.
CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.
COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.
CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2012.
DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal do equilíbrio*. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal.* Tomo II . 2 ed. Coimbra:

Coimbra editora, 2012.
DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*: as faces em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.
EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XLVIII, números 1 e 2. Lisboa: Coimbra editora, 2007.
FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*: garantismo, deveres de proteção, principio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do Garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. ver. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.
GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Tradução de José María Lujambio. In: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R-_La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf. Acesso em 07/03/2014.
HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James (2003). *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics.
HART, H. L. A. *O conceito de direito.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.
JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana*: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2009.
KANT, Imanuel. *A metafísica dos costumes.* Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição.* São Paulo: Minelli, 2003.
MARCUSE, Herbert. *Eros e Civilização.* Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.
MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco. 6 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
MONTE, Elio Lo. *Osservazioni sulla contrapposizione tra sicurezza e libertà nella recente legislazione penale: uma pericolosa tendenza*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *A tutela (não) penal dos delitos por acumulação.* In: Revista Liberdades, número 14, setembro/dezembro de 2013. Disponível em: http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/18/entrevista1.pdf. Acesso em 13/03/14.
PAIVA, Paulo. Juristocracia?. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.
HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement*. 6. ed. Dalloz, Paris, 2011.
QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2013.
RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional*: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013
RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.
SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
SCHIER, P. R. Novos desafios de filtragem constitucional no momento do Neocostitucionalismo. In: SOUZA NETO, C. P. e SARMENTO, D. (coor). *A Constitucionalização do Direito*: fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DA PERMISSÃO "À PROCURA DA FELICIDADE" À PROMESSA DE BEM-ESTAR: A CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS MODELOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO LIBERAL E DO *WELFARE STATE*

Fernando Luís Lopes Dantas*

RESUMO: A concepção de direitos fundamentais evoluiu de modo significativo desde a inauguração do Constitucionalismo moderno. Nos primórdios do Estado Liberal Clássico, os direitos fundamentais correspondiam ao que a doutrina convencionou chamar de liberdades públicas, que possuíam caráter individual e estavam dissociadas de quaisquer prestações estatais positivas. Ao Estado se impunha uma postura de absenteísmo, sendo-lhe defeso interferir nos assuntos circunscritos à esfera privada, notadamente as questões sociais e econômicas. Esse modelo de Constitucionalismo, se teve como méritos a superação do Absolutismo e a consagração de regras de proteção contra abusos do próprio Estado, revelou-se insuficiente no que concerne à garantia de condições de vida digna a todos os indivíduos. A insuficiência dessa concepção ensejou a ampliação do que se deveria considerar como direitos fundamentais, passando estes a também compreender os direitos sociais ou de segunda dimensão (ou geração). Como consequência dessa ampliação, verificou-se também a transformação do modelo de Estado, de Liberal e para Social, que passou, assim, a ter a obrigação constitucional de ofertar aos indivíduos prestações positivas com o escopo de assegurar, ao menos, condições elementares de vida digna. Surge, então, um novo dilema relacionado à concretização dos direitos sociais, que se refere à possibilidade de o Estado fazer frente ao custo da realização material dos direitos sociais. É o debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial, levado a efeito, sobretudo, no âmbito da atuação da jurisdição constitucional. O presente trabalho se destina a promover uma análise dessa trajetória histórica dos direitos fundamentais, desde quando concebidos nos primórdios do Constitucionalismo moderno, até a sua configuração no momento constitucional contemporâneo.

* Mestrando em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal do Sergipe (UFS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Pós-Graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe. Juiz Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Estado liberal. *Welfare State*. Direitos sociais. Evolução.

1. INTRODUÇÃO

A amplitude da definição de direitos fundamentais foi objeto de grandes transformações desde quando concebida nos primórdios do Constitucionalismo moderno, até a sua configuração no momento constitucional contemporâneo. Este artigo se destina a percorrer, em uma singela análise, a trajetória histórica de configuração dos direitos fundamentais, notadamente para o fim de aferir em que momento e sob que fundamentos os direitos sociais passaram também a ser incluídos nessa categoria de direitos.

O artigo se inicia pela identificação das origens históricas dos direitos fundamentais, antes limitados à esfera das liberdades públicas, institutos típicos do Estado Liberal. Em seguida, passa-se à verificação de como se sucedeu a transição do modelo de Estado, do Liberal ao Social, com a consequente alteração também dos direitos aos quais o ordenamento constitucional atribuiu fundamentalidade. Segue-se, então, à análise do modo como o tema passou a ser tratado na Constituição Federal de 1988, visitando-se questões relativas aos seus elementos característicos, bem como às condições de concretização e o debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Antes de se adentrar na discussão do tema propriamente dito, duas advertências são necessárias. Mesmo diante da afirmação de que o Estado, em determinadas épocas, assume uma concepção liberal ou social, há de se ter em mente que se verificarão pontos de imbricação entre esses modelos. Assim, ainda que num Estado Liberal, haverá sempre, ao menos em diminuta medida, alguma atividade que será exercida por esse Ente. Diga-se o mesmo em relação ao Estado Social, que também prestigiará a liberdade em determinados aspectos.

A outra advertência refere ao fato de que, pelas limitações de espaço, as ponderações aqui formuladas não têm, nem de longe, a pretensão de completude, representando apenas uma singela contribuição para o debate do tema.

2. UMA BREVE DIGRESSÃO: POR QUE PERMITIR E NÃO GARANTIR A FELICIDADE?

Por que a Declaração de Independência Americana afirma que todos os homens (e mulheres também!) têm o direito inalienável à procura da felicidade? Sobre esse questionamento Chris Gardner reflete em um dos momentos do filme *À procura da felicidade* (*The Pursuit of Happyness*[1]), quando sua esposa Linda revela que irá deixá-lo e partirá de casa com o filho do casal. Após essa notícia, o protagonista, interpretado por Will Smith[2], reflete sobre a opção de Thomas Jefferson quanto às expressões utilizadas no texto da mencionada Declaração, acreditando que esta não afirmou que todo homem teria o direito à felicidade, mas apenas o de persegui-la, por considerar que esse sentimento, tal como Gardner o entende, seria algo sempre inalcançável, "que sempre se procura, mas que talvez nunca se ache, por mais que se tente".

A noção de felicidade apresentada nesse trecho do filme, que consubstanciaria um sentimento vinculado a um paradigma sempre mutável, distingue-se da revelada nas ideias de John Rawls, que entende ser a felicidade o estado de quem *"está realizando com sucesso um plano racional, e confia, com sucesso, que seus esforços resultam em prazer."* . Ou seja, *"(...) a felicidade não é um objetivo entre vários a que aspiramos, mas a realização do plano racional* (1997, p. 612). A felicidade, por conseguinte, decorreria da execução do plano com reais perspectivas de êxito, e não necessariamente em sua efetiva conclusão.

Para Schopenhauer (2009, p. 19), a felicidade está vinculada a uma percepção subjetiva acerca da vida, ou seja, ao que as coisas representam para os indivíduos. Assim, ainda que aos olhos dos outros determinadas realizações possam ser consideradas motivos suficientes para trazer felicidade, não se haveria como garantir a determinada pessoa tal sentimento, uma vez que ele depende de suas concepções pessoais. Ainda acerca desse sentimento ou estado, o mesmo filósofo afirma a "nossa felicidade depende daquilo que *somos,* de nossa individualidade; enquanto, na maior parte das vezes, levamos em conta a nossa sorte, apenas aquilo que *temos* ou *representamos*." (2009, p. 7).

Todos esses argumentos se prestam, do ponto de vista empírico ou filosófico, a justificar a opção do texto da Declaração de Independência Americana, ao dispor que o direito ali esculpido diz respeito apenas à

"busca da felicidade", e não à garantia de sua obtenção.

Embora seja prescindível desconstituir as conclusões a que chegou Gardner, pois mais ainda corroboram a precisão da expressão utilizada na Declaração de Independência, é forçoso reconhecer que a escolha deveu-se, sobretudo, ao fato de que o Estado Americano, constituído soberanamente a partir de então, não assumiria qualquer obrigação de garantir as condições necessárias à concretização desse direito. Destarte, perseguir a felicidade, ou gozar efetivamente de todos os demais direitos individuais, era feito de responsabilidade de cada pessoa, conforme bem assinalou Dallari: "O exercício desses direitos, sobretudo, mas também de todos os demais direitos individuais, a forma de exercê-los e a oportunidade para isso eram questões adstritas ao exclusivo arbítrio de cada um, situando-se integralmente na esfera privada" (2010, p. 215).

O Estado Americano nasce, pois, sob a égide do pensamento liberal, que tem sua essência na crença de que o homem é o único e suficiente responsável por satisfazer seus próprios anseios, devendo o Estado se abster de se imiscuir de qualquer modo nas questões que importem apenas aos particulares. Destarte, se por um lado permite a busca da felicidade, por outro se vê o Estado Liberal impedido de garanti-la ou concorrer para a sua obtenção, pois é ele concebido sob o fundamento de que a intervenção estatal representa ameaça à liberdade individual, considerada valor supremo da sociedade de então (DALLARI, 2010, p. 104).

3. O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL

3.1. ORIGENS: INGLATERRA, ESTADOS UNIDOS E FRANÇA

Embora com uma configuração distinta de Constituição, que não se encontra reunida em um documento escrito e único, a experiência inglesa contribuiu significativamente para a construção do fenômeno constitucionalista moderno, tanto que é considerada a sua matriz (DALLARI, 2010, p. 177). A *Magna Charta*, que remonta ao ano de 1215, é considerada um marco do constitucionalismo britânico, uma vez que, após a unificação dos reinos anglo-saxões, foi o primeiro instrumento por meio do qual o soberano inglês se viu obrigado a reconhecer direitos

à nobreza feudal, os quais se destinaram a resguardar da propriedade, a equidade na tributação, a liberdade religiosa, dentre outras garantias (BARROSO, 2011, p. 32). A esse acontecimento também se atribui o início da concepção de parlamento como órgão de proposição e participação política, que, embora ainda sob o controle do soberano, passou a dividir com ele o exercício das funções do Estado (NEUMANN, 2013, p. 131).

Dessa tensão entre monarquia e parlamento também resultaram outros instrumentos que importaram limitações aos poderes do soberano, incrementando, assim, a ideia de garantia dos cidadãos[3] contra atuações arbitrárias do poder estatal. Em 1628, foi elaborada a *Petition of Rights*, sendo mais tarde, em 1689, o monarca inglês submetido ao *Bill of Rights*, este último documento que inaugurou na Inglaterra um novo modelo de distribuição de poder fundamentado na supremacia do Parlamento (BARROSO, 2011, p. 33).

A noção de divisão e limitação dos poderes do Estado, bem como a concepção dos direitos individuais como liberdades públicas relacionadas ao *status negativus* (CANOTILHO, 2003, p. 395), podem ser apontadas como as principais contribuições da história constitucional inglesa para o Constitucionalismo moderno, movimento este que teve nesses ideais os seus fundamentos (MIRANDA, 2011, p. 162-163; BARROSO, 2011, p. 27; BONAVIDES, 2012, p. 43).

Nada obstante, embora a trajetória histórica do modelo inglês, dada a sua estabilidade, tenha inclusive prescindido de uma constituição consolidada formalmente em um único instrumento, a fórmula adotada pelo Constitucionalismo moderno, sobretudo nos movimentos constitucionais americano e francês, fortemente influenciados pelos ideais iluministas, exigia que o Estado fosse organizado com fundamento em um documento escrito, que estabelecesse a estrutura orgânica desse Ente, bem como que dispusesse sobre sua forma de atuação. Essa exigência decorria da necessidade de se apontar expressamente as regras por meio das quais o Estado pautaria suas relações com os cidadãos, afastando-se as obscuridades do Regime Absolutista, de modo que se resguardasse o povo de qualquer intervenção indevida nas relações privadas. Objetivava-se, pois, a certeza e a segurança dessas normas de atuação do Estado, que seriam previamente conhecidas por todos.

Conforme leciona Canotilho, o constitucionalismo moderno se

desenvolveu a partir de três dimensões fundamentais:

> "(1) ordenação jurídico-política plasmada em um documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado." (2003, p. 52).

Esse entendimento bem se conforma à ideia esculpida no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Nacional Constituinte da França, cujo conteúdo afirma que "*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*". O ideal constitucional se encontrava, portanto, necessariamente relacionado ao reconhecimento de direitos "inalienáveis", os quais deveriam estar expressamente contemplados no corpo do texto de uma Constituição. Essa disposição topográfica da declaração de direitos se justificaria pela necessidade de resguardá-los de eventuais vilipêndios estatais, já que, em tese, estariam protegidos pela hierarquia e rigidez dessa norma jurídico-política.

E essas premissas foram observadas pelos movimentos constitucionais americano e francês, que trouxeram em seus textos constitucionais uma declaração de direitos.

A propósito, a Constituição Americana, em sua redação original, não chegou a contemplar uma declaração de direitos, o que se deveu principalmente ao fato de haver grandes divergências acerca da oportunidade de se dispor constitucionalmente acerca dessas questões, bem como no que diz respeito ao conteúdo dos direitos que deveriam ser consagrados constitucionalmente, notadamente com relação a temas relacionados à abolição da escravidão, igualdade, liberdade religiosa. Destarte, para o fim de viabilizar a aprovação do texto da Constituição, foi rejeitada pela maioria dos Estados americanos a proposta de inclusão de direitos no texto dessa norma. Essa ideia, no entanto, não foi abandonada peremptoriamente, tanto que em 1791[4] foi introduzida na Constituição Americana uma "Declaração de Direitos Individuais", a qual ficou conhecida como o *Bill of Rights* americano.

Na França, por sua vez, o caminho foi o inverso daquele percorrido nos Estados Unidos, tendo sido aprovada a Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão em 1789, antes mesmo de ser concebida a Constituição escrita nos moldes do Constitucionalismo moderno. Tal norma somente foi aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa em 1791, tendo incorporado ao seu preâmbulo a Declaração de Direitos anteriormente expedida.

Vê-se, pois, que todos os ambientes constitucionais antes registrados aderiam, em diferentes medidas e modos, à fórmula da positivação dos direitos fundamentais. A Inglaterra o fez, como foi antes assinalado, em documentos esparsos e concebidos em períodos distintos, embora dotados de natureza constitucional. Os Estados Unidos e a França, que inauguraram o Constitucionalismo moderno, optaram pela inclusão desses direitos no próprio corpo da Constituição, consagrando a ideia de direitos material e formalmente constitucionais (SARLET, 2012, p. 37).

3.2. DA NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL MODERNO

A ideia de direitos fundamentais trabalhada no Constitucionalismo moderno se relaciona bem perto com a doutrina jusnaturalista racional, que teve em Locke (1632-1704) um dos principais expoentes. A Locke, segundo lição de Sarlet, tributa-se o primeiro reconhecimento dos "direitos inalienáveis"[5] do homem, que seriam a vida, a liberdade, a propriedade e o de resistência (2013, p. 267). O conteúdo dessa categoria de direitos apresentado por Locke também coincide com os ensinamentos de Paulo Bonavides (2012, p. 580) e de Canotilho (2003, p. 111), e representam o que a doutrina denomina de direitos de primeira dimensão[6] (ou geração).

Segundo Bonavides,

> "Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente."

Essa dimensão de direitos corresponde à noção de liberdades públicas ou direitos de defesa (MENDES, 2004, p. 3), por meio das quais aos indivíduos se concede a possibilidade de opô-los ao Estado, que tem o dever de não embaraçar seu exercício pelos respectivos titulares (BONAVIDES, 2013, P. 40). Enquadram-se, portanto, no conceito de *status negativus*, de acordo com a Teoria desenvolvida por Jellinek (BONAVIDES, 2012, p. 583; PIEROTH, SHLINK, 2012, p. 62; ALEXY, 2011, 258).

Essa noção de direito exigível apenas em face do Estado é, todavia, incompleta, ainda que se tenha como referência o período que corresponde aos primórdios do Constitucionalismo moderno. Considerando que também os particulares, e não somente o Estado, poderiam intentar violar ou ameaçar os direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, notadamente os relativos à preservação da vida e da segurança, também em face daqueles seriam oponíveis tal categoria de direitos. A eventual violação de direitos individuais por particulares ensejaria a atuação do Estado, embora de forma restrita, uma vez que tinha a responsabilidade de resguardar a ordem pública (DALLARI, 2010, p. 215).

A partir dessa concepção de direitos de primeira dimensão, e em consonância com os ideais liberais, a atuação do Estado no Constitucionalismo moderno deveria ser mínima, limitada apenas às questões destinadas ao custeio estatal (cobrança de impostos), manutenção da ordem interna e preservação do território em face de invasões estrangeiras (DALLARI, 2010, p. 216), sendo, pois, o fim primordial desse Ente garantir que os homens, reunidos em sociedade, pudessem desfrutar *"(...) da sua propriedade, na paz e tranquilidade"*, conforme assinalou Locke, referenciado por Norberto Bobbio (1997, p. 188).

Por conseguinte, é de se reconhecer que o Estado Liberal, descomprometido que era com quaisquer outras prestações além das antes mencionadas, terminava por quase só servir aos interesses de uma minoria proprietária de terras ou de outros bens que, a partir da positivação dos direitos individuais, via-se agora protegida de eventuais violações praticadas pelo Estado. Aos demais "cidadãos", que constituíam a imensa maioria da população, quase nada foi acrescido no que se refere a uma atuação protetiva do Estado, que sequer cogitou garantir

efetivamente qualquer demanda de caráter social. As camadas sociais menos favorecidas, constituídas dos "desapossados de quase todos os bens", nunca chegaram a efetivamente gozar da liberdade idolatrada e proclamada pelo Liberalismo clássico, uma vez que esta somente pode ser alcançada quando associada à emancipação econômica (BONAVIDES, 2013, p. 188).

3.3. A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL MODERNO

A superação do Regime Absolutista, com a definição de um novo modelo de Estado, firmado sob regras expressas que condicionavam e limitavam os poderes do Estado, bem como o reconhecimento expresso de determinados direitos individuais, podem ser considerados os principais triunfos do Constitucionalismo moderno. Poderia, ainda, citar-se a diminuição dos privilégios de determinadas classes, tais como a nobreza e o clero, como outros méritos desse movimento constitucional.

Nada obstante, o modelo de Estado Liberal estabeleceu-se firmado em premissas contraditórias e de convivência intranquila, quiçá inviável. As expressões "liberdade" e "igualdade", valores que se constituíram lemas das Revoluções Americana e Francesa, exprimem significados que somente se harmonizaram casuisticamente nos discursos iniciais dos idealizadores desses movimentos. Aliás, acerca dessa questão, certamente uma das mais precisas análises foi feita pelo ilustre sergipano Tobias Barreto, ainda no século XIX[7]. Oportuno, destarte, transcrever trechos de "Um discurso em manga de camisa":

> "Liberdade, igualdade e fraternidade, três palavras que se espantam de se acharem unidas, porque significam três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras. (...)
> Mas Antes de tudo – que a liberdade e a igualdade são contraditórias e se repelem-se mutuamente, não milita dúvida. (...)
> A liberdade entregue a si mesma, à própria ação, produz naturalmente a desigualdade (...)" (1926, p. 102-103).

Já exauridos os fins a que se destinava o ideal de "igualdade", que era principalmente a supressão de privilégios da nobreza e do clero nas questões tributárias e de participação no poder político, os teóricos revolucionários logo cuidaram de relativizar o conteúdo desse princípio, passando a justificar a desigualdade e entendê-la como aceitável e justa, desde que decorrente de relações "estabelecidas e desenvolvidas com liberdade" (DALLARI, 2010, p. 104). Assim, o valor supremo do Estado Liberal, ao qual o ordenamento constitucional destinava a necessária proteção, era a liberdade, não se cogitando a tutela da Constituição sobre direitos de caráter social ou econômico, já que aquela norma não se constituía base jurídica das relações sociais (DALLARI, 2010, p. 100).

Esse distanciamento do Estado das relações sociais, aliado ao prestígio exacerbado da liberdade, terminou por fomentar o individualismo e o patrimonialismo, afastando a possibilidade de vingar, na prática, qualquer iniciativa de solidariedade, tanto que Dallari chega a mencionar a existência de um verdadeiro "culto da propriedade individual" (2010, p. 103). A consequência natural desses fatos foi a acentuação das desigualdades sociais, tal como registrado por Tobias Barreto, o que foi propiciado, a bem da verdade, pela completa impossibilidade estrutural Estado Liberal de evitar essa ocorrência, seja por vedação imposta pelo próprio modelo desenhado pelo ordenamento constitucional, seja pela inexistência de órgãos com incumbência de desenvolver atividades no campo social.

Esse panorama evidenciou que a amplitude até então outorgada aos direitos fundamentais, circunscritos à esfera das liberdades, terminava por comprometer a própria teleologia do instituto, na medida em que não obteve êxito no propósito de resguardar os valores mais caros da natureza humana. A lógica do pensamento liberal, de que a liberdade dos indivíduos para buscar a felicidade os conduziria à obtenção da máxima felicidade, conforme pensamento de Jeremy Bentham, referenciado por Dallari (2010, p. 118), desmontava-se a partir da constatação de que os mais pobres e os miseráveis jamais poderiam desfrutar efetivamente da liberdade. Surgiram, assim, os que passaram a afirmar a insuficiência da circunscrição dos direitos fundamentais ao campo das liberdades públicas, proclamando a necessidade de que o tratamento dispensado a essa classe de direitos fosse também estendido aos direitos econômicos, sociais e culturais (DALLARI, 2010, p. 142).

A aceitação desses argumentos conduziria, como efetivamente conduziu, à conclusão de que o Estado não poderia permanecer afastado do campo das relações sociais, impondo-se-lhe não mais limitar sua atuação à manutenção da ordem pública, mas a ter participação efetiva nas searas social e econômica, de modo a assegurar aos menos favorecidos os meios necessários a uma vida digna. Abandona-se, assim, a ideia de liberdade em seu aspecto meramente formal, passando ele a ser trabalhado sob a premissa da materialização e concretização (SARLET, 2012, p. 48).

Essas constatações, conjugadas a outras questões econômicas que não interessam diretamente ao tema proposto para o presente trabalho, puseram em cheque o modelo de Estado Liberal constituído desde o final da segunda metade do século XVIII.

4. O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO SOCIAL

4.1. A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

O esgotamento do modelo Liberal Clássico de Estado se verificou no mundo como um todo somente após o final de II Grande Guerra, embora em muitos países essa ocorrência tenha se dado no início do século XX, sendo exemplo disso a extinta União Soviética. A imersão do mundo num estado de beligerância com I Grande Guerra, a queda da bolsa de 1929, que ensejou a adoção de políticas intervencionistas do Estado na Economia a partir dos anos trinta, bem como um novo conflito global que se principiou ainda naquela década, foram eventos que terminam por transformar o modo de atuação do Estado na Economia, que passou de mero espectador da iniciativa privada a ator principal do cenário econômico, passando a conduzi-lo, controlá-lo e também a nele atuar diretamente (GRAU, 1998, p. 22).

A nova configuração de Estado exigiu, por óbvio, uma transformação também no sistema constitucional, consubstanciando o fenômeno que a doutrina denominou de Constitucionalismo Social, cujas origens são tributadas às Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, esta do ano 1919.

O modelo constitucional a partir de então estabelecido designou o Estado como efetivo participante das relações sociais, as quais se encontravam antes reservadas unicamente à esfera privada. Àquele

Ente se atribuiu, então, a responsabilidade por ofertar aos indivíduos prestações positivas que lhes assegurassem condições de vida compatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, este que passa a ser considerado o vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico-constitucional (JACINTHO, 2009, p. 253). Surgem, assim, os direitos sociais e econômicos, também denominados de direitos de segunda dimensão (ou geração).

Para o cumprimento dessa obrigação, a estrutura funcional do Estado também foi objeto de significativas alterações, passando ele a dispor de órgãos com atribuições voltadas à execução de políticas públicas destinadas a assegurar a fruição desses "novos direitos" pelos respectivos titulares.

Dota-se o Estado, ademais, de instrumentos de atuação que passam a lhe permitir dar efetividade aos comandos esculpidos do texto da Constituição, de modo que os direitos fundamentais ali reconhecidos pudessem ser materializados em favor dos seus destinatários. E foi neste aspecto que ganhou especial relevância o papel do Poder Judiciário, notadamente ao ensejo de exercer o que se convencionou chamar de Jurisdição (ou Justiça) Constitucional, em um sentido que vai muito além do simples controle de constitucionalidade concebido por Kelsen, no qual incumbe ao tribunal constitucional[8] funcionar como mero "legislador negativo" (1928, p. 150-154). A partir da compreensão e aceitação do caráter normativo da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1226; BONAVIDES, 2012, p. 244), que deixa de ser considerada apenas como documento político, mas que assume definitiva e irrevogavelmente a condição de "lei ou conjunto de leis" (BONAVIDES, 2012, p. 245) com densidade suficiente a dispensar complemento para serem materializadas, impôs-se ao Judiciário o mister de funcionar também como concretizador dos preceitos constitucionais. O Poder Judiciário, assim, assume importante papel de corresponsável pela garantia de pleno gozo dos direitos fundamentais.

4.2. A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Questão que ainda suscita debates, de modo a motivar significativa produção científica, diz respeito à amplitude do conceito de direitos

fundamentais na Constituição Federal de 1988. Um bom ponto de partida para análise dessa questão é, certamente, a busca de uma definição do que seriam os direitos fundamentais. A propósito, oportuno registrar a lição de Ingo W. Sarlet acerca do tema:

> "Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)". (2012, p. 77).

A partir da definição acima transcrita, verifica-se que há alguns elementos que podem ser apontados como característicos dos direitos considerados fundamentais.

O primeiro deles diz respeito à afirmação como tal pelo ordenamento constitucional. É oportuno ressaltar, todavia, que o reconhecimento advindo do "direito constitucional positivo" não significa que os direitos fundamentais devam, necessariamente, encontrar-se inseridos expressamente no texto constitucional; ou mesmo, caso se encontrem, de se situarem em determinada posição do corpo da Constituição. A exegese literal do art. 5,º, §2.º, da CF/1988 já autoriza essa conclusão. Além disso, o caráter de fundamentalidade decorre também do "conteúdo e importância" do direito, que guarda estrita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir dessas premissas, forçoso reconhecer que a configuração constitucional dos direitos sociais corresponde precisamente à definição de direitos fundamentais, já que se encontram expressamente (mas não exaustivamente!) elencados no texto da Constituição, em disposição topográfica que evidencia a importância que lhe foi outorgada pelo Poder Constituinte. A propósito, situam-se os direitos sociais no Capítulo II,

do Título II da Constituição, o qual é destinado ao tratamento "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Ademais, a relevância outorgada aos direitos sociais é revelada desde o preâmbulo constitucional, quando o Constituinte afirma o compromisso do Estado de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...)", colocando essas dimensões de direitos, mais uma vez, no mesmo plano de fundamentalidade.

Por conseguinte, por vontade expressa do Poder Constituinte[9], os direitos individuais e os sociais se encontram ligados intimamente, sendo postos em relação de complementaridade decorrente da conclusão já exposta no corpo deste trabalho, no sentido de que é incompleta a noção de fundamentalidade limitada apenas ao campo das liberdades, pois não têm estas o condão de "assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social." (PIOVESAN, 2006, p. 27). Essa íntima ligação não somente é revelada pela arquitetura constitucional, mas também pela configuração ontológica atribuída a ambos pela Constituição, conforme a lição bastante esclarecedora dos Professores José Luís Bolzan de Morais e Ângela Araújo da Silveira Espíndola:

> "Hoje, não mais se fala na dicotomia "direitos negativos (de abstenção) e direitos positivos (de prestação)". Há uma imbricação inevitável entre ambos. Não se tem assegurada a liberdade de manifestação sem o acesso ao conhecimento, exemplificativamente. Não se é livre passando fome. E é nesta perspectiva que emergem os problemas de efetivação dos direitos à – educação, saúde, moradia etc." (2009, P. 89)

Aliás, foi inspirado nesse liame que, em 2010, o Senador Cristóvão Buarque apresentou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 19/2010, visando alterar a redação do art. 6.º da Constituição, para o fim de afirmar que os direitos sociais são "essenciais à busca da felicidade". A despeito das críticas dirigidas à referida PEC, muitas delas até em tom de deboche, não há como subtrair a pertinência dos fundamentos da aludida proposição, ao considerar que a plena fruição dos direitos individuais somente é alcançada com a garantia de condições mínimas de existência digna.

É bem verdade que a eleição do princípio da dignidade humana como condicionante axiológico da hermenêutica e da aplicação constitucional, já teria o condão de conduzir a essa mesma conclusão, quanto a ser indissociável e complementar a relação entre os direitos de primeira e segunda dimensões. Todavia, inegável que a alteração proposta pelo ilustre Senador Cristóvão Buarque teria ao menos valor simbólico, na medida em que promoveria a consagração expressa no texto constitucional dessa lógica imbricação, consubstanciando uma manifestação da "constitucionalização simbólica" destinada a "confirmar valores sociais", de acordo com a tipologia apresentada pelo Professor Marcelo Neves (2011, p. 33).

4.3. O DILEMA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

"O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o do protegê-los." (BOBBIO, 2004, p. 43). A afirmação do ilustre Professor italiano, embora dirigida imediatamente para os direitos individuais ou de primeira dimensão, tem pertinente aplicação para todos os direitos aos quais o ordenamento constitucional atribuiu fundamentalidade, dentre os quais se incluem os direitos sociais. Nesse mister, nos dias atuais é a garantia do exercício dos direitos sociais que se apresenta como maior desafio para o Estado brasileiro, que se autoproclama como Social.

Acerca desse tema, a primeira questão que se apresentou foi a discussão em torno do regime jurídico das normas constitucionais que estabeleceram direitos de segunda dimensão, que foram consideradas, num primeiro momento, como despidas de eficácia normativa. Esse entendimento, embora ainda não superado completamente[10], encaminha-se para a substituição pela aceitação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais[11], dada a sua fundamentalidade e em conformidade com o disposto no art. 5.º, §1.º, da Constituição Federal. Como consequência dessa constatação, estaria inclusive facultado aos destinatários desses direitos perseguir, na via judicial, da satisfação dos compromissos estatais firmados no texto da Lei Maior (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 96).

Outro aspecto que se apresenta como indagação diz respeito à possibilidade de o Estado suportar os custos decorrentes do cumprimento dos compromissos assumidos na Constituição, no que se refere ao

campo dos direitos sociais. Isso pelo fato de o texto constitucional ter contemplado extenso rol de direitos dessa natureza, não havendo como desconsiderar a existência de "um grande descompasso entre as promessas constitucionais, a democratização no acesso aos meios de demanda social e os meios para sua realização." (BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 23). Eis que surge, então, o debate entre a "reserva do possível", como argumento a justificar a não concretização plena dos direitos sociais, e a garantia do "mínimo existencial", que representa os valores elementares consentâneos com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Via de regra esse debate doutrinário se reproduz no curso de ações judiciais propostas ao ensejo de reclamar a concretização direitos fundamentais não assegurados ordinariamente pelos poderes constituídos, em especial o Executivo, que é responsável direto pela consecução das políticas públicas. Em razão disso, recorrentemente se atribui ao Poder Judiciário a pecha de usurpador das funções dos demais Poderes. A propósito, sem olvidar da ocorrência de excessos por partes de uma parcela minoritária da magistratura, bem como do fato de que muitas vezes o exercício da jurisdição constitucional se dá sem a observância de recursos adequados de hermenêutica e argumentação, é inequívoco que o Judiciário apenas cumpre seu papel constitucional, atuando tão-somente (mas sempre!) quando provocado pelos que tenham legitimidade para tanto.

É bem verdade que a concretização dos direitos sociais sempre estará vinculada à ideia de possibilidade do Estado fazer frente aos custos das atividades desenvolvidas com essa finalidade. Assim, ainda que o Judiciário, atendendo aos mandamentos constitucionais, viabilize o usufruto dos direitos de natureza social e econômica, é possível, quiçá provável, que se chegue a um ponto em que ficarão escassos os recursos financeiros necessários a esse mister. Talvez nesse momento se conclua de que deve o Estado prometer menos, para que possa cumprir todas as obrigações que assumiu no corpo da Constituição, sob pena de se sujeitar ao que Bolzan de Morais chama de *desgaste de legitimação* (2011, p. 97).

Que fique claro, no entanto, que aqui não se prega como boa ou necessária a diminuição das prestações positivas do Estado, na tutela das questões sociais. Todavia, seguindo o Constitucionalismo no curso em que está, que aponta para a imperiosa aceitação da normatividade

da Constituição, bem como em razão do ritmo que lhe é ensejado pelo Neoconstitucionalismo, não tardará para que muitos entendam que o Estado precisa realmente encolher, redefinindo, por conseguinte, seus compromissos constitucionais quanto a prestações dessa natureza.

Nada obstante, é certo que a atual configuração dos direitos sociais, a quem a arquitetura constitucional atribuiu o *status* de fundamentais, impõe ao Poder Judiciário a obrigação, diante do inadimplemento estatal quanto à garantia de direitos desse quilate, promover a concretização das normas constitucionais, observando, por óbvio, e consoante lições de Kelsen (1931, p. 153), os elementos condicionantes extraídos também do próprio texto constitucional.

5. CONCLUSÃO

O emprego do vocábulo "evolução" requer sempre cuidado, de modo que não seja ele utilizado quando dissociado da noção de aperfeiçoamento, enriquecimento, ou expressões do mesmo valor semântico. Atento a essa advertência, ao ensejo do tema, pode-se afirmar que a concepção de direitos fundamentais experimentou grande evolução desde o advento do Constitucionalismo moderno, até a sua atual configuração. A propósito, alargou-se em grande medida a esfera de proteção dos indivíduos, aos quais o Estado, além de resguardar as liberdades clássicas, prometeu assegurar um núcleo essencial de direitos que, em conformidade com os valores consagrados no texto da Constituição, deve-se prestar a garantir condições ao menos elementares de vida digna.

Essa alteração na amplitude do conceito de direitos fundamentais passou pela redefinição dos valores fundamentais do Estado, abandonando-se a primazia quase absoluta da liberdade que imperava no Constitucionalismo moderno, para se prestigiar, no Estado Social, o princípio da igualdade em seu aspecto material. Destarte, assume o Estado o papel de garantidor das condições mínimas de existência, que podem inclusive ser objeto de reclamação pela via jurisdicional.

A questão primordial que se apresenta, no entanto, é a que concerne à efetiva garantia dos direitos fundamentais, aí se incluindo também os de segunda dimensão. Destarte, a despeito de opiniões que advogam a possibilidade de que, com base em diversos argumentos, possa-se justificar o inadimplemento estatal quanto a alguns compromissos sociais

assumidos na Constituição, é certo que, ao menos no que se refere ao núcleo essencial dos direitos destinados a garantir o mínimo existencial, a recalcitrância do Estado pode e deve ser suprida por meio da intervenção do Poder Judiciário que, atuando nos estritos limites do que lhe determina a Constituição, não pode receber o rótulo de ativista. Isso pelo fato de o modelo constitucional adotado pelo Constituinte de 1988, pelo menos até que alterado ("ou não," como diria o poeta baiano filho da saudosa Dona Canô), considera que também os direitos sociais são dotados de fundamentalidade e integram, por conseguinte, a categoria de direitos fundamentais do homem (e das mulheres também).

___

FROM PERMISSION OF "THE PURSUIT OF HAPPINESS" TO THE PROMISE OF WELFARE: THE CONCEPTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CONSTITUCIONAL MODELS OF THE LIBERAL STATE AND OF THE WELFARE STATE

ABSTRACT: The conception of fundamental rights has evolved significantly since the inauguration of modern constitutionalism. In the early days of the Classica Liberal State, the fundamental rights that correspond to the doctrine-called civil liberties, which had individual character and were dissociated of any positive benefits. To the State was imposed a posture of absenteeism, being prohibited from interfering in matters confined to the private sphere, especially the social and economic issues. This model of constitutionalism, it had the merit of overcoming Absolutism and the consecration of rules to protect against abuse of the state itself, was insufficient in regard to ensuring decent living conditions for all individuals. The failure of this concept led to the expansion of what should be considered as fundamental rights, passing these to also understand the rights or the second dimension (or generation). As a result of this expansion, there was also the transformation of the state model, from Liberal to the Social, so to have a constitutional obligation to offer positive benefits to individuals with the aim of ensuring, at least, basic conditions of dignified life. Then comes a new dilemma related to the realization of social rights, which refers to the ability of the state to meet the material cost of the realization of social rights. It is the debate between the reserve as possible and existential minimum, which occurs

mainly within the constitutional jurisdiction. This work is intended to promote an analysis of this historical trajectory of fundamental rights, since when conceived in the beginning of Modern Constitutionalism, until its configuration in contemporary constitutional moment.

KEYWORDS: Fundamental rights. Liberal State. Welfare State. Social rights. Evolution.

Notas

[1] A grafia incorreta da palavra *"happyness"* (correto: *happiness)* consta no título do mencionado filme, sendo justificada pelo contexto em que se desenvolve um dos trechos da obra.
[2] A interpretação emocionante, ao lado do próprio filho, rendeu a Will Smith a indicação ao Oscar de Melhor Ator do ano de 2006.
[3] Conforme será aduzido de forma mais pormenorizada nas sessões 3.2 e 3.3 deste artigo, embora não houvesse exclusão expressa dos demais componentes do povo, esses direitos se destinaram, na prática, a uma pequena minoria nobre e proprietária de terras e outros bens, que teve, a partir de então, mecanismos de proteção contra própria atuação estatal. Assim, é equivocado se afirmar haver conformação de sua definição com a dos direitos fundamentais, notadamente em razão da ausência de caráter universal (SARLET, 2012, p. 41).
[4] As dez primeiras emendas foram aprovadas no I Congresso dos Estados Unidos, realizado em setembro de 1791, somente entrando em vigor no dia 15 de dezembro daquele mesmo ano (DALLARI, 2010, p. 278).
[5] A influência de Locke sobre os movimentos constitucionais modernos pode ser verificada pelo fato de que a própria Declaração de Independência dos Estados Unidos utilizou a expressão "direitos inalienáveis", tal como fez o filósofo em referência. Diga-se o mesmo em relação ao teor do art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, bem como das diversas declarações de direitos expedidas pelos Estados Americanos, em especial a da Virgínia (1776) e a da Pensilvânia (1776).
[6] A expressão "dimensão", que hoje tem a preferência da doutrina nacional, é efetivamente mais apropriada que a "geração", uma vez que esta última remete à inadequada ideia de sucessão. Na verdade, como bem adverte o Magistrado e Professor Ingo W. Sarlet, é preferível a adoção da expressão "dimensão", pois melhor transmite a ideia de "um processo cumulativo, de complementaridade." (SARLET, 2013, p. 270).
[7] A edição do livro referenciado é de 1926. No entanto, a obra foi escrita por Tobias Barreto em 1879, no município de Escada, PE.
[8] Na concepção de Kelsen, caberia a um tribunal constitucional o controle de constitucionalidade destinado a eliminar do ordenamento jurídico leis ou atos normativos contrários à Constituição (1928, p. 152), embora também os juízes em geral tivessem competência para, nos casos concretos, negar aplicação de normas inconstitucionais (1931, p. 263).
[9] O "Poder Constituinte" é aqui mencionado na acepção descrita pelo ilustre Magistrado e Professor Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 119), como aquele manifestado pelo povo, por meio de seus representantes, reunido em Assembleia Constituinte. É ele, pois, distinto do poder reformador e do poder constituinte dos Estados-membros, que são exercidos na forma de emendas e da elaboração das constituições estaduais, respectivamente. Cf: Moreira, 2012, p. 30.
[10] O professor José Afonso da Silva ainda insiste em classificar as normas definidoras dos direitos sociais como sendo programáticas, mesmo fazendo referência a correntes modernas que apresentam entendimento divergente (2012, p. 137-139).
[11] Para aprofundamento do tema: SARLET, 2012, p. 261-273.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.
BARRETO, Tobias. *Um discurso em manga de camisa. In*: Obras Completas IV – Discursos. Aracaju: ECE/Edição do Estado de Sergipe, 1926.
BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.
BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 2003.
BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____; ESPÍDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *O Estado e seus limites*: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *In*: AGRA, Walber de Moura (Coordenador). Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009.
_____. *Estado Constitucional, Direitos Fundamentais*: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).
_____. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
_____. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
_____. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed Coimbra: Almedina, 2003.
CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coordenação). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo. Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana* – Princípio constitucional. Paraná: Juruá, 2009.
KELSEN, Hans**.** *A Jurisdição Constitucional*. Ano 1928. *In:* Jurisdição Constitucional. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
_____. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Ano 1930-31. *In*: Jurisdição Constitucional. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
_____. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. (trad. Antônio Francisco Sousa e Antônio Franco). São Paulo: Saraiva, 2012.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. ver, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
RUSSEULL, Bertrand. *A conquista da felicidade*. ed. esp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª edição. São Paulo: RT, 2013.
_____. *Os direitos fundamentais sociais*: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividae nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In*: AGRA, Walber de Moura (Coordenador). Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009.
SCHOPENHAUER, Arthur. *Aforismos para sabedoria de vida*. 3. ed.

São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

O ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL, VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL

Sanny Lara Lima Veríssimo Araújo*

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo subsidiar os operadores do Direito nas questões indenizatórias por abandono afetivo paterno-filial, uma vez que a ausência dos elementos imateriais, como amor, zelo e dever de cuidado dos pais em relação aos filhos menores podem violar o Princípio da Dignidade Humana. O tema é atual, haja vista que, a todo momento, pululam em nossos Tribunais demandas desta natureza. O estudo contribui diretamente com a ciência do Direito, principalmente no que tange aos ramos do Direito Civil, em especial, ao Direito de Família, ao Direito da Responsabilidade Civil e ao Constitucional. O assunto, apesar de já investigado por parte de estudiosos do Direito, será abordado, nesta ocasião, sob um novo prisma, o afeto como valor jurídico, propondo um novo direcionamento ao entendimento da responsabilidade civil no âmbito da relação paterno-filial, em decorrência do abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo paterno-filial. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dano moral.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objetivo demonstrar a relação direta existente entre o abandono afetivo paterno-filial e a violação do Princípio da Dignidade Humana, caracterizando o ilícito civil indenizável.

A temática será abordada sob o novo prisma do Direito Civil e, em especial do Direito de Família, pautada numa nova dimensão dos Direitos Fundamentais e da Personalidade sob o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, atribuindo-se ao afeto um valor jurídico fundado numa nova ordem pública instaurada pela

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-Graduanda da Estácio – Fase.

Constituição Federal de 1988, ultrapassando a concepção estritamente positivista.

Nesse cenário, propõe-se analisar a estrutura familiar moderna e a afetação do Princípio da Dignidade Humana pelo abandono afetivo paterno-filial, não só correlacionando a legislação vigente sobre o tema, como também a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1159241/SP sobre a possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo dos pais em relação aos filhos em fase de desenvolvimento.

2. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Explicitada a importância dos Direitos da Personalidade como expressão dos Direitos Fundamentais, sob a égide do Princípio da Dignidade Humana, impõe-se apresentar uma nova vertente do referido princípio, consentânea com o novo conceito de família, calcada em princípios éticos, dentre os quais, sobrelevam-se, no momento, aqueles atrelados à solidariedade, cuja expressão maior é o princípio da afetividade.

As mudanças estruturais pelas quais passou a família ao largo da história, remontando aquelas do século XIX, estruturadas num modelo hierarquizado e patriarcal, em que o afeto não possuía qualquer relevância às uniões, já que eram fundadas tão somente em interesses patrimoniais, ruíram diante dos novos conceitos de família. Pode-se afirmar que a famíla, desde a sua concepção, passou por um processo de mutação, cujo resultado é a autenticação de uma nova funcionalidade familiar, fundada, sobretudo, no desenvolvimento da personalidade e potencialidade do indivíduo, razão pela qual não é mais permitida a subjugação deste apenas aos interesses do grupo familiar, senão aos interesses pessoais.

Rodrigo da Cunha Pereira, com propriedade, citando Paulo Lôbo, enfatiza que as famílias atuais passaram a se vincular por laços afetivos em detrimento das motivações econômicas:

> A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é função básica na família de nossa

> época. Suas antigas funções econômica, política religiosa procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser finalidade precípua (CUNHA, 2005, p. 180).

A introdução de alguns conceitos da Psicanálise (sujeito, inconsciente, subjetividade, desejo e gozo) foram fundamentais à construção da afetividade como princípio jurídico. Nesta linha de intelecção, ainda com Rodrigo da Cunha Pereira, mostra-se pertinente trazer à baila compilação de sua obra:

> A vontade é sempre consciente e revela a manifestação exterior do desejo. É o ato do querer, de consentir. Ela é o elemento determinante das relações jurídicas obrigacionais. Nas relações do Direito de Família, o elo determinante é o amor, o afeto, que está vinculado ao desejo, ao sujeito do inconsciente (...) (CUNHA, 2005, p. 55).

O afeto, como corolário do Princípio da Dignidade Humana, está fundado na pessoa, enquanto sujeito de direitos, não visualizada sob o prisma familiar, mas a partir da individualidade de cada um. Assim, define este novo paradigma, Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar:

> A família sempre fora a referência do indivíduo, sendo mais sobressalente do que a figura pessoal de cada um dos seus membros; na atualidade, e pós Constituição de 1988, no Brasil, os indivíduos passam a gozar de função e importância destacadas do todo, de modo que da família passou a consubstanciar substancialmente o *locus* de realização dos indivíduos (...)" (2012, p. 269).

Impõe-se, contudo, ressaltar que a afetividade, não obstante fundada em fato sociológico e psicológico, como outrora mencionado, devido às transformações pelas quais passaram as famílias ao largo da história e,

ainda, do abarcamento do discurso psicanalista introduzido por Freud e Lacan, há de ser vista em seu aspecto objetivo, e não essencialmente sob a ótica dos elementos imateriais.

Pensar diferente seria tornar inócua a atividade jurisdicional. Não se pretende, lógico, esvaziar a afetividade dos sentimentos que a circundam, todavia, a abstração demasiada acabaria por inviabilizar o princípio constitucional em apreço.

Do ponto de vista prático, não é fácil pensar no afeto de modo objetivo, apartado do cunho sentimental. Entretanto, sob o prisma jurídico, somente será possível enfrentar a celeuma em torno da responsabilização pelo abandono afetivo por meio da maneira concreta da conduta, exteriorizada nas ações que vão torná-la presumível.

Percebe-se que a tendência hodierna de enxegar a afetividade como dever objetivo, mas não como mero sentimento, encontra sua razão de ser no próprio texto constitucional, ainda que de forma implícita com supedâneo nos Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III); no Princípio da Solidariedade (art. 3º, I); bem como no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e da Convivência Familiar (art. 227).

Tornou-se voz corrente na doutrina que a família moderna somente traz sentido ao Direito quando veiculadora da promoção da dignidade de seus membros, isto em face da mudança estrutural pela qual passou a família ao longo do tempo, transmudando-se o caráter do afeto como valor jurídico de suma importância ao Direito de Família.

A par do dissenso ainda existente na doutrina, não se pode olvidar que a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito, sobretudo, a partir da visão civil-constitucional, isto porque a concepção eudemonista da família não mais permite vê-la enclausurada em seu antigo caráter matrimonial, patrimonial e hierarquizado. Hoje, é impossível dissociar as famílias da liberdade, dos laços de afeto e da solidariedade.

A afetividade, antes relegada ao seio familiar, por meio da proteção conferida ao indivíduo, pós CF de 1988, tornou-se o principal fundamento das relações familiares, ainda que inexista a expressão afeto no Texto Maior como sendo um direito fundamental, indene de dúvidas que dele decorre a constante valorização da dignidade humana.

A legislação infraconstitucional começa timidamente a adotar o afeto como elemento da norma, fruto da sucessiva edição de julgados

sobre a matéria de Direito de Família, estabelecendo-o, quase sempre, como elemento de solução de controvérsias, sustentando, inclusive, a desnecessidade de formação ou manutenção familiar pautada em vínculos biológico-sanguíneo ou formal em detrimento de mera afetividade.

Em verdade, a justificativa para a adoção do afeto como valor jurídico reside no fato de que este valor, de uma forma ou de outra, sempre existiu no seio familiar, todavia sua externalização somente foi sentida após a revolução social, sobretudo nos últimos anos por meio da liberdade de expressão, não podendo, portanto, os estudiosos do Direito de Família negar esta realidade estabelecida.

Outrossim, o afeto é elemento indispensável ao novo Direito de Família. A dignidade da pessoa humana proporciona sua valorização, passando a ser a base de sustentação dos indivíduos contra os problemas externos.

A afetividade tornou-se um fato e, como tal, passou a ser valorada na sociedade e incorporada nas normas, materializada no exercício de valores humanitários consubstanciados no mútuo dever de pais e filhos assistirem uns aos outros, conforme se depreende do artigo 229, da CF: *"Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade"*.

2.1 A PATERNIDADE RESPONSÁVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O termo paternidade responsável, erigido a princípio constitucional no artigo 226, § 7º da CF/88, possui diferentes conotações, podendo ser entendido desde o planejamento familiar, ou seja, na livre decisão do casal ter ou não ter filhos, bem como na responsabilidade dos pais para com os filhos, fulcrada no poder parental, independente dos laços biológicos, uma vez que a afetividade, base de sustentação à efetivação dos direitos dos filhos, aliada ao tratamento isonômico conferido nos art. 227, § 6º, da CF, e art. 1.596 do Código Civil, vedaram todo e qualquer tratamento discriminatório entre filhos, restando despicienda à origem destes.

A discussão da paternidade responsável, na perspectiva deste

trabalho, é encará-la sob a ótica da responsabilidade dos pais para com os filhos, fulcrada no poder familiar, enquanto expressão do princípio da dignidade humana, tendo por corolário a solidariedade e a afetividade enquanto valores jurídicos, cujo escopo reside na efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal de 1988 concedeu tratamento igualitário ao homem e à mulher, assegurando a ambos os mesmos direitos e deveres no desempenho do poder familiar. Entende-se poder familiar como encargo imposto por lei aos pais, configurado, sobretudo, no poder-função exercido pelos genitores, servindo, precipuamente, aos interesses dos filhos, posto superada aquela ideia de exercício de autoridade dos genitores.

O poder familiar, autoridade parental, para boa parte da doutrina, é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, decorrendo tanto da paternidade natural, como da paternidade legal (adoção) e socioafetiva, constituindo-se, inclusive, em obrigação personalíssima, cujo inadimplemento enseja a aplicação da pena de multa estabelecida no artigo 249 do ECA. Convém frisar que não somente o Código Civil (art. 1.630 a 1.639), mas também o ECA (art. 21 a 24) tratam do instituto em apreço, inexistindo qualquer contradição cronológica ou de especialidade entre referidas normas.

Há de se alvitrar que, rompido o relacionamento dos pais, seja por meio do divórcio, ou dissolvida a sociedade conjugal, mantém-se inalterado o poder familiar em relação aos filhos (art. 1.632 do CC), haja vista não ser o mesmo inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros, restando, assim, mantidas todas as prerrogativas de referido poder-dever, consoante estabelece o artigo 1.579 do CC. A ausência de coabitação sob o mesmo teto entre pais e filhos não restringe nem exclui o poder-dever, que permanece intacto, exceto quanto ao direito dos pais terem os filhos em sua companhia, o que, decerto, restou, minimizado com a regulamentação da guarda compartilhada.

Ancorada no paradigma da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, a Carta de 1988, notadamente nos artigos 226, 227, 228 e 229, conferiu nova configuração ao poder familiar, particularizou, dentre os Direitos Fundamentais, aqueles que são indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, justificando seu intento na vulnerabilidade dos infantes.

Sobre a doutrina de Proteção Integral da Criança, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que:

> Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar (...)" (CUNHA, 2005, p. 132).

A Lei 8.069/90, ou seja, o ECA, pormenorizou os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dispondo, ainda, dos instrumentos para a efetivação de referidos direitos, expressamente positivados nos artigos 226, 227 e 228 da CF, servindo, ainda, como princípio de conformação e interpretação de outras leis ordinárias, dada a sua especialidade em relação às demais leis do ordenamento jurídico.

Muito pertinente, dentro dessa abordagem doutrinária, a aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que visa colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, garantindo a convivência, ainda que separadas dos seus pais.

Elucidativa a abordagem de Maria Berenice Dias:

> Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (...) (2010, p. 452).

O rol dos deveres inerentes ao poder familiar, elencados no Código Civil, nos artigos 1.634 a 1.729, não contempla o dever de afeto, todavia a missão dos pais, pautada no dever de assistência, criação, educação não deve ficar limitada a vertentes patrimoniais, porquanto inconteste

é a responsabilidade destes no tocante às estruturas física, psíquica dos filhos, por meio do adequado desenvolvimento de suas personalidades. Este é o sentido que se deve dar aos artigos 229 da CF e 1.634, inciso I, do Código Civil.

No flanco aberto por essa discussão, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, ainda que timidamente, têm convergido pela afirmação de que o dever de cuidado vai além do que a simples obrigação do dever de sustento. O ser humano precisa, além do básico para a sua sobrevivência (alimento, saúde, abrigo), de outros elementos, igualmente, importantes e necessários ao pleno desenvolvimento.

A propósito, o voto da Ministra Nancy Andrigh, no REsp 1159241/SP, afirma:

> Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
>
> Vê-se hoje, nas normas constitucionais, a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.
>
> Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: '(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)' (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engin. Acesso em: 03 jan. 2014).

É nesse cenário de mudanças significativas e conceituais sobre a paternidade responsável que emergem, nos tribunais, demandas de filhos em busca da responsabilização de pais omissos nesse dever de cuidado.

3. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ÂMBITO FAMILIAR: AUSÊNCIA DO CONVÍVIO PATERNO-FILIAL COMO ILÍCITO CIVIL INDENIZÁVEL

É oportuno registrar, neste momento, a importância de fazer-se, inicialmente, pequena digressão quanto ao instituto da responsabilidade civil e à possibilidade de sua aplicação no âmbito das relações intrafamiliares.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil denota:

> (…) Em sentido etimológico, a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71).

É tema recorrente nos compêndios jurídicos a tríade que configura a responsabilidade civil: a) conduta humana: que pode ser comissiva ou omissiva sempre voltada a uma finalidade específica; b) o dano: violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja extrapatrimonial (violação a um direito da personalidade); c) nexo de causalidade: liame necessário entre a conduta humana e o dano.

Além dos três elementos acima descritos, configuradores da responsabilidade civil em qualquer de suas modalidades, é imprescindível, ainda, não se esquecer do elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendido como a violação de um dever jurídico preexistente.

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta a culpa como o fundamento da obrigação de reparar o dano. Assim, inexistindo a culpa, não há obrigação de reparar o dano, logo, é imprescindível provar o nexo entre o dano e a culpa do agente. É a chamada teoria subjetiva que, inclusive, foi adotada pelo Código Civil no artigo 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

ilícito".

Todavia, insatisfeitos com a chamada teoria subjetiva (que exige a prova da culpa), vista como insuficiente para cobrir todos os casos de reparação de dano, passou o Direito a desenvolver teorias que preveem o ressarcimento do dano em alguns casos, sem a necessidade de provar a culpa do agente, já que são pautadas numa atividade de risco, com escólio no artigo 927 do CC, a teoria objetiva da responsabilidade civil ou responsabilidade sem culpa.

Superadas as questões preliminares acerca da responsabilidade civil, indaga-se: é possível a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares em decorrência da falta de convívio e afeto entre pais e filhos?

O tema é polêmico e suscita acalorados debates. Entretanto, antes de adentrar ao cerne da questão, convém trazer à tona a discussão acerca do órgão jurisdicional competente à apreciação das lides desta natureza, porquanto, por um lado, há quem entenda pela competência das Varas Cíveis comuns; por outro lado, outros militam a tese de que as Varas de Família atrairiam para a sua competência demandas da responsabilidade civil afeta às famílias, o que se mostra mais prudente em virtude das peculiaridades e características dos casos posto à tutela jurisdicional, máxime, possuírem maior sensibilidade os magistrados que atuam nesta área do Direito.

Conforme narrado acima, para a configuração da responsabilidade civil, é necessária a existência de três elementos: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade que se encontram também presentes na responsabilidade civil intrafamiliares.

A ação, no caso do abandono afetivo, consiste numa conduta, via de regra omissiva, praticada por um dos genitores em face dos filhos menores, privando-os de sua convivência, deformando, voluntariamente, a personalidade destes, ou ainda, pela conduta comissiva, por meio de reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença, gerando nas duas formas de conduta (omissiva/comissiva) desamparos afetivo, moral e psíquico. Ressalta-se que, além da cláusula geral de responsabilidade civil estampada no art. 186 c/c com o art. 927, caput, do Código Civil, os art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634, I, do Código Civil, determinam que os pais têm o dever de criar e educar os filhos. Portanto, a não observância deste dever, por meio da não prestação de condutas tendentes ao desenvolvimento da afetividade, configura ato

ilícito, porque fere esses preceitos legais.

O dano proveniente da conduta injurídica, *in casu*, do abandono afetivo, comumente, causa efeitos deletérios à personalidade dos filhos, resumidos em pequenos desajustes comportamentais quando em grau leve e, em escala superior, no surgimento de psicopatias diagnosticadas clinicamente, haja vista que é nesta fase que a criança necessita de paradigmas de comportamento e impressões de afeto, a fim de desenvolver plenamente sua personalidade.

É cediço, à luz da psicologia e da psicanálise, que o abandono afetivo causa danos às estruturas psíquica e emocional das pessoas, notadamente quando se trata de crianças em fase de desenvolvimento. Esses danos estão, intrinsecamente, ligados aos Direitos da Personalidade e à proteção do Princípio Fundamental da Dignidade Humana.

Há consenso doutrinário que, dentre os requisitos da responsabilidade civil, o nexo causal é o elemento mais difícil de ser aferido. Tal assertiva ganha maior proporção quando se trata de dano afetivo, isso porque o psiquismo recebe estímulos de toda parte, havendo, assim, uma dificuldade de se estabelecer que um determinado transtorno é decorrente de um fato específico.

Quanto ao elemento anímico, ou seja, a culpa, considerando que, nas relações familiares, os protagonistas (pais e filhos) não estão no exercício de qualquer atividade que demande risco a outrem, pela própria natureza da relação, tem-se que, na imensa maioria das situações fáticas trazidas ao crivo do Estado Juiz, a prova da "culpa" é *conditio sine qua non* para a responsabilização civil.

Os danos afetivos são essencialmente de ordem moral, não obstante possa englobar os danos patrimoniais, como medicamentos (antidepressivos e ansiolíticos), o custeio de tratamento psicológico e terapêutico da criança e do adolescente.

A legislação brasileira usa indistintamente a expressão dano moral para toda a espécie de danos não patrimoniais, a teor do que preconiza os artigos 5º, incs. V e X da Constituição Federal e art. 186 do Código Civil. Igualmente, a doutrina e a jurisprudência não fazem qualquer distinção entre o dano extrapatrimonial e o dano moral.

Carlos Fernández Sessarego *apud* Aline Biasuz Suarez diferencia o "dano moral" de "projeto de vida": o primeiro é uma forma sintética de lesão e de caráter transitório que afeta predominantemente a esfera

sentimental do sujeito, enquanto que o segundo é algo muito mais profundo, pois tende a ser permanente.

Trazendo a distinção citada acima, certamente o abandono afetivo está mais próximo de atingir um projeto de vida. Nas palavaras de Aline Biasuz Suarez:

> (...) A vítima, a criança ou adolescente, por maior que seja a excelência dos tratamentos psicológicos e terapêuticos e ainda caso lhe seja ministrada medicações, no caso de patalogias, jamais poderá suprir completamente as lacunas emocionais em face da omissão de seu genitor(a). Realmente é um sentimento que lhe acompanhará pelo resto de seus dias, muitas vezes frustrando em parte seu projeto de vida (...) (2012, p. 237)

A fixação do *quantum* indenizatório deverá ser procedida por meio de arbitramento judicial, com escólio nos artigos 944 a 954 do Código Civil, devendo o magistrado observar: a) lesividade da agressão que, em regra, é evidenciada pela modalidade de conduta (omissiva/comissiva), bem como pelo ânimo do agressor (genitor/genitora). Existem alguns danos que são causados por negligência ou por imprudência, ou seja, não há a intenção de lesionar; enquanto em outros, há o firme propósito de causar danos à vítima de forma deliberada; b) impacto sofrido pela vítima, ressaltando, neste particular, que cada indivíduo tem uma figura psíquica distinta, reagindo de forma diversa aos estímulos do meio ambiente; c) repercussão social do fato, ou seja, alguns fatos atingem tão somente a esfera íntima da vítima, ao passo que outros fogem do âmbito individual, repercutindo na esfera pública.

Não há dúvida de que, no abandono afetivo, o bem jurídico tutelado é a integridade psíquica e emocional do menor, bem como o pleno desenvolvimento de sua personalidade, livre de traumas e memórias inefáveis. A par da necessidade da constatação dos danos na personalidade, houve um progressivo desapego ao pensamento insular, já que as transformações ocorridas no seio da sociedade têm exigido soluções que já não podem ser dadas exclusivamente na dogmática jurídica. Não é por outra razão que, hodiernamente, a ciência e a prática jurídica têm se socorrido da interdisciplinaridade em sua esfera

de atuação por meio de estudos da psiquiatria e da psicologia, sendo essas as ferramentas mais plausíveis e disponíveis para aferir as sequelas advindas do abandono paterno-filial.

A família é, por excelência, o *locus* da afetividade, já que é em seu seio que os indivíduos se sentem seguros para expressar seus sentimentos, anseios, medos e desejos. É, portanto, o local onde as pessoas desenvolvem suas potencialidades, notadamente nos primeiros anos de vida, daí porque são imprescindíveis a formação e a manutenção de vínculos familiares. Conforme já discorrido, o poder familiar engloba o dever de assistência, de criação e de educação dos filhos, alinhado com a preservação da dignidade humana e com o adequado desenvolvimento das estruturas física e psíquica dos filhos em sua preparação para vida em sociedade.

Estudos na área da psiquiatria e da psicologia comprovam que a "concretização do dano sofrido" pela criança e pelo adolescente, vítimas de abandono afetivo, proporciona neles não só a autoestima baixa desencadeadora de diversos sintomas depressivos e doenças psicossomáticas, mas também distúrbios de aprendizagem, de relacionamento, fobias e mecanismos obsessivo-compulsivo, dentre outros.

Os suportes familiares são os alicerces ao desenvolvimento pleno da personalidade dos indivíduos, mantendo-os infensos a perturbações mentais e a conflitos neuróticos que possam sugir de atitudes prejudiciais dos pais para com os filhos (indecisão, rejeição, abandono, indiferença). Todavia, opondo-se a referidas atitudes consideradas maléficas, têm-se o afeto e o amor como formas de garantir um desenvolvimento pleno e digno às crianças e aos adolescentes.

Na verdade, é incontroverso que o pleno desenvolvimento da personalidade como expressão da dignidade humana não pode deixar de ser protegido pelo Direito, mostrando-se oportuno o manejo do instrumento jurídico da tutela inibitória, pouco utilizado, como forma de impedir os atos reiterados de omissão, humilhação e desprezo por parte do genitor, quando ainda não configurada a lesão à personalidade da criança e do adolescente.

Cabe enfatizar que o caráter de tutela integral à pessoa não está adstrito, exclusivamente, à reparação de danos, facultando-se à parte lesada a interposição da tutela inibitória de danos à personalidade,

com fundamento jurídico no artigo 12 do Código Civil, evitando-se a consumação de um dano ou, ainda, já tendo sido produzido o efeito danoso, obtendo-se a cessação imediata ou a ampliação de referido dano à personalidade das crianças.

4. QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO PELO ABANDONO PATERNO-FILIAL

Como alhures mencionado, é grande a celeuma jurídica instaurada em torno da responsabilidade pelo abandono afetivo paterno-filial. As vozes estão divididas num verdadeiro cisma doutrinário.

Um dos argumentos daqueles que se opõem à tese defendida neste trabalho é o de que os afetos independem da vontade humana, sustentando, ainda, que sua adoção importaria numa indevida monetarização do afeto, já que, dada as peculiaridades dos vínculos familiares, é impossível a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, notadamente por ser o afeto um elemento externo ao sistema jurídico. São contrários ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo doutrinadores de escol, como: Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald, Luiz Diez-Picazo, Regina Beatriz Tavares e Judite Martins Costa.

A despeito do antagonismo acima relatado, diz Cristiano Chaves Farias:

> (...) afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser (...) (2010, p. 89).

Favoravelmente à linha de intelecção adotada neste trabalho, ou seja, pela indenizabilidade do abandono afetivo nas relações interfamiliares, há parcela, não menos significativa, de doutrinadores: Rodrigo da

Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Maria Celina Bodin, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo e Pablo Stolze, que sustentam a aplicação da responsabilização civil no Direito de Família, fundada na ideia da paternidade/maternidade responsável, na qual a ausência do convívio e a negativa do afeto, causadoras de traumas e sequelas psicológicas, ensejam um ato contrário ao ordenamento jurídico, com previsão genérica nos artigos 186 e 187 do CC.

Rebatendo especificamente o primeiro argumento dos opositores da responsabilidade afetiva, o de que os afetos independem da vontade humana, impõe-se, inicialmente, a análise dos conceitos de afeto, amor e comportamento.

Aline Biasuz menciona, em sua obra, o estudo realizado por Maria de Lourdes Borges, sobre o amor, a partir da visão filosófica kantiana, sintetizando que o amor é gênero do qual o afeto é espécie, diferenciando-os quanto aos efeitos e resultados, conforme se segue:

> (….) o afeto engloba todos os tipos de sentimentos familiares, independente dos membros que o cultivem e de sua origem, vertical ou horizontal. A filosofia grega já subdividia o amor em espécies como amor *eros* (de conotação sexual), *ágape* (amor de nível espiritual e universal) e *philos* (amor psicomental) (SUAREZ, 212, p. 129 a 131).

Por sua vez, Romualdo Batista do Santos, em artigo intitulado "Responsabilidade Civil na Parentalidade", discorrendo sobre afeto e comportamento, cita Pierre Debray-Ritzen (Giselda Maria Fernandes Novaes, TÁRTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009, pág 200): "(...) os afetos são processos internos que independem de nossa vontade, ao passo que os comportamentos são manifestações exteriores da personalidade, que podem corresponder a algum estado afetivo, mas que podem não guardar essa correspondência (...)".

Nessa ordem de ideias, sobreleva-se a ausência de equivalência semântica dos termos amor e afeto, restando inadequada a utilização genérica do termo amor, já que é impossível mensurá-lo dada à sua robustez. De fato, não compete ao Direito compelir as pessoas amarem umas as outras. Todavia, lidando a ciência jurídica com a prestação de

comportamentos adequados à vida em sociedade, inconteste seu poder no tocante à exigência de condutas que estabeleçam os laços afetivos entre pais e filhos, materializados no dever de cuidado.

Lastreado neste entendimento, Romualdo Baptista dos Santos afirma:

> (...) o Direito não pode exigir que o pai ou a mãe ame seus filhos, mas pode perfeitamente exigir a prestação de condutas tendentes ao desenvolvimento dos afetos. A atenção, o carinho, a convivência são comportamentos que possibilitam o nascimento e o desenvolvimento dos laços afetivos, ainda que não correspondam ao estado afetivo do pai ou da mãe no momento em que são prestados. Diremos que se trata de comportamentos pró-afetivos (...) (2009, p. 201).

Não se trata de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial da possibilidade da construção do afeto entre pais e filhos, por meio da convivência, da proximidade do ato de educar, na qual é instalada a referência paterna como garantidora da integridade psicofísica que faz parte da dignidade dos filhos ainda crianças e adolescentes.

Outro fundamento suscitado pelos não adeptos à tese da reparação civil por abandono afetivo reside na destituição do poder familiar como pena ao genitor relapso nas suas funções paternas.

Conforme já asseverado, o poder familiar consiste num encargo imposto por lei aos pais, configurado no poder-função exercido pelos genitores, servindo, precipuamente, aos interesses dos filhos, posto ultrapassada aquela ideia de exercício de autoridade dos genitores.

Não obstante estejam as decisões jurídicas de procedência ou improcedência da reparação civil por abandono afetivo paralelamente associadas ao conteúdo do poder familiar, não é certo equiparar referidos institutos jurídicos. Os critérios para a decretação da perda do poder familiar diferem dos critérios da reparação civil. É bem verdade que ambos podem se originar do mesmo fato, ou seja, da situação de abandono vivenciada pela criança ou pelo adolescente. Entretanto, é preciso ter em mente que a causa de pedir na demanda por indenização pelo abandono afetivo não é a destituição do poder familiar.

Ademais, o caráter da pena de destituição do poder familiar é de cunho punitivo, ao passo que a pena decorrente da indenização por abandono afetivo é compensatório e no máximo dissuasório, razão pela qual institutos jurídicos diversos não podem ser confundidos, mormente por um não ser consectário do outro.

Assim, comprovado que a ausência de convívio entre pais e filhos pode gerar danos quanto ao pleno desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes, ainda em fase de formação, torna-se susceptível a indenização causada por tal omissão. A negligência, na forma de omissão do pai quanto ao dever de cuidado dos filhos, justifica a perda do poder familiar (art. 1.638, II, CC). Porém, a decretação da perda do poder familiar, de forma isolada, poderá acabar servindo ao intento do genitor relapso, constituindo-se, certamente, numa premiação pelo abandono.

Superadas as duas vigas de sustentação da antítese da reparabilidade por abandono afetivo, convém adentrar no caso que é considerado um *leading case* no Brasil, assim sintetizado:

A.F manteve contato com seu genitor, réu na demanda indenizatória por abandono afetivo, até os seis anos de idade de maneira regular, muito embora estivessem seus pais separados desde seus três anos de vida. Ocorre que, após o nascimento de sua irmã, fruto de um novo relacionamento do demandado, teria havido uma ruptura na relação entre pai e filho. Ao concluir o ensino médio, A.F pediu ajuda ao seu avô paterno para que o convite de sua formatura chegasse às mãos de seu pai, nutrindo a esperança, frustrada, de encontrá-lo no dia da missa de sua formatura, já que não o via há 11 anos, embora durante todo este tempo tivesse tentado se aproximar do seu genitor, pretendendo, apenas, o reconhecimento e o amor como filho. Em primeira instância, o juízo *a quo* rechaçou o pedido de indenização de reparação civil por abandono afetivo, entendendo que não restaram comprovados os danos supostamente alegados. O acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em sede de apelação, reconheceu a possibilidade de reparação pelo abandono afetivo paterno-filial, posto indubitável o dano moral e psíquico sofrido pelo filho, fixando a indenização no montante de 200 salários mínimos.

Ementa: Indenização danos morais. Relação

> paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. "A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Súmula: Deram provimento. Produziu sustentação oral pelo do apelado o Dr. João Bosco Kumaira e assistiu ao julgamento pelo apelante Dra. Thais Câmara Maia". BRASIL – Tribunal de Justiça de MG- Número do processo: 2.0000.00.408550-5/000(1) – Rel. Unias Silva – j. Em 01.04.2004 – Data da Publicação: 29.04.2004. (Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br>.Acesso em 03 jan. 2014).

Em sede de recurso especial, o apelante sustentou que a ação indenizatória é, em verdade, fruto do inconformismo da mãe do autor, já que o pai, ora apelante, intentara uma ação revisional de alimentos pretendendo a diminuição da pensão alimentícia. A Quarta Turma do STJ deu provimento ao recurso do pai, afastando a condenação da reparação civil por abandono afetivo arbitrada pelo Tribunal de Justiça mineiro, cuja ementa restou assim consignada:

> Ementa: "Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por abandono moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916, o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, Recurso Especial 757, 411/MG(2005/0085464-3), rel. Min. Fernando Gonçalves). (Disponível em: <htpp://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engine.> Acesso em 03 jan. 2014).

Inconformado com o acordão do STJ, o autor interpôs perante o STF Recurso Extraordinário que não foi apreciado no mérito, tendo em

vista o seu não conhecimento, sob a alegação de inexistência de violação direta à norma constitucional. A Ministra Ellen Gracie, em decisão monocrática, arquivou o RE(567164), nos seguintes termos:

> (...) 5. o apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais (art. 5º, V e X da Carta Magna) limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário. Ademais, o acórdão recorrido asseverou que a legislação pertinente prevê a punição específica – perda do poder familiar – nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos. Assim, afastou a possibilidade de reparação pecuniária por abandono moral, a partir da análise dos fatos e das provas constantes dos autos e da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo reexame não tem lugar nesta via recursal, considerados, respectivamente, o óbice da Súmula do Supremo Tribunal Federal 279 e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional. 6. Neste sentido, a Subprocuradoria-Geral da República asseverou que a "fundando-se a conclusão nas normas de regência – Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente – a eventual lesão ao Texto Magno, se existente, ocorreria de forma reflexa e demandaria a reavaliação do contexto fático, o que, também, é incompatível com a via eleita" (fl. 295). 7. Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário (CPC 557, caput). Publique-se. Brasília, 14.05.2009. Ministra Ellen Gracie Relatora. Brasil. Supremo Tribunal Federal. (Disponível em: < http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 jan. 2014).

Feitos todos os esclarecimentos do retrocitado caso que, inclusive, serviu de paradigma aos demais que pululam nos Tribunais espalhados

em nosso país, inconteste que não poderiam subsistir, por muito tempo, os fundamentos do voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves do STJ que, em síntese, à época, embasou a negativa da reparabilidade por abandono afetivo nos termos a seguir delineados, os quais recebem, logo em seguida, as pertinentes críticas, dada à ausência de fundamentação jurídica plausível:

a) O primeiro fundamento do voto do ministro relator pautou-se na imposição da pena civil, por meio da destituição do poder familiar como meio idôneo e suficiente a demonstrar que a sociedade e o Direito não se compadecem com o abandono ou descumprimento injustificado do poder de sustento, guarda e educação dos filhos perpetrado pelos pais.

b) Argumentou em seu voto que, geralmente, o genitor que detém a guarda isolada da criança ou do adolescente transfere a ela ou a ele os ressentimentos e mágoas nutridos contra o ex-companheiro.

c) Sustentou, também, a provável dificuldade do genitor no tocante à reconstrução dos laços afetivos em virtude do desgaste natural sofrido durante a contenda judicial, acaso condenado ao pagamento da indenização, fulminando, decerto, qualquer possibilidade de reaproximação.

d) Rechaçou o pedido de indenização tendo em vista que seu deferimento não atenderia ao escopo da reparação financeira, já que a pensão alimentícia serviria a tal intento.

e) Asseverou que não é tarefa do Poder Judiciário impor o amor ou obrigar alguém a manter um relacionamento afetivo.

f) Por fim, reconheceu a impossibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, tornando-se, pois, impossível reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização.

A seguir, as críticas aos fundamentos jurídicos do voto do Ministro Relator Fernando Goncaçalves do STJ, suso mencionados:

Como já comentado, a despeito da própria legislação brasileira, não foi atribuída à reparação civil a função punitiva. A responsabilidade civil tem função satisfatória, compensatória e até dissuasória, razão pela qual inconcebível a justificativa no sentido de que a destituição do poder familiar é medida punitiva ao genitor relapso. Frise-se que a decretação da perda do poder familiar é sanção de cunho administrativo, não civil, cujo objetivo é reparar a vítima ao *status quo*.

No tocante à possível síndrome de alienação parental, esta não serve de justificativa para elidir a omissão quanto aos deveres do genitor não guardião, já que existem instrumentos aptos a coibir condutas deste jaez por parte do guardião que incute sentimentos de revolta na criança em virtude do rompimento da sua relação com o ex-companheiro.

A crítica que se tece ao argumento da possível dificuldade de reconstrução dos laços afetivos, após o litígio jurídico, centra-se no fato da impossibilidade da reparação, *in natura*, da vítima do abandono afetivo, ou seja, da recomposição dos sentimentos usurpados como atenção, desvelo, dever de cuidado, tal impedimento não enseja a negativa da reparabilidade à vítima em virtude do dano injusto.

Não subsiste a argumentação de que pensão alimentícia é suficiente para reparar financeiramente a vítima do abandono afetivo, pois referida obrigação é decorrente do dever de sustento, que nada tem de comum com a obrigação de compensar a vítima de abandono afetivo, fundado por um dano injusto.

É indubitável que o direito não pode obrigar as pessoas a se amarem, todavia, conforme já discorrido, o direito pode e deve exigir condutas que estabeleçam os laços afetivos entre pais e filhos, materializados no dever de cuidado, tornando-se dispensáveis maiores comentários por tudo que fora exposto até o momento, sob pena de tornar-se repetitivo.

A impossibilidade de reparação civil, à luz do antigo art. 159 do CC de 1916, restou superada com o princípio geral de proteção à pessoa, sobretudo com o advento da Constituição de 1988, na qual o Princípio da Dignidade Humana ressoa e reverbera a toda legislação.

Felizmente, este não é mais o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende do acórdão proferido pela 3ª Turma no REsp1159242/SP julgado em 24/04/2012, assim ementado:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, não com essa expressão, mas com locuções e

> termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engin).Acesso em 03 jan. 2014.

Diante da importância histórica, bem como da abertura de precedentes favoráveis em relação à temática do abandono afetivo, é imprescindível a leitura, na íntegra, de toda a decisão, merecendo destaque o brilhante voto proferido pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, cuja compilação, em parte, é obrigatória dada à cientificidade e à técnica adotadas:

> 1. Da existência do dano moral nas relações familiares. Faz-se salutar, inicialmente, antes de se

adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral. Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intricados meandros das relações familiares. Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuídos, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02). Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. 2. É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa

do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole (...). Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa. Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável

–, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso. 2.1. Da ilicitude e da culpa. A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunda em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência. Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie. Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc (...). Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Vê-se hoje, nas normas constitucionais, a máxima amplitude possível e, em paralelo, a

cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: "(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)". Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal, supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica. por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois, na hipótese, o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia

– de cuidado – importa em vulneração da imposição legal (...). 2.2 Do dano e do nexo causal. Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais. Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem

> ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexo (...)". (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal _stj/publicação/engin. Acesso em: 03 jan. 2014.)

Desprovido de discursos sensacionalistas, o acórdão dispensa delongas e inicia a análise do tema pela questão fulcral, qual seja:

> se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável" (trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal _stj/publicação/engin>. Acesso em: 03 jan. 2014).

A decisão é firme no sentido de que, embora sejam as relações familiares permeadas de nobres sentimentos, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil no Direito de Família, visto que os textos legais que tratam da matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC de 2002) regulam o tema de forma abrangente, incluindo, portanto, as relações familiares.

O artigo 186 do CC é uma cláusula geral, alocado na parte geral do Código Civil é inconteste sua aplicação a todos os ramos do Direito, já que, como princípio geral de proteção à pessoa, deve ser aplicado aos demais institutos jurídicos.

No mesmo sentido, a decisão no tocante à destituição do poder familiar é irreprovável, ressaltando que referida destituição não se

constitui em óbice à indenização, já que o escopo de tal medida é a manutenção da integridade do menor diferindo, portanto, da finalidade compensatória da indenização.

Analisando os elementos da reponsabilidade civil frente à vulnerabilidade das intrincadas relações familiares, a linha de intelecção adotada mostra-se consentânea com os novos valores familiares, elencando o dever de cuidado por meio do convívio, da proteção, da criação e da educação dos filhos como condutas inerentes ao poder familiar.

Também com relação à ilicitude e à culpa, fundamenta-se a decisão não no desamor, tão alardeado pelos opositores da reparabilidade afetiva, mas na ausência do dever de cuidado, requisito mínimo a ser observado para que uma criança desenvolva plenamente sua personalidade.

Por fim, no tocante ao dano e ao nexo causal, houve entendimento no sentido de que os reiterados atos de omissão são passíveis de indenização independente da produção de provas dos danos alegados, já que inerentes à própria situação enfrentada pela vítima, classificando-os, assim, como *in re ipsa.*

Apesar da coerência e da técnica da decisão apreciada, não se mostra adequado presumir-se sempre o dano na situação de abandono afetivo, já que poderá haver a substituição, em alguns casos, do genitor ausente, por meio de terceira pessoa (família mosaico), devendo, portanto, o dano e o nexo causal em referidas demandas serem aferidos casuisticamente, sobretudo, com auxílio da interdisciplinaridade dos ramos da psiquiatria e da psicologia, bem como de uma instrução complexa.

Conclui-se, portanto, que a reparação civil por abandono afetivo é causadora de dano moral porque fere o Princípio da Dignidade Humana, não se cuidando do restabelecimento do vínculo afetivo, mas de sua substituição por um valor de natureza pecuniária, típico da responsabilidade civil.

5. CONCLUSÕES

Como visto, a constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, a partir da última década do século XX, e a sua adequação aos princípios consagrados na Constituição de 1988, dentre os quais o Princípio da Dignidade Humana, norteador do Estado Democrático de Direito, como

fundamento da ordem jurídica, erigido à categoria de macroprincípio e garantidor de tantos outros princípios éticos como liberdade, igualdade, solidariedade, aliado ao novo conceito de família eudemonista, na qual a valorização do afeto é corolário da dignidade humana, conferiram uma mudança paradigmática ao instituto da responsabilização civil nas relações intrafamiliares.

As profundas alterações ocorridas no seio familiar, promovidas após o advento da Revolução Industrial, desmantelaram seu anacrônico modelo hierarquizado e patriarcal. Esse fenômeno da modernidade ocasionou uma nova funcionalidade nas famílias, fundada no desenvolvimento da personalidade e potencialidade do indivíduo, razão pela qual não foi mais permitida sua subjugação aos interesses do grupo familiar, senão aos interesses pessoais, passando as relações a serem mais igualitárias e fundadas no afeto.

A partir da proteção conferida ao indivíduo, pós CF de 1988, a afetividade, antes relegada ao seio familiar passou, hodiernamente, a ser encarada como dever objetivo de cuidado, e não como mero sentimento. Assim, tornou-se elemento jurídico e passou a ser valorado na sociedade e incorporado nas normas, consubstanciado no mútuo dever de pais e filhos assistirem-se.

A par da atribuição de valor jurídico conferido à afetividade é que emerge a paternidade responsável, fulcrada no poder familiar, enquanto expressão do Princípio da Dignidade Humana, por meio da efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente, alicerçada no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, visando colocá-las a salvo de qualquer forma de negligência.

O abandono afetivo-paterno filial, fenômeno típico da pós-modernidade, gerador de transtornos físicos e psicológicos às crianças a aos adolescentes, ainda em fase de formação de suas personalidades, em que pesem todas as polêmicas doutrinária e jurisprudencial suscitadas ao redor do tema, é reconhecido pela Corte Superior de Justiça deste país como passível de reparabilidade civil.

O dano afetivo representa uma agressão direta aos direitos da personalidade, porquanto atinge a estrutura psíquica dos menores, afetando a dignidade destes, ante à desídia do genitor que descurou do seu dever de cuidado, seja por meio de uma conduta omissiva ou comissiva.

A indenização civil por abandono afetivo tem por escopo a compensação daquela criança que viu frustrado seu projeto de vida, a qual passou por duras sequelas emocionais, quase sempre insuperáveis. A reparabilidade indenizatória por abandono afetivo paterno-filial tem função dissuasória e preventiva para que outros pais não cometam o mesmo ilícito.

___

THE PATERNAL AFFECTIVE ABBANDONMENT, THE VIOLATION OF THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE AND THE CHARACTERIZATION OF MORAL DAMAGE

ABSTRACT: The present work has the purpose to subsidize legal practitioners in indemnity issues for affective paternal-filial abandonment, since the absence of intangibles such as love, care and duty of care of parents toward their minor children may violate the principle of Human Dignity. The topic is current, given that, at all times, swarming in our courts of this nature demands. The study contributes directly to the science of law, especially in regard to the branches of civil law, in particular the Family Law, Constitutional Law and Civil Liability. The subject, despite already investigated by scholars of law, will be addressed on this occasion, in a new light, affection as legal value, proposing a new direction in understanding the liability under the paternal-filial relationship due to emotional abandonment.

KEYWORDS: Abandonment paternal-filial affection. Violation of the principle of human dignity. Moral damages.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JUNIOR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo-estudo em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Juspodivm, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rev., atual. ampl, São Paulo: ed., Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias.* 2. ed. Rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: ed., Lumen Juris, 2010.
FERRAZ, Ludmila Freitas. *Aplicabilidade da responsabilidade civil no abandono afetivo parental.* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8516>. Acesso em jul 2014.
GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de direito civil*, volume 6: Direito de família- As famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. Rev; atual. e ampliada. São Paulo: ed., Saraiva, 2012.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. 8. Ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.
HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TÁRTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito de família e das sucessões.* Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.
KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo*: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais./Curitiba: ed., Juruá, 2012.
LAGRASTA NETO, Caetano, TÁRTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. *Direito de família* - Novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. Rev., atual. ampl. São Paulo: ed., Saraiva, 2011.
LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 21 jul. 2014.
_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/527>. Acesso em: 21 jul. 2014.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. Rev., atual. São Paulo: ed., Saraiva, 2008.
NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Manual dos direitos difusos.* São Paulo: ed., Verbatim, 2009.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
SILVA, Regina Beatris Tavares da. Cuidado de pai e mãe é dever de natureza objetiva. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>.Acesso em: Jul de

2014.
TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo* – novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.
TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.* 5. ed., rev., atual. E ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.
VENEZ, Hilma da Silva Costa. Possibilidade de indenização em face do abandono afetivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3480, 10 jan. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23326>. Acesso em: 21 jul. 2014.

ARTIGO 384 DA CLT E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL OU NORMA NÃO RECEPCIONADA?

Gianini Rocha Gois Prado*

RESUMO: Este artigo apresenta uma análise crítica sobre as correntes doutrinárias que divergem quanto à aplicabilidade do artigo 384 da CLT, sua interpretação e posição em face da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, destacando a evolução sociológica e as mudanças de paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direito Fundamental. Dignidade Humana. Isonomia.

1. INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis Trabalhistas, no Capítulo III que disciplina os períodos de descanso em face da proteção do trabalho da mulher, precisamente no artigo 384, preceitua o direito ao intervalo de quinze minutos, para a mulher, antes de dar início à jornada extraordinária, a saber: "Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho".

Hodiernamente ainda pairam divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a sua aplicabilidade e abrangência interpretativa face à CRFB/88.

A divergência prima face emana em se definir se tal dispositivo foi recepcionado ou não pela Constituição da República Federal do Brasil de 1988 e, em caso positivo, se sua interpretação deve ser feita de modo isonômico materialmente para homens e mulheres ou somente para estas.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

* Advogada militante desde 1996, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes e em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Na Idade Média, o direito natural ou "direito não escrito" era considerado superior e anterior ao direito positivo, pois refletia a vontade divina em toda sua plenitude, vez que era a vontade da lei escrita.

Até o final do século XVIII conviviam as duas espécies de direito, o natural e o positivo. Após tal período passou a prevalecer o positivismo jurídico por retratar uma segurança jurídica e ser considerado o direito propriamente dito, saindo de cena o direito natural que perdeu o *status* de direito.

Esta transitoriedade dá vez à passagem da concepção dualista que conviviam as duas espécies de direito que eram o natural e o positivo para a corrente monista, donde passou a imperar o positivismo do Estado.

O Código de Napoleão de 1804 rechaçava a ideia de que a sociedade fosse regida por princípios de direito natural, uma vez que as leis devem trazer as previsões para solucionarem os casos concretos, dando ideia de plenitude do sistema, sem espaço para lacunas jurídicas.

Para Noberto Bobbio: "O positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito".

No sistema positivista, ao juiz não é dado o poder-dever de ultrapassar os limites trazidos pelo legislador, posto que se a lei é justa ou injusta, somente cabe ao seu aplicador seguir os seus ditames, resolvendo os casos que lhe são postos de acordo com o direito positivado pelo Estado.

"Dura Lex sed Lex" era o jargão preferido pelos amantes do sistema positivista, pois a questão de direito justo ou injusto apenas ficava no âmbito filosófico, posto que a lei é sempre justa em face de que ela emana da vontade do povo, através dos seus legisladores escolhidos pelo sufrágio universal.

Montequieu afirma que "o juiz é o mero boca da lei". Para o positivismo, o juiz deve utilizar o método da interpretação literal e gramatical, jamais se permitindo em tal sistema o ativismo pan ou microprocessual.

Não poderia deixar de falar sobre o normativismo kelsiano que no início do século XX publicou a sua obra mais importante do pensamento jurídico, a tão aclamada *Teoria Pura do Direito*. O austríaco Hans Kelsen revelou por tal obra o seu intento de construir a teoria "pura" do direito.

Seu principal escopo era de concretizar o estudo do direito na norma, sem negar a conexão que havia entre as disciplinas de conhecimento humano. Porém, pela sua teoria ele procurava afastar da ciência do

direito os fatores que não lhe são próprios, uma vez que o direito deveria se ocupar apenas e tão somente com o ordem normativa. Havia um apelo ao olhar puro do jurista que não deve se deixar influenciar pelas ideologias e a ideia de norma era no sentido estrito, ou seja, a lei.

Kelsen propôs um corte epistemológico do Direito, uma vez que o jurista deve ter a sua atenção voltada somente para a norma. Divulgou ainda a concepção unitarista do direito, teoria monista, em que o Estado era a única fonte normativa.

A moderna doutrina traz uma forte crítica à famosa Teoria Pura do Direito, posto que se o olhar do jurista for puro e abstrair os fatores: psicológicos, sociológicos, ideológicos, humanísticos, políticos, éticos e morais, está se dando mais valor ao tecnicismo jurídico do que à aplicação da norma com os fins a que ela efetivamente se propõe.

Na visão da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, figura como uma vertente do culturalismo, quando ele afirma que direito é fato, valor e norma. Direito é o fato social, mas o sentido jurídico da norma, ao que se soma o valor atribuído ao intérprete. Nesta concepção, o direito é um fenômeno plural-pluralismo jurídico, ao contrário do que pensava Kelsen, para quem o direito contém somente normas.

Ainda no século XIX, Ihering já afirmava que: "direito não é um fim em si mesmo, mas tão somente um meio a serviço de um fim, sendo que esta finalidade consiste na existência da própria sociedade".

O término do regime nazista e o final da II Guerra Mundial ocasionaram uma grande transição com mudanças significativas quanto ao positivismo ideológico até então consolidado no sistema jurídico.

As atrocidades praticadas pelo regime nazista foi um retirar de véu para o positivismo ideológico que, até estão, é consolidado e imaculado.

Traz Goerge Marmeslstein que, pela teoria positivista, a norma deve ser cumprida e obedecida incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo, não cabendo ao jurista formular qualquer juízo de valor, apenas deverá cumpri-la rigorosamente.

E esta foi a tese levantada em defesa, pelos advogados, dos nazistas, posto que como agiram sob o comando de Hitler, apenas estavam cumprindo ordens e por sua vez cumprindo as leis e, por isto, não haveria o que se falar em responsabilização pelo crimes diabólicos, inclusive genocídio, praticados contra a humanidade.

Deste marco histórico emanou nova corrente jusfilosófica que é

chamado de pós-positivismo, cujo propósito é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso em sua obra O *direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira* diz que "O papel aceita tudo. Logo, o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos".

Para Paulo Bonavides, a lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se convergem "em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais", transformando a teoria dos princípios no coração da Constituição.

Nenhum ato poderá ser em conformidade com o direito se for incompatível com os direitos fundamentais.

Os princípios jurídicos deixam de ter um caráter meramente subsidiário. Há uma mudança relevante de paradigmas trazida com a CRFB/88, donde se considera a forte carga de valores que possuem os princípios.

O Direito Constitucional sofreu mutação pela doutrina do neoconstitucionalismo em que o ordenamento jurídico não é somente composto apenas de leis, mas de princípios que passam a ter uma eficácia normativa.

A doutrina moderna defende o pós-positivismo em que o magistrado deixa de ser o mero "boca da lei" para ser o "boca da justiça".

O ativismo endoprocessual ou em sentido micro se concretiza pela busca da verdade real, pelo aconselhamento às partes, pelas participações mais ativas em mesa de audiências, pelas inúmeras tentativas de uma composição que fomente a paz social e principalmente pela rápida e justa entrega da prestação da tutela jurisdicional, tendo em vista que o processo não é um fim em si mesmo.

Já o ativismo panprocessual ou em seu sentido lato que é aplicado pela mais elevada Corte e mostra que hoje o aplicador do direito garante, até que o legislador se manifeste, o exercício do direito para que a sociedade não fique prejudicada em seus anseios, em face da inércia do legislador, como aconteceu no caso da greve no serviço público e da dispensa coletiva, por exemplo.

Para Ricardo Maurício Freire Soares:

> "Uma das grandes mudanças ocorridas no direito constitucional ao longo do século XX foi a atribuição da norma constitucional do status de norma jurídica, superando-se o modelo anacrônico, segundo o qual a Constituição era vista com o mero convite político à atuação dos Poderes Públicos. A eficácia das normas constitucionais ficava, assim, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo ao Poder Judiciário nenhum papel relevante na realização dos valores e fins da Carta Magna".

Salienta Dirley da Cunha Júnior que:

> "A Constituição deixou de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendido como diploma composto de normas jurídicas fundamentais e supremas. Isto porque a Constituição como interpretativa de toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em face das demais normas, que a ela deverão conformar-se quanto ao modo de elaboração compatibilidade forma e quanto à matéria (compatibilidade material)".

3. TÉCNICA INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL MODERNA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Cediço é que a lei é que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição e não a Constituição interpretada em conformidade com a lei.

Segundo J.J. Canotilho, "interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de obter uma decisão de problemas práticos normativos-constitucionalmente fundada".

Para Jorge Miranda: A Constituição é quem deve dirigir o hermeneuta na interpretação das leis porquanto a superioridade e relevância da Carta Magna.

Dentre as modalidades de princípios de interpretação constitucional, o princípio da interpretação conforme a Constituição se destaca como um princípio constitucional de hermenêutica e para outros como um método de controle de constitucionalidade.

Para Luiz Barroso:

> "A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás designação turística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outra que o Texto comportaria. Mas, se fosse somente isso, ela não distinguiria da mera presunção da constitucionalidade dos atos legislativos, que também impõe o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição."

Na visão de Alexandre de Moraes, há subdivisão quanto à interpretação conforme em três espécies, a saber: interpretação conforme com redução de texto, sem redução de texto e conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade e conforme sem redução de texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade.

E, apesar de no Direito do Trabalho haver um sistema específico de interpretação cujo princípio protetivo, observando o *in dubio pro misero* e da aplicabilidade da norma mais favorável, Délio Maranhão adverte que: "Não é verdadeiro que, na dúvida deve o juiz sempre interpretá-las em sentido favorável ao trabalhador. Uma norma não se interpreta isoladamente, mas em função do sistema que integra e do fim social a que se dirige. A valoração sistemática da norma e o propósito a que se destina pode revelar-se um sentido contrário a pretensão do empregado, no caso a ser decidido".

4. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS DO ARTIGO 384 DA CLT

O artigo 384 da CLT que preceitua em seu texto, para a mulher, o direito ao intervalo de 15 minutos antes do início da jornada extraordinária, não assentou posição confortável no nosso ordenamento jurídico até os dias de hoje, carecendo de uma análise mais profunda para que seja consolidada sua necessidade de aplicação no moderno pacto laboral.

A não recepção trazida por alguns doutrinadores do referido direito ao intervalo para a mulher, assenta no fundamento de que o referido artigo 384 da CLT não está relacionado à proteção à maternidade e de que não se justifica o tratamento diferenciador entre homens de mulheres, restando a lei ancilosa e justamento por conta destes fundamentos é que há violação ao princípio da isonomia insculpido na CRFB/88.

Para Sério Pinto Martins:

> "O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher."

A saudosa Alice Monteiro de Barros entendia que o intervalo de descanso em benefício exclusivo da mulher seria incompatível com o tratamento isonômico entre homens e mulheres, previsto pela ordem constitucional e em seu plano prático enseja a discriminação que prejudica a inserção feminina no mercado de trabalho, posto que o ônus da promoção do descanso prévio a prorrogação da jornada favoreceria a contratação de homens, não contemplados pelo artigo 384 da CLT.

Há doutrina que critica tal posição, sob o fundamento de que como vigora no nosso ordenamento jurídico o princípio do não retrocesso social, trazendo a nossa CRFB/88 garantias para as mulheres tais como a estabilidade gestacional, estabelecida no ADCT 10, II b CRFB/88, e a aposentação como menor tempo, artigo 40, §1º, III da CRFB/88, o artigo

384 da CLT possui recepção em conformidade com a Carta Magna.

Neste sentido evidencia Luís Roberto Barroso que "[...] embora existam classificações suspeitas, como as fundadas em origem, raça, sexo, cor e idade (CF, art. 3º., IV), poderão elas subsistir validamente se atenderem, com razoabilidade, a um fim constitucionalmente legítimo.

Para o saudoso Amauri Mascaro Nascimento compreende que o peculiar benefício juslaboral em prol da mulher é integralmente hígido, sendo verdadeira *conditio sine qua non* para a prorrogação da jornada de trabalho.

Maurício Godinho Delgado dispõe que o intervalo especial de 15 minutos deferido pelo artigo 384 da CLT às mulheres em caso de prorrogação do horário normal de trabalho, antes do início da prestação das horas extras, é considerado eficaz, por ser compatível com a Constituição Federal.

Neste sentido o C. TST e o C. TRT 20, a saber:

RECURSO DE REVISTA. TRABALHO DA MULHER. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. INTERVALO PARA DESCANSO. ARTIGO 384 DA CLT. I - Conquanto homens e mulheres, à luz do inciso I do artigo 5º da Constituição, sejam iguais em direitos e obrigações, é forçoso reconhecer que elas se distinguem dos homens, sobretudo em relação às condições de trabalho, pela sua peculiar identidade biossocial. **II** -Inspirado nela é que o legislador, no artigo 384 da CLT, concedeu às mulheres, no caso de prorrogação da jornada normal, um intervalo de 15 minutos antes do início do período de sobretrabalho, cujo sentido protetivo, claramente discernível na *ratio legis* da norma consolidada, afasta, a um só tempo, a pretensa agressão ao princípio da isonomia e a avantajada ideia de *capitis deminutio* em relação às mulheres. **III** - Aliás, a se levar às últimas consequências o que prescreve o inciso I do artigo 5º da Constituição, a conclusão então deveria ser no sentido de se estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, considerando a penosidade inerente ao sobretrabalho, comum a ambos os sexos, e não a que preconizam aqui e acolá o princípio da isonomia, expresso também no tratamento desigual dos desiguais na medida das respectivas desigualdades, prestar-se como fundamento para a extinção do direito consagrado no artigo 384 da CLT. **IV** - Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência desta Corte, no julgamento do Processo nº TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno

do dia 17.11.2008, em acórdão da relatoria do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. **V** - Recurso provido. **Processo**: RR - 42400-97.2009.5.04.0221 **Data de Julgamento**: 01/12/2010, **Relator Ministro**: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, **Data de Publicação**: **DEJT** 17/12/2010

RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE. MATÉRIA REMANESCENTE. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO ESPECIAL CONTIDO NO ARTIGO 384, DA CLT. DESCANSO EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NORMAL. RECEPÇÃO DO DISPOSITIVO PELA CARTA MAGNA. REFORMA DA SENTENÇA. Considerando que a Constituição Federal recepcionou o artigo 384, da CLT, vez que o mesmo visa preservar as trabalhadoras do desgaste que o labor em sobrejornada acarreta, tendo em vista que a maioria destas Obreiras possui dupla jornada, no trabalho e em seus lares, tem-se, nesse passo, que a concessão do intervalo de 15 minutos que antecede a jornada extraordinária da mulher Empregada mostra-se perfeitamente cabível, pois a Lei, embora tenha estabelecido que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, previu situações especiais nas quais a mulher recebe tratamento diferenciado do homem, sem que tal distinção se configure ofensa ao princípio da isonomia, não havendo que se falar, outrossim, em estender tal benefício aos Empregados masculinos, justamente porque a concessão do intervalo visa o tratamento diferenciado de pessoas que se encontram em situações diferentes, o homem e a mulher, no que concerne às peculiaridades biológicas e sociais. Neste passo, temos que a concessão do intervalo de 15 minutos que antecede a jornada extraordinária da mulher pleiteada pela Reclamante é perfeitamente cabível, reformando-se a Sentença para deferir à Empregada o pagamento de 15 minutos previstos no artigo 384, da CLT, antes de iniciar o trabalho extraordinário, nos dias em que houve prorrogação da jornada. Recurso Adesivo da Reclamante a que se dá parcial provimento. PROCESSO nº 0000211-87.2013.5.20.0005. RELATOR: JOSENILDO DOS SANTOS CARVALHO, PJE, 1ª turma, publicado em 09/07/2014.

Não poderia deixar de falar sobre a corrente doutrinária mais vanguardista que interpreta intervalo insculpido no artigo 384 da CLT como uma garantia que vai ao encontro das normas de segurança, higiene e saúde do trabalhador e, por isso, deverá ser assegurado não só

às mulheres, mas também aos homens, os quais carecem de uma pausa para o seu reestabelecimento físico.

Neste sentido, a *I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*, realizada no TST, o Enunciado de nº. 22."ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (artigo 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos."

Vólia Bomfim Cassar entende que a interpretação razoável e plausível do artigo 384 da CLT é no sentido de se admitir que as proibições de discriminações se apliquem tanto para as mulheres quanto para os homens. A interpretação da aplicação conforme, com redução de texto, possibilita maior alcance da norma e a harmoniza com os artigos 5º, caput e inciso I c/c 7º, XXX, da CRFB/88. A exegese é razoável e não contraria a literalidade do texto legal que, apesar de ter se referido apenas às mulheres, não excluiu sua aplicação aos homens, pois se o fizesse seria o caso de declaração de inconstitucionalidade.

5. CONCLUSÃO

Muito embora este trabalho não tenha a pretensão de exaurir a discussão sobre o tema, quanto à interpretação do artigo 384 da CLT e sua abrangência quanto à aplicabilidade, ele busca uma reflexão levando em conta todos os aspectos discutidos pela doutrina.

Incontroverso que a lei não alcança a dinâmica dos fatos sociais, mas os princípios com força normativa, interpretativa e integradora garantem que o aplicador da lei imprima sua visão com equidade a fim de que as condições ancilosas e ontológicas da legislação não permitam as injustiças.

As diversas formas de interpretar se equiparam à condição do admirador de uma obra de arte que imbui a obra pelo seu modo de mirar a tela, mas ao intérprete é dado o poder-dever de garantir a conformidade com o filtro constitucional e com o escopo de garantir a paz social e a ordem jurídica.

Se por um viés, a globalização e a conexão mundial imprimem um modo flexível de interpretar a legislação, os pactos internacionais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos garantem uma interpretação tendo como pilar a dignidade do homem e este como o fim de todo o ordenamento jurídico.

Flávia Piovesan explana que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Hoje o homem tem ocupado cada vez mais igualitariamente as obrigações que outrora eram consideradas "femininas", como exemplo nas uniões homoafetivas e da isonomia de tratamento quanto à percepção do benefício extensivo a ele, da licença "maternidade", para as adoções, artigo 71ª da Lei 8213/91.

Data máxima vênia, com todo apreço que tenho para os que pensam em contrário, mas o intervalo intrajornada é uma garantia de maior vitalidade para o ser humano, imprimindo-lhe uma longevidade e assegurando maior segurança, proteção e saúde no trabalho.

O retrocesso social não tem lugar, pois que a humanidade evolui a cada dia e a extirpação de tal condição intervalar viola sobretudo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade além do direito humano e fundamental de poder ter uma vida melhor e mais longa e por isso aplicado a homens e mulheres.

___

ARTICLE 384 OF THEIR APPERANCE AND CONSITUCIONAL CLT. FUNDAMENTAL LAW OR REGULATION?

ABSTRACT: This article presents a critical analysis of the doctrinal trnds that diverge as to the applicability of article 384 of the Labor Code, its interpretation and its position in the face of the Constitution of the Federal Republic of Brazil in 1988, highlighting the sociological trends and paradgima shifts.

KEYWORDS: Federal Constitucion. Fundamental Rights. Huamn dignity. Equality.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira, http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:1993;000148216.
BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 edição. Saraiva,2003 p.189.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros editora,2000, pag. 76.
BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito, 1995,p. 27-29.
BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 158-159.
BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.047.
CUNHA, Direlei Junior. *Controle de Constitucionalidade*: teoria e prática. Salvador: Juspodium,2006, p. 32..
CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4 edição. 2010, p. 110/111.
CANOTILHO , J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998, p. 1074.
DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 edição 2013, p. 975.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, Coimbra: Aemênio Amado, 1979 p. 1-7.
MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro, 17 ed. Fundação Getúlio Vargas, p. 37.
MARMELSEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 edição 2011, p.11
MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 69
MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra, 2002, p. 658.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo, 2002,

p. 44-45.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 534.
NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22 ed., Editora Forense, p. 214-215.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13 edição, 2012, p. 89.
SOARES, Ricardo Marurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Editora Saraiva, 2010, p. 124.

Sites consultados:
http://www.trt20.jus.br, acessado em 20/07/2014
http://www.tst.jus.br/, acesso em 20/07/2014.

A HIPERJUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS: A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO CONTENÇÃO PARA A HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO

Anthony Ferreira Almeida[*]
Pamela Ferreira Almeida[**]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da hipertrofia do Poder Judiciário como resultado de uma sociedade moderna e complexa. O estudo analisa o princípio da tripartição dos poderes com vistas ao papel do Judiciário no processo de interdependência de cada um dos poderes estatais, e examina as possíveis causas que fomentaram a necessidade de se conceder a um único órgão da soberania estatal a função de finalizar todas as demandas sociais. Nesse contexto, a supervalorização do Judiciário é analisada dentro do sistema do Estado Democrático de Direito que atribuiu a este Poder a função de guardião da Constituição. O estudo examina ainda, como principais consequências desse fenômeno, a falta de efetividade das decisões judiciais e a demora na tramitação dos processos submetidos ao exame e pronunciamento do referido órgão. Nesse contexto, são apresentados os meios alternativos de solução de litígios como forma de contenção do exagerado demandismo judicial e como instrumento geral de pacificação social. Dessa forma, o trabalho não tem a pretensão de exaurir o assunto, pois são várias as teorias e propostas que sugerem uma delimitação ao ativismo judicial. A intenção desse estudo é tão somente fomentar o debate sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Soluções alternativas de conflitos. Separação dos Poderes. Celeridade e efetividade processual. Crise do Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

[*] Advogado OAB/SE8016.Graduado pela Universidade Tiradentes (2013). Email: anthony.allmeida@hotmail.com

[**] Advogada OAB/SE 8057.Graduada pela Universidade Tiradentes (2010). Pós-graduada em Direito e Processo Civil pela Faculdade Social da Bahia. Email: pamela_almeida82@msn.com

Nos últimos anos, o Poder Judiciário viu-se diante de um aumento considerável das demandas judiciais e, atualmente, é visto pela sociedade como único e importante órgão de solução dos conflitos. A judicialização das demandas sociais significa que todos os litígios, dos mais simples ao mais complexos, são submetidos ao crivo do Judiciário.

Nesse processo, vários fatores contribuíram para a supervalorização do referido órgão: o neoconstitucionalismo que superou o estado Legislativo e consagrou a supremacia da Constituição; o pós-positivismo que preconiza uma valorização dos princípios e sua inserção na Constituição através da inserção dos direitos fundamentais; a insuficiência da atuação dos outros Poderes, mais precisamente o Executivo, que não atende às necessidades sociais; a própria complexidade das relações sociais na modernidade (consequência de uma sociedade massificada) exige uma atuação mais efetiva e concreta do direito, o que resulta no processo de judicialização de todo o tipo de demanda social; e o despertar gradual da sociedade no sentido de exigir a reparação de lesões aos seus direitos (característica quase sempre latente na sociedade brasileira, tendo em vista seu contexto histórico) que vê no Judiciário o órgão solucionador de todo e qualquer conflito social.

O excesso de demandas sociais submetidas ao crivo do Judiciário faz com o que o órgão se transforme no solucionador único e final dos litígios, sobrecarregando-o demasiadamente. Assim, se determinados conflitos sociais não são resolvidos dentro de um sistema democrático, que se baseia na solução de conflitos por meio do debate e acordo comum, essas mesmas questões são levadas ao Judiciário.

A consequência desse processo consiste numa supervalorização do Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, revelando verdadeira afronta ao princípio da separação dos poderes, bem como numa atribuição de novas funções à prestação jurisdicional dentro de um contexto social que já vislumbra meios alternativos de soluções dos litígios como forma de pacificação social e consequente redução das demandas submetidas ao Poder Judiciário.

A judicialização das relações sociais transformou-se, assim, num processo autodestrutivo para o direito e para o órgão, que não será capaz de absorver e resolver todos os tipos de conflitos sociais.

O processo de hiperjudicialização das demandas reflete-se na má qualidade das decisões judiciais, na demora do andamento dos

processos, na superestimação do papel do juiz como criador da norma, no surgimento de um superpoder em detrimento dos demais, etc. É sobre esse processo de hipertrofia do Poder Judiciário e sobre um dentre os possíveis limites a este fenômeno que trataremos a seguir.

2. AS CAUSAS DA HIPERJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

Na sociedade contemporânea, observa-se uma crescente importância do Poder Judiciário como único órgão solucionador das demandas sociais, bem como verifica-se uma evidente alteração na atribuição de suas funções.

Não se discute a função típica do órgão, qual seja, a de dizer o direito, até porque o princípio da tripartição dos poderes, idealizado por Montesquieu, define claramente as três funções estatais e ressalta a necessidade de manutenção da separação dessas funções. O que se vislumbra, no âmbito das contendas sociais, é a sutil superposição deste Poder em detrimento dos demais poderes, evidenciando uma afronta ao princípio citado.

A separação dos poderes foi consagrada nas Constituições do segundo pós-guerra como importante meio de contenção de abusos por parte do Estado e de preservação da liberdade, pois como bem acentua Silva (2012, p. 108) "se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes".

A tripartição dos poderes constitui elemento essencial do constitucionalismo que sofreu profundas mudanças até o reconhecimento da supremacia e força vinculante da Constituição. O neoconstitucionalismo preconiza a análise dos casos através de uma perspectiva constitucional, dotada de intensa carga principiológica, e o pós-positivismo centraliza os direitos fundamentais e reaproxima as noções de Direito e Ética. Fernandes e Bicalho (2011, p. 113) resume bem essa mudança quando ressalta que:

> "Foi visto que uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas. O pós-positivismo tenta firmar bases

> filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente".

Ampliadas as possibilidades de interpretação das normas, nesse processo, o juiz assumiu, além da função de aplicador da norma geral, o papel de criador da norma individual destinada a reger um caso específico. A consequência verifica-se numa máxima flexibilidade do princípio da tripartição, de modo que há, cada vez mais, uma interferência dos poderes políticos entre si. Silva (2012, p. 109) chama a atenção sobre o rigor da tripartição ao salientar que:

> "Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado Contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o Judiciário".

É certo que o estado atual das coisas impõe mudança e a atuação suprema do Judiciário em detrimento dos demais poderes é, de certa forma, justificada do ponto de vista social, pois como acentua Filho (2014, p. 11):

> "(...) essa concepção originária de organização das funções estatais não se coaduna com os Estados Democráticos de Direito da atualidade, isso porque houve estrutural mudança nas competências institucionais, sobretudo nas atribuídas ao Poder Judiciário".

Por outro lado, a hipertrofia do Judiciário revela verdadeira crise de representatividade democrática: o Legislativo se omite na edição de leis que atendam aos reclamos sociais; e o Executivo disponibiliza cada vez menos os recursos públicos para o atendimento das necessidades sociais e não realiza as políticas públicas determinadas na Constituição Dirigente.

A omissão e insuficiência destes poderes contribuíram, assim, para a

atividade compensatória do Judiciário e para a consequente judicialização das relações sociais, pois este poder toma para si a função de resolver todos os litígios sociais interferindo de certa forma na competência dos demais poderes e ocasionando certo desequilíbrio entre eles. Filho (2014, p. 11) destaca que:

> "(...) a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário, arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais".

O Executivo e o Legislativo, diante do considerável aumento da população e da complexidade dos conflitos sociais, se tornaram insuficientes no atendimento dos reclamos da sociedade e, sutilmente, se eximiram de suas funções e as transferiram ao Poder Judiciário.

Fatores como a globalização, a produção em massa, a coletivização de direitos deram sua parcela de contribuição à hipertrofia de Judiciário. Como bem observa Vianna (1999, p. 22):

> "Novos processos sociais têm provocado a emergência de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização em que a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções de massa, gerando, como sustenta Cappelleti, fenômenos de massificação da tutela jurídica".

No âmbito das relações de consumo, por exemplo, nota-se claramente que o comportamento da sociedade sofreu profundas alterações: o indivíduo passou a viver integrado em um novo modelo de associação, qual seja, a sociedade de consumo, decorrente do desenvolvimento tecnológico e da produção massificada. Verifica-se, consequentemente, um aumento considerável no número e na complexidade das demandas sociais. Assevera Soares (2009, p. 25), que:

> "Quanto mais complexas são as relações sociais, maiores são as possibilidades de se ocasionar

> uma lesão à esfera jurídica alheia e mais eficiente deve ser a resposta a ser dada pelo direito com a finalidade de que as marcas maléficas decorrentes de atos ilícitos sejam apagadas ou, pelo menos, reduzidas".

Ademais, a evolução dos meios de comunicação provocaram uma transformação, sem precedentes, nas relações sociais locais, regionais e, até mesmo, intercontinentais e, com isso, contribuíram para a expansão de conhecimento e informações sobre os direitos.

Se antes, na sociedade brasileira, não havia a cultura de reclamar e exigir direitos, seja por fatores históricos, culturais ou sociais, hoje o que se pode observar é um aumento gradativo de pessoas buscando a reparação de lesões causadas aos seus direitos. A população procura cada vez mais o Judiciário e vem reclamando uma postura mais ativa deste órgão.

O Judiciário, por sua vez, não pode se esquivar de acolher as demandas sociais e solucionar os conflitos sob pena de infringência do direito fundamental de acesso à Justiça. Nesse sentido, Cappelleti e Garth (1988, p. 8) declaram que este direito:

> "(...) serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente justos".

Com o intuito de oportunizar uma prestação jurisdicional a todos aqueles que buscam o órgão garantindo o direito de acesso à Justiça, o Judiciário vem emitindo decisões desprovidas de profunda análise e especificidade do caso concreto. Busca-se, assim, um processo célere em detrimento da qualidade das decisões judiciais.

Para uniformizar e amenizar tal quadro, surgem diversas técnicas de padronização das decisões como, por exemplo, as mais variadas espécies de súmulas que constituem verdadeiros julgamentos padronizados. Parte da doutrina se manifesta contrária à adoção dessas técnicas porque

inflexibiliza o sistema ao petrificar um entendimento e atribui função legislativa aos tribunais, supondo um sutil retorno ao positivismo.

O fato é que todos os tipos de conflitos são submetidos à análise do Judiciário que já não suporta o aumento gradual das demandas e não consegue mais solucioná-los com maior rapidez, infringindo o princípio da razoável duração do processo.

Ademais, o Estado não acompanha o aumento dos litígios sociais no sentido de prestar serviços públicos de qualidade e adotar políticas públicas eficientes para evitar uma crise do Judiciário.

Para atender ao princípio constitucional e desafogar o órgão judicial, necessário se faz a utilização de outras formas de composição dos litígios, pois como assevera Gajardoni (2003, p. 491) "o direito à razoável duração do processo indica a necessidade de aceleração do processo, em razão de técnicas extraprocessuais, extrajudiciais e judiciais".

Assim, o uso de meios alternativos de solução de conflitos mostra-se como potencial instrumento de pacificação social e consequente subsídio no processo de redução do demandismo judicial.

3. A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO LIMITE AO ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição, ao democratizar o acesso à Justiça, estabeleceu que é dever do Estado a intervenção na solução dos litígios entre os indivíduos. Dessa forma, a disponibilidade deste direito conduziu à crença de que todo e qualquer interesse contrariado deva ser levado ao Judiciário.

O problema é que, diante da pluralidade e complexidade das relações e conflitos sociais, o Estado, hoje, não possui estrutura para dirimir os conflitos existentes, ocasionando uma sobrecarga no Judiciário, como anteriormente demonstrado.

Tal fato faz com que se busque alternativas que possam atender os interesses e solucionar os conflitos. É nesse contexto que ganha importância a adoção e utilização de meios alternativos de composição de conflitos, de forma a ampliar e assegurar a eficácia do princípio constitucional de acesso à Justiça.

Os meios alternativos são, em suma, definidos por Tartuce (2008, p. 19) como "técnicas diferenciadas de tratamento do conflito como alternativas à solução judicial" e constituem o terceiro movimento de

acesso à Justiça em face da insuficiência do processo contencioso em emitir soluções eficazes aos problemas.

Em outros países, como os Estados Unidos, os métodos alternativos são constante e largamente utilizados na busca da efetivação do acesso à Justiça. Naquele país, os métodos alternativos são bem aceitos pela sociedade, por questões financeiras (em razão do alto custo do processo) e pela cultura do povo, que aceita mais facilmente a negociação.

No Brasil, a sociedade ainda se mostra duvidosa em relação à adoção desses métodos. Certamente, tal fato decorre, dentre outros fatores, de aspectos culturais, visto que a história brasileira sempre apresentou um povo passivo, não participativo e que aceita facilmente as decisões provenientes do outro (geralmente um superior, nesse caso, o juiz).

Os próprios operadores do direito mostraram certo pessimismo em relação à adoção dos mecanismos alternativos. Ao tecer comentários sobre a adoção da arbitragem no Brasil, Carmona (2009, p. 2) ressaltou que:

> "A somatória de esforços para vencer a maré montante de pleitos e demandas trouxe benefícios para todo o país. (...) Todos concluíram que a ajuda que os meios alternativos (...) podem prestar é valiosa e não pode ser descartada. Também concluíram que não era fundado o medo de alguns de que a arbitragem concorresse com o Poder Judiciário na solução de litígios: a experiência acabou por demonstrar que a arbitragem jamais poderia substituir atividade jurisdicional protagonizada pelo Estado".

A adoção dos meios alternativos não significa a extinção do método tradicional, visto que a atividade jurisdicional seria apenas subsidiária, ou seja, necessária somente para aqueles casos que não obtiveram sucesso com o diálogo direto entre os envolvidos, o que autorizaria a intervenção judicial.

Entretanto, independentemente do histórico de passividade do povo brasileiro e de certo receio entre os operadores do direito, é nítido o descontentamento geral da sociedade com a morosidade e ineficiência do atual sistema judicial, fato este que contribui para a inserção e uso

dos meios alternativos de solução de conflitos.

A resolução de conflitos pelos próprios envolvidos, transfere a estes o poder de decisão e solução, conquistadas através do diálogo e do debate, elementos essenciais de um Estado Democrático de Direito. Como bem assevera Silva (2012, p. 119):

> "A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social (...), participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório (...), pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe, assim, o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade (...)"

A democracia preconiza um sistema baseado no diálogo e na conversação e a utilização dos meios alternativos ratifica esses elementos na medida em que prestigia a oralidade e a negociação, garantindo uma participação ativa e a satisfação consensual das partes.

Desse modo, diferentes meios alternativos como a conciliação, a mediação e a arbitragem, apresentam mecanismos diferenciados para a composição do litígio, cabendo às partes escolher o método mais adequado para o caso, considerando a matéria a ser tratada e as próprias partes.

Além de resolver a composição do conflito já instalado, os métodos citados contribuem para o reestabelecimento de relações rompidas, havendo a possibilidade, até mesmo, de torná-las mais saudáveis, prevenindo, consequentemente, novas controvérsias.

Não obstante, solucionar com maior celeridade e economicidade os casos específicos, em termos gerais, esses métodos configuram ainda importantes instrumentos de pacificação social, já que esta, segundo Marinoni (2014, p. 161), "(...) não decorre necessariamente de uma decisão justa, mas também porque inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social (...)".

O fato é que a mudança precisa ser estimulada pelo poder estatal mediante o implemento de políticas públicas e divulgação de informações

sobre a segurança, eficiência e celeridade dos meios alternativos. Nesse processo, necessária se faz também a participação de outros os setores da sociedade, bem como desta própria, a principal beneficiada.

4. CONCLUSÃO

Como visto, diversas são as causas que contribuem para a hiperjudicialização das demandas sociais e a consequente hipertrofia do Poder Judiciário: aumento populacional, complexidade das relações sociais, grande volume de ações ajuizadas, morosidade judicial e insuficiência dos outros Poderes.

Não obstante a presença de outros tantos fatores que colaboram para a ocorrência do fenômeno, é evidente a necessidade e urgência de uma reforma no Poder Judiciário e de uma redefinição de sua posição dentro do Estado Democrático de Direito, de forma que se preserve o princípio da separação dos poderes.

Nesse contexto, a busca por um mecanismo de solução paralelo para colaborar com o modelo tradicional é cada vez mais essencial. Os meios alternativos de solução de conflitos se mostram como uma dentre as possíveis soluções para superar a supremacia judicial e evitar uma possível crise do Poder Judiciário.

Afastar, inicialmente, as demandas do Judiciário e utilizar outros meios de solução de conflitos não significa impedir o acesso à Justiça, mas tão somente que os conflitos de interesses sejam resolvidos de forma mais ágil e eficaz, deixando a função jurisdicional como atividade secundária. Ademais, em termos gerais, as soluções consensuais configuram importantes meios de pacificação social que pode ser efetivamente alcançada com o empenho de todas as esferas de Poder.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de adequar o Poder Judiciário e a própria sociedade às mudanças do mundo moderno, pois o contexto social da atualidade caminha para a adoção de uma cultura de paz.

THE HYPER JUDICIALIZATION SOCIAL DEMANDS: THE USE OF ALTERNATIVE MEASURES OF CONFLICT SOLUTION AS RETENTION FOR JUDICIAL POWER HYPERTROPHY

ABSTRACT: This article aims to analyze the phenomenon of hypertrophy of the judiciary as a result of a complex modern society. The study analyzes the principle of tripartition of powers with a view to the role of the judiciary in the interdependence of each process state powers, and examines the possible causes that fostered the need to grant a single organ of state sovereignty function finalizing all social demands. In this context, the overvaluation of the judiciary is analyzed within the democratic state system that allocated the Power function of guardian of the Constitution. The study also examines the main consequences of this phenomenon, the lack of effectiveness of judicial decisions and the delay in dealing with cases submitted for examination and statement of that body. In this context, alternative means of dispute resolution as a way of containing excessive judicial demandismo and as a general tool for social pacification are presented. Thus, the work does not pretend to exhaust the subject, because there are many theories and proposals that suggest a definition to judicial activism. The intention of this study is simply to encourage debate on the topic.

KEYWORDS: Judicial Activism. Alternative solutions to conflicts. Separation of Powers. Speed and procedural effectiveness. Crisis of the judiciary.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo:Lemos & Cruz, 2003, p. 76.

FILHO, José S. Carvalho et al. *Judicialização da política e democracia*. 1. ed. Brasília: IDP, 2014.

BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. *Manual de Direito do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: Teoria Geral do Processo. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, R.V.C. BICALHO, G.P.D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Brasília. *Revista de Informação Legislativa*, n. 189, p.105-131, jan/mar. 2011

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO - EFETIVAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL E COMBATE À ESTIGMATIZAÇÃO PRECOCE DO ACUSADO

Luciano Luis Almeida Silva*

RESUMO: O conceito de dignidade da pessoa humana é a gênese dos direitos fundamentais do homem. Daí, nasce o princípio da presunção de inocência, merecedor de reconhecimento como alicerce fundamental de um Estado Democrático de Direito, e principal ponto de partida para estruturação e elaboração de um processo penal democrático em consonância com as mais modernas e atuais doutrinas garantistas. Da mesma forma, é direito fundamental do indivíduo a liberdade de expressão e o direito de informação, que se reflete na liberdade de imprensa, desde que essa esteja livre de qualquer censura. Este artigo busca analisar o princípio da presunção de inocência e seus reflexos na estrutura e no desenvolvimento de um processo penal garantista e democrático, pautado na dignidade da pessoa humana, confrontando-o com a atuação exacerbada da mídia, que sob o pretexto da liberdade de imprensa fere de morte a efetivação daquele direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana. Processo penal. Presunção de inocência. Mídia.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de Outubro de 1988, em seu artigo 1º, consagra a nação como um Estado Democrático de Direito estabelecendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes e Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Advogado e procurador municipal em Graccho Cardoso/SE. Membro da ANPM - Associação Nacional dos Procuradores Municipais. Membro do IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro da Comissão de Defesa da Advocacia Pública da OAB/SE.

No seu artigo 3º e incisos, impõe como objetivos fundamentais, dentre outros, a construção de uma sociedade justa e livre de qualquer forma de discriminação.

O princípio constitucional da presunção de inocência é o principal norteador de um processo penal democrático e o comportamento contemporâneo da coletividade em condenar antecipadamente o réu representa grave retrocesso e descumprimento do referido preceito constitucional.

É importante reafirmar que o estado de inocência é presumido, conforme se extrai do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional. O princípio primordial a imperar no processo penal é o da proteção ao estado de inocência. A mantença da qualidade de inocente e preservação da dignidade do acusado impõe óbice intransponível à influência da opinião pública que faz juízo prévio de valor e condena antecipadamente.

Como já defendia Beccaria (1966) *apud* Lopes Jr. (2011, p. 185), "um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida".

Em outra assertiva Suannes (1999) *apud* Lopes Jr. (2011, p. 187):

> "chama a atenção para o fato de que, por aplicação elementar do princípio constitucional da isonomia e do *ubi lex non distinguit Nec nos distinguiere debemus*, não existem pessoas 'mais presumidas' inocentes e pessoas 'menos presumidas'. Todos somos presumidamente inocentes, qualquer que seja o fato que nos é atribuído."

Outra doutrina incisiva na crítica ao comportamento contemporâneo da sociedade é a de Rosa; Filho (2011, p. 7):

> "Atualmente, experimenta-se a era do expansionismo penal(izante). Há verdadeira sobreposição do discurso alarmista (de terror e do risco – Beck) acerca da ameaça da criminalidade sobre a ótica substancialmente democrática na solução dos

> inevitáveis conflitos sociais. O combate aos crimes e aos criminosos parece – ilusoriamente – encerrar o grande desafio da sociedade contemporânea".

A sociedade contemporânea, diante da grande quantidade de meios de informação e comunicação, aliada ao inflamado discurso atual de liberdade de expressão, presume-se preparada e técnica o suficiente para discutir, debater e encontrar soluções em matéria penal. Nunca, em outro momento histórico, o Direito Penal, em sentido amplo, tomou tanto espaço e atenção da opinião pública, cujo entendimento técnico é fundado no senso comum.

Há de se dizer não à prevalência atual do exacerbado "populismo penal" e atuação teatral perpetuada pela mídia sensacionalista, que ilegal e indiscriminadamente condena o acusado antes mesmo de garantir-lhe o direito a um devido processo legal, amparado pelo contraditório, pela ampla defesa, e principalmente pela presunção de inocência, onde cabe ao Estado o ônus da prova, e não ao réu.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO FUNDAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O legislador constituinte claramente privilegiou a questão dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, prevendo direitos fundamentais de grande amplitude e, principalmente, não taxativos, de forma a garantir que o reconhecimento de novos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana esteja sempre evoluindo.

Nas lições de Sarlet (1988) *apud* Lopes Jr. (2011a, p. 13), a dignidade da pessoa humana constitui-se:

> um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

Destaca o autor ainda que na ocasião de possível conflito entre

princípios e direitos de ordem constitucional, "o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos" (SARLET *apud* LOPES JR., 2011a, p. 13). Isso ocorre em função da inegável primazia do ideal de dignidade humana na composição estrutural constitucional (LOPES JR., 2011a, p. 13).

Diversos são os diplomas internacionais concernentes a direitos inerentes à condição de ser humano que há longa data já trazem em seu bojo os ideais de presunção de inocência e liberdade de expressão.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica traz em seu preâmbulo:

> (...) os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

E, dispõe em seu artigo 8º, sob o título de "Garantias Judiciais", inciso 2, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa (...)".

Em relação à liberdade de expressão, prevê o artigo 13 do mesmo diploma que:

> Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Já o artigo 14, parágrafo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reza que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa".

O artigo 19, parágrafo 2, do supracitado diploma, por sua vez, prevê:

> toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 6º, item 2, dispõe que "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada". A previsão de liberdade de expressão vem esculpida no artigo 10º, inciso 1, e assegura que "qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas (...)".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas ainda em 1948, traz em seu artigo XI, item 1, que:

> toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Em seu artigo XIX, garante que "toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios (...)".

O documento inicial base dessas disposições remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elaborada na França e traz em seu artigo 9º que "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". Em seu

artigo 11º, diz ser "a livre comunicação das ideias e opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente (...)".

Como bem coloca Goldschmidt *apud* Lopes Jr. (2011a, p. 12), "os direitos fundamentais, como tais, dirigem-se contra o Estado, e pertencem, por conseguinte, à seção que trata do amparo do indivíduo contra o Estado".

Pode-se observar que a presunção de inocência e a liberdade de expressão remontam aos mesmos antepassados, ambos consubstanciados no conceito de dignidade da pessoa humana, e foram pensados para atuar em conjunto, não se sobrepondo nem sobrepujando um ao outro.

Levando-se em consideração que quase a totalidade dos países ocidentais é signatária e submeteu-se a pelo menos um desses pactos, pode-se afirmar com certa convicção que a presunção de inocência e a liberdade de expressão são direitos fundamentais previstos constitucionalmente em praticamente todas as democracias modernas.

3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A garantia constitucional da presunção de inocência está marcada nas letras do inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

A presunção de inocência não é garantida a um imputado específico. É um estado natural inerente à condição de cidadão, de homem, a todos, sejam eles imputados ou imputáveis, independente da existência de uma investigação ou de um processo penal. Determina uma orientação legitimadora do processo penal, garantindo ao imputado e imputáveis a observância de um processo penal justo.

Segundo Carvalho (2001, p. 51) "o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana". Conforme Lopes Jr. (2011a, p. 183):

> A presunção de inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente

> atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorum*, EYMERICH orientava que "o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação".

Insigne a obra de Maurício Zanoide de Moraes (2010), inteiramente dedicada à análise do aludido princípio, onde o autor discorre sobre o termo:

> (...) "presunção de inocência" é repetida até nossos dias – e sempre o será – não porquanto seja um exemplo de precisão técnico-jurídica nos moldes atuais ou em conformidade com suas raízes romanas, mas porque seu conteúdo político-ideológico induz à ideia motriz que a expressão propicia, o que é essencial para um agir persecutório não preconceituoso, logicamente não deformado e minimamente justo (MORAES, 2010, p.83). (...)
>
> Os iluministas revolucionários, da França do final do século XVIII, ao lutarem pela inscrição de vários direitos humanos em uma Carta Política de enorme significação mundial (à época) e histórica (desde então), não eram técnicos-jurídicos e não tinham suas preocupações voltadas apenas à ciência criminal (penal e processual penal). Atingiram-na, indubitavelmente, mas de maneira consequente e reflexa. Seu motor genérico era a transformação político-social e a ruptura do status quo político institucionalizado. Nesse sentido, o pensamento iluminista francês, embebido pelos avanços humanistas iniciados nos séculos XVI e XVII para o processo penal e o direito penal, foi buscar naquela

> classificação tripartida de presunção (técnica e mais humana) uma forma de revestir o cidadão de uma proteção ética e jurídica contra os desmandos estatais perpetrados pelo sistema processual penal inquisitivo. A esse termo juntou-se a noção de "inocência", agora desprovida de conteúdo teológico e voltada a consagrar a noção racional-iluminista de igualdade, um dos pilares da Revolução em todas as áreas (econômica, política, social e, também, jurídica). Por ela, todos são inocentes e gozam desse estado político diante do poder estatal até que, por meio de um sistema probatório racional, consiga-se demonstrar que a conduta externa do cidadão é um crime (MORAES, 2010, p.91).

Nessa construção iluminista, a presunção de inocência apresenta-se como afirmação da natureza honesta do homem, e não criminosa, e que qualquer persecução criminal jamais retratará a perfeição dos fatos, mas se restringirá ao provável. Dessa forma, a pairar inicialmente a dúvida sobre os fatos, plausível preservar o estado de inocência do indivíduo, e não presumir-se a sua culpa, que deve ser a exceção à regra. É a gênese do provérbio latino *quilibet praesumitur bonus, donec contrarium probetur* (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e da imposição ao órgão acusador do ônus da prova, devendo este provar a culpa do acusado, e não o acusado provar sua inocência.

A presunção de inocência nasce como clara limitação à atuação Estatal no controle dos seus cidadãos, principalmente após os abusos cometidos durante o período em que vigorou a inquisição como regra:

> Seu marco principal ocorreu no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu, daí, a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado

> (...) (FERREIRA, 2007, p. 165).

Ensina Lopes Jr. (2011a, p. 12):

> Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição. O objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo.

Conforme preceitua a Constituição Federal, somente uma sentença condenatória transitada em julgado tem o condão de afastar a garantia da presunção de inocência. Nem a condição de flagrante delito, nem o reconhecimento da necessidade de uma prisão cautelar, significam o seu afastamento.

Mais sucintamente, Nucci (2012, p. 264):

> (...) o estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.
>
> Em virtude da condenação, com trânsito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco. Não se que dizer que seja a condenação eterno estigma social, nem tampouco o estágio de inocência se tenha perdido eternamente. A situação é particularizada e voltada a um caso

> concreto: neste cenário, o condenado, em definitivo, é culpado. Noutros campos, em razão de fatos diversos, mantém-se o estado natural e original de *inocência*. (...)
> O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana.

A presunção de inocência constitui o pilar de um processo penal democrático, de modo que é possível medir a qualidade de um sistema processual penal por meio do nível de eficácia do princípio (LOPES JR, 2011a, p. 184)

Segundo Ferrajoli (2010, p. 506), "esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado". "Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam *geralmente* punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos" (LOPES JR, 2011a, p. 184).

Sedimenta Ferrajoli (2010, p. 506) que "a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a aprova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo".

Como já defendia Beccaria (1966) *apud* Lopes Jr. (2011a, p. 185), "um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida".

Por tudo, a presunção de inocência é o direito garantido de não ser declarado culpado senão por força de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, ao final de um devido processo legal, onde tenha sido assegurado ao acusado a utilização de todos os meios de prova necessários à sua defesa (garantia da ampla defesa) em oposição às provas apresentadas pelo acusador (garantia do contraditório) (MORAES, 2003).

Já em seu artivo 5º, inciso IV, a Constituição Federal prevê ser "livre a manifestação do pensamento (...)". No mesmo sentido, dispõe o inciso IX, onde "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica, e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; e o inciso XIV, em que "é assegurado a todos o acesso à informação (...)". Dispõe

ainda o artigo 220 que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição (...)".

Talvez pela experiência recente do país com a ditadura e supressão de direitos individuais que aquela época representou, é que a liberdade de expressão e mais especificamente a liberdade de imprensa, tenha tamanho significado e influência na vida dos brasileiros.

A garantia da imprensa livre surge como uma efetivação da e preservação da própria liberdade dos cidadãos, com esta se confundindo. Assim como o Estado não pode cercear liberadamente o direito de ir e vir do cidadão, também não pode restringir o seu direito de informar e ser informado.

Conforme Silva (2007) *apud* Mello (2010, p. 1):

> Esses direitos e garantias foram consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988, a fim de oferecer proteção ao cidadão perante o Estado. Dentre eles, a Lei Maior assegura a todos o direito de informação, que efetiva a liberdade de expressão e manifestação de pensamento, quando, sob formas apropriadas, garante a difusão para o público de notícias, fatos ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões.

Ainda segundo os autores:

> É na liberdade de informação jornalística que se realiza a liberdade de informação (antigamente, denominada de liberdade de imprensa), ou seja, o acesso à informação, a sua obtenção e transmissão sob a forma de notícia, comentário ou opinião, por qualquer veículo de comunicação social, seja ele impresso ou de radiodifusão, e o direito de ser informado (SILVA, 2007, *apud* MELLO, 2010, p. 3).

A imprensa não se resume mais transmissão de informação. Ela se tornou algo muito maior, se transformou num meio de discussão e debate social. É impossível pensar em uma sociedade livre e democrática sem a existência dos ideais de liberdade de expressão e de imprensa, haja vista

estes se confundirem com os próprios pressupostos que definem uma democracia.

4. A MÍDIA MODERNA E O SENSACIONALISMO EXACERBADO

Segundo Traquina (2004) *apud* Budó (2006, p. 6-7), após uma primeira fase artesanal, predominou por algum tempo o jornalismo literário e político, marcado por características como a mistura entre fatos e opiniões e uma narrativa literária. O foco principal das pioneiras formas de jornalismo era a conscientização para questões políticas e sociais do momento. A propagação de ideais revolucionários e de transformação social eram a tese principal do jornalismo literário. Felizes esses tempos.

Ao final do século XIX e início do século XX, surgem outras concepções de atuação jornalística, dentre elas o jornal barato e menos elitista, como produto de consumo, e com o objetivo único de relatar fatos (BUDÓ, 2006, p. 7). Segundo a autora:

> Ao passar da fase político-literária, para outra de cunho comercial, o jornalismo teve que suportar diversas modificações na sua estrutura. Suas características principais são a busca pelo lucro e a influência da propaganda. Passa-se para um sistema onde os proprietários do órgão determinam uma linha editorial capaz de agradar aos públicos e aos anunciantes, na busca por um maior lucro. Além disso, a necessidade de se obter credibilidade, e uma mudança de perspectiva da função do jornalismo fica patente em qualquer observação, onde o discurso da objetividade vem casada com o denuncismo político e acusações de "criminosos" (BUDÓ, 2006, p. 7).

Atualmente, pouca ou nenhuma barreira existe à transmissão de conteúdo. O compartilhamento de experiências e informações atingiu um nível que não permite sequer imaginar como ir além. Amplo acesso à internet, sites especializados em notícias, grandes canais de mídia com transmissão ao vivo através da internet, rede sociais, etc. Não há limites para a comunicação e o compartilhamento de informações, e os

conteúdos compartilhados atingem gigantesco número de pessoas em apenas poucos minutos.

Nesse contexto,

> diante de um sistema capitalista altamente sufocador no comando da sociedade e, onde as inovações tecnológicas se fazem cada dia mais frequente na vida de milhares de pessoas, a mídia desempenha um papel de extrema importância, uma vez que é imprescindível ao crescimento e desenvolvimento de um país, bem como à formação da cultura, de forma geral. (MELLO, 2010, p. 5)

Diversos são os meios de comunicação e canais de informação disponíveis à sociedade. As notícias não mais se resumem a acontecimentos ou fatos locais, nem sua divulgação restringe-se à específica localidade. E essa facilidade de acesso e transmissão, se por um lado encurtou distâncias e difundiu conteúdo, por outro revelou uma faceta perigosa desse amplo alcance.

Se a mídia de massa, antes restritas às páginas de jornais e revistas, já exercia grande poder de convencimento e indução sobre a opinião pública, com essa ampla facilidade que hoje lhe permite alcançar imensuráveis contingentes de pessoas, o poder "outorgado" à imprensa tornou-se ilimitado.

A principal preocupação é justamente a qualidade da informação transmitida, que quando intencionalmente, e quase sempre, manipulada, pode se tornar uma arma perigosa a serviço da imprensa que vende sensacionalismo.

E sensacionalismo é garantia de lucro certo, mesmo que às custas da privacidade, da honra, da imagem, e, mais perigosamente, às custas da presunção de inocência constitucionalmente garantida.

Tal espécie de imprensa, por sua vez, se utiliza do exagero, da execração pública do acusado, para auferir lucro, para captar audiência, sem pensar nas consequências do poder de influência que exerce sobre a opinião pública. Para legitimar sua atuação, ampara-se na liberdade de expressão garantida pela Constituição, justificando ser direito do cidadão a informação, livre de qualquer censura.

Infelizmente, prepondera atualmente o valor comercial que a notícia

a ser veiculada possui. Opta-se por divulgar notícias de interesse do público – não necessariamente de importância – que permitam a "sensacionalização" do fato. Deixa-se de lado a informação, privilegia-se o entretenimento.

Notícias que envolvam crimes são as que mais tendem ao sensacionalismo. Conforme Lage (1979) *apud* Budó (2006, p. 8):

> o sensacionalismo permite que se mantenha um elevado índice de interesse popular (o que é conveniente para o veículo, na época de competição por leitores e de maximalização publicitária), refletindo, na divulgação de crimes e grandes passionalismos, uma realidade violenta muito próxima de imprecisos sentimentos do leitor; oferece-lhe, em lugar da consciência, uma representação de consciência (...). Quanto aos problemas, eles se esvaziam no sentimentalismo ou se disfarçam na manipulação da simplificação e do inimigo único.

Para Amaral (2006) *apud* Mello (2010, p. 6),

> o sensacionalismo está ligado ao exagero, à intensificação, valorização da emoção; à exploração do extraordinário, à valorização de conteúdos descontextualizados; à troca do essencial pelo supérfluo ou pitoresco e inversão do conteúdo pela forma

Há alguns anos, tomou conta, no Brasil, o cômico jornalismo policial. Programas com apresentadores que são verdadeiros "arautos da justiça", verdadeiras "autoridades" em segurança pública e política criminal. Para esses programas, o importante é difundir a "verdadeira" situação da criminalidade no país. Não bastasse, tecem críticas nem um pouco construtivas e totalmente desprovidas de fundamento, deixando bem claro o descontentamento da "sociedade" com as garantias existentes.

Para eles, falar em garantias constitucionalmente asseguradas é "defender bandido". Não sabem, todavia, que tais garantias foram conquistadas arduamente para atuar em favor da sociedade, de verdade, e

não em favor dos criminosos, como sustentam. Essa falta de conhecimento dos institutos que regem um processo penal democrático é transmitida para todo o país, da mesma forma que empregam termos jurídicos incorretamente, provocando uma desinformação e um descrédito absurdos. Fazem do Direito Penal um instrumento de vingança, como o meio pelo qual há de se pacificar a violenta sociedade contemporânea.

A violência simbólica dos meios de comunicação de massa é bem delineada por Rosa e Filho (2011, p. 3) em sua excelente obra:

> Nos sistemas penais do capitalismo tardio ocorre uma especial vinculação entre os meios de comunicação e o sistema penal. Esta vinculação faz com que seja transformada (ideologicamente) a mera função comunicativa da mídia, tornando-se verdadeira agência do sistema penal. A mídia procede a mobilização dos aparatos de punição, seja através de mensagens explícitas, como nos mais variados programas policiais atualmente existentes, ou mesmo implícitas, em diversos níveis de expressões. Seu papel de protagonista da "seleção" é inescondível, com interesses nem sempre manifestos.

Imperioso que o jornalismo sensacionalista atua evolua e dedique-se mais a construir também um jornalismo com um mínimo satisfatório de conteúdo jurídico, transmitindo à sociedade a maneira correta de funcionamento das instituições.

5. A DIFUSÃO DO MEDO QUE INFLUI NO PROCESSO PENAL

Como apontando, a mídia desenvolve um papel inaceitável ao articular uma sensação de insegurança exacerbada com uma abordagem excludente e desigual, legitimando o aumento da repressão penal e a seletividade do sistema (BUDÓ, 2006, p. 9). É essa intensificação do medo e da insegurança provocado pela mídia que legitima a atuação estatal de reprimenda e por consequência legitima também o sistema penal repressivo.

Com a exagerada propagação de discursos instigadores pela

necessidade de maior punição, suprimem-se os direitos e garantias individuais, seja do condenado, do acusado, ou mesmo do suspeito, em detrimento da "ordem pública". Falar em presunção de inocência, contraditório, ampla defesa e garantismo é discurso de advogado pra defender bandido. Voltemos à inquisição.

Muito bem colocadas as palavras de Luiz Flávio Gomes:

> Não existe "produto" midiático mais rentável que a dramatização da dor humana gerada por uma perda perversa e devidamente explorada, de forma a catalisar a aflição das pessoas e suas iras. Isso ganha uma rápida solidariedade popular, todos passando a fazer um discurso único: mais leis, mais prisões, mais castigos para os sádicos que destroem a vida de inocentes indefesos. (GOMES, 2010).

O show de terror criado pela mídia influencia diretamente na opinião pública instigando-a a buscar por "justiça", preferindo o aspecto simbólico do direito penal em detrimento do seu caráter democrático. Segundo Baratta (1994) *apud* Budó (2006, p. 11), o "espetáculo acaba servindo como resposta à demanda por segurança, mesmo que na prática não realize as funções instrumentais prometidas".

Mello (2010, p. 2) bem escreve quando afirma que:

> Com o intuito de lhe gerar lucro, a mídia explora o fato, transformando-o em verdadeiros espetáculos, em instrumentos de diversão e entretenimento do público; as notícias não passam por crítico processo de seleção, tudo é notícia, desde que possam render audiência e, consequentemente, dinheiro. Mais grave que isso, é o fato de a mídia constituir um poderoso instrumento de formação da opinião pública. Quando um fato é divulgado pelos meios de comunicação, sobre ele, já incide a opinião do jornalista, ou seja, o modo como ele viu o acontecimento é a notícia e, esta visão, justamente pelos motivos acima apresentados, nem sempre demonstra a realidade.

É inadmissível o jogo de conceitos que a mídia faz, colocando no

mesmo patamar presunção de inocência e impunidade. A impunidade é reflexo do despreparo estrutural da justiça, que demora na prestação jurisdicional. A impunidade não advêm do fato do réu ser considerado inocente, mas do fato da justiça não julgá-lo em tempo hábil.

Bem observa o professor Aury Lopes Júnior:

> Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de *defesa social),* enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidades na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue FERRAJOLI, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição, e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária. (LOPES JR, 2011a, p. 185).

Ensina Rosa e Filho (2011, p. 7) que:

> No âmbito do sistema penal, os meios de comunicação exercem um importante papel ideológico, pois sem eles não seria possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal.
>
> Atualmente, experimenta-se a era do expansionismo penal(izante). Há verdadeira sobreposição do discurso alarmista (de terror e do risco – Beck) acerca da ameaçada criminalidade sobre a ótica substancialmente democrática na solução dos inevitáveis conflitos sociais. O combate aos crimes e aos criminosos parece – ilusoriamente – encerrar o grande desafio da sociedade contemporânea.

A "solução" oferecida pelo Direito Penal torna-se a menina dos olhos da opinião pública. Insere-se diariamente o sistema penal no cotidiano da população, levando a discussão para o âmbito do senso comum e para longe do debate científico, numa clara manipulação pelos meios de comunicação de massa, que constroem a ideia de que o combate à criminalidade deve ser o mais rígido e brutal possível (ROSA; FILHO, 2011, p. 7-8).

E os mesmos autores tocam direto no ponto central desse tipo de atuação da mídia:

> A problemática apontada situa-se, contudo, em outro plano: a exploração dos casos extremos como forma de difundir o medo, a insegurança, e, consequentemente, proceder cada vez mais à legitimação do poder punitivo. Reiteradamente (nos) é insinuada a ideia segundo a qual a violência e a insegurança se esgotam na criminalidade (convencional), ideia essa que estabelece o consenso acerca da necessidade de endurecimento do sistema penal e, assim, abrindo espaço para mitigação de garantias e direitos fundamentais (ROSA; FILHO, 2011, p. 8-9).

E tal legitimação do sistema penal que a mídia busca atinge como auge o momento em que toma conta dos debates sociais a falta de paz e tranquilidade, que apenas não existe por conta da ineficiência do sistema penal, sem levar em conta ou consideração os demais problemas sociais, que acabam sendo esquecidos por ora. O mais importante é o "arrocho dos meios coercitivos, demarcando o simbolismo necessário para edição de mais e mais leis penais severas, incrementando verdadeira legislação de terror" (ROSA; FILHO, 2011, p. 47).

O discurso da mídia indica apenas um caminho: o da imperiosa expansão penal. Explorando o medo e a insegurança, ela divulga um discurso de necessária e radical reforma da legislação penal, das políticas criminais, sempre pregando o terror, ao mesmo tempo que relega as outras conquistas históricas concernentes nos direitos e garantias individuais, e até da própria sociedade, mas que a seu julgar são empecilhos na busca pela paz.

6. LIBERDADE DE EXPRESSÃO EXERCIDA EM VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DESRESPEITA OS PRÓPRIOS PRINCÍPIOS QUE A LEGITIMAM E MERECE RESTRIÇÃO

Pois bem. O princípio da presunção de inocência prima pela manutenção da honra e da imagem do acusado, assegurando a este o direito de ser tratado e visto como pessoa que ele é, e não como um ser a ser extirpado da sociedade. E partir do momento que a mídia invade esse espaço íntimo do réu e faz da sua vida ou do fato a ele relacionado um espetáculo digno de cinema, fere não só a presunção de inocência que lhe é assegurada, assim como a proteção esculpida nos referidos incisos do artigo 5º da Constituição Federal.

Não é admissível a utilização pela imprensa da liberdade que lhe é outorgada para denegrir, degradar e expor a imagem de acusados, se afastando por completo dos próprios princípios democráticos que a legitimam. É imensa a preocupação por parte de todos os envolvidos no processo penal com a divulgação e julgamento antecipado do acusado, sem qualquer possibilidade de defesa ou contraditório, sem qualquer possibilidade de recurso e eivados de parcialidades.

É deveras preocupante essa condenação pública consolidada pela opinião induzida. Preocupante, pois representa o completo afastamento da presunção de inocência garantida. A mídia confunde o direito – e obrigação – que tem de informar, e não informa, mas emite opinião, e apressadamente cristaliza a culpa do acusado.

A própria mídia elege os assuntos de seu interesse, os quais julga importantes e são certeza de grande audiência. Escolhem um caso, jogam ao público informações imprecisas e imparciais, tudo num espetáculo exacerbadamente sensacionalista. A única verdade é aquela que ela propaga.

Não são poucos os casos em que todos os grandes veículos nacionais de comunicação divulgam o mesmo fato, no mesmo momento, numa briga ferrenha pela audiência da sociedade. É dessa forma que a mídia manipula as informações direcionadas à população, formando e orientando a opinião pública no sentido que lhes é conveniente.

Não há dúvidas de que a criminalidade é um dos grandes medos da sociedade contemporânea. E é disso que a mídia se aproveita. Dentre as ocorrências, ela escolhe aquela mais impactante, com maior o requinte

de crueldade possível, receita certa para prender a atenção do público.

Chamou a atenção Mello (2010, p.2):

> As cenas do crime se repetem incessantemente; imediatamente o até então suspeito é feito autor do delito; tem sua imagem revelada; seu perfil é estereotipado; sua privacidade é invadida; tudo é notícia: para onde vai, de onde veio, quando saiu, o que comeu e até mesmo quem são seus familiares e amigos. O circo está armado e vai começar o espetáculo; o palhaço entrou em cena e o público é "sutilmente" convidado a participar do show.

E sustenta:

> Holofotes cinematográficos são dirigidos ao suspeito do crime com o intuito de revelar sua identidade e personalidade. Em poucos segundos, sabe-se de tudo, detalhadamente, a respeito da vida privada desse cidadão e de seus familiares. Tudo é vasculhado pela mídia. Bastam alguns momentos para que eles se vejam em todas as manchetes de telejornais, revistas e jornais. A mídia, assim, vai produzindo celebridades para poder realimentar-se delas a cada instante, ignorando a sua intimidade e privacidade (MELLO, 2010, p. 11-12).

Reforçando a crítica ao trabalho de rotulação dos meios de comunicação, Rosa e Filho (2011, p. 10-11):

> E não há dúvidas em se afirmar que uma das manifestações mais cruéis da violência simbólica exercida pela mídia é identificada no processo de 'etiquetamento', de rotulação e na criação do *estereótipo criminoso*, pois como ensina Pedrinho Guareschi "*os que detêm a comunicação chegam até a definir os outros, definir determinados grupos sociais como sendo melhores ou piores, confiáveis ou não confiáveis (...). Quem tem a palavra constrói identidades pessoais ou sociais*".

E conclui que

> O estigma difundido no "imaginário coletivo", via "violência simbólica", passa a ser suficiente para se presumir a *periculosidade* do etiquetado, bem ao estilo *lombrosiano*, que carrega consigo – numa espécie de pena perpétua – a contingência de ser diferente: são "eles", os "outros", intolerantemente, diferentes de "nós" e dos "nossos". (...) Afirma Vicente Romano que "*a violência e a contraviolência representam na comunicação estereotipada dos chamados 'meios de massa' a luta épica entre o bem e o mal, a luz e as trevas, a democracia e o totalitarismo, a civilização e a anarquia, a ordem e o caos. A maior parte do conhecimento público acerca da violência, dessa luta, baseia-se nas imagens, definições e explicações proporcionadas pelos meios* (ROSA; FILHO, 2011, p. 12-13).

A mídia se utiliza da liberdade que lhe é inerente de forma desvirtuada, veiculando notícias dramáticas sobre crimes e com pré-julgamentos constituídos do caso. E essa violação aos direitos do acusado é ainda mais agravada por conta do já mencionado alcance e poder de influência na opinião pública que a mídia tem.

Conforme Moraes (2010, p. 513-514):

> (...) os meios de comunicação não refletem os fatos, mas os influenciam e os amoldam, muitas vezes, ao feitio dos responsáveis pelas programações ou pelas pautas tendo em vista a melhor obtenção de dividendos com a notícia. A "causa criminal" passa a ser uma "mercancia" por meio da qual as notícias se autoalimentam em uma sucessão de versões dentro das quais o "fato original" perde importância e "elas" passam a ser o "fato".
> (...) "A inocência nunca é notícia". Os "especialistas" consultados e levados à mídia para comentarem aspectos jurídicos trabalham apenas com a versão da culpa, sempre a mais interessante. As imagens e as versões formam, progressivamente, "convicções"

> que passam a ser debatidas nos meios sociais; a "inocência" passa a não ser mais admissível e, mesmo se ocorrente em decisão final de órgão judicial colegiado, creditam-na ao já lugar comum das "ineficiência legislativa", da "demora do sistema" ou, ainda, das "ilegalidades" perpetradas ou anuídas pelos agentes (públicos ou privados) da persecução penal. A verdade perde espaço para a versão criada; a prova constante dos autos perde espaço para a imagem construída ao feitio de uma capa de jornal ou de revista periódica.

Dentre os abusos cometidos está a divulgação de elementos constantes ainda de inquérito policial. Diariamente os jornais divulgam diligências em andamento, sendo a sua preferida a divulgação de interceptações telefônicas. Como pode ser possível a imprensa confundir a liberdade de expressão e informação com a quebra de sigilo? São constantes as ocorrências nesse sentido, editoriais que expõem provas sigilosas, causando danos irremediáveis a todo o futuro desenvolvimento processual.

Ao se afastar do processo a presunção de inocência, o dano causado à honra e à imagem do acusado são de igual medida, senão piores, do que qualquer pena a ser prolatada em sentença, se devidamente provada sua culpa.

Da forma que a mídia atualmente insiste em atuar, flagrante o choque dos dois princípios constitucionais levantados durante o texto, qual seja, a liberdade de expressão, representada pela liberdade de imprensa, e a presunção de inocência.

O desejo da Constituição, sem sombra de dúvidas, é que as duas garantias atuem em conjunto, posto que objetivam, de certa forma, fazer prevalecer o indivíduo frente à atuação estatal. São determinações pelas quais o Estado deve e tem obrigação de se pautar. São princípios intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Qualquer democracia que assim se intitule deve assegurar aos seus integrantes a garantia de serem presumidos inocentes, e o direito a uma imprensa livre de censuras.

O equívoco se dá por parte da mídia, que se utiliza da liberdade irrestrita que lhe é assegurada e passa por cima do direito também assegurado ao indivíduo. Não foi para se prestar a esse papel de execração

pública e sensacionalista, de condenação antecipada, de transformar a dor de alguns em espetáculo circense, que a Constituição assegurou a liberdade de imprensa.

Budó (2006, p. 12) bem resume o pensamento:

> A fundamental importância do jornalismo para o conhecimento na sociedade atual leva a diversos questionamentos quanto à sua prática. Da violação de direitos humanos que, por vezes tem lugar nas páginas de jornais a violação de direitos pelos próprios jornais há um vácuo onde a autocrítica jamais se estabelece. A aceitação de valores comuns, mas que trazem em seu âmago preconceitos enraizados a respeito do crime e do criminoso leva a uma redução do caráter crítico que a divulgação de fatos deveria conter. Difundir valores que buscam segregar determinadas parcelas da população, além de incitar o aumento da repressão penal são atos que não coincidem em nada com o humanismo dentre o qual surgiu o jornalismo.

Tal prática é de todo inescrupulosa, violando a Constituição em razão de interesses particulares, estritamente econômicos. Tais interesses valem mais que a própria Constituição. Essa somente tem seu valor reconhecido quando necessária à defesa desses próprios interesses e não contra eles, pois assim fazer seria violar a liberdade de imprensa e o direito de informação, retornando os tempos de censura. Apenas esquecem que qualquer poder exercido sem limite ou regulação, constitucional ou infraconstitucional, tende a tornar-se absoluto.

Não se pode deixar de mencionar também a parcela de culpa dos outros agentes envolvidos, quais sejam, aqueles que vazam as informações sigilosas e fomentam o sensacionalismo midiático, e prejudicam a sua própria atuação. Nesse sentido, perfeita a colocação de Moraes (2010, p. 513), ao constatar que "dessa promiscuidade entre agentes públicos e mídia nasce a maior fonte de descrença popular na presunção de inocência". Continua a insatisfação do autor:

> Para tal conluio, deve haver uma necessária responsabilização penal e civil de ambas as partes

> (pública e privada). Não se pode mais tolerar que não se indague, ache-se normal e, pior, parte de uma sociedade democrática, que autos criminais "sigilosos" sejam conhecidos primeiro pela mídia e pela população do que pelas partes processuais e até mesmo pelo juiz da causa. (MORAES, 2010, p. 513).

A publicação de conteúdo de prova resguardada sob o segredo de justiça afeta não só a concepção da opinião pública sobre o acusado, como também o próprio exercício do contraditório, e por conseguinte o atendimento à plenitude de defesa. A proteção do segredo de justiça, ao menos em tese, deve corresponder à estrita proibição de exposição dessas provas, pois significa a imposição de uma proteção a direitos e garantias fundamentais propriamente ditos. A divulgação, obviamente, vai em sentido contrário, destruindo essa proteção conferida pelo segredo de justiça, violando, outrossim, a Constituição.

Como assevera Souza (2011, p. 334):

> O fato de uma *prova* encontrar-se sob o resguardo normativo do *segredo de justiça*, tem por finalidade proteger um *bem jurídico de natureza processual penal constitucional* que sinaliza para a existência de um sistema acusatório, ou seja, o direito de toda pessoa, nacional ou estrangeira, de ser julgada apenas e somente por um Tribunal competente, por meio de um juiz imparcial, e por meio de um contraditório e uma ampla defesa em todo o arco do procedimento.

Quando a imprensa assim age está ela mesma por se deslegitimar, desvinculando-se do importantíssimo propósito que a Constituição lhe conferiu, passando à qualidade de agressora da Lei Maior, atingindo de morte o princípio da presunção de inocência.

Esquece a mídia que a mesma Constituição que legitima sua atuação também prevê, em seu artigo 5º, inciso LVII, a presunção de inocência, e tudo que ela significa, como direito fundamental.

A imprensa eleva ao máximo a garantia da liberdade de expressão e reduz ao mínimo a garantia da presunção de inocência. De sua parte, não há qualquer ponderação de valores; pelo contrário, há a supressão total

do estado de inocência do indivíduo alvo da notícia do momento. Dessa forma, imperioso que se debata alguma forma de evitar essa incoerência.

Cumpre observar o que dispõe o §1º do artigo 220 da Constituição Federal:

> § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Possível perceber que o próprio texto constitucional deixa espaço para uma possível forma de "controle" do conteúdo exposto pela mídia.

Importante nesse momento a revisão dos diplomas anteriormente mencionados que legitimaram e construíram a muito custo o direito à liberdade de expressão e à presunção de inocência, a iniciar pelo artigo 11º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que elevou a liberdade de comunicação das ideias e opiniões como um dos direitos mais "preciosos" do homem.

A segunda parte do referido artigo dispõe que "todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei".

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, prevê em seu artigo 19 – o mesmo que impõe a liberdade de expressão – em seu parágrafo 3, que:

> O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Não menos importante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 19, inciso 2,

assegura o mesmo:

> O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidade ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Bem observa Nucci (2012, p. 346):

> Sob outro aspecto, a Constituição Federal garante a liberdade de comunicação social ao preceituar que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (art. 220, *caput*). No §1º, estima que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV". Portanto, a liberdade de informação é a regra, de onde se podem extrair as suas fronteiras: o anonimato, o direito de resposta, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, à liberdade de trabalho, conforme qualificação legal e o sigilo da fonte.
>
> O direito à informação, com seus limites constitucionalmente impostos, deve respeitar a intimidade e a vida privada. Por isso, o processo também conta com o segredo de justiça, devendo o magistrado zelar pela observância da perfeita harmonia entre informação e intimidade, ora decretando o sigilo, ora assegurando a publicidade dos atos processuais.

Fica claro que tais dispositivos atuam no sentido de que a partir do momento que a "liberdade de informação" atinge e fere outros direitos

assegurados, é legítimo impor certas restrições à atuação midiática. É necessária uma limitação da liberdade de expressão desvirtuada, sob pena de se ferir de morte um princípio de tamanha amplitude como o da presunção de inocência.

Mais importante, essa limitação encontra amparo constitucional e nos diversos diplomas que construíram ao longo dos anos os direitos fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana, pois seria absurdo contrassenso admitir que a previsão de um direito pudesse autorizar a violação a outro, principalmente quando já demonstrado que estes podem coexistir.

Não bastasse, a notícia que os veículos de comunicação devem transmitir, deve obedecer ao critério da verdade e do interesse público – interesse público no sentido de socialmente relevante, e não o que o público anseia por ver. Não sendo assim, e tratando de assuntos sem essas características, não se poder lhes atribuir a permissão concedida com fulcro na liberdade de imprensa, por não possuírem qualquer conteúdo jornalístico, mas sim notícias meramente especulatórias, privilegiando a diversão e o entretenimento em detrimento da universal garantia da dignidade da pessoa humana (MELLO, 2010, p. 4).

Por mais que insista em veicular matérias de denúncias e crimes, a mídia nunca deixará de ser efetivamente "leiga" no assunto. A maneira do seu proceder revela isso. E esse desconhecimento técnico da mídia, reflete diretamente naquilo que é veiculado. A transmissão da informação tem como único foco provocar a comoção social e a indignação popular.

Dessa forma, não é intento apontar que devam existir restrições ou qualquer tipo de censura ao conteúdo ou aos meios utilizados pelos meios de comunicação para divulgar as notícias, mas a necessidade de limites e regulações ao que é divulgado e como é divulgado.

Souza (2011, p. 295-296) traz indagações necessárias e pertinentes:

> Na realidade, como bem asseverou Glauco Giostra na sua palestra no Tribunal de Milão, seria ilusão ou ingenuidade pensar que alguma legislação, seja de que país democrático advenha, possa impedir a concretização em forma de notícia dos interesses provenientes dos meios de comunicação de massa, representados pela divulgação de um conteúdo probatório que está sob segredo de justiça,

> principalmente quando os fundamentos da própria existência e eficácia da informação midiática são a sua atualidade e o seu impacto sensacionalista na opinião pública.
> É utopia pensar que uma ordem jurídica normativa possa impedir, nos dias atuais, a divulgação de uma prova adquirida sob a égide do segredo de justiça, quando este fato tenha despertado o interesse seletivo dos meios de comunicação em massa. Essa ordem normativa, como se percebe atualmente, não teria, como não tem, qualquer eficácia social, pois se contrapõe a um dos elementos psicológicos mais influentes da condição humana, a curiosidade.

E mais adiante expõe o triste, mas atual, tratamento que se dá ao assunto:

> Até o presente momento, a doutrina e a jurisprudência, diante de um conteúdo probatório ou fonte de prova divulgada pelos meios de comunicação em massa, restringem-se a exigir no âmbito penal a punição dos culpados pelo "vazamento" de informação, e no âmbito civil solicitar a reparação dos danos. Mas isso é ineficaz e falacioso, pois quantos proprietários de grandes veículos de informação são réus em processo penal ou civil por terem permitido a divulgação de provas que se encontravam em segredo de Justiça? Quantos informantes dessas provas estão também sob o crivo da justiça? (SOUZA, p. 304-305).

Nesse sentido, Moraes (2010, p. 511-512) apresenta alguns apontamentos, que certamente ajudariam a melhorar o quadro de desrespeito que vige:

> Nada impede que os órgãos de comunicação assumam a responsabilidade social e constitucional de produzirem autorregulamentações a fim de exercer seu importante papel de informação e, ao mesmo tempo, respeitar as normas constitucionais. Assim, por exemplo, conforme se sabe da experiência

> de outros países, melhor seria que: antes de existir acusação formal, as notícias omitissem o nome dos envolvidas na investigação ou suspeitos; ou, ainda, se vedasse a exposição da imagem pejorativa de pessoas algemadas, carregadas e expostas de forma a representarem um troféu da autoridade pública que efetuou a prisão, ou, pior, para diminuí-las em sua autoestima e respeitabilidade social. Essas sugestões parecem ser um válido ponto de partida para a discussão, uma vez que neutralizariam a maior razão para os abusos dos meios de comunicação consistentes em "agarrar o telespectador a todo custo pelo sensacionalismo, numa pauta altamente conservadora, ideologicamente conservadora".

No tocante a propostas para o atingimento dessa melhoria necessária, interessante a construção de Souza (2011, p. 337-338):

> Se o Estado, apesar de todo aparato instrumental que possui, não consegue impedir a divulgação do ato inicial de *formação probatória* que se encontra em segredo de Justiça, e sob a tutela do próprio Estado-juiz, permitindo que se coloquem em risco os princípios constitucionais (...), essa *prova*, que enquanto sujeita a segredo era legítima, deve, a partir de sua *publicização pelos mass media*, ser considerada *inutilizável*, para justificar um decreto condenatório no âmbito do processo penal (...)
>
> A partir do momento em que o procedimento de legitimação da formação da prova não é observado em *todos os seus aspectos constitutivos e delimitativos*, a prova dele decorrente *deve ser considerada* (...) *ilegítima* no âmbito do subsistema processual penal.
>
> Com a divulgação pelos meios de comunicação em massa do conteúdo material da prova colhida mediante *quebra de sigilo*, configurou-se falha na execução da *formação da prova*, ensejando a *ilegitimidade* de sua utilização para fundamentar um decreto condenatório.

Mais do que coerente a proposta do doutrinador supracitado, pois, se para a produção daquela prova é exigido o caráter absolutamente sigiloso, sendo este violado, resta toda a prova afetada. Não que esta prova seja ilegal ou nula. Mas deveria ser considerada ilegítima. A sua produção foi autorizada sob a condição de certos rigores pela Constituição e pela lei impostos, determinada por um magistrado revestido de competência para tanto. Todavia, a exposição dessa prova sigilosa rompe com todos os fundamentos que a legitimam. Afastou-se o caráter de sigilo, assim como foram descumpridos os fundamentos que a autorizavam.

Por isso, nada mais justo que a "inutilização" dessa prova, que perdeu sua condição de legítima. Afinal, o fundamento de existência e produção dela, *a priori*, é embasar futura denúncia a ser oferecida e comprovar cabalmente a imputação que é feita ao acusado, para então, somente, retirar-lhe a condição de inocente. Apresentar essa prova à opinião pública, e por conseguinte a um juízo prévio seguramente imparcial, atropela todas as etapas necessárias ao desenvolvimento de um "devido processo penal" democrático. O julgamento será de imediato, e sem direito a defesa.

Baseando-se nessas proposições, uma regulação ideal, infelizmente utópica, seria a determinação legal de que qualquer prova produzida que tenha sofrido as violações expostas, ou com outras ainda que não mencionadas, mas que comprovadamente tenham ferido direitos e garantias fundamentais do cidadão fossem consideradas inaptas a servirem de fundamento e legitimidade para um decreto condenatório.

Aludida regulamentação só será possível através de uma séria e debatida atuação legislativa, com a participação de todos os setores envolvidos. Autoridades policiais, advogados militantes, Ministério Público, Magistratura, representantes dos meios de comunicação em massa e o próprio Congresso Nacional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode afirmar, indiscriminadamente, que toda e qualquer atividade midiática que relacione-se a matéria criminal tenha cunho violador da presunção de inocência, da honra, intimidade ou à vida privada do acusado. Todavia, deve ser inadmissível, ao extremo, a exposição que concretize a condição de culpado do acusado, ao configurar abuso no exercício da liberdade de expressão e informação.

Deveras temerária, essa atuação sensacionalista da mídia é uma forma inconstitucional e disfarçada de se executar penas sem qualquer processo ou condenação. A cobertura da mídia em cima do fato criminoso e a forma de proceder dos veículos de comunicação promove uma ilegal e antecipada sentença condenatória do acusado.

Antes mesmo da instauração do devido processo legal, do exercício do contraditório e da ampla defesa, e do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, o acusado já começa a cumprir a sua pena. Já foi execrado publicamente, teve sua intimidade e sua honra violados, foi estigmatizado, e, principalmente, teve seu direito a ser presumido inocente completamente rasgado. Ainda que absolvido, não há nada a recuperar. Ainda que condenado, não há mais o que ressocializar.

As consequências sobre a pessoa comum que é vítima de uma exacerbada atenção jornalística são, sem sobra de dúvidas, devastadores, pois essa repentina condição de "celebridade" afeta negativamente seu espírito, prejudica sua credibilidade e confiança, transforma seus familiares em alvos de humilhação e chacota, dentre vários outros óbvios motivos.

Tal situação fere de morte o ideal humanitário inscrito no preceito de presunção de inocência, assegurado após árdua batalha, tudo por se priorizar um anseio social de se ver condenados bodes expiatórios escolhidos a dedo. Injustiças desse porte, ainda que reconhecidamente comprovadas, geram consequências de difícil reparação.

Nunca é demais dizer que a Constituição Federal garante ao mesmo tempo o direito à liberdade de expressão e de informação e o direito à presunção de inocência. Assim como a presunção de inocência tem suas limitações, ante à possibilidade de decretação de uma segregação cautelar, a liberdade de expressão e de informação também as deve ter. Informar e noticiar exigem seria responsabilidade.

E, como já exposto, o princípio da presunção de inocência impõe não só aos atores necessariamente envolvidos no processo penal – delegados de polícia, advogados, promotores, magistrados – como à própria mídia que nele interfere, o dever e obrigação de respeitar os direitos e garantias fundamentais já mencionados – a imagem do indivíduo, sua honra, intimidade e vida privada –, evitando-se, de qualquer forma, um julgamento fora do devido processo penal democrático, pois referido princípio a todos vincula.

HUMAN DIGNITY, PRESUMPTION OF INNOCENCE AND FREEDOM OF SPEECH – THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE EFFECTIVENESS AGAINST ACUSSED'S PRECOCIOUS STIGMATIZATION

ABSTRACT: The concept of human dignity is the birth of men's fundamental rights. From that is born the right of being presumed innocent, what deserves acknowledge as foundation and basis of a Democratic State, and as the initial mark for the development of a democratic penal legal procedure. From the same concept, also configuring a human fundamental right, is the right to a free speech and information, directly reflecting on a free press with no reprimands. The present paper intends to analyze the presumption of innocence and it's reflects on the structure and development of a *garantista* and democratic penal process based on human dignity, facing it against the exaggerated exposure provoked by an irresponsible media coverage. Effectiveness of the constitutional guarantee

KEYWORDS: Human dignity. Penal process. Presumption of innocence. Media.

REFERÊNCIAS

BRICKMANN, Carlos. *Condenação pela imprensa*: perpétua e definitiva. Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 28 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-dez-28/condenacao-imprensa-perpetua-definitiva>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BUDÓ, Marília Denardin. *Mídia e crime*: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal. UNIrevista, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 1-14, 2006. Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Budo.PDF>. Acesso em: 10 set. 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei, Para que(m)?* In: Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRETELLA JR., José. *Crimes e julgamentos famosos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – Teoria do Garantismo penal. 3. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
FERREIRA, Michele Kalil. *O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática*. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 150-181, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/ dspace/handle/2011/27368>. Acesso em: 26 jan. 2010.
GOMES, Luiz Flávio. *Casal Nardoni*: inocente ou culpado? *(parte 1)*. Disponível em:
<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100315111040784>. Acesso em: 12 jan. 2011.
LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 7. Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
MELLO, Carla Gomes de. *Mídia e crime*: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência. In: Revista de Direito Público, v. 5, n. 2, p. 106-122, Agosto 2010. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/dow nload/7381/6511>. Acesso em: 15 jan. 2011.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
ROSA, Alexandre Morais da; FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. *Para um processo penal democrático*: crítica à metástase do sistema de controle social. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AS DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS DO INCISO I, DO ARTIGO 1.829 DO CC

Nayra Moura Santos*

RESUMO: Rompendo com a tradição do Direito Brasileiro, o Código Civil de 2002 concedeu nova roupagem às regras regentes da sucessão hereditária, notadamente prevendo que o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes do *de cujus,* a depender do regime de bens e do fato de existirem ou não bens particulares do falecido. Ocorre, porém, que as muitas divergências ainda existentes sobre este tema, surgem da confusa redação do inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, dispositivo que disciplina a então citada concorrência sucessória. Assim é que diversas correntes doutrinárias oferecem diferentes leituras do citado dispositivo, gerando dúvidas e incertezas entre os operadores do direito e entre a população de um modo em geral, acerca da forma em que será efetuada a partilha de bens quando chamados a suceder o cônjuge supérstite e os descendentes do autor da herança.

PALAVRAS-CHAVE: Direito sucessório. Concorrência sucessória. Inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil. Cônjuge supérstite. Descendentes. Regime de bens. Interpretações doutrinárias.

1. O INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

A regra que dispõe concorrer o cônjuge supérstite com os descendentes ou com os ascendentes, que se mostra como uma novidade no Direito brasileiro, há muito é prevista em outros ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, tem-se que o legislador brasileiro ao elaborar um novo diploma para as relações cíveis buscou inspiração em outras normatizações, a fim de produzir um código mais consente o possível com a realidade dos tempos mais modernos.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Malgrado a boa intenção e a correta postura do legislador cível em ir buscar inspiração em diplomas de outros sistemas jurídicos, o fruto deste trabalho deveria ser antes adequado à realidade brasileira. Em verdade, o instituto da concorrência sucessória foi importado e introduzido no Direito pátrio, sem antes passar por uma adequação, uma revisão que melhor o colocasse em sintonia com as demais regras vigentes no Direito sucessório e no Direito de Família brasileiro.

A codificação privada de 2002, ao inaugurar a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, fez germinar dúvidas entre os doutrinadores e no seio dos magistrados e demais operadores do Direito, dentre vários motivos, seja por que atrelou tal instituto do Direito sucessório ao regime matrimonial de bens, instituto este mais coerente com o Direito de Família, seja por que não expressou claramente as exceções à regra da concorrência sucessória do cônjuge, mas, do contrário, usou-se de um mesmo dispositivo normativo, o inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, cuja redação não é das mais felizes, para trazer o instituto da concorrência sucessória ao Direito brasileiro, vinculá-lo ao regime de bens do casamento, estabelecer ressalvas à sua aplicação e expor sua base de incidência.

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão[1]:

> (...) A sucessão, em nossa opinião, era mais simples e assim deveria ter sido mantida, deixando de criar uma série de dificuldades que surgiram para os aplicadores do Direito a partir da nova codificação privada.

Também a civilista Maria Berenice Dias destaca[2]:

> (...) E a realidade não se compatibiliza com a novidade. É necessário concordar com Águida Barbosa e Giselle Groeninga ao afirmarem que o instituto da concorrência atropelou a vida, fomentando confusão, dificultando as novas uniões e ampliando os conflitos: frise-se em vida.

Não obstante alguns doutrinadores manifestarem certo incômodo face aos novos contornos da sucessão *mortis causa*, há aqueles que aplaudem

as alterações trazidas pela legislação em vigor a exemplo de Giselda Hironaka, citada por Maria Berenice Dias, para quem a lei veio a premiar quem esteve ao lado do cônjuge ou companheiro até sua morte.[3]

2. O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

O atual Código Civil atribuiu a qualidade de herdeiro necessário ao cônjuge. Significa isto, que também em relação ao cônjuge assiste a proteção da legítima.

Há que se ressalvar, porém, que o direito sucessório que assiste o cônjuge encontra-se condicionado ao que dispõe o artigo 1.830 do Código Civil então em vigor, *in verbis*:

> Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Observando o comando legal retro transcrito, assinala-se que o cônjuge não pode estar separado judicialmente nem divorciado para fazer *jus* à herança. De fato, com o fim do casamento, não persiste qualquer razão jurídica para se chamar o ex-cônjuge à sucessão. Outrossim, não pode o cônjuge sobrevivente estar separado de fato há mais de dois anos, sendo que nesse caso, há que se ter certa cautela, pois mesmo se estiver separado de fato há mais de dois anos, o cônjuge poderá vir a suceder o falecido, se provar que a convivência se tornou impossível sem sua culpa.

De qualquer sorte, ao traçar novo panorama para o cônjuge sobrevivente em matéria sucessória, o legislador buscou amparar àquele que dedicou em vida, amor e carinho ao *de cujus*, apoiando-o nos difíceis momentos. E, acertadamente, fez por elencar o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, uma vez que não seria justo que o viúvo ou a viúva, sendo chamado a suceder, não lograsse parte alguma do patrimônio, por ter sido este disposto pelo falecido em vida em prol de outras pessoas.

Tecidas estas considerações, urge tratar acerca das novas diretrizes que permeiam a ordem de vocação hereditária, disposta no vigente pergaminho cível.

3. A PROBLEMÁTICA REDAÇÃO DO INCISO I, DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL

De início, cabe destacar que o artigo 1.829 do Código Civil estabelece a ordem de vocação hereditária, identificando em seus incisos a relação preferencial das pessoas que são chamadas a suceder o *de cujus*. Ressalta-se que o rol dos herdeiros legítimos constitui uma hierarquia, posto que a existência de um herdeiro de uma classe exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros de classe subsequente.

Posto isso, cumpre destacar a ambígua redação do artigo 1829, inciso I do Código Civil, *in verbis*:

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

A partir da leitura do dispositivo transcrito, é indiscutível a intenção do legislador no sentido de estabelecer certo estado condominial entre o cônjuge supérstite e os descendentes do *de cujus*, batizando este estado de concorrência sucessória. Outrossim, há que se concordar que o legislador, muito embora tenha se preocupado em deixar o cônjuge em uma confortável posição quando da partilha do acervo hereditário, não almejou que fosse a concorrência sucessória indistintamente aplicada, pois fez constar na redação do dispositivo em análise a expressão conjuntiva "*salvo se*", que institui uma negação, hipóteses de exceção, portanto.

É conveniente a divisão do texto do artigo em antes e após a expressão "*salvo se*". E, uma vez considerado que "*salvo se*" é sinônimo de exceção, cabe voltar a atenção para o teor do inciso I, do artigo 1.829, do Código Civil, a fim de perceber que constituem exceção à regra da concorrência sucessória os regimes da comunhão universal de bens e o da separação obrigatória de bens. Conforme é possível notar, o legislador não desejou outorgar ao cônjuge supérstite direito a concorrer com os descendentes do falecido, nas hipóteses referidas, fazendo uso para promover essa

exceção, da já comentada expressão "*salvo se*".

Ademais disso, prosseguindo na leitura do inciso I, do artigo 1.829, possível também se deparar com um sinal gráfico, o ponto-e-vírgula(;). A colocação deste singelo sinal, ao invés de tornar coerente a leitura do mencionado inciso, acabou por alimentar o surgimento de diversas interpretações, propiciando grande polêmica acerca do novel instituto da concorrência sucessória no Direito brasileiro, notadamente em relação ao regime da comunhão parcial de bens.

4. AS QUATRO CORRENTES INTERPRETATIVAS DO INCISO I, DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL

Digladiam-se os doutrinadores ao tentarem compreender se com a colocação do ponto-e-vírgula, o legislador pretendeu estabelecer um seccionamento, uma separação de ideias ou, se apenas quis indicar uma pausa mais longa. Ora, sendo entendido da primeira forma, restará assente que no regime da comunhão parcial, não havendo bens particulares do falecido, haverá sucessão, pois esta é a ideia, o mandamento contrário à parte do inciso anterior ao ponto-e-vírgula, que expõe, indubitavelmente, hipóteses de exceção à regra da concorrência sucessória. Por outro lado, se ficar compreendido que o ponto-e-vírgula somente fora colocado para dar uma pausa mais forte que uma simples vírgula, coerente será defender que no regime da comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares, é também hipótese de exceção à concorrência sucessória.

De qualquer forma, o que certamente se pode afirmar é que o legislador estabeleceu tratamento diferenciado quando o regime de bens do casamento for o da comunhão. Em virtude disso, a confusa redação do inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, permite a extração de três diferentes interpretações.

A interpretação dada pela primeira corrente, proposta pelo Conselho da Justiça Federal, consubstanciada no Enunciado 270, proferido na *III Jornada de Direito Civil*, defende no que tange ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, que o mesmo participará da sucessão como herdeiro legítimo concorrendo com os descendentes, apenas se o falecido tiver deixado bens particulares, sendo ainda, que só concorrerá com os descendentes em relação a tais bens particulares, restando assim excluídos os bens adquiridos na constância

do matrimônio. Em caso de não existir bens particulares, o cônjuge supérstite não participará da sucessão, tendo garantido, porém, o seu direito à meação.

Outra corrente, esta seguida por Maria Helena Diniz, preconiza uma ideia diferente. Muito embora, considerem em separado a hipótese do falecido ter deixado bens particulares, da hipótese de inexistência destes bens, entendem os partidários desta linha, que o cônjuge sobrevivente deve herdar nas proporções fixadas em lei, não somente os bens particulares, mas todo o acervo da herança, se o *de cujus* houver deixado bens particulares. Já, se o *de cujus* não tiver deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente nada recebe a título de herança.

Persiste também uma terceira corrente que é encabeçada pela Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias. Esta corrente propaga que o cônjuge supérstite concorre com os descendentes na herança dos bens comuns, tão somente na hipótese de não persistir bens particulares deixados pelo falecido.

Finalmente, há ainda uma quarta corrente de interpretação do inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, tendo essa sido extraída a partir da decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.117.563/SP, que teve como Relatora, a Ministra Nancy Andrighi.

No caso em tela, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, discutia-se a possibilidade de ser aplicada à companheira supérstite, convivente em união estável, a mesma regra que a atual codificação traça para o cônjuge supérstite, quanto à sucessão, notadamente o direito dela à concorrência em partes iguais com os descendentes à herança. Na oportunidade, a Corte destacou que as três correntes então existentes eram insatisfatórias para solucionar a controvérsia, ao passo em que propugnava que a vontade do cônjuge manifestada devia ser tomada em consideração também no momento de interpretar as regras sucessórias. Por essa razão, não caberia ao cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens direito à concorrência com os descendentes quando existir bens particulares, e sobre estes, sob pena de alterar o regime da comunhão parcial para o regime da comunhão universal, no qual, via de regra, não se faz distinção entre bens particulares e bens comuns. A concorrência apenas ocorre, para essa linha de interpretação, na hipótese de casamento sob o regime da comunhão parcial de bens e somente sobre os bens comuns do casal.

5. CONCLUSÃO

O instituto da concorrência sucessória introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 2002, com a entrada em vigor de um novo Código Civil, é tema que ainda suscita fortes polêmicas.

Analisando a evolução do Direito sucessório, percebe-se a preocupação em proteger a pessoa do cônjuge. Assim, ao longo dos tempos, instituíram-se normas que de certa forma visavam preservar parte do patrimônio do *de cujus* para o viúvo ou para a viúva, a fim de evitar que este recaísse em uma situação de precariedade com o falecimento de seu companheiro.

Justamente na esteira dessa linha de amparo a pessoa do cônjuge, fora previsto o denominado usufruto vidual, durante boa parte do período de vigência do Código Civil de 1916. Pela regra do usufruto vidual, o cônjuge supérstite teria direito ao usufruto dos bens do falecido nas hipóteses de concorrer com descendentes ou ascendentes do *de cujus*, desde que casado fosse pelo regime da comunhão parcial de bens ou da separação de bens. Ainda teria o cônjuge, o privilégio de usufruir sobre ¼ dos bens, concorrendo com os descendentes do falecido. Caso o falecido não deixasse descendente, mas apenas ascendentes, o usufruto do sobrevivente seria em relação à metade dos bens do morto.

Sob a vigência do Código pretérito, ao cônjuge sobrevivente, se casado fosse pelo regime da comunhão universal de bens, assistiria, ademais, o direito real de habitação sobre o imóvel do casal.

Todo este cenário de regras relativas à partilha da herança na *successio mortis causa*, modificou-se com o Código Civil de 2002. Este C*odex*, além de incluir o cônjuge no rol dos herdeiros necessários e de favorecê-lo com a previsão do direito real de habitação e de uma quota mínima sobre o acervo hereditário, a ser preservada em determinados casos, rompeu com a tradição do sistema brasileiro, dando nova roupagem ao direito sucessório, extinguindo o direito ao usufruto vidual e adotando em lugar deste, o instituto da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes e do cônjuge com os ascendentes.

Ocorre que a previsão da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, no inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, foi vinculada ao regime de bens do casamento. Assim, o legislador ao passo que estabeleceu ser a regra, para as sucessões abertas, a partir de então, a concorrência do cônjuge à parte do acervo hereditário juntamente com os descendentes,

frisou que esta não incidiria sempre.

Expressamente restaram excluídos da concorrência sucessória aqueles cônjuges casados pelos regimes da comunhão universal de bens e pelo da separação obrigatória de bens. Não se fez menção alguma aos regimes da separação convencional e ao da participação final dos aquestos. E, no que tange ao regime da comunhão parcial de bens, ficou clara que a observância da sucessão do cônjuge concorrendo à parte do acervo hereditário, estaria condicionada a existência ou não de bens particulares, mas não fora colocado claramente se a concorrência deve haver na hipótese de haver bens particulares do *de cujus* ou o contrário.

Desta feita, diante de uma norma de redação tão confusa, é compreensível a existência de polêmicas em torno do inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, polêmicas estas que consubstanciaram a constituição de quatro diferentes correntes de interpretação a respeito da aplicação da regra da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes.

Analisando-se os fundamentos de cada uma das correntes de interpretação tratadas, afirma-se que melhor e mais adequada parecer ser aquela que brota do entendimento que foi preconizado no Enunciado 270 da *III Jornada de Direito Civil*, *in verbis*:

> *Enunciado 270*
> *Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.*

Frisa-se que esta interpretação, melhor reflete a intenção do legislador, que, com a introdução do instituto da concorrência sucessória, buscou conceder maior amparo ao cônjuge sobrevivente.

É curial aqui, vislumbrar que a escolha pelo regime legal, qual seja, o da comunhão parcial de bens, implica, então, diverso destino ao patrimônio dos cônjuges a depender da forma através da qual o matrimônio será

dissolvido. Desse modo, caso seja o casamento dissolvido em razão do divórcio, as tradicionais regras de tal regime de bens permanecerão válidas, sendo certo que caberá a cada um dos ex-cônjuges somente metade do acervo patrimonial constituído ao longo do casamento. Diferentemente, se a morte de um dos cônjuges vier a dissolver a relação matrimonial, ao sobrevivente caberá também parte dos bens particulares, se houver, concorrentemente com os descendentes.

Logo, entende-se que essa corrente deverá prevalecer, por ser aquela que se apresenta de maneira mais coerente com a evolução do Direito sucessório, na busca por garantir amparo material ao viúvo ou viúva, após o passamento do seu cônjuge.

___

DIFFERENCES IN INTERPRETATION OF CLAUSE I, ARTICLE 1829 OF DC

ABSTRACT: Changing the tradition of Brazilian Law, the Civil Code of 2002 gave a new direction to the rules of succession hereditary, notably by providing that the surviving spouse will compete with the descendants of the deceased. Occurs, however, almost ten years after the edition of this new Civil Diploma, there are still many divergences about this tema. That divergences arise because of unclear wording of the clause I, of article 1.829 of the Civil Code, a device that regulates the cited succession competition. So is several doctrinal currents offer different readings of the device, creating doubt and uncertainty among law professionals and among the population, about the way it will be made the division of properties when there are to succeed the surviving spouse and the descendants of the deceased.

KEYWORDS: Succession Law. Competition Succession. Clause I of Article 1.829 of the Civil Code. Surviving spouse. Descendants. Property regimes. Doctrinal interpretations.

Notas

[1] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil:* direito das sucessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. v. 6. p. 156.
[2] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 140.
[3] HIRONAKA, 2003 apud DIAS, 2010, p. 140.

REFERÊNCIAS

CHIARINI JUNIOR, *O ponto-e-vírgula do art. 1.829, I do CC.* Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 66; jun. 2003. Disponível em <http:jus.uol.com.br/revista/texto/4178>. Acesso em: 03 jun. 2011.

Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Antonio Claudio da Costa Machado (org.); Silmara Juny de Abreu Chinellato (coord.). Barueri, SP: Manole, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: *direito das sucessões*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Método, 2010. v.6.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Carla Martins Moura Silva *

RESUMO: A produção deste artigo científico trata da Teoria do Adimplemento Substancial, examinando sistematicamente sua aplicação no direito brasileiro, mormente quanto ao seu fundamento no princípio da boa-fé objetiva. A *substantial performance* teve origem no direito inglês, no século XVIII, sendo recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio como a Teoria do Adimplemento Substancial, também conhecida como adimplemento de escassa importância ou inadimplemento mínimo. Tal teoria revela uma perfeita sintonia com os princípios e valores que norteiam o Direito Civil contemporâneo, atuando como fator de correção e adaptação de disposições legais e contratuais à realidade, sendo medida que se impõe como mecanismo de materialização da justiça contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Boa-fé objetiva. Adimplemento Substancial.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Civil, com a vigência do Novo Código Civil de 2002, abraçou cláusulas gerais e positivou princípios constitucionais, orientando a teria moderna do direito das obrigações e do contrato de forma que propiciou uma solidarização do Direito Privado, superando a visão tradicional da autonomia da vontade para a autonomia privada e legislação da boa-fé objetiva e função social do contrato e dando azo ao que se batiza de constitucionalização do Direito Civil.

De tal modo, princípios como os do equilíbrio contratual, da relatividade dos efeitos dos contratos, do consensualismo, da boa-fé e o

* Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogada inscrita na OAB/SE 7444. carlamartinsmoura@hotmail.com.

da solidariedade social e mesmo da autonomia privada harmonizam-se com clássicos princípios do direito contratual e obrigacional, permitindo um novo paradigma ao Direito Privado à luz dos valores constitucionais adotados pelo vigente Código Civil.

Não se pode perder de vista, de igual sorte, a consequente mudança ocorrida no tratamento das relações obrigacionais e contratuais, partindo-se do pressuposto de que a contratação tem seu fim em razão e nos limites da função social do contrato. Forte foi o impacto nas obrigações recíprocas, em que seu principal objetivo não é mais a satisfação absoluta do credor através do regular adimplemento pelo devedor, mas sim privilegiar o fim contratual. Isso porque o contrato passou a ser enxergado como um processo complexo, em que deveres ou obrigações secundárias decorrentes da boa-fé objetiva, além da obrigação principal, deverão ser atendidos por ambas as partes durante toda a execução do contrato e nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Logo, as relações obrigacionais e contratuais não são mais tidas como imediatas e simples, com somente um crédito em contraposição a um débito e as partes em um contrato, de posições opostas na relação, não só teriam interesses antagônicos. Da mesma forma, o descumprimento de uma obrigação não é mais visto limitadamente, mas em cotejo do real interesse do credor com a proporcionalidade do que fora adimplido pelo devedor, abrigando aqueles devedores de boa-fé.

Diante dessa nova perspectiva das relações obrigacionais e contratuais nasceu a aplicação no direito pátrio da chamada Teoria do Adimplemento Substancial (*substantial performance*), inadimplemento mínimo ou adimplemento de escassa importância. Oriunda, no século XVIII, do direito inglês, cujo sistema é o *Common Law*, esta se revela, em apertada síntese, uma exceção ao direito de resolução contratual ou de exercício da exceção do contrato não cumprido, decorrentes do inadimplemento.

O presente artigo científico visa à verificação da aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial no direito brasileiro, investigando os seus fundamentos, notadamente o princípio da boa-fé objetiva. Para tanto, discorrer-se-á, primeiramente, o adimplemento substancial no direito brasileiro, a começar pela sua aplicação no Código Civil de 1916, no estudo da sua aplicação no Código Civil de 2002, e, por fim, o especial

enfoque sobre o princípio da boa-fé objetiva, como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial.

2. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

2.1 O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A fim de dar contornos teóricos à Teoria do Adimplemento Substancial no direito brasileiro, também denominado pela doutrina de inadimplemento de escassa importância ou inadimplemento mínimo, imprescindível discorrer a respeito do princípio da boa-fé objetiva, seu fundamento na função limitativa do exercício dos direitos subjetivos.

Segundo Couto e Silva adimplemento substancial é "um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização" (COUTO E SILVA, 1980 *apud* BECKER, ANELISE, 1993, p. 60).

Na visão de Becker tem-se que:

> [...] o adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas. Por isso mantém-se o contrato, concedendo-se ao credor direito a ser ressarcido pelos defeitos da prestação, porque o prejuízo, ainda que secundário, se existe deve ser reparado (BECKER, 1993, p. 63.).

A Teoria do Adimplemento Substancial começou a ser aplicada no sistema jurídico brasileiro por Clóvis do Couto e Silva, que observou a importância de ponderar o inadimplemento de parte mínima do contrato "como elemento operativo na hermenêutica jurídica dos negócios jurídicos, sob a base do princípio da boa-fé objetiva, mensurando suas consequências e, eventuais, penalidades" (SILVA, 2006, p. 84).

Frise-se que o pioneirismo de Couto e Silva se deu, sob a égide do Código Civil de 1916, momento em que o princípio da boa-fé objetiva

não era nem codificado, tratando-se de "uma construção filosófica e doutrinária do jurista", em que pese por um "trabalho de interpretação integradora fosse possível extraí-lo pela redação do artigo 85, *verbis*: 'nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem'" (SILVA, 2006, p. 84).

Nesse contexto, assegura Alves:

> Ao sustentar uma moderna concepção da relação contratual, quando o princípio da Boa-fé não fora consagrado no texto do Código Civil de 1916, admitindo-o independente de sua recepção legislativa, embora podendo ser extraído de uma interpretação integradora do artigo 85 do vetusto Código, Couto e Silva fê-lo atuar, com esmero, na Doutrina, a apontar a formulação do adimplemento substancial (ALVES, 2008. p. 126).

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro, que se baseia no sistema *Civil Law*, recepcionou a doutrina do adimplemento substancial do contrato, oriunda do sistema jurídico estrangeiro da *Common Law*, através da "interpretação integradora de dispositivos legais e pela aplicação de princípios gerais de direito, especialmente o princípio da boa-fé objetiva" (SILVA, 2006, p. 88.). Dessa forma, vê-se que a recepção dessa doutrina no nosso sistema da *Civil Law* ocorreu com base no mesmo princípio da boa-fé objetiva, contudo "por meio da hermenêutica de artigos expressos nos códigos e legislações, na medida em que este sistema estrutura-se em codificações, não sendo fruto de construção jurisprudencial formada a partir de precedentes" (SILVA, 2006, p. 88).

Em tal sentido, valiosa é a lição de Silva:

> A recepção da Teoria do Adimplemento Substancial nos países de *civil law*, como por exemplo França, Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, Argentina, ocorreu por meio da construção de princípios e interpretação integradora de dispositivos legais, indicativos do princípio da boa-fé objetiva e em relação à extensão do inadimplemento – de sua gravidade em si –, encontrando respaldo na concretização da tese de que não cabe resolução

> do contrato quando o inadimplemento é de pouca importância. Sendo assim, a ideia central incorporada pelos países deste sistema consistiu no preceito de que o adimplemento sendo substancial limita o exercício do direito resolutivo (SILVA, 2006, p. 145).

Sendo o fundamento dessa teoria o princípio da boa-fé objetiva, vê-se que não seria razoável a aplicação da resolução do contrato nos casos em que o contratante esteve impedido de executar somente uma mínima parte do seu dever obrigacional, pois realizou grande parte de suas obrigações. Nessas situações, a cláusula resolutiva é empregada em desarmonia ao princípio da boa-fé, pois há aí uma execução e não propriamente uma inexecução; uma execução não total, mas substancial para o negócio jurídico firmado (SILVA, 2006, p. 85).

Isso porque o adimplemento substancial difere do inadimplemento fundamental, na medida em que neste a resolução é cabível quando o essencial da obrigação não foi cumprido, não podendo falar em satisfação do credor. Por outro lado, no adimplemento substancial o essencial da obrigação foi cumprido, atendendo aos interesses do credor, impossibilitando suscitar a resolução do contrato, sob pena de má-fé, mas somente requerer perdas e danos a fim de manter o equilíbrio do contrato (OMAIRI, 2005, p. 4).

Em outras palavras, explica Renault:

> Para a constatação de ocorrência do chamado adimplemento substancial, conforme se extrai das lições transcritas, necessário é que se avalie se foram atingidos os objetivos da relação obrigacional concreta, isto é, se o contrato atingiu seus objetivos, enunciados nas prestações devidas de parte a parte. A relação obrigacional em sua atual acepção complexa, com efeito, exige a satisfação dos interesses do credor, devendo-se levar em conta, de toda forma, também os interesses do devedor, funcionando a boa-fé, em sua função de proteção, como fator que limita eventuais abusos, de parte a parte, no curso da relação (RENAULT, 2010, p. 89).

Pelo exposto, advém o adimplemento substancial quando a prestação, em sua essência, é cumprida, com a satisfação dos interesses pretendidos pelo credor. Afastando-se, assim, o instituto resolutório, pois há proveito da prestação pelo credor, sendo injustos os efeitos produzidos por uma resolução contratual.

2.2 A APLICAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 sofreu forte influência dos Códigos Civis da França, Alemanha e Suíça, nações que seguiam a tradição romano-germânica. Suas obsoletas normas estavam voltadas à liberdade individual, que prega o individualismo do indivíduo, como sujeito de direitos, olvidando-se do aspecto social da relação obrigacional calcado no princípio da autonomia privada e na função social do contrato (SILVA, 2006, p. 85).

Tal concepção liberalista espelhava uma relação obrigacional pautada em parâmetros rígidos e formalistas do princípio do *pacta sunt servanda*, em que qualquer desvio de descumprimento da prestação devida, ensaiava a resolução contratual, resguardando tão somente a parte adimplente que possuía o livre arbítrio de exercer o direito potestativo resolutório (SILVA, 2006, p. 85).

À época, alguns doutrinadores, como Araken de Assis e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, valiam-se de diferentes terminologias ao mencionar essa teoria, com mistura de conceitos e dissenso acerca dos elementos caracterizadores dessa, a saber: adimplemento ruim, insatisfatório, cumprimento imperfeito ou inadimplemento insignificante. De acordo com Silva, as diferentes nomenclaturas podem ser explicadas pelo advento de que a Teoria do Adimplemento Substancial é procedente do direito americano, escrito na língua inglesa, ensejando, assim, traduções diferentes sobre o mesmo instituto jurídico (SILVA, 2006, p. 90).

O Código Civil de 1916 não tutelava o inadimplente, sem conteúdo legal capaz de visualizar a real ideia de que nem todo inadimplemento possui a mesma gravidade. O parágrafo único do artigo 1092 da antiga codificação civil, ao dispor somente que a rescisão do contrato e perdas e danos poderiam ser requerida pela parte lesada pelo inadimplemento, desconsiderava ponderar a gravidade do inadimplemento quando gerado em relação à inexecução de mínima parte da obrigação, já que não havia

normas que caracterizassem o inadimplemento que acarretava a resolução do contrato (SILVA, 2006, p. 90).

Certo é que sob a égide do Código Civil de 1916, pouco se cuidou da Teoria do Adimplemento Substancial, muito provavelmente em razão da pouca exploração dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que, como já apontado, fundamentam a aplicação dessa teoria no direito pátrio.

No entanto, embora inexistisse artigo expresso tutelando o adimplemento substancial, a jurisprudência pátria, utilizando-se da interpretação analógica e do fundamento nos princípios do direito obrigacional, notadamente no princípio da boa-fé, lançou mão, ainda que timidamente, da Teoria do Adimplemento Substancial (SILVA, 2006, p. 93), haja vista o primeiro acórdão abarcando tal temática, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 588012666, pelo Desembargador Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr (BECKER, 1993, p.70-71).

2.3 A APLICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

A partir da vigência do Código Civil de 2002, a Teoria do Adimplemento Substancial entra na legislação do direito brasileiro, encontrando seu fundamento positivado no princípio da boa-fé objetiva, ao limitar o exercício de direito de resolução. Entretanto, não se encontra qualquer previsão expressa no sentido de sua aplicabilidade.

A doutrina cita, ainda, os princípios da função social do contrato (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e do enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884), além do princípio da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), como base legal para a aplicação do adimplemento substancial (MOURA, 2007 *apud* VIANNA, 2008). Todavia, é o princípio da boa-fé objetiva a pedra angular para aplicação do adimplemento substancial no ordenamento jurídico pátrio. Nessa senda, interessante a colocação de Lima:

> Durante a existência do Código Civil de 1916, a boa-fé era apenas uma regra geral do direito brasileiro, não sendo portanto algo concreto capaz de fundamentar, exclusivamente, a Teoria do Adimplemento Substancial. Isto, no entanto,

> alterou-se com a vigência da nova legislação civil, em 2002, quando a boa-fé objetiva foi abordada expressamente no seu art. 422 (LIMA, p. 75-84, jul. 2007).

O próprio conceito de adimplemento, na vigência do Código Civil de 2002, veio abraçar o princípio da boa-fé, como bem destacou Silva a definição de Martins-Costa:

> [...] o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados de boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concreta (MARTINS-COSTA, 2000, p. 348 *apud* SILVA, 2006, p. 96).

O art. 422 do Código Civil de 2002 positiva o princípio da boa-fé ao prever que os contratantes são obrigados a guardar os princípios de probidade e boa-fé, em toda a execução do contrato, como também na sua conclusão.

Acresce a isso a disposição do art. 475 do Código Civil de 2002 que, embora "não adjetiva o inadimplemento que dá azo à resolução" (BUSSATTA, 2008, p. 94.), permite, através de sua integração ao art. 394, ao parágrafo único do art. 395 e ao art. 389 do atual diploma civil, suprimir tal lacuna. Pois, essas normas conceituam a mora, cuidam da inutilidade da prestação para o credor e da possibilidade deste resolver o contrato com o direito a perdas e danos, em havendo perda do seu interesse pelo cumprimento da prestação pelo devedor.

No que concerne à referida cláusula resolutória, insurge-se discussão doutrinária sobre ela, já que a legislação civil pátria não cita, expressamente, o modo de descumprimento que cabe tal direito. Parte da doutrina, liderada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Anelise Becker, entende que só o não cumprimento definitivo, acarretado pela impossibilidade de concretizar a prestação ou pela perda do interesse do credor, permitiria a resolução, já que se deve respeitar ao máximo a manutenção do vínculo contratual e o direito de devedor de purgar a mora (BUSSATTA, 2008, p. 95).

Por outro lado, Bussatta defende a faculdade do credor em se valer do direito resolutório, tanto em relação ao adimplemento absoluto quanto ao adimplemento relativo (mora). Assim, cabe ao credor escolher entre a manutenção do contrato, exigindo-se o total adimplemento da prestação e mais perdas e danos ou a resolução do contrato e as perdas e danos correspondentes, ficando a cargo da Teoria do Adimplemento Substancial limitar o uso do direito de resolver (BUSSATTA, 2008, p. 95). Não havendo como falar em "prioridade ou hierarquia" (BUSSATTA, 2008, p. 95) entre as citadas possibilidades postas à escolha do credor, mas sim em tão somente sua conveniência.

A outro giro, cumpre sublinhar que, o descumprimento de parte mínima do contrato ou o adimplemento substancial também encontra alicerce no princípio da função social do contrato, tipificado no art. 421 do Código Civil de 2002 e segundo o qual "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Tal princípio, assim como o princípio da conservação dos contratos, prestigia a manutenção equilibrada do vínculo obrigacional, visando "preservar a relação negocial de expressiva importância ao tráfico econômico" (SILVA, 2006, p. 98), por meio de uma equidade que prima pelo equilíbrio contratual e relativiza o princípio do *pacta sunt servanda* (SILVA, 2006, p. 96). Assim, "o contrato somente se enquadra na sua função social se for útil e justo" (SILVA, 2006, p. 97).

Note-se, assim, que os valores de utilidade e justiça impostos nas relações obrigacionais sob a égide do Código Civil de 2002, não são mais ideais ou princípios que tão somente circundam a relação contratual, mas, agora, são tidos como verdadeiros critérios que fundamentam e pressupõem a validade do contrato. A ausência de obediência a esses ditames causará o "esvaziamento do núcleo da vontade contratual que é estabelecida para ser cumprida dentro da nova roupagem auferida, qual seja, a busca do adimplemento de forma equânime e equilibrada" (SILVA, 2006, p. 99), objetivando proteger os direitos, deveres e interesses de ambos contraentes.

Nesse raciocínio, pode-se concluir que o descumprimento mínimo de parte da obrigação é representado quando a "ausência da prestação violar a substância do contrato e não tornar inútil a prestação à parte adimplente" (SILVA, 2006, p. 99), persistindo "o interesse desta em receber a obrigação executada no tempo, lugar e forma dispostos pela lei ou pelo contrato,

ainda que reduzida ou prejudicada, minimamente, alguma parte destes critérios" (SILVA, 2006, p. 99).

Ademais, é importante assinalar que a nova codificação civil, ora em vigor, não apresentou grandes mudanças estruturais nos capítulos destinados às obrigações, todavia atuou uma revolução no estudo do direito obrigacional, tendo em vista que se incorporou no ordenamento jurídico a estrutura da obrigação considerada como processo e dentro dos princípios basilares da boa-fé, como apresentada por Clóvis do Couto e Silva e acompanhada pelos juristas Mário Júlio de Almeida Costa e por Judith Martins-Costa (SILVA, 2006, p. 95-96).

Nesse sentido, destaca Silva a fala de Martins-Costa sobre a nova estrutura do direito das obrigações legislado no Código Civil de 2002:

> [...] a regulação do Direito das Obrigações vem, agora, plena de conceitos flexíveis, passíveis de concreção judicial, tal como os 'usos do lugar', 'circunstâncias do caso', 'natureza da situação', 'equidade', 'desproporção manifesta entre as prestações', 'premente necessidade', 'boa-fé', 'utilidade da prestação', 'fins econômicos e sociais' do direito subjetivo (MARTINS-COSTA, 2000, p 334 *apud* SILVA, 2006, p. 97).

O Código Civil de 2002 surgiu num momento em que o ordenamento jurídico pulsava por maior flexibilização, já que era o auge da geração dos direitos de solidariedade, inserindo-se, assim, no denominado sistema jurídico aberto. Logo, novas ideias perfazem a relação obrigacional fincada sob esse novo diploma civil, conforme leciona Rosenvald:

> Credores e devedores não estabelecem relações de subordinação, mas de cooperação, a fim de que o adimplemento verifique-se da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor. Ambos são idênticos titulares de direitos fundamentais e, portanto, devem visualizar um no outro, deveres de proteção, cooperação e informação, preservando-se o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF) e, em última instância, o núcleo da dignidade da

pessoa humana (ROSENVALD, 2004. p. 8).

Isso se deve à nova visão do direito obrigacional, advinda da influência da Constituição Federal de 1988 e seus princípios da dignidade da pessoa humana e livre iniciativa e calcada, especialmente, "na transmutação da autonomia da vontade para a autonomia privada reflexa na obrigação" (SILVA, 2006, p. 118). Tamanha mudança revela não mais a compreensão da autonomia da vontade, antes vista como livre exercício do indivíduo para criar vínculos jurídicos, mas sim a percepção de que a autonomia privada é mais viável para o direito contemporâneo, com a crescente intervenção estatal em detrimento da liberdade do indivíduo.

Para tanto, urge afirmar que novos princípios orientam os contratos, os quais, segundo Azevedo, são os já citados princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato e o princípio do equilíbrio econômico (AZEVEDO, n. 750, p. 113-120). Contudo, eles não afastam os princípios clássicos que regem a relação contratual, como o da liberdade contratual, da obrigatoriedade contratual, da relatividade dos efeitos do contrato e do consensualismo (AZEVEDO, n. 750, p. 63-65).

Como é sabido o Código Civil de 2002 foi edificado sob a influência de três princípios norteadores: socialidade, operabilidade e eticidade. Eles inspiram toda a legislação civil, operando consequências na interpretação e aplicação dos contratos na atualidade atualmente. Foi com o fundamento da eticidade que a função social do contrato e a boa-fé objetiva ganharam prestígio no novo estatuto civil, respectivamente no art. 421 e no art. 422.

Desta forma, com a nova percepção do direito das obrigações e do adimplemento e do inadimplemento, é possível constatar que o adimplemento substancial figura no ordenamento jurídico pátrio através de uma interpretação dos dispositivos desde outrora aplicáveis às obrigações inadimplidas, bem como mediante novos princípios absorvidos à legislação civil e cláusulas gerais que preenchem o sistema aberto adotado pelo Código Civil de 2002 (SILVA, 2006, p. 96-97).

3. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A legislação civil de 1916 não previa, expressamente, o princípio da boa-fé objetiva, o qual só foi incorporado ao ordenamento jurídico

brasileiro com a sua positivação no Código Civil de 2002, inserindo-o "como parâmetro na manifestação da vontade, conferindo inclusive a amplitude expressiva de sua previsão sob a forma de princípio geral" (MARTINS, 2011, p. 73). Quadra asseverar que o princípio da boa-fé foi tutelado pela novel codificação de 2002 em articulação ao princípio da função social do contrato com o fito de limitar a autonomia privada e não só como instrumento de interpretação da lei (MARTINS, 2011, p. 73).

Vale ressaltar a importância da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor que, em atitude pioneira, introduziu a boa-fé objetiva como regra de conduta, no seu art. 4º, III, ao determiná-lo como um dos princípios fundamentais da política nacional das relações de consumo e no seu art. 51, IV, ao cuidar da nulidade das cláusulas que: "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" (BUSSATTA, 2008. p. 70).

Outrossim, faz-se mister sublinhar a generosidade com que o Código Civil de 2002 abordou a boa-fé em relação às obrigações, tanto que os doutrinadores pátrios aludem a boa-fé como "princípio informativo do direito obrigacional" (MARTINS, 2011, p. 75), sendo veículo de justiça, equilíbrio e equidade nas relações. A exemplo, tem-se o art. 113 do Código Civil de 2002 que dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração e os arts. 187 e 422 deste mesmo diploma civil. O primeiro entende que há abuso de direito quando ato exceda os fins impostos pela boa-fé e o segundo, como já explanado, determina que a boa-fé deve ser respeitada em todas as fases da relação contratual (MARTINS, 2011, p. 75).

Importante, ademais, consignar que a doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem a boa-fé como um princípio consagrado, de modo expresso, em cláusula geral (MARTINS, 2011, p. 75).

Nesse contexto, pertinente dissertar acerca das duas acepções da boa-fé, diferenciando a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva. De acordo com Martins-Costa, mencionada por Bussatta, pode-se entender a boa-fé subjetiva como:

> [...] 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se

> 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem (MARTINS-COSTA, 2000, p 411 *apud* BUSSATTA, 2008 , p. 71).

Destarte, a boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença e psicológica, possui, como a própria nomenclatura indica, caráter subjetivo, psicológico, fundada na valoração da conduta do agente, na crença do indivíduo que age em conformidade com o direito. O manifestante da vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um ato ou fato jurídico. Possui a denotação de ignorância, crença errônea do indivíduo em um direito de aparência, ainda que escusável (BUSSATTA, 2008, p. 71).

A boa-fé objetiva, por sua vez, não constitui "crença ou estado de consciência" (BUSSATTA, 2008, p. 71), mas, além disso, "um efetivo dever de conduta, a ser seguido por todos os envolvidos nas relações obrigacionais, fundado na correção, na lealdade e probidade" (BUSSATTA, 2008, p. 71). Funciona, justamente, como um padrão de comportamento ou norma de conduta de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, em que se funda a confiança legítima da outra parte (BUSSATTA, 2008, p. 71).

Também denominada de boa-fé lealdade e boa-fé confiança pela doutrina, Rosenvald a delimita na seguinte percepção:

> [...] A boa-fé objetiva pressupõe: a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater famílias*; c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado (ROSENVALD, 2004. p. 30).

Dito isso, cumpre frisar que o contrário da boa-fé objetiva não é a má-fé, mas a ausência de boa-fé, pois não se leva em consideração o *animus* do agente e sua crença subjetiva. O que prevalece é a correção da conduta

do sujeito aos valores e interesses coletivos sedimentados em sociedade, como lealdade, justiça e cooperação. Por isso, tem-se a boa-fé objetiva como fonte de obrigações, que impõe comportamentos aos contratantes em conveniência a tais regras sociais de correção (ROSENVALD, 2004. p. 30-31).

No que concerne às funções do princípio da boa-fé objetiva, vê-se que a doutrina vem apresentando-lhe três papéis. A primeira é como regra hermenêutico-interpretativa na teoria dos negócios jurídicos, a segunda assume a função ativa de criação de deveres, impondo norma de conduta aos contratantes no processo obrigacional e, por fim, o caráter repressivo ou de controle que limita o exercício de direitos subjetivos (MARTINS, 2011, p. 79).

A boa-fé objetiva vista como função hermenêutico-interpretativa atua como modelo capaz de nortear a interpretação da lei civil em casos de ambiguidade ou contradição da relação contratual, visando precisar perfeitamente o conteúdo do contrato, de suas cláusulas e obrigações a cada um dos contratantes impostas, atingindo "uma relação obrigacional mais justa, com maior equilíbrio entre direitos e obrigações e que, ao mesmo tempo, atenda aos legítimos interesses dos contratantes, a fim de que sua função econômico-social seja cumprida" (MARTINS, 2011, p. 79).

Relativamente à função ativa ou integrativa da boa-fé objetiva, sabe-se que dela emanam deveres laterais de conduta exigíveis tanto do devedor quanto do credor, isto é, verdadeira fonte de deveres jurídicos para as partes. Ela resulta do já referido art. 422 do Código Civil de 2002, em que as partes devem resguardar o princípio da boa-fé não só na vigência do contrato, mas também nas fases pré-contratuais e pós-contratuais (ROSENVALD, 2004. p. 33). Além disso, a "concepção de 'obrigação como processo', isto é, como um processo dinâmico de cooperação e lealdade entre as partes, é diretamente associada à incidência do princípio da boa-fé objetiva" (MARTINS, 2011, p. 79).

A chamada função defensiva, repressiva ou de controle, a seu turno, é vista pela doutrina como "limitação ao exercício de direitos subjetivos" (MARTINS, 2011, p. 80), podendo-se se falar em abuso de direito quando não há a observância da boa-fé, já que não pode o credor ultrapassar os limites da boa-fé em detrimento ao exercício de seu direito (MARTINS, 2011, p. 80). Nesse toar, anuncia o art. 187 do Código Civil de 2002, que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede

manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Assim, a boa-fé atua como "máxima de conduta etico-jurídica" (ROSENVALD, 2004. p. 34) e instrumento limitador da autonomia de vontade, visto que identifica o momento em que um "ato lícito do exercício da autonomia privada converte-se no ato ilícito do abuso do direito" (ROSENVALD, 2004. p. 34).

De mais a mais, insta destacar o princípio boa-fé objetiva como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial.

Com efeito, o fundamento maior da Teoria do Adimplemento Substancial é o princípio da boa-fé objetiva, visto que ele limita o exercício do direito do credor de resolver o contrato, inibindo a ocorrência de grandes prejuízos àquele devedor que cumpriu a prestação quase que integralmente, o que seria uma punição por demais severa frente ao ínfimo inadimplemento do devedor.

E a razão disso é que o princípio da boa-fé objetiva exige das partes contraentes atitudes moldadas na confiança, lealdade e probidade, em especial, no tocante ao adimplemento das obrigações, mensurando sua extensão e reconhecendo os possíveis desvios da prestação a ser cumprida pelo devedor e, consequentemente, avaliando se há ou não hipótese de adimplemento substancial.

Noutras palavras, leciona Bussatta:

> [...] não resta dúvida de que a Teoria do Adimplemento Substancial, que contém em si, em última análise, a vedação do uso desequilibrado do direito de resolução, encontra fundamento de aplicação na boa-fé objetiva, especialmente na sua função limitativa do exercício das posições jurídicas (BUSSATTA, 2008, p. 87).

Verifica-se, assim, que a teoria em estudo rompe com o direito legal à resolução quando o inadimplemento é de menor gravidade, a ponto de não afastar a função econômico-social e a utilidade do contrato (MARTINS, 2011, p. 87).

Por outro lado, quadra asseverar que a dicção do art. 475 do Código Civil de 2012 é clara ao autorizar a resolução contratual quando lesado o credor pelo inadimplemento, entretanto nada fala acerca de qual inadimplemento é capaz de ensejar o exercício desse direito potestativo,

entendendo-se que "todo e qualquer descumprimento obrigacional permitiria esta alternativa extrema de resolução" (MARTINS, 2011, p. 87).

Não se pode olvidar que a resolução contratual é "medida extrema, já que extingue o vínculo contratual com efeitos *ex tunc*, retirando-lhe, em geral todos os efeitos práticos jurídicos que produziu ou que ainda deveria produzir" (BUSSATTA, 2008, p. 87). Portanto, tem-se sanção de excessiva gravidade ao contratante inadimplente de escassa importância.

Isto é, evidencia-se às escâncaras o desequilíbrio do uso do direto à resolução contratual quando, em análise comparativa, coteja-se o inadimplemento de escassa importância ou substancial, com ínfimas consequências ao adimplente, com a resolução enquanto grave medida para a saúde do contrato, pois extingue os efeitos do contrato. Faltando-se, assim, com a boa-fé objetiva exigida nas relações obrigacionais geridas pela nova codificação civil (MARTINS, 2011, p. 82).

Por derradeiro, imprescindível colacionar os Enunciados 361 e 371, oriundos da *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, os quais ratificam a aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro; são seus respectivos termos:

> 361 — Arts. 421, 422 e 475: O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.
> [...]
> 371 — Art. 763: A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.

4. CONCLUSÃO

Através das linhas que acima se seguiram foi possível visualizar um debate a respeito da Teoria do Adimplemento Substancial e sua conotação de justiça em sede de resolução dos contratos por inadimplemento, justo porque vem a definir se lícito ou não o credor suscitar a resolução do contrato.

Doutrina e jurisprudência, nesse sentido, vêm entendendo pela aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial diante do

descumprimento contratual de mínima importância, como consequência da adoção das cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002, embora este não tenha previsto a figura do adimplemento substancial, tampouco adjetiva o inadimplemento que dá azo à resolução do contrato.

O art. 475 do Código Civil de 2002, ao tutelar a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento, exprime a ideia de que qualquer lesão ao direito do credor viabiliza o seu direito de romper com o vínculo contratual, o que não é verdade, pois tamanha interpretação esbarra-se nos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, os quais motivam a teoria do adimplemento de escassa importância.

Nesse toar, tem-se que a Teoria do Adimplemento Substancial, à luz dos novos princípios que regem a codificação civil vigente, prestigia o comportamento do contraente que age, durante toda a persecução do contrato, de acordo com a boa-fé objetiva, mas que, por alguma razão alheia a sua vontade, não cumpriu deveres contratuais de menor vulto. Isto é, sendo o inadimplemento insignificante, de forma que a finalidade maior da avença não tenha desaparecido, a praxe de que o contrato não cumprido, inevitavelmente, é extinto, não é a medida mais benéfica para as relações econômico-sociais contemporâneas.

Dito isso, imperioso consignar que a doutrina, no estudo do adimplemento substancial, privilegia o princípio da boa-fé objetiva, de modo que a considera porta de entrada para tal teoria no ordenamento jurídico pátrio. Como esse princípio é instrumento de interpretação de negócios jurídicos, de limitação ao exercício de direitos subjetivos e criação de deveres anexos, daí se fundamenta a Teoria do Adimplemento Substancial, uma vez que existindo inadimplemento de escassa importância, a resolução do contrato importa uma saída desproporcional e contrária à boa-fé.

THE PRINCIPLE OF GOOD WILL AS A WARRANT OF THE THEORY OF SUBSTANTIAL DUE PERFORMANCE

ABSTRACT: The present work talks about the theory of the substantial performance and its systematic application in Brazilian law, giving emphasis to the principle of good will and its relation with the new theory. The "substantial performance" was originated in the English law in the eighteenth century, embedded in modern legal concepts and

considerable importance, being greeted by Brazilian law, also known as payment of little importance or minimum payment. This theory reveals a perfect harmony with the principles and values that guide contemporary civil law, acting as factor of both correction and adaptation of law and contractual provisions to reality, being as it is imposed as a mechanism of materialization of contractual justice.

KEYWORDS: Civil Law. Good will. Substancial performance.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato. *Revista do Advogado*. São Paulo. v. 28. n. 98. p.124-31. jul. 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 6.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. RT, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 750, p.113-120.

BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. v.9. n.1. p.60-77. nov. 1993.

BRASIL. Código civil: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis /2002/L10406.htm>. Acessado em 09 fev. 2013.

_____. *Código de defesa do consumidor*: lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078 .htm>.Acessado em 10 mar. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao .htm>. Acessado em 10 mar. 2013.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. DF: Congresso Nacional, 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acessado em 10 mar. 2013

BRASIL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 18 mar.2013.
BUSSATTA, Eduardo Luiz. R*esolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 2. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: contratos teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: Contém Análise Comparativa dos Códigos de 1916 e 2002. v. 2. Obrigações. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2004.
GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. II. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
LIMA, Aliciene Bueno Antocheves de. *A teoria do adimplemento substancia e o princípio da boa-fé objetiva*. Vol. 2. Rio Grande do Sul. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul.2007. Disponível em: <http:// www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 16 de março de 2013.
MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v.04 . 29. ed. São Paulo: Saraiva,1997.
OMAIRI, Elissane Leila. *A Doutrina do Adimplemento Substancial e sua Recepção pelo Direito Brasileiro*. Disponível em :<www.direitonet.com.br>. Acesso em: 14 de março de 2013.
REALE, Miguel. *A Constituição e o Código Civil*. Disponível em: < http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm.> Acesso em 24 jan.2013.
REALE, Miguel. *O Novo Código Civil e seus Críticos*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm.> Acesso em: 24 jan. 2013.
RENAULT, Leonardo Augusto Alencar. *Adimplemento substancial*

no direito brasileiro. Dissertação de mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos,FDMC, 2010. Disponível em <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/nardoaugustoalencarrenaultadimplementosubstancialnodireitobrasileiro.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível nº 588012666*. Quinta Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em: 12.04.1988. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em 15 mar. 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 30. ed. v.2 São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Adimplemento Substancial*. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUC, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp012536.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Civil law, common law, Condomínio e Locação de vaga de garage*: A Súmula 449 do STJ e sua permanência no sistema. Carta Forense. Ano: 05/2012 Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0512.html>. Acesso em: 11de março de 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2012.

UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado). Disponível em: <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103288>. Acesso em: 14 de março 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: teoria geral das obrigações e teoria dos contratos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Adimplemento substancial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11703>. Acesso em: 16 de março de 2013.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law*: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

A AÇÃO POR OMISSÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Genésia Marta Alves Camelo*

RESUMO: A partir de uma delegação de soberania quantitativa iniciou-se o processo de integração da União Europeia, com a criação de instituições supranacionais, como o Tribunal de Justiça, responsável por garantir o respeito aos direitos fundamentais e ao princípio da legalidade. Este texto tem como finalidade precípua analisar alguns aspectos da ação por omissão do direito da União Europeia, a qual integra o sistema de controle de legalidade das instituições da União Europeia, estabelecendo um paralelo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do ordenamento jurídico brasileiro, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania; Supranacionalidade; Controle de legalidade; Ação por omissão; União Europeia; Tratado de Lisboa; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; Ordenamento jurídico brasileiro; Estado Democrático de Direito.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é proceder a uma breve análise inicial da mutação do conceito de soberania, que culminou na possibilidade de surgimento da concepção de supranacionalidade, tecendo considerações sobre alguns tratados celebrados no âmbito da Comunidade/União Europeia.

O presente trabalho também visa analisar sob o paradigma do Estado Democrático de Direito alguns aspectos da ação por omissão, que integra o controle de legalidade da União Europeia e a ação direta de

* Bacharelada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; Procuradora Federal.

inconstitucionalidade por omissão do ordenamento jurídico brasileiro.

Serão abordados aspectos como a importância do Tribunal de Justiça da União Europeia para a consolidação do Estado Democrático de Direito, a importância do controle de legalidade e do respeito aos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito, omissão juridicamente relevante, legitimidade, fase administrativa da ação por omissão, efetividade das decisões proferidas na ação por omissão e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dentre outros.

A justificativa desse artigo deve-se à enorme importância de estudarmos o processo evolutivo do direito da União Europeia, o qual aferiu um maior grau de legitimidade com o Tratado de Lisboa que aproximou os cidadãos das instituições do direito da União Europeia.

Assim, não obstante a diversidade dos processos históricos da União Europeia e do Brasil, a análise comparativa entre a ação por omissão e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão permite o estabelecimento de reflexões sobre a consolidação do Estado Democrático de Direito Brasileiro, bem como a necessidade de observância de um devido processo constitucionalizado.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ROMPIMENTO DO DOGMA DO CONCEITO JURÍDICO TRADICIONAL DE SOBERANIA – PRESSUPOSTO PARA A INTEGRAÇÃO ENTRE OS ESTADOS

Primeiramente é importante ressaltar que o conceito clássico de soberania vem sofrendo profunda alteração de concepção ao longo da história.

O conceito de soberania foi concebido por *Jean Bodin*, no final do século XVI, com fins a conferir legitimidade ao poder do monarca, o qual se sujeitava apenas às leis divinas e naturais. O Estado possuía um poder absoluto, supremo, perpétuo e independente.

A citada teoria da soberania absoluta do rei cede lugar diante do pensamento de Rousseau, o qual transfere o poder do monarca para o povo, desmembrando o conceito de soberania em soberania nacional e soberania popular.

A soberania nacional se baseia no princípio de que o poder constituinte deve recair num órgão distinto dos órgãos constituídos, sendo responsável

pela criação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.[1]

Povo e nação era uma só entidade, dotada de vontade própria e de seu destino, que exerce a soberania por meio de seus representantes.[2]

Impende salientar que a doutrina da soberania popular abrange duas versões: a francesa, segundo a qual a Constituinte é o povo (concepção falsa, visto que a soberania é indelegável), e a americana que considera a Constituinte ou Convenção como uma assembleia limitada cujo trabalho se legitima unicamente com a aprovação do povo.[3]

A mencionada teoria se baseia na igualdade política dos cidadãos, aduzindo a igualdade natural dos Estados e reconhecendo um direito estatal ilimitado de apreciar as situações e determinar as suas consequências.[4]

Jellinek é o principal precursor da Teoria da Soberania do Estado, segundo a qual a soberania é um poder jurídico ilimitado e absoluto, sendo legítima toda forma de coação estatal, por representar a vontade soberana de quem detém o poder. Tal teoria visava conferir legitimidade às ditaduras.[5]

Vale registrar a Teoria Negativista da Soberania, defendida por *Duguit,* que considera a soberania como um dado histórico, representando uma qualidade do poder do Estado e não necessariamente um elemento essencial de sua formação.[6]

Por fim, a teoria realista ou institucionalista da soberania considera a soberania como um atributo do Estado, existindo unidade de personalidade entre a Nação (realidade sociológica) e o Estado (realidade jurídica). No entanto, a Nação pode retomar o seu poder originário sempre que o órgão estatal confrontar com os fatores reais de poder.[7]

Após transcorrermos sucintamente sobre as teorias relativas à soberania, urge explicitar o conceito jurídico tradicional de soberania: poder exercido por uma entidade estatal qualificado pela autonomia e independência.

Outrossim, cabe distinguir a soberania no plano interno e no plano internacional. No plano interno a soberania se expressa pelo exercício do poder constituinte originário, podendo criar a sua própria Constituição. Ao passo que, no plano externo, a soberania consiste no fato do Estado não estar submetido a outro, podendo contrair obrigações e adquirir direitos, possuindo independência.

Importante frisar que neste trabalho apresenta relevância a análise do

aspecto externo da soberania, que tradicionalmente não aceita qualquer tipo de subordinação a Estados Estrangeiros, salvo consentimento expresso em tratado.

No entanto, tal conceito se fragiliza diante da independência de diversos países africanos e asiáticos os quais não possuíam condições de exercer plenamente a soberania sem o auxílio de outros Estados, diante da inexistência de verdadeira igualdade jurídica.

O conceito de soberania também é influenciado pelo fenômeno da globalização.

Liziane Paixão Silva Oliveira analisa o conceito de soberania perante a globalização:

> Ideias díspares são defendidas por Oliveira, Ribeiro e Bonavides. Para os dois primeiros, a soberania está em crise em decorrência da globalização. Observam também que os países periféricos têm a soberania limitada. O terceiro revela que os neoliberais pretendem extinguir a soberania interna e externa e menciona que só sabem conjugar cinco verbos: desnacionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desregionalizar e desarmar.
>
> Dando continuidade a esse pensamento encontram-se os globalistas, segundo os quais a globalização "esvaziou" os Estados, enfraquecendo a sua autonomia e soberania, uma vez que não têm capacidade para contrapor os ditames da economia global, nem de proteger a comunidade do seu território. Os processos econômicos, ambientais e políticos regionais e globais redefinem profundamente o conteúdo das decisões nacionais. Assim, na concepção desses teóricos, há o declínio do Estado-nação e o aumento do multilitarismo.
>
> Acrescenta-se a essa corrente a posição de Torres: esse enfraquecimento do Estado nacional, vale ressaltar, dá-se de duas formas: voluntariamente, quando o Estado delega competências deliberadamente a instâncias supranacionais, fortalecendo organismos mundiais, e/ou de forma involuntária, decorrente do próprio processo de globalização.

> Não se concebe na atual conjuntura, a ideia de que um Estado tenha o poder soberano enfraquecido por vincular-se a organismos internacionais, já que o pensamento dominante durante a assinatura da Paz de Westfália, de que os Estados soberanos tinham liberdade absoluta para governar um espaço nacional, não é atualmente aceito, pois a Carta das Nações Unidas estabelece um limite consensual ao arbítrio dos Estados no exercício da soberania. Aceitar a soberania como poder ilimitado e absoluto do Estado no seu território é não vislumbrar as mudanças sofridas pelo conceito para adaptar-se à realidade jurídica e social.

E ainda:

> O Estado soberano é independente, na medida em que dispõe de poderes para atuar no cenário nacional e internacional. Porém, quando o Estado determina a extensão de suas obrigações internacionais, o poder fica limitado, o que não representa a divisão da soberania.[8]

Impende enfatizar que desde o final do século passado vem crescendo consideravelmente a corrente que preconiza a intervenção nos Estados para a defesa dos direitos humanos.

Flávia Piovesan[9], citada por Venilton Paulo Nunes Júnior, em *O Conceito de Soberania no Século XXI*, p. 154, assim se pronuncia:

> Essa concepção, por si só, vem fomentada a partir de 1945, enseja duas revoluções: a primeira revolução na noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa desde aí a sofrer um processo de relativização e flexibilização. Só há direitos humanos, globais, internacionais, universais, com soberania flexibilizada. Caso contrário, não há como projetar esse tema na agenda internacional. A segunda revolução é a ideia de que nós, cidadãs e cidadãos, temos direitos protegidos aqui, no âmbito interno, mas também no âmbito internacional (...).

E continua:

> A soberania consiste hoje, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência.[10]

Portanto, não resta dúvida de que a relação entre os Estados foi profundamente alterada, principalmente, diante do surgimento do processo de integração em blocos regionais ocasionando mutações no conceito de soberania.

3. DELEGAÇÃO DE SOBERANIA, SUPRANACIONALIDADE E A CELEBRAÇÃO DE TRATADOS NO ÂMBITO DA COMUNIDADE EUROPEIA E DA UNIÃO EUROPEIA

Com efeito, a nova concepção de soberania contribuiu decisivamente para o surgimento da ideia de supranacionalidade e, consequentemente, possibilitou a formação de uma Comunidade Europeia e, posteriormente, de uma União Europeia.

Nesse contexto, Stelzer[11] citado por Ricardo Guerra Vasconcelos afirma que:

> A origem da supranacionalidade encontra-se na transferência de parcelas soberanas por parte dos Estados-nacionais em benefício de um organismo que [...] avoca-se desse poder e opera acima das unidades que o compõem, na qualidade de titular absoluto.[12]

O referido mestre também se socorre dos ensinamentos de Bobbio[13]:

> Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionais; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional. Para o fim deste monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como, o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político ideológico. Esta desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada justamente pela soberania; [...] O golpe maior veio das chamadas comunidades supranacionais, cujo objetivo é limitar fortemente a soberania interna e externa dos Estados-membros; as autoridades supranacionais têm a possibilidade de conseguir que adequadas Corte de Justiça definam e confirmem a maneira pela qual o direito supranacional deve ser aplicado pelos Estados em casos concretos.[14]

A celebração de tratados no âmbito da Comunidade Europeia e da União Europeia não ficou imune a resistências de Estados europeus em transferir soberania.

Ricardo Guerra Vasconcelos recorre às lições de Quadros[15], para defender que ocorre uma simples delegação de poderes dos Estados-membros para a comunidade, não se operando verdadeira transferência de poderes soberanos.

> [...] na transferência de poderes haveria uma alienação desses poderes [...] enquanto que na delegação a raiz, a titularidade nua [...] conserva-se no órgão ou no sujeito delegante. [...] Queremos com isto dizer que o poder político das comunidades nasce duma delegação de poderes soberanos realizada pelos Estados em benefício das comunidades, e com o sentido que acima demos ao

> conceito de delegação, ou seja, com o entendimento de que os Estados membros não podem, enquanto durar a delegação, exercer os poderes que confiaram às Comunidades, mas não perdem a titularidade, a raiz desses poderes e, consequentemente, conservam o direito de em qualquer altura, e por si só, isto é, sem a possibilidade de as Comunidades a isso se oporem, revogar a delegação e, por via disso, podemos dizer [...] que em rigor os Estados membros não veem a sua soberania limitada, dado que os poderes delegados nas comunidades se conservam sempre sob a sua disponibilidade.[16]

O conceito de soberania pode ser cindido resultando um conceito de soberania qualitativo – "entendido como aptidão, afirmando-se como poder supremo e independente, como raiz, como fundamento, como essência ou conteúdo essencial" – ou um conceito quantitativo de soberania – "soma de poderes soberanos, como medida, como quantum de todas as faculdades em que se traduz o poder supremo e independente."[17]

Impende salientar que ao aderir à Comunidade/União Europeia, o Estado delega parte de seus poderes soberanos, diminuindo sua soberania quantitativa, sem alterar a sua soberania qualitativa.[18]

Fernando Horta Tavares[19] ao discorrer sobre a Teoria do Espaço Supranacional ensina que:

> O espaço supranacional é uma realidade implantada pelo homem sem referentes empíricos na lógica da estatalidade, pois pela superação de modelos historicamente conhecidos. Soma de poder dos Estados-Nações menor que o comando da União. Que deles resulta para enfrentamento institucional do poder privado das transacionais. Instrumentos deste novo espaço econômico jurídico:
> a) instituição única;
> b) leis (reserva legal: tratados);
> c) políticas protetivas;
> d) equilíbrio sistêmico (sem riscos);
> e) respaldo plebiscitário incessante e constante.

A referida diminuição dos poderes soberanos pode ser verificada por ocasião do Plano Schuman, do qual resultou a criação da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço – CECA.

Nessa seara, destacamos o Tratado de Paris de 18 de abril de 1951 que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA e o Tratado de Roma, datado de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia – CEE e a Comunidade Europeia da Energia Atômica – EURATOM.

A propósito, os Tratados de Paris e de Roma eram considerados a "Constituição" da Comunidade Europeia.

Oportuno, consignar alguns ensinamentos de João Mota de Campos a respeito dos referidos Tratados:

> O Tratado que instituiu a COMUNIDADE EUROPEIA DO CARVÃO E DO AÇO foi assinado em Paris em 18 de Abril de 1951. Ratificado pelos seus Estados participantes (França, República Federal da Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo), entrou em vigor em 25 de julho de 1952.
>
> (...) Os aspectos característicos de uma organização "parafederação" estão com efeito claramente marcados no Tratado: transferência de determinadas competências estatais para uma Alta Autoridade Comunitária dotada de poderes para agir tanto sobre os Estados-membros como sobre as empresas nacionais dos sectores do carvão e do aço; produção legislativa autônoma e consequente sobreposição de ordens jurídicas; possibilidades abertas às instituições comunitárias de procederem elas próprias a revisões do Tratado; submissão dos Estados-membros à legislação de origem comunitária e ao controle jurisdicional do exacto cumprimento das obrigações por eles assumidas no âmbito da CECA.
>
> Na verdade, a integração dos sectores do carvão e do aço implicaria a de outros setores básicos da economia; esta conduziria, inelutavelmente, a um mercado comum geral; e as exigências de coerência interna de um processo de integração econômica

> acabariam por ditar a necessidade da integração política.
> Em 10 de agosto de 1952, quando da instalação das Instituições Comunitárias da CECA, Jean Monnet, chamado a presidir à Alta Autoridade, entendeu poder expor sem reticências o seu pensamento a respeito do verdadeiro papel da CECA como instrumento de integração europeia:
> -"Cabem-nos, simultaneamente, responsabilidades imediatas e a de preparar transformações tão importantes que nenhum tempo deve ser perdido para as concretizar. A construção da Europa não tolera mais atrasos."[20]

João Mota Campos, ainda, obtempera que:

> Finalmente, em 25 de março de 1957, dois tratados, instituindo a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA), também designada por EURATOM, foram assinados em Roma para entrarem em vigor, como veio a acontecer, em 14 de janeiro de 1958, data histórica que marca um momento decisivo do esforço da unificação da Europa Ocidental.
> (...) O objeto das três comunidades é evidentemente diverso, como diversos são os domínios econômicos – o carvão e o aço num caso, a energia e as matérias nucleares noutro, a generalidade dos produtos e dos sectores da economia, no terceiro – que se incluem na esfera de ação e de competências de cada uma delas.
> Para, além disso, os dois Tratados de Roma de 25 de março de 1957 denunciam, em vários capítulos, em relação ao Tratado de Paris que criou a CECA, algum aperfeiçoamento jurídico e maior apuro nas soluções e nas fórmulas utilizadas.[21]

É digno de registro salientar que a CECA, CE e CEEA, eram integradas basicamente das seguintes instituições: a) órgãos de direção política:

Conselho Europeu e o Conselho; b) órgãos de direção, decisão e execução: conselho e a comissão; c) órgãos de controle orçamental e de controle político da atividade comunitária: Parlamento Europeu; d) órgão de controle jurisdicional: Tribunal das Comunidades Europeias, incumbido de assegurar o respeito na interpretação e aplicação dos Tratados; e) órgão de controle financeiro: Tribunal de Contas; f) órgãos auxiliares, órgãos consultivos, órgãos administrativos e órgãos de apoio financeiro de diversa índole.[22]

Veja-se que a integração foi ampliada com a adesão da Grã-Bretanha, da Dinamarca e da Irlanda, em 1972, à Comunidade Europeia. Posteriormente, em 1975, a Grécia, também passou a integrar a referida Comunidade, sendo que em 1985 foi ampliada pela adesão de Portugal e Espanha. A Áustria, a Finlândia, e a Suécia assinaram o Tratado de adesão à Comunidade Europeia em 1994. A República Checa, Estónia, Chipre, Letônia, Lituânia, Hungria, Malta, Polônia, Eslovênia, Eslováquia assinaram o ato de adesão em 16 de abril de 2003, o qual entrou em vigor a partir de 1º maio de 2004, sendo que a Bulgária e a Romênia aderiram em 25 de abril de 2005, em vigor desde 01 de janeiro de 2007.

O sistema comunitário sofreu novo impulso com a edição do Acto Único Europeu, em 1986:

> Após várias dificuldades no plano interno de alguns Estados terem sido superadas (a Dinamarca, por exemplo, teve de recorrer a um referendo nacional, em face da oposição de seu parlamento, para que o Governo ficasse autorizado a comprometer-se) o Acto Único Europeu viria finalmente a ser assinado por todos os Estados da Comunidade (no Luxemburgo em 17 de fevereiro e na Haia em 28 de fevereiro de 1986) e, após haver sido aprovado na ordem interna dos Estados na conformidade das regras constitucionais respectivas, a entrar em vigor no dia 1 de julho de 1987.
>
> Acto Único, porquê?
>
> Antes de mais porque num único acto se procedeu à revisão dos três Tratados Comunitários; depois porque num só instrumento jurídico são tratadas as questões relativas tanto às Comunidades Europeias (questões institucionais, mercado interno e novas

> políticas comuns) como à cooperação política que até ao Acto Único decorria à margem do quadro comunitário (cf. o art. 1º do Acto Único), na conformidade de um regime resultante de meros acordos informais entre os Estados da Comunidade.[23]

Dentro dessa perspectiva de integração, em 07 de fevereiro de 1992, foi assinado o Tratado de Maastricht, o qual entrou em vigor em 01 de novembro de 1993. O mencionado tratado cria a União Europeia.

Vale mencionar que em 2004, a União Europeia mobilizou-se visando à celebração de um Tratado que deveria abrigar uma Constituição para a Europa. Não obstante, o projeto de Constituição não tenha obtido sucesso, foi celebrado o Tratado de Lisboa, em 13 de dezembro de 2007, tendo entrado em vigor em 01 de novembro de 2009 e que muito se assemelha a uma Constituição, estabelecendo uma divisão clara de competências entre os Estados e a União.

No entanto, ao longo do processo de integração percebe-se que os Tratados se constituem na verdade em uma Constituição no sentido material. Note-se que estamos diante de uma Constituição sem Estado.

Nesse sentido, Ricardo Guerra Vasconcelos anuncia que:

> A Constitucionalização da União Europeia é uma realidade insofismável, que remonta aos primeiros Tratados Comunitários, ou seja, aos Tratados de Paris e de Roma, tendo se aprofundado com a criação da União Europeia pelo Tratado de Maastrich.[24]

O Tratado de Lisboa procedeu a alterações no Tratado da União Europeia - TUE e no Tratado da Comunidade Europeia, agora, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE. Na verdade, o Tratado de Lisboa representou uma junção adaptada dos Tratados de Roma e Maastrich.

Insta esclarecer que em decorrência do art. 1º do TUE a União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia.

Assim, o Tratado de Lisboa representa grande avanço para a consolidação do processo democrático por preconizar uma maior

participação dos cidadãos na União Europeia e aprofundar a solidariedade entre os Estados-membros, além de promover o progresso econômico e social.

Outrossim, o Tratado de Lisboa especifica com maior clareza as competências das instituições da União Europeia bem como dos Estados-Membros.

Isso posto, verifica-se no Tratado da União Europeia – TUE e no Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça instituído sobre bases essencialmente democráticas.

4. A IMPORTÂNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA PARA A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mister se faz consignar que o Estado Democrático de Direito requer a criação de um órgão imparcial visando à tutela do princípio da legalidade e ao respeito aos direitos fundamentais.

É importante destacar que José Alfredo de Oliveira Baracho ao tecer considerações sobre Jurisdição e Constituição ensina que:

> Nessas discussões aparece a preocupação em definir a tarefa essencial do Poder Judiciário, pois interpretar e aplicar a lei de forma mais favorável, é importante para a efetivação dos direitos comuns de todos. Os direitos fundamentais que tiveram maior significado no início da Idade Moderna, convertem-se em um dos indicadores do progresso histórico e núcleo de legitimidade dos sistemas democráticos. Surgem direitos e exigências que os colocam desde a sua formação inicial como instrumento para limitar o poder absoluto, em conformidade com o processo que permanece aberto para o aperfeiçoamento de seu conteúdo normativo e das instituições e técnicas que realizam sua efetivação, conhecida como garantias. Nos dias atuais, não é suficiente declarar os direitos para assegurar a sua proteção; é necessária a intervenção do Estado e dos organismos internacionais

> que removam os obstáculos que dificultam sua realização, acrescentando-se às declarações um amplo sistema de técnicas e instituições que tutelam sua efetividade. Essas garantias são inerentes a todas as pessoas, umas gerais outras mais específicas, que consistem em instrumentos jurídicos e institucionais encaminhados para proteger o cidadão frente a um sistema cada vez mais complexo. As garantias gerais compreendem as condições políticas que coincidem com os elementos do próprio Estado de Direito, como um império da lei, o pluralismo político e a divisão de poderes. O império da lei é tido como expressão da vontade popular, pelo que requer a existência de órgãos que institucionalmente caracterizados por sua independência, tem um poder que permite interpretar e aplicar imparcialmente as leis, controlar a atuação administrativa e oferecer aos cidadãos a tutela efetiva no exercício de seus direitos e interesses legítimos.[25]

Na seara da Comunidade/União Europeia foi criado o Tribunal de Justiça da Comunidade/União Europeia que desempenha papel especial no cumprimento dos tratados e na salvaguarda do Estado de Direito, dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos. Para tanto, foram criados pelo próprio tribunal princípios essenciais, os quais norteiam todo o Direito da União Europeia, como o efeito direto, a primazia do direito comunitário em relação ao Direito dos Estados-Membros, da aplicabilidade direta do direito comunitário - os particulares podem invocar perante as jurisdições nacionais as disposições dos Tratados e dos atos normativos das Instituições Comunitárias, do princípio da autonomia do direito comunitário e a responsabilidade do Estado de indenizar por violação ao Direito Comunitário, dentre outros.

José Adércio Leite Sampaio in a *Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*, Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2002, pag. 623-625, pondera que:

> Embora se possa afirmar, já com relativo consenso, que a Comunidade Europeia seja

um "governo constitucional", ainda se resiste a apresentá-la como uma federação. Não importa a força dos argumentos contrários, retratados, ainda que fragmentariamente, em diversos pontos deste trabalho, senão identificar na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça o reconhecimento de superioridade das normas comunitárias sobre as disposições legais dos Estados-membros, segundo a doutrina da supremacia do direito comunitário (a), reforçada pela doutrina do efeito direto (b) e indireto (c):

a) Doutrina da supremacia do direito comunitário: no caso Costa, decidido em 1964, a Corte declarou que haveria de prevalecer a disposição comunitária sobre uma norma nacional sempre que se desse um conflito entre elas. A entrada em vigor, portanto, de uma norma comunitária anularia automaticamente toda disposição contrária, oriunda das jurisdições nacionais;

b) Doutrina do efeito direto: segundo essa doutrina, certas disposições do direito comunitário, constantes dos tratados e do direito derivado (diretivas e regulamentos) se aplicariam diretamente às jurisdições nacionais, dispensando a aprovação de normas internas específicas. Franqueou-se, assim, aos juízes nacionais o acesso direto às normas comunitárias;

c) Doutrina do efeito indireto: no Caso Von Colson, a Corte declarou que os juízes nacionais deveriam sempre dar ao direito nacional uma interpretação que fosse conforme com o direito comunitário. A evolução dessa doutrina veio a reconhecer esse poder-dever judicial mesmo na hipótese de o Estado respectivo não ter aprovado normas de internação dos dispositivos comunitários; também se afirmou a responsabilidade do Estado por danos causados em decorrência de uma aplicação equivocada daqueles dispositivos.

Essas doutrinas, desenvolvidas como "atos de autonomia muito audaciosos", têm servido para

> promover uma verdadeira integração dos sistemas jurídicos nacionais e supranacional, criando um mecanismo descentralizado de aplicação do direito comunitário. Por certo que a hierarquização das normas, associada ao poder conferido aos juízes nacionais de aplicação do direito comunitário, desenha um esquema de distribuição de poder novo, que supera a conformação de uma união internacional de Estados, acelerando sua transformação em um "Estado de feição federal".
>
> Embora o tema pudesse despertar uma incursão mais aprofundada sobre o alcance atual do "princípio da subsidiariedade", que inspirou sempre a construção do "Estado Europeu", como forma de distribuição de poderes, reconhecendo-se aos órgãos comunitários apenas aquelas competências que atendessem a uma questão de conveniência, de interesse comum ou de necessidade de uniformização de procedimentos e regras, bem como dos princípios da especialidade e da proporcionalidade, optamos por registrar o papel da Corte de Justiça apenas no tocante à definição dos princípios da livre circulação de mercadorias (1), de capitais (2) e de pessoas (3), da garantia da livre concorrência (4) e de um meio ambiente saudável (5), bem como da proteção social (6).

A propósito José Alfredo de Oliveira Baracho sustenta que:

> Os princípios contêm, de forma superficial e casual, ideias jurídicas paralelas, análogas ou similares. Colocam-se, nesses estudos, fatores que bloqueiam, durante muito tempo, o surgimento desses princípios: o Estado nacional absoluto, a ideia de soberania persistente no século XIX, bem como a proximidade específica do Direito Constitucional com o direito político de cada nação. Essas circunstâncias, não impediram o desenvolvimento e a consolidação do Direito Constitucional Comum Europeu, pelo que o Estado

Nacional, no dizer de Peter Haberle, converteu-se em "Estado cooperativo constitucional", que atualmente na Europa tornou-se imprescindível. Está relacionado com os princípios jurídicos transnacionais, evidentes nos pactos supra-regionais sobre direitos humanos e nos tratados que criaram, por exemplo, a Comunidade Europeia, possibilitando-se disciplinar a soberania nacional, com a motivação e normalização de suas atuações. Esse tipo de Estado constitucional caracteriza-se pela substituição da própria soberania, por fundamentos baseados no Direito, na constituição da sociedade aberta. A permanência de Estados nacionais europeus, tipo Estado constitucional, leva, entretanto, ao reconhecimento de que sua caracterização efetiva-se pelo reconhecimento de princípios jurídicos reputados comuns. Os Estados nacionais europeus constituíram-se de forma análoga, sendo que essas analogias são, precisamente, o que têm de comum, pressuposto que permite a cada Estado seguir seu próprio caminho, ao mesmo tempo em que está imerso no contexto europeu. A temática, vinculada à noção de Direito Político, permite que a elaboração do Direito Constitucional Comum Europeu não significa seguir linha a política, nem ser hostil à política. O Direito Constitucional Europeu é político, na medida em que o Direito Constitucional também o é. O Direito Constitucional comum Europeu não pretende sufocar o Direito Constitucional *sui generis* de cada nação, ao contrário, visa colaborar em sua fundamentação, assumindo-o quando for preciso.

(...) São princípios vinculados estruturalmente, com vistas à Comunidade Europeia, no que toca às preocupações com a democracia, o Estado de Direito, Estado Social de Direito, proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, composição da Comunidade Europeia, sob forma similar ao Estado Federal. Não se deve esquecer-se dos princípios constitucionais tradicionais, invocados e reconhecidos pelos Estados-membros.[26]

O Tribunal de Justiça caracteriza-se por se constituir em uma autoridade independente cuja principal atribuição consiste na interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário, hoje direito da União Europeia.

Cumpre mencionar que o direito da comunidade europeia é aplicado pelo juiz nacional. O Tribunal de Justiça é órgão essencialmente interpretativo.

Os acórdãos do Tribunal de Justiça são bem fundamentados e visam fazer valer os fins da União Europeia, nos termos dos art. 2º e 3º Tratado UE.

José Alfredo de Oliveira Baracho em sua obra prima *Direito Processual Constitucional* aponta a importância da correta e uniforme aplicação do Direito Comunitário pelo Tribunal de Justiça visando ao efetivo cumprimento dos objetivos comunitários:

> O controle jurisdicional, em uma comunidade "de direito", é fundamental para que as normas jurídicas sejam respeitadas por todos. Na comunidade Europeia, os procedimentos visam controlar o respeito às regras de direito, que são numerosas e formam um sistema mais complexo do que aquele que é encontrado em muitos dos Estados integrantes. Existe uma multiplicidade de possibilidades que levam à aceitação de várias classificações de procedimentos de controle. Elas se repartem entre aquelas que visam fazer o controle da aplicação correta do Direito Comunitário nos e pelos Estados-membros (ações, questões prejudiciais de interpretação) e as que visam fazer respeitar o "princípio da legalidade" pela Comunidade e por todos os seus órgãos. Surgem daí as ideias em se fazer uma classificação orgânica, com dois tipos de mecanismos: as "ações diretas" perante os órgãos jurisdicionais comunitários e as ações que passam pela intermediação dos tribunais nacionais.[27]

Na realidade, impõe-se reconhecer a existência de um verdadeiro sistema de controle jurisdicional do respeito à legalidade pelas instituições

comunitárias, através das vias processuais da ação de anulação, da exceção de ilegalidade, da questão prejudicial da apreciação de validade e da ação por omissão.

Insta esclarecer que a partir do Ato Único Europeu foram reservadas ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia as atribuições eminentemente relacionadas à interpretação e aplicação do direito comunitário, transferindo para o Tribunal de Primeira Instância-TPI, criado em 1988, competências afetas à ação de anulação, ação por omissão e exceção de ilegalidade, dentre outras. Na realidade, impõe-se reconhecer que o Tratado de Lisboa passou a designar o Tribunal de Primeira Instância – TPI por Tribunal Geral. Os recursos interpostos das decisões proferidas pelo Tribunal Geral serão julgados pelo Tribunal de Justiça.

Assim, o controle da legalidade dos atos da Comissão e do Conselho, além do controle de abstenção de agir de qualquer dessas Instituições é realizado basicamente pelo Tribunal Geral e tem por finalidade principal assegurar o Estado Democrático de Direito.

Importa esclarecer que este trabalho se limitará a abordar as principais questões pertinentes à ação por omissão estabelecendo um paralelo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

5. A AÇÃO POR OMISSÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - ANÁLISE SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1. CONCEITO, FINALIDADE E PREVISÃO LEGAL/ CONSTITUCIONAL

Mister se faz consignar que o Direito da União Europeia designa o instituto que passaremos a estudar por recurso por omissão. No entanto, trata-se de verdadeira ação. Portanto, no presente trabalho opta-se por utilizar a denominação ação por omissão por ser mais condizente com a natureza jurídica do instituto em questão.

A ação por omissão tem por finalidade controlar a legalidade da abstenção de agir da Comissão ou do Conselho, ou seja, sua recusa de exercer uma competência, de adotar um comportamento ativo prescrito pelos tratados.[28]

Atualmente, a ação por omissão é disciplinada no artigo 265 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (ex-artigo 232º TCE) que ampliou a ação por omissão às abstenções de se pronunciar de órgãos e organismos da União.

> *Artigo 265. o*
> (ex-artigo 232. o TCE)
> Se, em violação dos Tratados, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão ou o Banco Central Europeu se abstiverem de pronunciar-se, os Estados-Membros e as outras instituições da União podem recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que declare verificada essa violação. O presente artigo é aplicável, nas mesmas condições, aos órgãos e organismos da União que se abstenham de se pronunciar.
> Este recurso só é admissível se a instituição, o órgão ou o organismo em causa tiver sido previamente convidado a agir. Se, decorrido um prazo de dois meses a contar da data do convite, a instituição, o órgão ou o organismo não tiver tomado posição, o recurso pode ser introduzido dentro de novo prazo de dois meses.
> Qualquer pessoa singular ou colectiva pode recorrer ao Tribunal, nos termos dos parágrafos anteriores, para acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União de não lhe ter dirigido um acto que não seja recomendação ou parecer.

No ordenamento jurídico brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresenta similitudes com a ação por omissão do direito da União Europeia.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por finalidade garantir a efetividade da Constituição diante do não cumprimento pelos órgãos do Estado de norma constitucional certa e determinada.

A referida ação encontra-se prevista no art. 103, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil e constitui-se em instrumento de controle

concentrado de constitucionalidade, de natureza abstrata e objetiva.

A Lei nº 12.063, datada de 27 de outubro de 2009, que alterou a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, se verifica que ambas as ações se destinam a controlar a abstenção de agir, garantindo a efetividade das normas do direito da União Europeia e do ordenamento jurídico brasileiro constantes, respectivamente, do Tratado e da Constituição.

5.2. A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE LEGALIDADE E DO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

O que se deseja realçar é a imprescindibilidade do respeito à legalidade nos Estados Democráticos de Direitos.

Importante enfatizar que a formação da União Europeia pressupõe a integração de Estados Democráticos de Direito. Note-se que a integração da União Europeia se deu através do direito.

Não constitui demasia assinalar que o Brasil, nos termos do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Aliás, o Brasil é signatário do Protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático no Mercosul, Bolívia e Chile, assinado em 24 de julho de 1998.

Ricardo Guerra Vasconcelos enfatiza que o exercício das liberdades democráticas só se torna possível perante o Estado Democrático de Direito:

> O espaço comunitário de liberdade, segurança e justiça, assente na exigência de que cada Estado-membro submeta-se ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão comum deve ser o ator principal, mereceu melhor elaboração normativa na Constituição Europeia, visando torná-lo mais adequado e eficaz. E, o mais significativo, em termos de legitimidade democrática, é que a metacidadania europeia desenha um novo perfil para o processo de integração, sublimando o sonho de Jean Monnet,

> ao respeitar-se a autodeterminação dos povos e a identidade cultural de cada Estado-membro, na perspectiva de uma Europa realmente democrática, no sentido dialético pluralista, demarcado pela alteridade e pela diversidade linguística, étnica, religiosa e ideológica.[29]

Discorrendo sobre o princípio democrático no contexto comunitário, João Mota Campos tece considerações sobre a Carta de Identidade Europeia, elaborada em Copenhague em dezembro de 1973:

> Mas, para além desta relevante tomada de posição, a conferência de Copenhague representa um momento particularmente significativo para a caracterização da Europa da Liberdade, na medida que à declaração impressiva sobre a unidade política da Europa se acrescenta a reafirmação inequívoca dos princípios da democracia representativa e do respeito dos direitos fundamentais, sublinhada por uma vontade forte de assegurar a respectiva salvaguarda.[30]

A propósito, por ocasião da análise dos pedidos de adesão da Grécia, Portugal e Espanha, o Conselho Europeu, na reunião de Copenhague de abril de 1978 – Declaração sobre a Democracia reafirmou que:

> O respeito e a salvaguarda da democracia representativa e dos direitos do Homem em cada um dos Estados constituem elementos essenciais da participação nas Comunidades Europeias (Bull. C.E., nº03/1978, p. 5-6).[31]

Ademais, a democracia foi reafirmada no Acto Único Europeu, no Tratado da União Europeia, objeto do Tratado de Maastricht, e posteriormente, no art. 2º do Tratado da União Europeia que integra o Tratado de Lisboa:

> A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia,

> da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

Impende analisarmos neste tópico o lema da União Europeia: Unidos na Diversidade. Trata-se de uma convivência plural, respeitando as diversas tradições existentes.

Sônia de Camargo ao tratar da diversidade no âmbito da União Europeia, cita os ensinamentos de Philippart e Sie Dhian Ho:

> É preciso levar em conta, porém, que a diversidade não é necessariamente um fator de ameaça à unidade europeia. Este princípio está escrito e garantido em seus diferentes tratados que, ao definirem a EU como uma união de valores e ação, não enclausura a identidade europeia dentro de dimensões geográficas fixas ou dentro de comunidades puramente determinadas pela história. Ao separar a cidadania da EU da noção de volk europeu, o modelo apresenta os fundamentos que permitem construir uma comunidade política aberta e democrática (Philippart e Sie Dhian Ho, 2001).[32]

Aliás, como já dizia Karl Popper não é possível construir uma sociedade sem respeito às tradições[33]. Assim, a identidade cultural de cada Estado membro deve ser preservada.

A União Europeia, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, encontra-se jungida à observância dos Tratados – princípio da reserva legal, aos direitos fundamentais, ao processo de fiscalidade e ao princípio da confiança.

A população da União Europeia conhece o direito comunitário, o que lhe permite exercer a fiscalização essencial à democracia.

O Tratado de Lisboa gradativamente possibilita maior participação do parlamento conduzindo à solidificação do processo democrático.

Urge frisar que a população da União Europeia, periodicamente, é instada, diretamente ou através de seus representantes, a opinar, o que confere legitimidade democrática ao processo.

Ao cidadão também é conferida a prerrogativa de comunicar à Comissão da União Europeia eventual descumprimento do direito comunitário.

De mais a mais, o artigo 41º, 4, da Carta de Direitos Fundamentais estabelece que: "Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua."

Note-se que já no artigo 1º do Tratado da União Europeia é consagrado que:

> (...) O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma União cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.

Portanto, o contexto de legitimidade da União Europeia advém da possibilidade de participação dos cidadãos.

Outrossim, não há como se falar em democracia sem respeito aos direitos fundamentais, expressamente reconhecidos pela União Europeia no art. 6º do atual Tratado da União Europeia:

> 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.
>
> De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.
>
> Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da

> Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.
> 2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.
> 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros.

Martti Koskenniemi no artigo "O Destino do Direito Internacional Público: entre Técnica e Política" expõe que:

> Em um mundo de regimes plurais, o conflito político é mantido na descrição e na re-descrição de aspectos do mundo, de modo a fazê-los se enquadrarem na jurisdição de instituições específicas. Pensemos, por exemplo, sobre a forma com que o Tribunal de Justiça Europeu adotou um vocabulário de direitos fundamentais nos anos 70 e 80 em resposta ao desafio de certos tribunais nacionais à sua jurisdição e em especial aos princípios da supremacia e da aplicação direta do direito comunitário.
> Aqueles tribunais nacionais tinham argumentado que seria incompreensível que o rol de direitos das suas constituições nacionais fossem inferiores a simples regras de organização da união aduaneira. Em resposta, o TJE começou a interpretar o direito da comunidade como um regime cujo objetivo era proteger os direitos fundamentais de cidadãos da comunidade. Por este entendimento, o direito da comunidade foi transformado de regime econômico em regime de direitos e a sua posição de superioridade hierárquica perante as leis nacionais foi finalmente consolidada.[34]

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia se constitui em um anexo do Tratado de Lisboa, dispondo basicamente sobre dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Apesar de não integrar o texto do Tratado da União Europeia e do Tratado de Funcionamento da União Europeia, possui a mesma força vinculativa dos mencionados Tratados, além de buscar colocar o indivíduo como objetivo do processo de integração.

Infere-se, portanto, que a União Europeia se constitui em uma união de direito, fundada com base nos princípios da legalidade, respeito aos direitos fundamentais e na democracia.

Dentro dessa perspectiva, a ação por omissão no Direito da União Europeia constitui-se em um instrumento de controle da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais, elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de ideias, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também objetiva proceder ao controle de legalidade e do cumprimento de direitos fundamentais visando à efetividade da Constituição da República Federativa do Brasil.

No entanto, tais ações se diferem com relação ao grau de efetividade de suas decisões, o que será examinado mais adiante.

5.3 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO POR OMISSÃO E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

5.3.1. OMISSÃO JURIDICAMENTE RELEVANTE

A partir do Tratado de Roma, o regulamento, diretiva, decisão, recomendação, parecer ou qualquer ato atípico destinado a produzir um efeito direto, ainda que não tenha um caráter obrigatório, é passível de ação por omissão. Insta esclarecer que normalmente a proposta é um ato facultativo da comissão, mas excepcionalmente pode a comissão estar obrigada a apresentá-la (CE, art.208). A recusa da comissão em atender à solicitação do conselho, neste caso, pode ensejar a interposição de ação por omissão.

A ação por omissão apenas é cabível diante da omissão de pronúncia, que consiste na abstenção de qualquer ato a qual a Instituição estava

obrigada a pronunciar-se em virtude de Tratado.

Há de se asseverar que a ação por omissão apenas é admissível na hipótese de se constatar a abstenção do Parlamento Europeu, do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu em adotar um ato para o qual possuía competência e estava obrigado a adotá-lo.

Questão interessante consiste na análise da possibilidade de interposição de ação por omissão diante da abstenção da Comissão de instaurar contra um Estado-membro faltoso uma ação de incumprimento.

Urge enfatizar que a Comissão possui um poder discricionário para instaurar a ação de incumprimento, não havendo obrigação prevista por Tratado.

Ademais, a interposição de ação por omissão em face da Comissão por omissão da instauração da ação de incumprimento implicaria na verificação da existência ou não da prática da falta pelo Estado-membro, o qual não poderá ser considerado culpado por não ser parte na ação por omissão.

Portanto, não é admissível a interposição de ação por omissão diante da omissão da Comissão em instaurar ação de incumprimento contra um Estado-membro faltoso.

Impende salientar que a ação por omissão também não tem cabimento contra o Conselho, com base na omissão da adoção de uma dada política comum, uma vez que é da competência deste determinar os objetivos, os meios e a oportunidade da definição e aplicação dessa política, não constituindo, assim, a abstenção de adotar uma omissão de pronúncia na acepção do artigo 265 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

No tocante à ação de inconstitucionalidade por omissão esta tem como parâmetro as normas constitucionais que dependem de alguma medida para se tornar efetiva, não possuindo aplicabilidade imediata. Sintetizando, as normas constitucionais de eficácia limitada, as quais dependem de providências normativas e materiais do poder público são as únicas que podem ensejar a omissão inconstitucional.[35]

Dirley da Cunha Júnior explicita in *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*, 4ª edição, Editora Jus Podivm, Salvador/BA, 2010, p. 232, os pressupostos da inconstitucionalidade por omissão:

> Em suma, são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: a) que a violação da Constituição

> decorra do não cumprimento de "certa e determinada" norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada), e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional. Ademais disso, a inconstitucionalidade por omissão também pressupõe um juízo sobre o decurso do "tempo razoável" para a edição da medida omitida. (...) Evidentemente que, quando há fixação de prazo pela própria Constituição, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no momento em que esse prazo finda. Todavia, quando tal prazo não é fixado, como ocorre na maioria das vezes, é necessária uma cuidadosa e ponderada avaliação sobre o tempo decorrido, levando em conta a "razoabilidade" conformada pela realidade social e histórico-concreta do mundo no qual opera o Direito. Desse modo, sopesadas todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se dessumir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais, restará ocorrida e caracterizada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é necessário verificar-se, em cada caso concreto, a fluência de "tempo razoável" para a edição da medida faltante.

É interessante notar que a Constituição da República Federativa do Brasil apenas exige que a omissão a ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se refira à medida para tornar efetiva norma constitucional, podendo ser de cunho normativo ou material. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a ação de inconstitucionalidade por omissão apenas em face de ato normativo.[36]

No que pertine à ação por omissão, esta será possível com relação à abstenção da prática de regulamento, diretiva, decisão, recomendação ou

parecer a qual estava obrigado por norma constante no Tratado.

Insta frisar a similaridade existente entre as duas ações com relação à necessidade do transcurso de prazo razoável a fim de se caracterizar a omissão.

Noutro giro, perceba-se que a omissão inconstitucional pode ser total ou parcial. Questão delicada consiste em distinguir a inconstitucionalidade por ação da inconstitucionalidade por omissão parcial.

O mestre Dirley da Cunha Júnior ensina que:

> O que se deve entender, entretanto, é que, quando esta omissão parcial ou concretização incompleta resultar de uma deliberada intenção do legislador em conceder vantagens só a certas pessoas, ou a determinados grupos de pessoas, ou a contemplar certas situações em detrimento de outras, há de ser reconhecida, *in casu,* a inconstitucionalidade por ação. Se a omissão, porém, decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que exista o propósito deliberado de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certas pessoas, ou grupos, ou situações, teremos, aí sim, uma inconstitucionalidade por omissão.
>
> Na primeira hipótese, e compartilhando com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, a declaração de inconstitucionalidade por ação deve vir sem a pronúncia de nulidade, salvo se se constatar que a concessão da vantagem consistiu num privilégio inadmissível e não permitido pela Constituição, caso em que deverá haver a nulidade. E assim deve ser porque, nesta primeira situação, está claro que o legislador não quis contemplar o restante do grupo, não podendo o Judiciário outra coisa fazer senão a declaração de inconstitucionalidade por ação (mas sem a pronúncia de nulidade). Na segunda hipótese, já não se comunga com a posição do citado autor, uma vez que, como houve apenas um "esquecimento" ou "equívoco", sem o qual o legislador também atenderia o restante do grupo, pode o Judiciário perfeitamente, em face da parcial omissão inconstitucional, corrigir o equívoco e

> estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido. Essa providência vem sendo adotada pela Corte Constitucional italiana, através das chamadas sentenças aditivas, proferidas para colmatar a falta da previsão legislativa.
> Através dessas sentenças aditivas, o Tribunal "corrige uma situação normativa que impede a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações homogêneas que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado. Na Alemanha, entre declarar a inconstitucionalidade por ação da lei incompleta ou estender diretamente a incidência da norma aos casos não expressamente previstos, adota-se, consoante informa Clémerson Merlin Cléve, uma terceira opção: declara-se a inconstitucionalidade por omissão parcial da norma, definindo-se prazo para que o legislador a supra, eliminando a disparidade de tratamento ofensiva ao princípio da isonomia, com a reserva de o próprio Bundesverfassungsgericht removê-la diretamente, em caso de persistir a omissão.)[37]

Assim, tanto a ação por omissão do direito da União Europeia quanto a ação de inconstitucionalidade por omissão prevista no ordenamento jurídico brasileiro requer a caracterização de omissão relevante. Note-se que ambas as ações pressupõem a existência de norma prevista no tratado ou na Constituição Federal, respectivamente, determinando a prática de determinado ato. No entanto, a ação de inconstitucionalidade por omissão somente é admitida diante de abstenção de norma de eficácia limitada, tal exigência não se encontra no direito da União Europeia, que requer apenas que a norma esteja prevista no tratado bem como que seja de caráter obrigatório.

5.3.2. LEGITIMIDADE

Os Estados-membros (contra a comissão ou o conselho), Conselho (contra a comissão, o Tribunal de Contas e o Parlamento Europeu), Tribunal de Contas e Comissão (contra o Parlamento Europeu e o Conselho) e o Parlamento Europeu (contra qualquer das outras

instituições) e o Banco Central Europeu no domínio de suas atribuições podem interpor ação por omissão em face da abstenção da Instituição solicitada a agir, ou seja, a omissão em adotar qualquer ato que o Tratado ou qualquer norma comunitária relativa à aplicação do Tratado a obrigue a adotar[38].

Noutro giro, as pessoas singulares ou coletivas possuem legitimidade com relação a atos que elas sejam potenciais destinatárias. Note-se que a previsão de interposição de ação por omissão por pessoas singulares ou coletivas rompe com o dogma de que os indivíduos não seriam sujeitos de direito internacional. Porém a ação por omissão apenas será cabível nos casos de abstenção da Instituição de lhe dirigir uma decisão individual a qual estava obrigada a adotar, violando o tratado. Merece frisar que as pessoas singulares ou coletivas não possuem legitimidade para interpor ação por omissão diante da abstenção da prática dos atos de recomendação e parecer.

Dessa forma, as pessoas singulares e coletivas só podem solicitar a intervenção do Tribunal da União Europeia para obter a declaração judicial de que uma das Instituições se absteve em violação ao Tratado, de adotar atos que não recomendações ou pareceres, de que elas são os potenciais destinatários.

Não se pode olvidar que além da decisão individual, não se vê, como acentua João Motta Campos, outro ato decisório que possa ser dirigido ao recorrente. Insta esclarecer que a diretiva só pode ser dirigida aos Estados-membros. Ao passo que, o regulamento, ato de caráter geral, não pode ser dirigido a ninguém em particular.

Nesse sentido, o Despacho nº 62000B0191 - Despacho do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção) de 10 de Julho de 2001. - Werner F. Edlinger contra Comissão das Comunidades Europeias, ProcessoT-191/00, Colectânea da Jurisprudência 2001 página II-01961:

> Síntese: Pessoa singular interpõe recurso por omissão alegando que a comissão se absteve ilicitamente de agir em relação às medidas tomadas em janeiro de 2000 contra a República da Áustria pelos chefes de Estado ou de Governo de catorze Estados-Membros da União Europeia, em razão do partido FPO integrar o governo austríaco. O Tribunal não admitiu o recurso por omissão,

> tendo em vista que as omissões relacionadas aos atos – recomendações e pareceres – não podem ser reconhecidos pela via da ação por omissão. O Tribunal também considerou que o demandante, pessoa singular, não era destinatário potencial do ato. Os atos cuja omissão é assim reprovada à Comissão dirigem-se ao público em geral e/ou aos Governos dos catorze Estados-Membros. "Os referidos atos não dizem respeito ao demandante em razão de qualidades que lhes são particulares ou de uma situação de facto que o caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e,assim, o individualiza de uma maneira análoga à do destinatário. O facto de o demandante, como o indica na sua petição, ter podido suportar alguns efeitos indirectos das medidas tomadas contra a República da Áustria, porquanto, numa visita a Bruxelas, um taxista teria recusado levá-lo ao centro da cidade em razão da sua nacionalidade, não constitui manifestamente tal situação." (grifos nossos)

Também merece referência o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 27 de outubro de 1994, Ladbroke Racing Ltda. contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-32/93, Coletânea da Jurisprudência 1994 página II-01015, que não admitiu a ação por omissão por ilegitimidade ativa:

> Síntese: Ladbroke Racing Limited, sociedade de direito inglês, em cujas atividades se incluem o fornecimento e a organização de serviços de apostas nas corridas de cavalos, atividade que exerce através de sucursais e filiais no Reino Unido e em outros países da Comunidade Europeia apresentou à Comissão uma queixa dirigida a República Francesa, as dez principais sociedades francesas de corridas de cavalos, únicas autorizadas, segundo a legislação francesa, a organizar, fora do hipódromo, apostas mútuas nas corridas de cavalo, estando as restantes sociedades de corridas exclusivamente autorizadas a aceitar apostas dentro do hipódromo

nas corridas de cavalos. Solicitou à Comissão que adotasse uma decisão que pusesse termo à violação pela República Francesa, nos termos do art. 90 do Tratado.

O tribunal de Primeira Instância assevera que a ação por omissão prevista no art. 175 do tratado está suborrdinada a existência de uma obrigação de agir da Instituição requerida, de tal forma que a abstenção alegada seja contrária ao Tratado. O Tribunal considerou que o exercício do poder de apreciação da compatibilidade das medidas estatais com as normas do Tratado, conferido pelo artigo 90, n. 3, do Tratado, não é acompanhado de nenhuma obrigação da Comissão, suscetível de ser invocada para fazer declarar uma eventual omissão sua. Ademais, o artigo 90, n.3 do Tratado só é dirigido ao Estado-membro, não sendo a demandante destinatária potencial de ato jurídico. Terceiros que não têm a qualidade de destinatários de uma decisão, não podem ser considerados individualmente abrangidos por esta decisão, a não ser que ela os afete em razão de certas qualidades que lhe são específicas ou por uma situação de fato que os caracteriza relativamente a qualquer outra pessoa e, deste modo, os individualiza de forma análoga à do seu destinatário. O mero fato de um ato ser suscetível de influenciar as relações de concorrência existentes num mercado não é suficiente para que se possa considerar qualquer operador econômico desse mercado como por ele direta e individualmente afetado, na ausência de circunstâncias específicas que lhe permitam sustentar que este se repercute na sua posição de operador econômico. No entanto, o art. 90, n. 3 do Tratado só poderia abranger a demandante exclusivamente na sua qualidade de operador no mercado de apostas sobre corridas de cavalo, no mesmo título que qualquer outro operador na mesma situação, não lhe dizendo individualmente respeito.

Por fim, são legitimados passivos o Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e o Banco Central Europeu que abstiverem de adotar um ato que esteja obrigado a adotar. São legitimados à ação direta de inconstitucionalidade por omissão o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103 da Constituição Federal e art. 2º c/c art. 12A Lei nº 9.868/99.

Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil não proceda a nenhuma distinção entre os legitimados à propositura da ação, o Supremo Tribunal Federal – STF tem exigido a demonstração do interesse de agir – pertinência temática – para alguns legitimados. O Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa devem demonstrar que a lei ou o ato normativo impugnado lhes diga respeito. Por outro lado, a confederação sindical e as entidades de classe de âmbito nacional devem comprovar a relação entre as finalidades estatutárias e o conteúdo da norma impugnada.

Assim sendo, depreende-se que pessoas físicas e jurídicas não possuem legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, diante da possibilidade de propositura de ação por omissão no direito da União Europeia por pessoa física ou jurídica, é forçoso afirmar que esta ação possui maior legitimidade do que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em virtude da maior inserção do princípio participativo.

No entanto, é digno de registro salientar que o relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão dependendo da relevância da matéria bem como da representatividade dos requerentes poderá admitir a participação de outros órgãos ou entidades como *amicus curiae*, bem como designar a realização de audiência pública.

Contudo, não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito, norma que confere apenas ao juiz o poder de decidir se irá possibilitar ou não a maior participação dos cidadãos no processo decisório.

5.4. O REGIME PROCESSUAL

5.4.1. FASE PRÉ-CONTENCIOSA OU ADMINISTRATIVA DA AÇÃO POR OMISSÃO

5.4.1.1. SOLICITAÇÃO À INSTITUIÇÃO COMUNITÁRIA PARA AGIR

A exigência de solicitação à Instituição Comunitária para que ela adote o ato para o qual se encontra obrigada em virtude de tratado tem por finalidade: a) dar ensejo à Instituição requerida de cumprir a sua obrigação, evitando a interposição da ação; b) provocar uma definição da atitude da Instituição em causa, para se puder concluir pela caracterização ou não da abstenção; c) fixar o início dos prazos previstos no art. 232º e 265º Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Nesse sentido, segundo Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.05.1986, NUOVO CAMPSIDER/COMISSÃO, 25/85, col., p. 1531, n.8 a interposição de ação por omissão deve ser precedida de uma interpelação formal da Instituição recorrida especificando a decisão que segundo o recorrente, ela deveria tomar por força do direito comunitário. (CAMPOS, 1997, p. 660)

A interpelação formal deve deixar transparecer que se pretende coagir a Instituição a tomar uma posição consoante decisão do Tribunal de Justiça no acórdão de 10.06.1986, USINOR/COMISSÃO, 81/85 e 119/85, col. P. 1.777, n.15 e Despacho de 10.07.2001, Proc.T-191/00, n.13.

5.4.1.2 PRAZO PARA FORMULAÇÃO DA SOLICITAÇÃO

Percebe-se que os tratados são omissos quanto ao prazo em que uma Instituição deve ser formalmente convidada a agir.

O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia considera que o requerente não deve ultrapassar um prazo razoável, em observância ao princípio da segurança jurídica e ao interesse da continuidade da ação comunitária.

O convite formal dirigido à Instituição para agir não deve ser considerado intempestivo nos casos em que se verificaram contatos frequentes entre a Instituição e o requerente neste período.

Insta mencionar o Processo T-167/04 – movida por Asklepios Kliniken GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias, em que a ação por omissão foi admitida, tendo sido, no mérito, julgada improcedente, pois não havia transcorrido prazo razoável para a sua manifestação:

> Síntese: Sociedade alemã de direito privado, especializada na gestão de centros hospitalares denunciou, em 20 de janeiro de 2003, à Comissão a concessão de auxílios alegadamente ilegais a hospitais públicos pelas autoridades públicas na Alemanha.
> O Tribunal ressaltou que a fixação de critérios abstratos numa decisão de alcance geral não pode constituir uma tomada de posição da Comissão sobre uma denúncia específica . Esses critérios estabelecem apenas os elementos que devem ser tomados em conta para avaliar a compatibilidade com o direito comunitário de financiamentos. Na medida em que tem competência exclusiva para apreciar a compatibilidade de um auxílio de Estado com o mercado comum não pode prolongar indefinitivamente a análise preliminar das medidas estatais. O Tribunal de Primeira Instância já decidiu que uma duração cerca de 6 meses para tratar um caso de uma determinada complexidade respeitante a diversos aeroportos italianos, não excedia os limites do Prazo razoável (acórdão Air One) . Ao invés, no acórdão Gestevisión Telecinco/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a duração do tratamento das denúncias de 47 meses para a primeira e de 26 meses para a segunda ultrapassara os limites do razoável. Considerou que a Comissão podia legitimamente protelar o exame das questões de fato suscitadas pela denúncia para aguardar uma clarificação do quadro jurídico á luz do qual a investigação da denúncia deveria ser conduzida. Um intervalo de seis meses medeia entre a prolação do acórdão Almark Trans e Reglerungsprasidium Magdeburg e o termo do prazo previsto no artigo

> 232, segundo parágrafo, CE. Considerou, ainda, o caso inegavelmente complexo. A denúncia refere a todos os hospitais públicos na Alemanha, que montam a mais de 700, sem todavia os identificar individualmente, e critica tanto a compensação pelos organismos públicos de eventuais perdas de exploração dos hospitais como a concessão de uma garantia, sem que sejam fornecidas precisões sobre os auxílios recebidos por cada hospital referido. Atendendo à complexidade do caso, este prazo era, de qualquer modo, demasiado curto para que a Comissão pudesse concluir a análise preliminar da compatibilidade dos financiamentos denunciados pela demandante. À data da notificação, a duração da análise da denúncia não excedia os limites do razoável.

5.4.1.3 COMPORTAMENTO DA INSTITUIÇÃO CONVIDADA A AGIR

A Instituição convidada a agir pode optar pelo cumprimento do solicitado, levando ao encerramento do caso.

Nesse sentido, o processo T-420/05, em que *Vischim Srl,* com sede em Cesano Maderno (Itália) interpõe ação por omissão em face da Comissão, sendo que o acórdão do Tribunal de 1ª Instância, hoje Tribunal Geral, datado de 07 de outubro de 2009 assim se pronuncia quanto aos pedidos relativos à omissão:

> 252 A recorrente pede que o Tribunal de Primeira Instância declare, nos termos do artigo 232.° CE, que a Comissão não tomou posição sobre a sua carta de 14 de Abril de 2005, que a convidava a não proceder à adopção da proposta aprovada pelo comité em 15 de Fevereiro de 2005, a não ser que a especificação do clorotalonil fosse alterada para contemplar a especificação do seu produto.
>
> 253 Resulta da jurisprudência que os requisitos de admissibilidade de uma acção por omissão, previstos no artigo 232.° CE, não se encontram preenchidos quando a instituição demandada,

> convidada a agir, tenha tomado posição em relação a este convite antes de ser intentada a acção (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Abril de 1993, Pesqueras Echebastar/Comissão, C-25/91, Colect., p. I-1719, n.° 11).

No entanto, a Instituição pode não cumprir ao solicitado. Nos casos em que convidada a agir a Instituição requerida se mantém silente no transcurso do prazo de dois meses, o requerente pode, até expirar um novo prazo de dois meses, instaurar a ação por omissão.

A ação por omissão se mostra cabível também diante da abstenção da Instituição convidada a agir em tomar posição utilizando-se de meios dilatórios. João Motta Campos exemplifica citando o caso em que a Instituição simplesmente diz que vai estudar a pretensão, não se posicionando.[39]

> 61996A0095 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção Alargada) de 15 de setembro de 1998. Gestevision Telecinco AS contra Comissão das Comunidades Europeias. Auxílios estatais. Televisões públicas. Denúncia. Ação por omissão. Obrigação de instruir por parte da comissão. Prazo. Procedimento do art. 93. N.2. Dificuldades sérias. Processo T 95/96.
>
> Síntese: Gestevisión Telecinco SA, sociedade de direito privado espanhol apresentou junto à Comissão uma denúncia a fim de obter a declaração de incompatibilidade com o mercado comum, nos termos do artigo 92 do Tratado CE, dos auxílios concedidos pela Administração Central espanhola ao organismo público RTVE.
>
> (...) A demandante salientou, a justo título, que esta carta não define qualquer posição por parte da Comissão a propósito das denúncias em causa, na medida em que a Instituição se limita a informar que, após exame das denúncias e conclusão de um estudo encomendado ao exterior, solicitou às autoridades espanholas uma série de esclarecimentos complementares. Com efeito, uma

> carta emanada de uma instituição que foi notificada para agir em conformidade com o artigo 175 do Tratado, nos termos da qual é prosseguida a análise das questões suscitadas, não constitui uma tomada de posição que ponha termo à omissão (acórdãos do Tribunal de Justiça, Snupat/Alta Autoridade, já referido, e de 22 de maio de 1985, Parlamento/ Conselho, 13/83, Recueil, p. 1513, n.25). Resulta do acima exposto que a Comissão se colocou em situação de omissão em 08 de fevereiro de 1996, do convite a agir, em virtude de se ter abstido de adotar uma decisão declarando que ou as medidas estatais em causa não constituíam auxílios na acepção do artigo 92, n. 1, do Tratado, ou que deviam ser qualificadas de auxílios na acepção do artigo 92, n.1, mas são compatíveis com o mercado comum nos termos do artigo 92, nº 2 e 3, ou que era necessário instaurar o procedimento do artigo 93, n.2, do Tratado, ou, ainda, de adotar, em função das circunstâncias, uma combinação destas diferentes potenciais decisões. Ação por omissão julgada procedente.

Contudo, nas hipóteses de recusa expressa da Instituição em cumprir a obrigação terá cabimento a interposição de ação de anulação, tendo em vista que a ação por omissão pressupõe a ausência de tomada de posição.

Também não é cabível a interposição de ação por omissão quando convidada a agir a Instituição adota um ato diferente do solicitado, mas relativo ao objeto da solicitação do requerente, em virtude de se configurar em um posicionamento da Instituição.

De qualquer forma é importante notar que a fase pré-contenciosa ou administrativa oportuniza a possibilidade de pronunciamento culminando em grande parte no cumprimento da obrigação ou eventualmente na propositura de ações perante o Tribunal de Justiça.

Na realidade, impõe-se reconhecer que o estabelecimento de uma fase pré-contenciosa se mostra em consonância com o Estado Democrático de Direito, pois oportuniza maior possibilidade de participação, com fins ao cumprimento do ato no menor prazo possível.

Infelizmente, não verificamos no âmbito da ação direta de

inconstitucionalidade por omissão a previsão de uma fase administrativa visando a por fim à abstenção do órgão obrigado por norma constitucional a agir.

5.4.2. FASE CONTENCIOSA

Mister se faz consignar que nas hipóteses de adoção do ato solicitado, recusa expressa de adotá-lo ou a adoção de ato diferente do requerido por representarem uma tomada de posição conduzem ao ajuizamento da ação de anulação da decisão de rejeição do pedido formulado, e não a ação por omissão.

Sendo assim, no caso de ação de anulação contra a recusa explícita da adoção do ato por parte da Instituição convidada a agir, o Tribunal se der provimento à ação declarará ser nulo e de nenhum efeito o ato de recusa impugnado, devendo a Instituição adotar o ato que lhe tenha sido requerido, em observância ao princípio da legalidade, sob pena de não o fazendo, se sujeitar a novo procedimento por omissão, sem prejuízo de responder pelo seu comportamento ilegal em eventual ação de indenização.

Nesse diapasão, a fase contenciosa da ação por omissão apenas se iniciará diante da ausência de tomada de posição (manteve-se silente ou recusou tacitamente a adotar o ato solicitado) pela Instituição Comunitária convidada a agir no prazo de dois meses.

Caso a Instituição demandada se manifeste expressamente no decurso do processo a ação ficará prejudicada, em decorrência da superveniente perda de objeto.

A tramitação da Ação por Omissão observa as regras do processo comum.

O que mais releva enfatizar na hipótese do Tribunal declarar que, ao recusar-se implicitamente a adotar o ato que lhe foi solicitado, a Instituição não observou obrigação imposta pelo Tratado, a Instituição deverá tomar as medidas necessárias para dar boa execução ao acórdão do tribunal adotando o ato cuja omissão deu origem ao recurso.

5.4.3. O CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL GERAL OU TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No âmbito da União Europeia, há o cumprimento de obrigações sem a necessidade de execução forçada. Os Estados-Membros cumprem as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça em decorrência de seu alto grau de legitimidade, uma vez que observam o princípio da legalidade. Importante ressaltar que o próprio Estado-Membro participou da criação da norma, o que sem dúvida, é determinante para o seu efetivo cumprimento.

A efetividade das normas da União Europeia se deve à criação de uma união conformada pelo direito. A norma é cumprida visando atingir às finalidades da União Europeia, consoante art. 2º supratranscrito e art. 3º, ambos da TUE:

> Artigo 3º: 1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar de seus povos.
> 2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controles na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenômeno.
> 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento econômico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.
> A União combate a exclusão social e as discriminações e combate e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança.
> A União promove a coesão econômica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados membros.
> A União respeita a riqueza de sua diversidade

> cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do patrimônio cultural europeu.
> 4. A União estabelece uma união econômica e monetária cuja moeda é o euro.
> 5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas.
> 6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados.

Na realidade, impõe-se reconhecer a inexistência de meios executivos no âmbito do Direito da União Europeia a fim de fazer valer as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça, uma vez que a União Europeia é integrada por Estados soberanos.

Contudo, a inexistência de tais meios não leva ao não cumprimento das decisões proferidas pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça.

A propósito, não é a coerção exercida pelo Estado que distingue o direito das outras normas de conduta. Edgar de Godói da Mata Machado aponta que não é a coerção, mas a garantia a nota essencial do conceito de direito:

> É, aliás, a presença do fator sócio-psicológico que torna irrelevante a coerção como nota essencial do conceito de direito. Jellinek atribui o coercivismo a um como preconceito da "jurisprudência civilística", que, no caso, segue "as pegadas do Direito Natural". O equívoco, a seu ver, nasce da falsa presunção de que só as medidas coercitivas podem oferecer à norma garantia eficaz. É, sem dúvida, de toda conveniência, afirma antes, que a

eficácia psicológica da norma seja garantida. Mas, para tanto, basta que o poder donde manam os preceitos jurídicos seja de tal modo robustecido pela força sócio-psicológica que justifique a expectativa de que essas normas se acham em condições de sobrepor-se, como motivos de ação, aos motivos individuais opostos.

Feito, assim, o contraste entre a garantia e a coerção jurídica, Jellinek vai à análise o próprio conceito de coerção. No geral, observa, a coerção se apresenta sob a forma compulsiva. Ora, a compulsão ou será um meio de criar motivos para que o direito realize suas finalidades ou não terá sentido algum. (Poderíamos, de nossa parte, acrescentar: ou será um atentado à liberdade, isto é, um ato ao direito). Mas então, continua Jellinek, não há como compreender por que só a motivação derivada do temor de danos jurídicos, da ameaça e de coisas semelhantes se deva considerar como garantia do direito. Volta o autor a identificar coercivismo e "jurisprudência do Direito natural." Ao tempo desta, diz, ainda não se haviam tornado patentes as diversas "forças sociais" capazes de atuar sobre o direito; nem, sobretudo, se tinha ainda verificado quanto é precário o direito, se garantido, pelos "meios coativos estatais". No entanto, bastaria que os jusfilósofos observassem superficialmente o que se passava com o direito da Igreja, para se capacitarem de como um ordenamento jurídico pode ser garantido por meios diversos dos que, de ordinário, se compreendem sob o termo de coerção jurídica. O Direito Natural admitia, é certo, a coerção da consciência; a esta, porém, opunha a do direito, como coerção exterior; e negava feição jurídica às normas garantidas apenas pela coerção moral. Ora, são de várias índoles as "forças sociais"que, fora do Estado oferecem garantia ao direito. Jellinek, antecipando-se às modernas análises sobre o "controle social", típicas da sociedade norte-americana dos nossos dias, menciona, ao lado dos costumes, em sentido genérico, as

> regras particulares de conveniência vigorantes em determinadas classes e profissões, e ainda a ação de certas associações, como as religiosas, além da imprensa e da literatura, outras tantas fontes de pressão sobre o indivíduo e a coletividade, muito mais forte, acentua o publicista alemão, do que qualquer outra espécie de coerção consciente exercida pelo Estado.
>
> A posição do nosso autor não é de negação pura e simples da garantia imposta coercivamente. O Estado há de atuar – não se esqueça de que Jellinik é um estatualista às vezes duma coerência implacável -, pois a simples pressão social não basta para garantir o direito. Mas contra a essencialidade da nota de coerção argumenta que o próprio ordenamento jurídico (a face jurídica do Estado) não se sustentaria, caso deixassem de atuar, no sentido do direito, aquelas forças sociais. Tal ocorre, por exemplo, nos casos de revolução. Às garantias extra-estatais se acrescenta, portanto, como elemento indispensável, mas de simples reforço, a chamada coação jurídica. O autor do sistema de direitos públicos subjetivos, depois de reafirmar a impotência da coerção estatal, quando se lhe opõem, por exemplo, o costume social ou religioso, alude aos velhos argumentos anti-coercivistas, como os da existência do direito consuetudinário derrogatório (desuso das leis), das *leges imperfectae* do direito privado, da maioria das normas constitucionais e de todo o Direito Internacional Público. A conclusão final expressa: ... não a coerção mas a garantia (e só como sub-espécie desta se apresenta a coerção) é caráter essencial ao conceito de direito. As normas jurídicas são menos normas de coerção que normas garantidas.[40]

É cediço, que a Europa após as experiências traumáticas das grandes guerras mundiais, optou por uma reconstrução baseada no direito, bem como no reconhecimento de que a paz somente é possível se alicerçada

sobre bases democráticas. Podemos dizer que existe um verdadeiro princípio do efetivo acatamento à ordem jurídica.

Importante destacar as considerações proferidas por Erhard Denninger em seu artigo Chances de uma solução pacífica de conflitos entre pessoas livres e iguais: sobre a "utilidade" da teoria do discurso no direito interno e internacional:

> Um procedimento, cuja incumbência é poder reivindicar "por direito" a produção de uma decisão "configuradora" do conteúdo de um direito fundamental de modo abstrato-conceitual ou concreto-circunstancial, uma decisão "concretizante" ou também apenas "restritiva", limitadora no caso concreto, a fim de possivelmente solucionar um conflito, deve ser, assim, uma discussão acerca do "direito", conduzida com meios verbais e em formas jurídicas, cujo resultado todos os participantes (talvez) envolvidos possam concordar. Tal procedimento denomina-se "legítimo". Pode ser conhecido como legítimo e seus resultados podem contar com aceitação por parte dos envolvidos quando satisfaz, na medida a mais alta possível, ambos os pontos de vista condutores: racionalidade e justiça.
>
> (...) Os participantes têm que se encontrar de verdade, querer convencer uns aos outros e querer deixar se convencer, tornando sua anuência dependente tão-somente da coação não-coativa do melhor argumento.
>
> (...) Segundo Habermas, o pensamento decisivo é que do "entrelaçamento entre princípio do discurso e forma jurídica" resulta o princípio democrático, o qual forma um sistema de direitos que põe autonomia privada e pública em uma relação de condição mútua. Este é o caso quando se fala da relação interna ou da igualdade de origens da soberania popular e dos direitos humanos.
>
> De uma fundamentação teórico-discursiva dos direitos fundamentais e humanos, baseada nos princípios da autonomia e da universalidade,

da igualdade (igualdade de oportunidades) e do consenso (em potencial) dos participantes, chega-se consequentemente à constatação de Alexy de que a teoria do discurso se mostraria "também como a teoria de base do Estado constitucional democrático". Ele parte da ideia fundamental de Habermas em "fundamentar um sistema dos direitos que faz valer equilibradamente a autonomia privada e pública dos cidadãos".

Na outra extremidade ("inferior") da escala de possíveis circunstâncias de comunicação normativas e pacíficas, o *modus vivendi*, em virtude de sua proximidade com a resolução de conflitos pela força, fica eliminado como base duradoura de produção de um ordenamento jurídico estável. Permanece o largo campo das "negociações" orientadas à formação de compromissos. Mas se não quisermos que seu resultado seja o proverbial "compromisso duvidoso", que praticamente não se diferencia de um *modus vivendi*, têm que ser cumpridas algumas condições para "negociações" que indiquem a afinidade desta forma de comunicação com a forma do puro "discurso": De importância decisiva são três pontos: (1) os participantes em uma "negociação" têm que se colocar de acordo na vontade declarada, constante e incondicional em procurar a solução do conflito pelas vias do direito, ou seja, da normatização – sob a exclusão da ameaça ou do emprego da força. (2) Os participantes têm que se reconhecer – e, a esse respeito, não há diferença alguma com as condições de um discurso – como "iguais", isto é, como participantes com os mesmos direitos, com as mesmas chances de acesso e comunicação também em sua essência como diferentes e estrangeiros. (3) E, por último, algo difícil: dentro de uma comunidade jurídica já constituída, ou seja, por exemplo, "usando como embasamento a Lei Fundamental", mas também a União Europeia, uma "negociação" só pode ser conduzida respeitando-se plenamente os respectivos princípios constitucionais

> fundamentais. A interpretação vinculativa desses princípios está confiada às instituições competentes para tanto. Caso diferente ocorre quando inexiste tal abrangente quadro constitucional. Resta, então, somente o recurso a padrões dos direitos humanos assegurados pelo direito internacional. Mas, como infelizmente vivenciamos quotidianamente, aí novamente se inicia incessantemente a contenda. Talvez esta contenda seja, desde a fracassada construção da Torre de Babel, o destino inalterável dos homens. Mas, então, é ainda mais importante de que as condições de número 1 e 2, a renúncia, em princípio, ao uso da força e o reconhecimento como iguais sejam sempre novamente cumpridos.[41]

Ou seja, instituiu-se um verdadeiro ordenamento de direito da União Europeia, atribuindo ao Tribunal de Justiça a função de garantidor do princípio da legalidade.

Sem dúvida, como defende, Marcelo Fernando Quiroga Obregón em sua dissertação de mestrado – *A Necessidade de Ordenamento Jurídico e de Instituições Comunitárias para a Consolidação do Mercosul*, é essencial para a consolidação do processo de integração a instituição de um ordenamento jurídico supranacional, e ainda, de órgãos supranacionais:

> Enquanto o Tratado de Assunção estabelece períodos de transição e de tomada de decisões para a constituição definitiva do Mercado Comum, o Tratado de Roma criou, imediatamente, seus órgãos supranacionais, conforme:
> A realização das tarefas confiadas à Comunidade é assegurada por um PARLAMENTO EUROPEU; um CONSELHO; uma COMISSÃO; um TRIBUNAL DE JUSTIÇA; um TRIBUNAL DE CONTAS. Cada instituição atua nos limites das atribuições e competências que lhes são conferidas pelo presente tratado.[42]
>
> Assim, como pode ser percebido, a estruturação de todo o processo de instauração da União Europeia nasceu contendo instrumentos legais de ordenamento supranacional e comunitário,

> que devem ser pilares de processo clássico de integração.[43]

Disso deflui que a legitimidade das decisões do Tribunal de Justiça está diretamente relacionada à participação dos Estados-membros na elaboração das normas do Direito da União Europeia, bem como no próprio processo decisório, sem esquecermos o relevantíssimo papel desempenhado pelos cidadãos durante todo o processo.

Não constitui demasia assinalar que do princípio do Estado Democrático de Direito decorre a obediência ao princípio da legalidade e a garantia aos direitos fundamentais.

Portanto, a solução dos conflitos e, sobretudo, a paz, somente poderá ser atingida através do reconhecimento e da implementação de direitos fundamentais do homem inseridos em um processo de democratização.

Anuindo a estes argumentos Noberto Bobbio salienta em seu brilhante texto – *A Era dos Direitos* – que o futuro dos povos, numa visão globalizada, se encontra no reconhecimento dos direitos fundamentais, essencialmente em bases democráticas:

> Não faz muito tempo, um entrevistador – após uma longa conversa sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação para o futuro da humanidade, sobretudo três, o aumento cada vez maior e até agora incontrolado da população, o aumento cada vez mais rápido e até agora incontrolado da degradação do ambiente, o aumento cada vez mais rápido, incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos – perguntou-me, no final, se, em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, eu via algum sinal positivo. Respondi que sim, que via pelo menos um desses sinais: a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem.
> (...) Buscando identificar um evento que pudesse ser considerado como um "sinal" da disposição do homem a progredir, ele o indicou no entusiasmo

> que despertara na opinião pública mundial a Revolução Francesa, cuja causa só podia ser "uma disposição moral da humanidade". O verdadeiro entusiasmo – comentava ele – refere-se sempre ao que é ideal, ao que é puramente moral (...), e não pode, residir no interesse individual." A causa desse entusiasmo – e, portanto, o sinal premonitório (signum prognosticum) da disposição moral da humanidade – era, segundo Kant, o aparecimento, no cenário da história, do "direito que tem um povo de não ser impedido, por outras forças, de dar a si mesmo uma Constituição civil que julga boa". Por "Constituição civil" Kant entende uma Constituição em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, uma Constituição segundo a qual "os que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar."[44]

Robert Alexy no artigo "Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jurgen Habermas" afirma que:

> Segundo Habermas, entre direitos humanos e soberania popular, entre autonomia provada e pública e, assim, entre direitos fundamentais e democracia existe um "nexo interno" (id., I, p. 137). Este nexo interno deve ser instituído pelo que Habermas denomina as "condições do pensamento pós-metafísico" (id., I, p. 87, 92, 131), segundo as quais os direitos fundamentais não podem ser justificados nem religiosa nem metafisicamente, nem a partir de tradições. Destarte, não mais podem restringir, por assim dizer, de fora o processo político como direito natural divino, metafísico ou histórico (id., I. p. 166). Portanto, restaria apenas a possibilidade de transferir ao coração do processo político o fundamento para a existência dos direitos fundamentais. Este fundamento dos direitos fundamentais deve ser o princípio discursivo, que diz:
> "São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de

> discursos racionais" (id., I. p. 142).
> O princípio discursivo, como acertadamente expõe Habermas (id., I, p. 149 e segs.), só pode ser realizado nos moldes de um sistema jurídico (cf. Alexy, 1981, p. 185 e segs.). Mas, no sistema jurídico, o princípio discursivo se torna o princípio democrático (id., I, p. 157). Como tal, afirma:
> "que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva." (id., I, p. 145).[45]

De fundamental importância para o efetivo cumprimento do direito consiste no princípio da cooperação leal – compromisso dos Estados de cumprirem as normas por ele mesmo criadas. Ser leal é cumprir o que foi determinado.

O art. 4º TUE assim dispõe:

> 3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento as missões decorrentes dos Tratados.
>
> Os Estados membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.
>
> Os Estados membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.

Disso deflui que o princípio da cooperação leal obriga os Estados-membros e as instituições comunitárias a adotar as medidas adequadas visando à eficácia do direito da União Europeia e sobretudo das finalidades de sua constituição.

Ulrich K. PreuB no texto "A norma como orientação nas relações internacionais" obtempera que:

> (...) Os Estados são inerentemente entidades sociais. Por conseguinte, a ação estatal está inserida em uma praxe de interações com outros Estados, pela qual são despertadas expectativas e criados efetivos de confiança. Devido a seus sempre limitados recursos de poder, nenhum Estado pode se portar autisticamente de forma duradoura, sem perder o reconhecimento dos outros Estados e, por fim, perecer.
>
> De expectativas e efetivos de confiança surgem obrigações normativas. O dever fundamental reza: cumpra as expectativas criadas por você mesmo e evite decepções da confiança criada por você mesmo, a não ser que haja para tanto motivos normativos mais fortes.
>
> (...) Os elementos constituintes da solidariedade – "comunidade", "obrigação recíproca", "ordem objetiva" e "redistribuição" (RIEMER, 2003, p. 23 e segs.) – fundamentam uma rede de expectativas que ultrapassam um horizonte de interesses dos Estados, mesmo formulados de modo amplo, e que, por conseguinte, são percebidas como normativamente obrigatórias e, em geral, também são cumpridas. São indícios de que o individualismo estatal tradicional, também fundamentado jurídico-internacionalmente, se transforma em uma relação de responsabilidade global, em uma comunidade de Estados *stricto sensu* (a respeito, PAULUS, 2001).
>
> (...) Ao contrário, aí se expressa uma evolução, "segundo a qual os Estados, também no âmbito internacional, não podem mais se compreender como fim em si mesmo, mas têm que servir aos interesses de seus cidadãos – e, assim, não apenas a seus interesses como cidadãos do Estado, mas também como cidadãos de uma comunidade internacional que une pluralismo e solidariedade (PAULUS, 2001, p. 437-438).[46]

No entanto, quando houver um risco manifesto de violação grave dos valores preconizados no art. 2º do Tratado da União Europeia por parte de um Estado-membro, o Conselho Europeu, após ouvir o Estado-membro,

nos termos do art. 7º do TUE:

> 3. Se tiver sido verificada a existência da violação a que se refere o nº 2, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e coletivas.
> O Estado-membro em questão continuará, de qualquer modo, vinculado às obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados.

Perceba-se que, não obstante os tratados não disponham do uso da força para garantir o seu cumprimento, possuem norma de persuasão visando ao seu cumprimento.

Assim, a não observância das normas obrigatórias pelos Estados-Membros implicará em sanções de natureza política.

Dentro dessa perspectiva de compromisso de lealdade em torno das regras do jogo democrático verifica-se que os acórdãos proferidos pelos Tribunais guardam estrita consonância com a legalidade, não convivendo com o ativismo judicial.

5.4.4 O CUMPRIMENTO DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS NO ÂMBITO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Com efeito, o art. 103, § 2º da Constituição Federal estabelece que "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para à adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

No que pertine à adoção de medida não legislativa, da competência do chefe do Poder Executivo ou de órgão meramente administrativo, o Judiciário pode determinar que as medidas necessárias sejam adotadas

no prazo de trinta dias.

Ademais, a Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009, admite que excepcionalmente, diante do caso concreto, o Supremo Tribunal Federal fixe prazo superior a trinta dias para o suprimento da omissão inconstitucional pelas autoridades administrativas.

De outra banda, na linha da orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, durante anos, o Poder Judiciário não pode obrigar que o Poder Legislativo legisle, sob pena de interferir na autonomia do legislador.

Questão bastante delicada consiste no exame da possibilidade do Poder Judiciário, diante de uma omissão inconstitucional atuar como legislador positivo.

Dirley da Cunha Júnior obtempera que:

> A natureza jurídica das imposições constitucionais, a vinculação dos poderes constituídos e a caracterização do comportamento omissivo dos órgãos do Poder como inconstitucional, com a fixação dos meios jurídicos de seu controle, permitem uma conclusão inarredável: no Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder público está obrigado, normativo-constitucionalmente, à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. Essa conclusão leva a uma outra: no Estado Constitucional Democrático de Direito, a proteção jurídica há de ser global e eficiente, sem lacunas, o que pressupõe, nos casos de omissão inconstitucional, o reconhecimento de um direito público subjetivo ao cidadão de exigir uma atuação positiva do legislador (inclusive um direito à legislação), e dos demais poderes do Estado.
>
> (...) Logo, com amparo no direito fundamental à efetivação da Constituição, impõe-se defender um *plus* àquele efeito literal previsto no §2º do art. 103 da Constituição, de tal modo que, para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência

> seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omisso. Cuida-se, aí, de um verdadeiro efeito de solução, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público. Tal consequência, de ressaltar-se, longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra a conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais.
>
> (...) E esse passo já foi dado com efeitos importantíssimos. Em julgamento realizado na sessão plenária de 09 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em decisão inédita exarada em sede de ADI por omissão, reconheceu, além da mora do legislador relativamente à omissão da regulamentação do §4º do art.18 da Constituição Federal, o dever constitucional de legislar do Congresso Nacional, com o que impôs ao órgão legislativo da União o prazo de 18 meses para cumprir a sua obrigação, e elaborar a lei complementar a que se refere aquele preceito constitucional. Deixou claro a Suprema Corte que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe, ao legislador em mora, o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.[47]

Noutro giro, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Adhemar

Ferreira Maciel não admite que o Poder Judiciário substitua o legislador:

> Vamos agora, dar um exemplo de inconstitucionalidade por omissão. A ação, então, deve ser a "direta" e não o "mandado de injunção": a Constituição, em seu art. 14.III, combinado com o art. 61, confere iniciativa de lei também aos "cidadãos", "nos termos da lei". Vamos supor que o Congresso Nacional não edite lei disciplinando o instituto de "iniciativa popular" de propor projeto de lei. Desse modo, caberá a qualquer partido político com representação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal entrar com pedido no STF para que se declare formalmente a omissão. Não se poderá usar logo o "mandado de injunção". O que o STF vai fazer é apenas "declarar" – e não obrigar o Legislativo a fazer a lei em determinado prazo – que está havendo omissão no implemento de norma constitucional. E se o Legislativo continuar a se omitir – não obstante a declaração formal do STF – em baixar a norma de implementação? É claro que, em respeito ao princípio da separação dos Poderes da República, o Judiciário não poderá, ainda assim, fazer a norma genérica. Aí é que entra a vez do mandado de injunção: aquele que seria beneficiado pela norma não-feita deve se prevalecer do mandado de injunção e, só em seu caso particular, concreto, pedir ao Judiciário que "legisle". Em outras palavras: embora ele não possa entrar com a "ação direta de inconstitucionalidade" no Supremo, vez que não tem legitimidade ativa, pode tentar o "mandado de injunção". (grifos nossos)[48]

Nesse diapasão, Juliano Taveira Bernardes assevera que:

> Ainda sobre o assunto, ensina CARRAZZA que a procedência do pedido da ADIn surte efeitos "basicamente", mas não "exclusivamente declaratórios", porquanto, em relação ao Executivo,

há uma "*eficácia mandamental média*, pois o concita a praticar o ato, sob pena de responsabilidade e, em relação ao Legislativo, *eficácia mandamental mínima,* já que, como vimos, embora não o compila a editar a lei, atesta publicamente sua omissão, aplicando-lhe, *grosso modo*, uma sanção de natureza política." (139) Para CARRAZZA, entretanto, sempre que o Legislativo remanescer omisso, mesmo após comunicado da mora pelo STF, a questão poderá ser resolvida em perdas e danos, com fundamento na inércia do Poder Público. (140)

(...) Isso porque ainda vigora concepção que impede a atribuição de qualquer "efeito aditivo" aos atos normativos questionados em juízo, nem mesmo a pretexto de corrigir claras distorções que neles se possam verificar. Na jurisprudência do STF, é paradigmático o seguinte exemplo:

(...) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (...) (155)

Para a Corte, portanto, se a declaração de inconstitucionalidade importar na modificação da sistemática do ato normativo impugnado, por acréscimo ou alteração de seu sentido, haverá impossibilidade jurídica do pedido. (156) E essa concepção restritiva do STF acaba por atingir também tanto os casos de omissões inconstitucionais relativas do tipo indefinido, (157) como os em que se alegara a existência de omissões relativas da espécie definida. (158)

> Nesse rumo, sem distinguir entre os tipos de omissão, a Corte vem genericamente entendendo que, embora seja factível declarar a inconstitucionalidade da norma que concede o benefício discriminatório, não o seria a extensão jurisdicional dela "aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dados que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva." (159)
> Certo, ainda é necessária a manutenção do dogma proibitivo da atuação do juiz como "legislador positivo". Não se discute que o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito exige que o princípio da independência das funções estatais seja preservado, de maneira que o Judiciário não pode e nem deve se imiscuir na esfera discricionária da atuação normativa dos demais Poderes. Nessa linha, é salutar o autocontrole da jurisdição constitucional, pois não é atribuição dela interferir ou impedir que os outros órgãos atuem, mas sim zelar para que isso seja feito de forma compatível com os preceitos constitucionais.[49]

Comunga do referido entendimento André Rufino do Vale:

> A Seção III trata da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. O artigo 12-H, praticamente repetindo a fórmula do artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição, prescreve que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. A aparente ortodoxia do dispositivo, porém, não impedirá que o STF adote técnicas inovadoras de decisão, como, por exemplo, a indicação de prazos razoáveis para a atuação do órgão legislativo (ADI 3.682). A própria lei (artigo 12-H, parágrafo 2º) prevê a aplicação subsidiária do Capítulo IV da Lei 9.868/99, possibilitando, também na ADO, a adoção de outras técnicas de decisão – como, por exemplo, a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto – e a modulação de seus

> efeitos, nas diversas possibilidades deixadas em aberto pelo artigo 27. Ressalte-se que, muitas vezes, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, preservada a vigência da norma por determinado período, será a única via possível ao Tribunal para solucionar questões complexas decorrentes da omissão parcial, como o clássico problema de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Não se podem fechar os olhos, ademais, para a hodierna tendência do STF na prolação de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.[50]

Aplicam-se à decisão na ADO as disposições quanto ao *quorum* de julgamento, comunicações e publicação da ADI e da ADC, e também ela será irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração, e não poderá ser objeto de ação rescisória. A decisão na ADO é naturalmente dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

No entanto, não podemos esquecer que estamos em um Estado Democrático de Direito, o qual tem entre suas bases fundantes o princípio da legalidade e da separação de poderes. Dessa forma, qualquer decisão que não esteja em consonância com a Constituição e a lei estará maculada pela arbitrariedade. Não resta dúvida de que o poder dos juízes emana do povo e deve ser exercido em seu nome.

Ora, no Estado Democrático de Direito a jurisdição deve observar a legalidade.

Ao contrário do que pretendem os instrumentalistas, no Brasil, não compete ao juiz no exercício de sua atividade jurisdicional a criação da norma jurídica, a fim de tutelar o direito material. A tutela tem fonte na lei preexistente, ou seja, no devido processo legal legislativo, executivo e jurisdicional em que foi assegurada a efetiva participação igualitária dos cidadãos.

A Constituição de 1988 adotou o Estado Democrático de Direito. Nessa linha de raciocínio, o que importa é a vontade da lei. O processo não pode estar alheio à lei. A efetividade do processo no Estado Democrático de Direito somente será possível se a jurisdição atuar segundo o princípio

da reserva legal, observando-se o devido processo constitucional.

A interpretação da Constituição não deve mais estar restrita aos órgãos estatais e juristas. Todos devem participar do processo de interpretação da Constituição.

Não parece que houve ampliação apenas dos intérpretes da Constituição. Em um Estado Democrático de Direito, o povo é o criador e o destinatário da norma, constituindo-se, assim, em legítimo intérprete das normas constitucionais e infraconstitucionais. As decisões judiciais devem ser construídas a partir de uma interpretação compartilhada da norma.

Assim, no Estado Democrático de Direito não há espaço para que o juiz julgue de acordo com o seu livre convencimento, a partir de poderes amplos e subjetivos, devendo se ater ao texto legal emanado pelo povo, o qual deverá exercer constante fiscalidade.

É interessante notar que para que o povo possa exercer essa fiscalidade e efetivamente atuar como um intérprete da Constituição e das leis em geral se mostra imprescindível sua participação no processo de produção e criação do direito. Nessa mesma linha, depreende-se que o provimento jurisdicional apenas estará em consonância com o Estado Democrático de Direito se este observar o devido processo constitucional. O provimento jurisdicional deverá ser construído por todos os sujeitos do processo e não apenas pelo juiz. Assim, não há espaço para provimentos jurisdicionais impregnados de discricionariedade e subjetividade. Ademais, no Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem estar em perfeita consonância com o princípio da reserva legal.

Merece alusão, nesse ponto, os ensinamentos do professor Rosemiro Pereira Leal, precursor da teoria neo-institucionalista do processo.

> Como visto, o espaço público de Habermas atém-se ao princípio ético-procedimental, orientado pelo discurso. Constitui-se, portanto, um dos elementos de qualquer democracia. Sabe-se, também, que a CRFB/1988, ao declarar na sua norma do art. 1º que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)", nem sempre é democrática. Então, temos que

viabilizar esse giro paradigmático e assumir o Processo como o espaço público habermasiano procedimentalizado para instituir e fortalecer, na contemporaneidade, tal democracia. É óbvio que não se trata aqui de um processo instrumento da jurisdição, como defendido pela maioria da doutrina processualista, notadamente a paulista, mas o processo na visão da teoria neo-institucionalista do professor Rosemiro Pereira Leal, qual seja, como instituição constitucionalizada destinada a assegurar o exercício dos direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa – e da isonomia, propugnando a observância do devido processo constitucional (direito-garantia do Estado de Direito Democrático), por meio, respectivamente, da participação e fiscalidade discursiva, incondicionada e irrestrita no controle do Poder Público, em que os destinatários daquele Poder seriam coautores dessas decisões.

(...) Habermas traz uma identidade teórica à medida em que defende que havendo discussão haverá democracia, mas não estabelece em que espaço ela deverá ser concretizada, ao contrário do professor Rosemiro Pereira Leal, o qual elegeu o devido processo constitucional, onde a atuação do juiz não é jurisdicional, e sim judicante, qual seja, a decisão será construída, num processo processualizado onde as partes atuam em simétrica paridade amparadas pelos princípios constitucionais que informam tal processo: isonomia, ampla defesa e contraditório, exercendo, nesse contexto, uma ampla e irrestrita fiscalidade discursiva, estabelecendo a legitimidade, e não podendo o juiz extrapolar daquilo que foi construído no processo. Assim procedendo, estará sendo construído o direito-garantia do Estado de Direito Democrático (devido processo constitucional) nesse espaço de procedimentalização processualizado, o que antecipa pó torna previsível a decisão jurídica, sem que esta surja de alguma potencialidade mítica, de juízos de valor e muito menos de cabeças de prontos

> saberes. Como destacado, essa nova corrente teórica é conhecida como Teoria neo-institucionalista do Processo, de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal.
> (...) Ademais, compete ressaltar que a teoria neo-institucionalista do processo, através dos seus princípios fundantes, deverá ser aplicada tanto no Devido Processo Administrativo, Legislativo e Judiciário, para que os destinatários normativos possam construir a cidadania.
> (...) Nessa nova teoria do professor Rosemiro, o direito processualizado é voltado para o atendimento de direitos e garantias fundamentais. Por isso, o decidir, além de isonômico, deve ser discursivo, sendo que a fiscalidade incessante colabora para amplitude da decisão, construída com base numa vontade que se constitui fonte jurídica legitimadora da norma ali reconstruída democraticamente.[51]

No entanto, não podemos esquecer que o processo de democratização do Brasil não se encontra concluído, havendo necessidade de mobilização social e acadêmica visando garantir maior participação dos cidadãos e a estrita observância das normas constitucionais pelos poderes constituídos para que o Estado Democrático de Direito venha a se constituir efetivamente em uma realidade.

Com efeito, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira em seu artigo "Tempo Cairológico da Constituição e Democracia sem Espera: O Processo Constituinte de 1987-88 e a Legitimidade da Constituição Brasileira Vinte Anos Depois" ao discorrer sobre o "desafio diário de fazer do Estado Democrático de Direito uma conquista cidadã, num processo permanente de aprendizado social com o Direito, em sua própria história", obtempera que:

> Em outras palavras, sobre o pano de fundo normativo histórico do constitucionalismo moderno, propor uma reconstrução de partes da história constitucional brasileira recente, e ainda por fazer, para além do discurso autoritário da

> democracia possível, no sentido não apenas do reconhecimento de uma democracia inesperada, mas na perspectiva da democracia sem espera e do tempo cairológico da constituição enquanto processo de constitucionalização.
> (...) Não mais podemos ser ingênuos em relação à própria história política. Temos que assumir essa história, que faz parte da construção permanente de uma identidade constitucional aberta e múltipla, e que por isso não pode ser privatizada por ninguém que pretenda adotar um ponto de vista privilegiado em relação a ela. O Direito é, como diz Dworking, um empreendimento público (1986). E a Constituição e seus princípios não podem estar à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, ou mesmo do Presidente da República ou do Congresso Nacional. Porque nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções constitucionais como substituição a excluir do processo político-deliberativo o público mobilizado de cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidade a tradições autoritárias com as quais a própria Constituição veio romper. Representação política não é e nem pode ser substituição da cidadania, mas uma forma de mediação institucional que garanta e aprofunde a própria democracia. A Constituição é da cidadania, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais; se não, não é Constituição.[52]

Por derradeiro, no Estado Democrático de Direito a jurisdição deve se submeter aos princípios e institutos constitucionalizados do processo, não sendo possível conferir amplos poderes aos juízes para solução dos problemas sociais.

Assim, o processo apenas se mostra efetivo se observados os direitos fundamentais do processo constitucionalizado. É certo que a Constituição da República não conferiu ao juiz poderes para criar o direito no caso concreto.

Surge nessa ambientação, os ensinamentos do mestre Rosemiro Pereira Leal:

> Acrescente-se que, além desses princípios processuais de controle da jurisdicionalidade, outro se incorpora ao fortalecimento das garantias fundamentais e que amplia o instituto histórico-jurídico do *due process* (devido processo) e do arcaico substantive *due process of Law* (devido processo segundo direitos decorrentes de normas prévias e vigentes) em abono ao princípio geral da legalidade. A nossa Constituição de 1988 (art. 5º, II) adotou integralmente o princípio da legalidade como pressuposto da operacionalização institucional do processo, tal como se vê dos itens LIV e LV do art. 5º do Texto Magno. Assim, o processo não existe antes ou fora da legalidade e a jurisdição é atividade estatal só legitimável pela tutela do processo.
>
> Torna-se evidente que, se o homem não se submeter às instituições jurídicas democráticas por ele próprio construídas, haverá inexoravelmente o regresso à barbárie, ainda que tenhamos um considerável desenvolvimento tecnológico. É que estranhamente o homem vem se colocando acima das instituições jurídicas por ele criadas, num incitamento obsessivo ao culto de poderes estatais ou personalidades supostamente salvadoras, mesmo que já saibamos que só as instituições jurídicas é que dessacralizam e impessoalizam o exercício do Direito e enxotam o paternalismo estatal (executivo, jurisdicional ou legislativo) e das corporações que tanto vêm estiolando o homem na busca da cidadania plena e da Democracia Jurídica na edificação dos direitos fundamentais à vida, igualdade e dignidade mínima, e à fiscalidade processual como irrestrito e incessante controle de constitucionalidade e legitimidade das leis.
>
> (...) Saliente-se que nas democracias, quando se fala em processo jurisdicional, não se alude a um processo (meio, método, modo) exercido pela

> jurisdição, mas à instituição constitucionalizada que jurisdicionaliza (institui e diz), pelos princípios que lhes são configurativos, o modelo devido e garantido à construção legítima dos procedimentos. (...) A jurisdição estatal é que é meio de obediência ao processo, não processo um meio de obediência (serventia) à jurisdição.[53]

Em suma, a norma constitucional não permite que a função legislativa e/ou executiva seja substituída pela função jurisdicional, a fim de se garantir uma pretensa efetividade.

Portanto, o Poder Judiciário não está autorizado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a proferir decisões com efeito aditivo, sendo vedado ao juiz agir como legislador positivo.

Ora, o cumprimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade por omissão dependerá basicamente do reconhecimento pelo Legislativo que o titular do poder é o povo, devendo obediência aos comandos da lei.

Neste ponto ainda, pondera registrar que o indeferimento liminar pelo relator da petição inicial inepta, não fundamentada e manifestamente improcedente não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que não observa o devido processo legal constitucionalizado.

6. CONCLUSÃO

As relações entre os Estados sofreram profundas alterações ao longo da história quer seja em virtude da globalização, da desigualdade jurídica existente entre os Estados, da necessidade de defesa dos direitos humanos e em decorrência do processo de integração em blocos regionais.

Disso deflui que o conceito tradicional de soberania passou por grandes mutações. No tocante, ao processo de integração em blocos regionais cabe salientar que alguns países europeus delegaram parcela de soberania para a formação de uma comunidade supranacional.

É digno de registro a celebração do Tratado de Paris que criou a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço – CECA e, posteriormente, o Tratado de Roma responsável pela criação da Comunidade Econômica Europeia – CEE e da Comunidade Europeia de Energia Atômica – EURATOM. A União Europeia surge em 1992 com a celebração do

Tratado de Maastrich.

Cumpre salientar que atualmente se encontra em vigor o Tratado de Lisboa celebrado em 13 de dezembro de 2007, cuja vigência se iniciou em 01 de novembro de 2009. O referido tratado representou uma junção entre os Tratados de Roma e de Maastrich, sendo constituído pelo Tratado da União Europeia – TUE e pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE.

Impende destacar que o Tratado de Lisboa procedeu a uma divisão clara de competências entre os Estados-membros e a União, representando grande avanço para a consolidação do processo democrático, por preconizar uma maior participação dos cidadãos na União Europeia e aprofundar a solidariedade entre os Estados-membros, além de promover o progresso econômico e social.

É importante perceber que o processo de integração da União Europeia vem evoluindo gradativamente ao longo destes mais de cinquenta anos. Mas, não se trata de um processo concluído. Novas conquistas ainda devem ser alcançadas.

O Tribunal de Justiça vem desempenhando relevante papel no processo de integração da União Europeia, sendo responsável pela salvaguarda jurisdicional do respeito à legalidade pelas instituições comunitárias, pela observância dos direitos fundamentais e, consequentemente, pela consolidação do Estado Democrático de Direito.

Há de se asseverar que o controle da abstenção de agir da Comissão e do Conselho é realizado basicamente pelo Tribunal Geral, visando à efetivação dos tratados.

Assim, verificada a recusa de uma instituição comunitária em exercer uma determinada competência prevista nos tratados, poderá ser interposta ação de omissão que deverá ser precedida de uma fase pré-contenciosa. Vale mencionar que a mencionada ação pressupõe a ausência de tomada de posição pela instituição comunitária.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro também foi instituída ação "similar", diante da abstenção de órgãos do Estado em cumprir norma constitucional certa e determinada.

Urge enfatizar a imprescindibilidade do respeito à legalidade nos Estados Democráticos de Direito.

Aliás, tanto os Estados-membros integrantes da União Europeia quanto a República Federativa do Brasil se constituem em Estados

Democráticos de Direito.

Dessa forma, a ação por omissão do direito da União Europeia e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito brasileiro representam importantes instrumentos de controle da legalidade, quando constatada omissão juridicamente relevante.

Cumpre ressaltar que as pessoas singulares e coletivas possuem legitimidade para a propositura da ação por omissão, o que lhe confere um grau maior de legitimidade quando comparada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão em que a legitimidade é restrita.

Outro ponto digno de destaque consiste na previsão na ação por omissão de uma fase pré-contenciosa, em consonância com os direitos fundamentais e o princípio participativo, com fins a avaliar a existência ou não da abstenção e, se for o caso, a restabelecer a legalidade no menor prazo possível.

Com efeito, a existência de uma fase administrativa prévia melhor realiza o princípio democrático.

Ultrapassada a fase administrativa e verificada a necessidade de instauração da fase judicial, observado o devido processo legal, o Tribunal constatando a omissão da instituição solicitada a agir determinará que esta realize as medidas necessárias para a adoção do ato que deu causa à interposição da ação.

Aqui se encontra a grande diferença existente entre a ação por omissão da União Europeia e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito da União Europeia há o cumprimento de obrigações sem a necessidade de execução forçada. Os Estados-Membros cumprem as decisões proferidas pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça, no exercício de suas competências, em decorrência de seu alto grau de legitimidade, uma vez que o próprio Estado-Membro participou da criação da norma, o que sem dúvida, é determinante para o seu efetivo cumprimento.

O cumprimento da norma independentemente da previsão de um meio coativo estatal na União Europeia decorre da existência de um verdadeiro princípio do acatamento à ordem jurídica, bem como do princípio da cooperação leal. Ora, quanto maior a possibilidade de participação nos processos de criação das normas e nos processos decisórios, maior será o exercício da fiscalidade pelos cidadãos e, maior

será a sua legitimidade.

Cabe esclarecer que no seio da União Europeia existe a possibilidade de se estabelecer normas de persuasão, como a existente no art. 7º Tratado da União Europeia, para a obtenção do efetivo cumprimento da norma.

Não se pode olvidar que a efetiva discussão acerca do direito buscando o convencimento dos envolvidos, conduz ao cumprimento das normas e das decisões. Este processo se encontra mais adiantado na União Europeia do que no Brasil.

Não obstante, no Brasil, não se utilize meios coativos estatais para se obter o cumprimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações de inconstitucionalidade por omissão, não se verifica o efetivo cumprimento das normas constitucionais e do acórdão que declara a omissão, permanecendo, muitas vezes, durante anos a abstenção declarada.

Com o objetivo de conferir efetividade à norma constitucional eliminando a omissão declarada, surgiram várias teorias que transformaram o juiz em legislador positivo, violando fragrantemente o princípio da separação de poderes. Portanto, não se pode perder de vista que a jurisdição deve observar a legalidade, uma vez que qualquer decisão que não se encontre em consonância com a Constituição e a lei estará maculada de arbitrariedade.

Assim, no Estado Democrático de Direito não há espaço para que o juiz decida de acordo com o seu livre convencimento, a partir de poderes amplos e subjetivos, criando norma no caso concreto, devendo se ater ao texto legal emanado pelo povo, o qual deverá exercer constante fiscalidade.

Contudo, a efetiva consolidação do processo de democratização do Brasil requer a implementação dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de maior participação dos titulares do poder, e, ainda, a observância do devido processo constitucionalizado.

Ante o exposto, os poderes constituídos deverão se ater aos comandos da lei, em estrita observância ao princípio da legalidade, constituindo a efetividade no Estado Democrático de Direito na aptidão de expressar o direito-garantia fundamental do devido processo.

Sendo assim, se verifica maior cumprimento das decisões proferidas na ação por omissão no direito da União Europeia em relação às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro.

De toda forma, tanto a ação por omissão quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se constituem em importantes instrumentos de controle da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais, elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

THE ACTION BY OMISSION IN EUROPEAN UNION LAW AND THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION ON BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: ANALYSIS UNDER THE PARADIGM DEMOCRATIC STATES OF LAW

ABSTRACT: From a quantitative delegation of sovereignty began the process of European Union Integration, with the creation of supranational institutions like the Court, responsible for ensuring respect for fundamental rights and the principle of legality. This paper has as main purpose to analyze some aspects of the default action of the law of the European Union, wich integrates the control system of the legality of European Union institutions, establishing a parallel with the direct action of unconstitutionality by omission of the Brazilian legal system, under the paradigm of democratic states of law.

KEYWORDS: Sovereign. Supranational. Control of legality. Action by omission. European Union. Lisbon Treaty. Direct action of unconstitutionality by omission. Brazilian legal system. Democratic states of law.

Notas

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 153.
[2] NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 11, n.42, 144-166, janeiro-março, 2003, p. 148-149.
[3] Op.cit., p.157
[4] Op. cit., p. 157
[5] Ibid, p.149
[6] Ibid, p. 150
[7] Ibid, p. 150
[8] OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O conceito de soberania perante a globalização*. Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n.1, trimestral, 1997, p. 85-86.
[9] PIOVESAN, Flávia. "Painel sobre princípio da complementaridade e soberania". Revista CEJ,

n.11, 2000 (texto baseado em notas taquigráficas de palestra proferida no Seminário Internacional "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, no dia 1º.10.1999, no auditório do STJ).

[10] Ibid, p.154

[11] STELZER, Joana. A União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade? Curitiba: Juruá, 2002, p. 71.

[12] VASCONCELOS, Ricardo Guerra. *A constitucionalização da União Europeia na perspectiva dos tratados comunitários.* Belo Horizonte. 2004. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2004, p. 77.

[13] BOBBIO, Noberto ET AL. Dicionário de política. Coord. e trad. João Ferreira. 4.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

[14] Ibid, .p 105

[15] QUADROS, Fausto de. Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público. Lisboa: Almedina; Lisboa: Almedina, 1991.

[16] .Ibid, p. 78

[17] Ibid, p. 79

[18] Ibid, p. 80

[19] Aula proferida na disciplina isolada Teoria Geral do Processo Comunitário ministrada no Mestrado em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em agosto/2010.

[20] CAMPOS, João Mota de, *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário.* v.1, 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 83-85.

[21] Ob. cit, p. 93-94

[22] Ob.cit., p. 131-132.

[23] Ob.cit, p. 124

[24] Ibid, p. 100

[25] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da justiça constitucional.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional –IBDC. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 15, nº 59, p. 206-207, abr-jun, 2007.

[26] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional:* aspectos contemporâneos**.** 1.reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 600,604.

[27] Ibid, p.612

[28] Ibid, p.652

[29] Ibid, p. 102-103

[30] Ibid, p. 605

[31] Ibid, p.606

[32] CAMARGO, Sônia. *"Quo Vadis", Europa? Uma pergunta que não quer calar.* Contexto internacional. PUC, Instituto de Relações Internacionais. Rio de Janeiro, vol.1, nº1, p. 75, semestral, jan./jun, 1985.

[33] Aula ministrada na disciplina optativa de Teoria Geral do Direito Comunitário ministrada no Mestrado em Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 01/07/2010 pelo professor Fernando Horta Tavares.

[34] DENNINGER, Erhard. Chances de uma solução pacífica de conflitos entre pessoas livres e iguais: sobre a "utilidade" da teoria do discurso no direito interno e internacional. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009, p. 239-278.

[35] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2010 , p. 229-230

[36] Ibid., p. 240-241

[37] Ibid, p. 237-238

[38] Op.cit, p. 658

[39] Op. cit, p. 662

[40] JELLINEK, G.; ORLANDO, V. E. La Dotrina Generale dello Stato, Societá Editrice Libreria, Miliano, Napoli, 1925, trad. Modestino Petroziello, pp. 608-611.
[41] Ibid, p. 43-58
[42] Art. 7º do Tratado de Roma.
[43] OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. *A necessidade de ordenamento jurídico e de instituições comunitárias para a consolidação do Mercosul.* Belo Horizonte. 2002. 99f. (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 68.
[44] Ibid, pág. 49-52
[45] Ibid, p. 119-139
[46] Ibid, p. 59-81
[47] Ibid, p. 246, 250, 255
[48] MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.* BDJur-STJ – Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Brasília, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22290>. Acesso em: 29 maio. 2010, p. 18-19.
[49] BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126&p=3>. Acesso em: 23 jun. 2010,p. 2.
[50] VALE, André Rufino do. *A ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Consultor Jurídico – Conjur. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-29/avancos-lei-acao-direta-nconstitucionalidade-omissao>. Acesso em: 29 maio. 2010, p.3.
[51] LEAL, Rosemiro Pereira (Coord); WALTER, Carlos H. (Org.) et al. *Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira*: significados equívocos e a interpretação do Direito: busca de um novo *medium* lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 450-454
[52] Ibid, p.279-299
[53] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66-67, 152-153.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*: aspectos contemporâneos**.** 1.reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 507-616.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da justiça constitucional.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional –IBDC. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 15, nº 59, p. 176-212, abr-jun, 2007.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126&p=3>.Acesso em:23.06.2010

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 20ª ed. São Paulo:

Malheiros Editores, 2007 p. 141-169.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 out. 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Diário Oficial, Brasília, p. 01, 28 out. 2009.
CAMARGO, Sônia. *"Quo Vadis", Europa? Uma pergunta que não quer calar*. Contexto internacional. PUC, Instituto de Relações Internacionais. Rio de Janeiro, vol.1, nº1, p. 65-106, semestral, jan./jun, 1985.
CAMPOS, João Mota de, *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário.* v.1, 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pág. 50-345; 468-640 .
CAMPOS, João Mota de, *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário***.** v.2, 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. pág. 652 -667; 412-422.
CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário – O ordenamento jurídico comunitário.* v.2, 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pág. 22-50; 160-183; 193-422; 652 -667.
CAMPOS, João Mota de. *Contencioso comunitário.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 351-362;
CAMPOS, João Mota de. *Manual de direito comunitário.* 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 356-361.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – Teoria e prática*. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 223-258.
DENNINGER, Erhard. Chances de uma solução pacífica de conflitos entre pessoas livres e iguais: sobre a "utilidade" da teoria do discurso no direito interno e internacional. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p.43-58.
GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Org.). *Tratado de Lisboa.* 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010.
KOSKENNIEMI, Martti. O Destino do Direito Internacional Público: entre Técnica e Política. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 239-278.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
LEAL, Rosemiro Pereira (Coord); WALTER, Carlos H. (Org.) et al. *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira*: significados equívocos e a interpretação do Direito: busca de um novo *medium* lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 377-473.
MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco Editora, 1999.(Reeditado). 256p.
MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.* BDJur-STJ – Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Brasília, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22290>. Acesso em: 29 maio. 2010.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 311-447.
NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 11, n.42, 144-166, janeiro-março, 2003.
OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. *A necessidade de ordenamento jurídico e de instituições comunitárias para a consolidação do Mercosul*. Belo Horizonte. 2002. 99f. (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O conceito de soberania perante a globalização*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n.1, trimestral, 1997, p. 80-887.
OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tempo Cairológico da Constituição e Democracia sem Espera: O Processo Constituinte de 1987-88 e a Legitimidade da Constituição Brasileira Vinte Anos Depois. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p.279-299.
PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 424-460.
PREUB, Ulrich K. A norma como orientação nas relações internacionais. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.).

Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 59-81.
ROBERT, Alexy. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jurgen Habermas. In: FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jurgen Habemas, 80 anos, direito e democracia.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 119-139.
SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 623-629; 688-691.
SITE OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu.> Acesso em: 14, 15 e 16 maio. 2010.
VALE, André Rufino do. *A ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Consultor Jurídico – Conjur. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-29/avancos-lei-acao-direta-inconstitucionalidade-omissao>. Acesso em: 29 maio. 2010.
VASCONCELOS, Ricardo Guerra. *A constitucionalização da União Europeia na perspectiva dos Tratados Comunitários.* Belo Horizonte. 2004. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

O PROCESSO DE APROVAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Magson Melo Santos*

RESUMO: O presente trabalho discute temas como autonomia universitária e seus limites; inclusão social e educacional de minorias historicamente discriminadas, como negros e indígenas; multiculturalismo e direitos fundamentais. Analisa dados estatísticos de institutos oficiais de pesquisa e aborda como as ações afirmativas foram implementadas na Universidade Federal de Sergipe. Atesta que as ações afirmativas são meios práticos de efetivação dos objetivos fundamentais da República brasileira de construir uma sociedade mais justa e igualitária. E após uma análise axiológica e teleológica de vários dispositivos normativos da Carta Magna de 1988, conclui pela constitucionalidade dos sistemas de reserva de vagas para afrodescendentes, indígenas e estudantes de escolas públicas, adotados pelas universidades brasileiras nos últimos anos.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa. Autonomia universitária, Minorias étnicas. Direito à diferença.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o processo de discussão, aprovação e implementação das Ações Afirmativas, vulgarmente conhecidas como "cotas" na Universidade Federal de Sergipe. Abordando o papel dos movimentos organizados da instituição que contribuíram não somente no plano teórico, mas também com ações práticas para a concretização de uma política de ações afirmativas na Universidade Federal de Sergipe.

Será pontuado um histórico do desenvolvimento das discussões

* Advogado, ex-Procurador Municipal de Graccho Cardoso/SE, ex-Professor Substituto do Departamento de Direito da UFS, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Este artigo é uma síntese do quarto capítulo da monografia de conclusão de curso do autor, a qual tem por tema: *A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas nas Universidades Brasileiras*, São Cristóvão, 2009.

do tema na UFS, o papel importantíssimo do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros (NEAB-UFS) e do Movimento Estudantil, tanto na conscientização/sensibilização da comunidade acadêmica sobre o tema, como no desenvolvimento de um Projeto de Ações Afirmativas que se adequasse às peculiaridades regionais e levasse em consideração com justiça a diversidades dos segmentos sociais e étnicos que compõem a sociedade sergipana.

E, ao fim será feita uma análise do funcionamento do Programa de Ações Afirmativas-PAAF, aprovado pelo Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão-CONEP da Universidade Federal de Sergipe, através da Resolução 80/2008. Destaque-se que o autor foi um observador privilegiado das discussões, pois participou como representante discente da comissão que elaborou o Programa de Ações Afirmativas da UFS.

2. O INÍCIO DAS DISCUSSÕES SOBRE AÇÕES AFIRMATIVAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Na Universidade Federal de Sergipe as discussões sobre as Políticas Afirmativas estão inseridas em um contexto nacional de discussões e reflexões mais profundas sobre as desigualdades sociais reproduzidas na atualidade. Não há como pensar a atual conformação socioeconômica do Brasil, sem buscar suas origens em um passado de exploração econômica e de escravidão da população negra.

A UFS poderia seguir caminhos diametralmente opostos no que tange a discussão das ações afirmativas: poderia continuar inerte e fingir que no Brasil existe uma "democracia racial" ou poderia ir além dos lugares-comuns para enfrentar os problemas sociais com soluções realmente transformadoras que promovessem a valorização e a inserção/integração de segmentos que historicamente foram excluídos e subalternizados no acesso ao ensino superior em nosso país, felizmente optou-se pelo segundo caminho, mais tormentoso, e, por conseguinte, menos cômodo.

Segundo informações do relatório da comissão que elaborou o Programa de Ações Afirmativas da UFS[1] as discussões sobre o tema na UFS acorrem no mínimo desde o ano de 2003, quando os professores do Departamento de Ciências Sociais, iniciaram algumas reflexões que resultaram numa pesquisa sobre políticas afirmativas e cotas na UFS, realizada com alunos da própria universidade e também com alunos rede

escolar de ensino médio.

Desde então, várias discussões ocorreram, a princípio de uma forma tímida, depois de uma forma mais densa, principalmente quando universidades de peso, como a Universidade de Brasília (UnB) e a Universidade Federal da Bahia (UFBA) começaram a implantar ações afirmativas na modalidade reserva de vagas em seus vestibulares.

Em 2005, o Fórum Pensar Sergipe, evento tradicional na UFS que é coordenado por professores do Departamento de Economia, promoveu uma mesa redonda onde palestrou a professora Cecília Coimbra, uma das ideólogas dos sistemas cotizados de acesso e professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), primeira universidade brasileira a implementar o sistema de cotização de vagas.

Segundo o relatório da comissão que elaborou o Programa de Ações Afirmativas até meados de 2007[2], vários integrantes da comissão participaram de conferências, mesas redondas e reuniões com a reitoria, com professores, com o Diretório Central dos Estudantes-DCE, com os sindicatos de professores e funcionários da UFS, com representantes da Secretaria de Educação do Estado e com diferentes associações do movimento negro, sobre o tema cotas e ações afirmativas, sem que, no entanto, fosse firmado um entendimento único sobre a questão.

Em 2007, como forma de atender as demandas de segmentos organizados, e dentro de um contexto de ampliação de políticas públicas de inclusão no ensino superior de segmentos social e culturalmente excluídos, o Reitor Josué Modesto dos Passos Subrinho, criou pela Portaria 1.110/2007 a comissão, que ficou conhecida como comissão do PAAF. O objetivo dessa comissão segundo a portaria era a elaboração de estudos e a criação de um Projeto de Ações Afirmativas para a Universidade Federal de Sergipe.

A comissão era composta por representante de todos os segmentos organizados da Universidade Federal de Sergipe: Diretório Central dos Estudantes (DCE), Associação dos Docentes (ADUFS), Sindicato dos Técnicos (SINTUFS), Centros da Universidade (CCSA, CECH, CCBS, CCET), sendo coordenada pelo NEAB - Núcleo de Estudos Afro-brasileiros. A comissão se reunia de forma periódica a cada 15 dias, recebendo inclusive membros da comunidade externa, como representantes do movimento negro e das secretarias estadual e municipal de educação.

A Comissão PAAF promoveu eventos na UFS, não só para divulgar a temática, como também para conscientizar/sensibilizar a comunidade acadêmica sobre a necessidade de serem criados mecanismos de reserva de vagas ou acesso cotizado para que a UFS se tornasse mais plural e legítima, no que tange a representatividade social e étnica de seu corpo discente.

Dos eventos participaram especialistas de outras universidades, estes relatavam as experiências das políticas afirmativas em suas respectivas instituições e também falavam sobre os problemas e soluções encontradas durante a implementação das políticas de ações afirmativas. O principal objetivo da comissão que elaborou o PAAF era mesclar modelos que deram certo em outras universidades, para adequá-los às peculiaridades da Universidade Federal de Sergipe.

A Comissão PAAF foi dividida em Grupos de Trabalho - GTs, responsáveis por fazer estudos específicos para a elaboração de um Projeto de Ações Afirmativas consistente e viável para a Universidade Federal de Sergipe. Os GTs estudaram as experiências de outras universidades na implantação das cotas e o perfil dos aprovados nos vestibulares da UFS nos anos de 2006, 2007 e 2008 com dados fornecidos pela Coordenação de Concurso Vestibular - CCV/UFS.

Durante os trabalhos de elaboração do PAAF/UFS, a comissão de acesso "descobriu" que o percentual de egressos de escolas particulares era muito alto, principalmente nos cursos de maior prestígio social. Seria mera coincidência? Não. Os dados históricos do acesso demonstravam que os cursos mais elitizados eram praticamente monopolizados por egressos de escolas particulares.

Diante dessa realidade, constatou-se que as pessoas que tiveram acesso a um ensino mais estruturado e de melhor qualidade durante sua formação escolar básica e média conseguiam lograr êxito no vestibular e consequentemente ocupar as vagas mais disputadas. Por exemplo, apesar de mais de 80% dos alunos concludentes do ensino médio ser egressos de escolas públicas, o número deles nos cursos de Medicina, Direito e Odontologia eram ínfimos, o que gerava um problema de legitimidade para uma Universidade "Pública" de ensino.

Segue tabela por curso, com dados dos aprovados no vestibular da UFS 2008, levando em consideração a origem escolar dos estudantes[3]:

Tabela por curso dos aprovados no último vestibular por origem de Administração Escolar -2008[19]

Curso/Turno	Turno	Escola Privada	Escola Pública Estadual	Escola Pública Municipal	Escola Pública Federal
Odontologia	D	97 %	3%		
Direito Bacharelado	D	96%	4%		
Medicina	D	95 %	2%		3%
Direito Bacharelado	N	94%	2%	2%	2%
Arquitetura/Urbanismo Bachar	D	88%	6%		6%
Engenharia Civil		85%	10%	-	5%
Biologia Bacharelado	D	84%	13%		3%
Fisioterapia Bacharelado	D	82%	8%	2%	8%
Zootecnia Bacharelado	D	82%	14%		4%
Psicologia	D	80%	14%	3%	3%
Jornalismo	D	80%	4%	4%	12%
Ciências da Computação	D	80%	2%		18%
Engenharia Alimentos		79%	8%	-	13%
Engenharia Química		74%	2%	2%	22%
Radialismo	D	72%	20%		8%
Farmácia	D	72%	18%		10%
Sistemas Informação		72%	12%		16%
Geologia Bacharelado	D	72%	16%		12%
Engenharia de Materiais		70%	10%	2%	18%
Engenharia Florestal	D	70%	18%	2%	10%
Administração Bacharelado	D	70%	22%		8%

Em uma etapa mais avançada dos trabalhos, foi criado um grupo de trabalho para elaborar a redação do PAAF da UFS, e outro grupo de trabalho para propor políticas de permanência para os estudantes que ingressassem pelo sistema de reserva de vagas na Universidade Federal de Sergipe.

3. O PAPEL DO NÚCLEO DE ESTUDOS AFRO-BRASILEIROS-NEAB NA IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NA UFS

O Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros da UFS conta com a participação de professores e estudantes de vários departamentos, em sua maioria, intelectuais engajados. Um dos papéis mais importantes do NEAB na UFS é o estudo e a pesquisa das relações e influências da cultura africana

no Brasil.

O NEAB desde que foi criado sempre trabalhou com a sensibilização da comunidade acadêmica para questões étnicas, principalmente com publicações e com a realização de eventos, a exemplo da Semana Afro da UFS. Esse núcleo contribuiu com estudos de alta qualidade sobre questões ligadas à etnia, à religião, à cultura popular e às relações sociais dos afro-brasileiros.

O Núcleo de Estudos Afro-brasileiros, desde o início esteve presente nas discussões sobre as políticas afirmativas na UFS. E desde que a comissão PAAF foi criada vários integrantes do NEAB, passaram a integrar a Comissão PAAF, e os que não integravam a referida comissão colaboravam participando ativamente de suas discussões.

O NEAB e a Comissão PAAF organizaram entre os dias 10 e 13 de dezembro de 2007, a IV Semana de Cultura Afro-Brasileira, com o tema "Políticas Públicas e Ações Afirmativas", na qual ocorreram palestras, mesas redondas, grupos de trabalho e oficinas. Participaram desse evento a coordenadora do Programa de Ações Afirmativas da Universidade Federal de Alagoas - UFAL, Clara Suassuna, e o Coordenador do PAAF da Universidade do Estado da Bahia -UNEB e também Pró-Reitor de Pós-Graduação, Wilson Roberto Mattos, os quais relatarem suas experiências e responderem a questionamentos sobre a viabilidade, funcionalidade e avaliação dos programas de suas instituições.

Coube ao NEAB a Coordenação da Comissão que elaborou o programa de Políticas Afirmativas da UFS, e esse núcleo também está acompanhando a implementação do programa, que tem prazo de revisão e também de término, pois, na prática as ações afirmativas são temporárias.

4. A ATUAÇÃO DO MOVIMENTO ESTUDANTIL DA UFS NA DISCUSSÃO SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Dentro dos limites do corte epistemológico desse trabalho cabe uma abordagem sobre o surgimento e a atuação do movimento estudantil da UFS, e seu papel nas discussões sobre as ações afirmativas.

Desde os anos 50 do século XX, existia alguns Centros Acadêmicos em Faculdades isoladas de Aracaju, as quais a *posteriori* em 1968 deram origem a atual Universidade Federal de Sergipe. O Diretório Central dos Estudantes DCE da UFS foi criado no Final dos anos 60 do século XX, e uma das principais bandeiras de luta dos estudantes era a democratização

do acesso e expansão do ensino superior em Sergipe.

Apesar de o Movimento Estudantil receber críticas, principalmente por parte de segmentos conservadores, na prática os estudantes em muitos momentos de nossa história foram a vanguarda, tanto no pensamento, como na ação transformadora. O que pode ser demonstrado pelas manifestações que organizaram ao longo do tempo e pelas "bandeiras de luta" que historicamente defenderam.

Os estudantes sergipanos, principalmente na segunda metade do século XX, organizaram manifestações por ensino de qualidade e pela defesa de ideais democráticos. E o Diretório Central dos Estudantes-DCE da UFS esteve presente nas principais discussões políticas e sociais que aconteceram em Sergipe.

Com o tempo, o DCE barganhou e ganhou representação nos Conselhos Superiores da UFS, e a depender da gestão que o assumia, sempre viveu uma relação de conflito ou de respeito para com a Reitoria. E, por via reflexa, o DCE da UFS se tornou um berço/celeiro de formação política de grande liderança do Estado de Sergipe.

No que tange à implementação das políticas afirmativas na UFS, nenhum dos segmentos organizados do movimento estudantil fez oposição à ideia, a qual era tida pelos mesmos como progressista. Os grupos organizados do Movimento Estudantil buscavam contribuir com sugestões e defendiam a implementação de tais políticas. Além disso, viam nas ações afirmativas algo de revolucionário, que poderia transformar a sociedade.

O Diretório Central dos Estudantes-DCE, sendo o órgão de representação mais importante dos discentes da UFS, teve o direito de indicar um representante para a Comissão do Programa de Ações Afirmativas. Por isso, a gestão Integração para Mudar 2007-2008, escolheu o acadêmico de direito Magson Melo Santos, então Vice-Presidente da instituição, para representar o DCE na referida comissão e participar dos trabalhos de elaboração do Programa de Ações Afirmativas da UFS.

5. COMO FUNCIONA O PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

O sistema de acesso cotizado da UFS, na prática é um sistema de reserva de vagas para candidatos oriundos da rede pública de ensino, negros, indígenas e portadores de deficiência, teve início, a partir do

vestibular 2010 e se estenderá até no mínimo, o vestibular 2020.

O programa proposto pela comissão PAAF foi aprovado, quase em sua integralidade, pelo Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão - CONEPE da UFS. Com uma única emenda para que os alunos das Escolas Federais de ensino médio, como o Colégio de Aplicação - CODAP e o Instituto Federal de Educação Tecnológica - IFET, também fossem beneficiados com a reserva de vagas para egressos de escolas públicas.

Segundo o relatório da Comissão PAAF[4], também será constituída uma comissão institucional para monitorar o seu funcionamento, avaliar os seus resultados e sugerir ajustes e modificações.

O sistema de reserva de vagas proposto foi delimitado e abarcará as seguintes categorias e procedimentos:

> **Cota Social**[5]: reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas totais de todos os cursos de graduação para os candidatos que tenham cursado integralmente o ensino médio e pelo menos quatro anos do ensino fundamental em instituições públicas federais, estaduais e municipais de ensino. Na inscrição os candidatos que por direito o desejarem deverão optar por esta reserva e comprovar perante a Coordenação de Concurso Vestibular - CCV que realizaram tais estudos na escola pública. No caso da falta de classificados, as vagas retornam à classificação geral, ou concurso universal.

O fato de ter sido aprovada a reserva de 50% para estudantes egressos de escolas públicas foi um critério político, pois, esse percentual é igual ao do Projeto de Reserva de Vagas que tramita no Congresso Nacional, o qual inclusive já foi aprovado. Pois, em caso da aprovação de uma Lei Federal que uniformizasse a forma de acesso nas Universidades Federais, a UFS não teria muitos problemas porque o seu Programa de Ações Afirmativas em muito se assemelha ao que estava tramitando no Congresso.

O número de anos necessários para caracterizar que uma pessoa realmente teve uma formação escolar em escola pública também foi muito discutido pela comissão, e de todas as propostas que surgiram a que mais teve adeptos foi a de 7 (sete) anos, sendo que obrigatoriamente os 3 (três) anos do ensino médio deveriam ter sido cursados em sua integralidade na

rede pública de ensino e mais 4 (quatro) no ensino fundamental seja de forma contínua, ou de forma alternada, também na rede pública de ensino.

Essa cota é na prática social, porque irá beneficiar pessoas com baixa renda familiar. Pois, é um fato notório que as famílias mais aquinhoadas colocam seus filhos para estudar em escolas particulares, com algumas exceções como a dos filhos das classes médias que estudam em colégios militares e federais públicos. Geralmente pessoas de famílias com baixa renda, estudam em escolas públicas, e todos sabem como esse sistema de ensino foi precarizado ao longo das últimas décadas.

Muitos dados estatísticos indicam que existe uma relação direta entre a renda familiar e a qualidade da educação e formação à qual o estudante geralmente tem acesso. Então, o que a comissão propôs foi diminuir as distorções no acesso à universidade entre os alunos egressos de escolas particulares e os que saíram de escolas públicas; criando a reserva de 50% para egressos de escolas públicas em todos os cursos oferecidos pela UFS.

No entanto, não era somente necessário garantir a entrada de estudantes egressos de escolas públicas na UFS, era também importantíssimo garantir que os diversos segmentos étnicos que compõem o povo sergipano, também estivessem proporcionalmente representados na Universidade, esse é um dos pressupostos das ações afirmativas, justiça equitativa. Por isso, dentro da cota social foi criado um recorte étnico da seguinte forma:

> **Cota étnico-racial**[6]: reserva de 70% (setenta por cento) das vagas reservadas para os alunos da Cota Social de todos os cursos de graduação para os candidatos que se autodeclararem pardos, negros ou indígenas, isto é, que primeiro respondam ao quesito do questionário sócio-econômico com relação à raça/cor, se definindo como pardos, negros ou indígenas e que na inscrição para o vestibular optem pela reserva de vagas étnico-raciais, condicionados a comprovação de que são oriundos da escola pública, nas mesmas condições que os optantes da Cota Social. No caso da falta de classificados, as vagas retornam à classificação geral.

E porque foi criada uma cota dentro de outra cota? Porque na prática o Projeto de Ações Afirmativas da UFS mesclou dois sistemas de inclusão

social, ou melhor, dois fatores de afirmação, o "fator étnico" e o "fator social". Por isso, a UFS adotou uma *cota social com recorte étnico*.

Os dados estudados pela comissão demonstraram que mesmo dentro do ensino público, os brancos pobres conseguiam ser mais bem-sucedidos do que os negros pobres. O que demonstra que mesmo dentro de realidades sociais similares, estudantes negros e brancos acabam sendo valorados e tendo trajetórias de vida diferenciadas, o que na prática é crucial para a ascensão ou fracasso socioeducacional desses estudantes.

Se o sistema de ensino era o mesmo, porque o fator étnico era tão importante no percentual de pessoas que conseguiam ser bem-sucedidas? A resposta está no preconceito, o qual é de origem cultural-valorativa e que minimizava as possibilidades de crescimento profissional dos segmentos que historicamente foram desprestigiados em nossa sociedade. Quem não se lembra de que até pouco tempo os anúncios de emprego descreviam que queriam candidatos com "boa aparência", e todos sabem que essas duas simples palavras estavam impregnadas de preconceitos negativos.

O antropólogo Frank Marcon[7] afirma que:

> Dada à seletividade socioeconômica e étnico-racial, tanto no vestibular propriamente dito quanto na sub-representação dos alunos de escola pública e de estudantes negros e indígenas na inscrição ao exame, acreditamos que medidas de ação afirmativa são necessárias para promover a diversidade. O caráter público da universidade vem do fato dela estar aberta a todos os segmentos da sociedade, particularmente os de baixa renda, os discriminados racial e etnicamente. Se somente os segmentos mais ricos e brancos se beneficiam do investimento de toda a sociedade no ensino superior público, estamos vendo a prevalência social de alguns grupos sobre outros.

O principal objetivo das ações afirmativas da UFS é que no ensino superior exista uma representação étnica e social proporcional aos percentuais indicados pelo IBGE para a população do Estado de Sergipe. Essa representação proporcional trará mais justiça social, diversidade

e legitimidade democrática para a Universidade, no que se refere à representação de seu corpo discente. Então, 70%, não é um dado aleatório do recorte, mas o somatório de pardos, pretos e indígenas autodeclarados existentes em Sergipe, de acordo com os últimos dados fornecidos pelo IBGE.

Essa metodologia de inclusão não é nova, nos anos 60 do século XX, o então Ministro da Indústria de Cuba, Ernesto Guevara, dizia: "que se pinte a Universidade de preto, de índio, de amarelo; que se pinte a Universidade de povo".

Os portadores de necessidades educacionais especiais também foram contemplados pelo sistema de reserva de vagas da UFS[8].

> *Uma vaga por curso será destinada para portadores de necessidades educacionais especiais* que indiquem sua necessidade educacional especial e que optem por esta reserva. (Sem destaque no original)
> O tipo de deficiência apresentado pelo candidato, que irá concorrer às vagas reservadas aos deficientes, deverá estar de acordo com a Lei Federal nº 7.853/89, regulamentada pelo artigo 4º, do Decreto nº 3.298/99.

Os mecanismos de acesso diferenciado ao ensino superior criam na prática formas de compensação para os segmentos que historicamente estiveram escassamente representados no ensino superior sergipano. Esses mecanismos de inclusão não significam um "favor do Estado", mas são uma pequena compensação para aqueles que durante séculos receberam muito pouco ou quase nada ao longo de nossa história.

Frise-se ainda que ninguém é obrigado a optar pelas vagas cotizadas oferecidas pelo vestibular da UFS, elas são opcionais/facultativas. Caso um aluno de escola pública ou preto/pardo não queira participar do sistema de reserva de vagas, poderá concorrer no "concurso universal", com os integrantes de escolas particulares, nas vagas que não forem reservadas.

A proposta aprovada pelo CONEPE da Universidade Federal de Sergipe já está em vigor, desde o edital do Processo Seletivo Seriado – PSS, para os alunos que começarem a ingressar na UFS a partir do primeiro período de 2010/01.

Assim dispõe o Edital 01[9] do Processo Seletivo Seriado 2010:

> Reserva de Vagas - O programa de ações afirmativas orientado pela Resolução nº. 80/2008/CONEPE define o sistema de reserva de vagas. O candidato, ao efetivar sua inscrição, será inserido nos grupos a seguir, a depender da sua opção pelo sistema de cotas ou não. Grupo A - Todos os candidatos, qualquer que seja a procedência escolar ou grupo étnico racial. Grupo B - Candidato da Escola pública de qualquer grupo étnico racial. Grupo C - Candidatos da escola pública que se autodeclararem pardos, negros ou indígenas. Os grupos de inscrição não são mutuamente excludentes. Assim, um candidato com inscrição no grupo C, se não selecionado, continuará concorrendo no grupo B e, se não selecionado inda concorrerá no grupo A. O candidato que optar pela vaga de deficiente, caso não seja selecionado, continuará concorrendo com os critérios acima mencionados. É de responsabilidade do candidato as informações e declarações prestadas. Caso o candidato aprovado não apresente a documentação pertinente à sua declaração realizada no ato da inscrição, ou seja, constatada alguma tentativa de fraude ou de má-fé, para qualquer um dos casos da política de reserva de vagas, sua classificação será imediatamente anulada, independente de providências judiciais serem adotadas pela Universidade Federal de Sergipe."

E continua o edital nas páginas 3 e 4:

> O candidato que optar pela reserva de vagas para escola pública deverá no ato da Matrícula Institucional, caso seja aprovado, comprovar a realização de cem por cento do Ensino Médio em escolas públicas das redes federal, estadual e municipal e pelo menos quatro séries do ensino fundamental nessas mesmas instituições.

Na pré-classificação serão corrigidas as redações de duas vezes o

número de vagas por curso e por grupo, considerando os grupos A, B e C de inscrições. Continuam como critérios para desclassificação dos candidatos, sejam cotistas ou não, o fato de zerar qualquer das matérias das provas nas três séries, ou zerar a redação. Por isso, são publicadas três listas de pré-classificados por curso, sendo que caso as vagas reservadas não sejam preenchidas por qualquer dos grupos, as vagas remanescentes voltarão para o "concurso universal" ou vagas não cotizadas. E toda essa matemática serve para garantir uma coisa sonhada há muito tempo: um sistema de acesso ao ensino superior mais justo.

O PAAF da UFS prevê uma revisão após cinco anos, isto é, quando se formarem as primeiras turmas pelo sistema de cotização de vagas, haverá uma avaliação dos procedimentos de acesso. E no geral, as cotas terão, no mínimo, a duração de 10 anos. O principal objetivo da "revisão" do sistema é aferir se o mesmo está cumprindo com o seu objetivo de realmente incluir/integrar no ensino superior os segmentos que até um passado recende estavam privados do seu acesso à Universidade.

Essa temporalidade do programa se deve ao fato de que nenhuma política afirmativa deverá vigorar *ad eternum,* porque quando seus objetivos inclusivos forem alcançados, elas não mais terão razão para continuar a existir, a exemplo do que já vem ocorrendo em alguns locais dos Estados Unidos, que após 50 anos de *affirmative action* não mais necessitam desses mecanismos de promoção/inclusão social, por terem alcançado seu objetivo inclusivo.

Em 29 de agosto de 2012, foi sancionada a Lei Federal 12.711 que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Nessa Lei foi instituído o sistema cotizado de acesso ao ensino superior público federal, o qual leva em consideração fatores de ordem socioeconômica e étnicos para o acesso a este nível de ensino. Assim dispõe os artigos 1º e 3º da referida Lei[10]:

> Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação **reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.**

> Parágrafo único. **No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo (um salário mínimo e meio) per capita.**
> Art. 3º **Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1o desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).** (Sem destaque no original)

A Lei Federal aprovada só em 2012 é praticamente idêntica ao PAAF da UFS, com um único diferencial de levar em consideração a renda familiar de até 1,5 salário mínimo per capita (cota social) no sistema de acesso cotizado.

6. A POLÍTICA DE PERMANÊNCIA E DE ACOMPANHAMENTO

Não devemos confundir Políticas Afirmativas nas universidades unicamente como sinônimo de cotas, pois as cotas são apenas uma das espécies de políticas afirmativas, as quais são mais amplas e não se restringem somente às cotas. A reserva de vagas deve vir acompanhada de políticas de permanência e de melhoria na qualidade do ensino, pois de nada adiantaria garantir o acesso de pessoas de origem popular a cursos universitários se não lhes fossem garantidos mecanismos de permanência nas respectivas instituições de ensino superior.

Pensando nessa problemática é que também foi criado um grupo de trabalho que pensasse em políticas de permanência para os estudantes beneficiados pelo sistema de cotas na UFS. Pois os estudantes beneficiados pelas políticas de acesso, em geral necessitam de políticas de permanência, para que concluam a graduação de forma qualitativa e regular.

Segundo o relatório da Comissão do PAAF[11]:

> Reconhecer a existência de grandes dificuldades

> financeiras, políticas e culturais na vida dos alunos oriundos do sistema público de ensino nos dias atuais, dá margem à possibilidade de pensarmos políticas de permanência no espaço universitário reduzindo os efeitos das limitações socioeconômicas impostas àqueles com renda familiar baixa. Ao proporcionar condições de presenciar situações de aprendizado, convivência e aperfeiçoamento técnico e assegurar a conclusão de seu curso de graduação, as políticas de permanência cumprem um importante papel no âmbito das políticas afirmativas.

As principais medidas sugeridas pela comissão de permanência foram:

a) Incluir nos processos seletivos para a alocação de bolsas de extensão e de pesquisa os critérios de cotas adotados pela UFS no vestibular;

b) Prover com bolsas de estudos e bolsas de trabalho os alunos cotistas que comprovarem uma necessidade de serem auxiliados durante a conclusão do curso;

c) Ampliar o número de vagas na residência universitária (casas estudantis) e restaurante universitário para os cotistas, que comprovem a devida necessidade;

d) Proporcionar serviço social e psicológico aos alunos que precisarem de atendimento;

e) Isenção de taxas e custeio das inscrições dos alunos cotistas selecionados para apresentar trabalhos acadêmicos em eventos e congressos;

f) Criar cursos de extensão específicos, com aulas extras, para os cotistas (principalmente nas áreas das disciplinas de exatas, biológicas, linguísticas, comunicação digital e línguas estrangeiras) a ser oferecidos pelos departamentos.

O Programa de Ações Afirmativas da UFS está bem concatenado e estruturado. Todas as propostas foram fruto de muito estudo e empenho das pessoas que participaram da sua elaboração e do acúmulo que a UFS teve sobre tema ao longo dos anos de debates e discussões.

Frank Marcon[12] assevera que:

> Devemos, no exercício de nossa autonomia, pensar caminhos para democratizar o acesso e promover a diversidade socioeconômica e étnico-racial na UFS, contribuindo para erradicação dos preconceitos de classe e étnico-raciais.

Se tudo der certo, o sistema de reserva de vagas da Universidade Federal de Sergipe será um dos mais amplos e inclusivos do Brasil. Com isso, a comissão PAAF terá cumprido com êxito a tarefa que lhe fora delegada pela reitoria, e atenderá aos anseios daqueles e daquelas que têm sede de cidadania e de justiça social.

7. CONCLUSÃO

A diversidade dos Programas de Ações Afirmativas existentes nas Universidades brasileiras reflete principalmente duas coisas: a primeira é a autonomia administrativa e didática dessas instituições para tomarem essas iniciativas; e a segunda é a diversidade étnica, social e cultural de nosso povo. Frise-se que os programas preveem a temporalidade de sua aplicação, pois a partir do momento que alcançarem seus objetivos de representação proporcional de minorias outrora excluídas no ensino superior, perderão a sua razão de existir, ou melhor, o fundamento que lhes deram origem.

As ações afirmativas não deixam de ser meritocráticas, pois, as pessoas que "beneficiadas" com as cotas, terão que ultrapassar notas de corte e, "concorrer com os seus", o que torna os processos de seleção socialmente mais justos. Devido à impossibilidade de existir uma competição igualitária entre alunos que estudaram toda uma vida em escolas particulares de ótima qualidade e os alunos de escolas públicas que convivem diariamente com grandes problemas de ordem estrutural e conjuntural.

A questão das ações afirmativas trouxe consigo posicionamentos "antagônicos" e "polêmicos" que surgiram ao seu redor, pois levantou discussões de temas que foram silenciados por décadas, como a questão da persistência/presença do racismo e do preconceito para com afrodescendentes e pobres. Elas suscitaram também discussões sobre

qual o papel do Estado e das Universidades no combate às desigualdades educacionais, que nada mais são do que um reflexo das desigualdades socioeconômicas presentes na sociedade brasileira, as quais tendem a diminuir com a aplicação do sistema cotizado de reserva de vagas nas universidades.

THE PROCESS OF ADOPTION AND IMPLEMENTATION OF AFFIRMATIVE ACTION IN FEDERAL UNIVERSITY OF SERGIPE

ABSTRACT: This present paper discusses topics such as university autonomy and its limits, social and educational inclusion of minorities historically discriminated, as blacks and indigenous, fundamental rights and multiculturalism. It analyzes statistical data to official institutions of research and discusses how affirmative action was implemented in the Federal University of Sergipe. It certifies that affirmative actions are practical means of realization of the fundamental goals of the Brazilian Republic to build a society more just end egalitarian. And after a teleological and axiological analysis of various regulatory provisions of the Federal Constitution of 1988, contends that the constitutionality of the system to reserve places for african descent, indigenous and public school students, adopted by brazilian universities in recent years.

KEYWORDS: Affirmative Action. University Autonomy. Ethnic Minorities. Law Difference.

Notas

[1] Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/projeto_paaf.pdf. Relatório da Comissão do PAAF, UFS, 2008. p.2. Acesso em 12-nov-2009.
[2] Idem, p. 3.
[3] Tabela disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/projeto_paaf.pdf. Relatório da Comissão do PAAF, UFS, 2008. p.19-20. Acesso em 18-nov-2009.
[4] Idem, p. 26.
[5] Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/projeto_paaf.pdf. Relatório da Comissão do PAAF, UFS, 2008. p.27. Acesso em 18-nov-2009.
[6] Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/projeto_paaf.pdf. Relatório da Comissão do PAAF, UFS, 2008. p.27-28. Acesso em 18-nov-2009.
[7] MARCON, Frank. A questão social e étnico-racial na escolarização em Sergipe: o acesso ao ensino público superior. Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/ artigo/ distorções_no_ensino_público.pdf.p.12. Acesso em 15-out-2009.
[8] Resolução CONEPE 80/2008. Disponível em http://www.ufs.br/arquivos/1.22522605928E+13.pdf. c/c Edital nº1, Processo Seletivo seriado 2010/UFS. Acesso em 17-nov-2009.

[9] Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/editalpss2010.pdf. Edital 01, do PSS 2010 UFS. p. 01. Acesso em 18-nov-2009.
[10] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em 01-abr-2014.
[11] Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/projeto_paaf.pdf. Relatório da Comissão do PAAF, UFS, 2008. p.29. Acesso em 18-nov-2009.
[12] MARCON, Frank. A questão social e étnico-racial na escolarização em Sergipe: o acesso ao ensino público superior. Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/artigo/distorções_no_ensino_público.pdf.p.12. Acesso em 15-out-2009.

REFERÊNCIAS

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
BRASIL. Projeto de Lei 3.913/08. Tramitação na Câmara dos Deputados em 16/10/09. Disponível em http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=407880. Acesso em 16-out-2009.
CARVALHO, José Jorge. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil:* a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar Editorial, 2005.
FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections on the post-socialist condition*. Da Redistribuição ao Reconhecimento. Nova York: Routledge, 1997.
GOMES. Joaquim Barbosa Benedito. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.* O Direito como Instrumento de Transformação Social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
MARCON, Frank. *A questão social e étnico-racial na escolarização em Sergipe*: o acesso ao ensino público superior. Acesso em 15-out-2009. Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/artigo/distorcoes_no_ensino.
PAAF-UFS. *Programa de Ações Afirmativas da Universidade Federal de Sergipe*. Disponível emhttp://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/paaf/files/projeto_paaf.pdf. Acesso em 15-nov-2009
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE-UFS. Edital do Vestibular 2010. Disponível em http://www.ccv.ufs.br/ccv/concursos/pss2010/editalpss2010.pdf. Acesso em 18-nov-2009.
_____. Resolução do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão-CONEPE 80/2008. Disponível em http://www.ufs.br/arquivos/1.22522605928E+13.pdf. Acesso em 17-nov-2009.

JUDICIÁRIO SERGIPANO PROPORCIONA AOS SERVIDORES ESPAÇO PARA REFLEXÃO ATRAVÉS DO PROJETO DE ORIENTAÇÃO PARA A APOSENTADORIA

Sheilla Tatiana Costa de Oliveira[*]
Maria Edivaní Panta[**]

RESUMO: Trata-se da apresentação de maneira ampla do *Projeto de Orientação para a Aposentadoria* (PROPA) que visa proporcionar ao servidor deste Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, espaço para reflexão sobre uma nova perspectiva de vida após a aposentadoria e a minimização do possível sofrimento biopsicossocial do pré-aposentado. Segundo Zanelli e Silva (1996), esse programa é uma importante etapa de um processo que tem como objetivo principal a ressocialização do pré-aposentado, baseada no respeito ao ser humano e na consciência das modificações profundas que ocorrem no modo de viver desses indivíduos. Segundo Silva, Almeida e Moraes (s/d), as empresas, nos dias atuais, com a implementação de um *Projeto de Orientação para a Aposentadoria* entendem que, "além de auxiliarem no cumprimento de suas responsabilidades sociais, tais programas são excelentes ferramentas gerenciais. Ao assumirem essa responsabilidade fazem um duplo investimento. O primeiro, sobre os empregados que estão se aposentando que se sentem valorizados e mantém um bom desempenho. O segundo, sobre os demais que observam o cuidado e o respeito que a organização tem pelas pessoas, constatação esta que vem a fortalecer as relações de trabalho". Vale acrescentar que a Política Nacional do Idoso, através da Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994, propõe a criação e a manutenção desses programas nos setores público e privado. Já o Estatuto do Idoso, através da Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, estimula programas dessa natureza. (Rodrigues, Ayabe, Lunardelli e Canêo, 2005).

PALAVRAS-CHAVES: Projeto. Vida. Consciência. Aposentadoria. Saúde.

* Psicóloga Clínica do Tribunal de Justiça de Sergipe com especialização em Clínica Psicanalítica e Professora do Curso de Psicologia da Faculdade Pio Décimo.

** Assistente Social do Tribunal de Justiça de Sergipe.

INTRODUÇÃO

No mundo atual, diferentemente de cem anos atrás, quando se constituíram o direito a aposentadoria, os indivíduos, ao se aposentarem, às vezes nem mesmo estão na faixa da terceira idade, período este, que devido a extensão na expectativa de vida, está postergado. Com essa maior perspectiva de vida existem atividades possíveis de serem realizadas que em épocas passadas eram inimagináveis.

Ao se planejar uma carreira, o ideal é realizar esse planejamento no contexto integrado ao planejamento de vida. Planejar é fundamental, sobretudo quando o que está em pauta é a estreita relação entre vida e carreira. Infelizmente, algumas pessoas percebem o planejar como uma maneira rígida de viver a vida. Não realizar um planejamento para o futuro, seja pela falta de consciência da necessidade de se planejar, seja pela crença de que não há como controlar o futuro, é uma forma ineficaz de não lidar com a nova situação. O não planejamento só reforça o caráter aversivo da aposentadoria. No entanto, planejar quer dizer pensar antecipadamente o que fazer para o futuro, mas, é claro, sempre de forma flexível e com a possibilidade de refazer trajetórias ou redirecionamentos. Partindo desse ponto de vista e de demandas advindas do atendimento clínico, psicológico e social, os profissionais da saúde e humanas, capacitados, podem auxiliar o trabalhador antes da chegada da aposentadoria, ou seja, durante o período da carreira profissional.

Requerer a aposentadoria oficial e encerrar uma carreira formal implica escolher alternativas. Como aposentado, é inevitável pensar e decidir sobre uma segunda carreira, que pode ocorrer por meio da escolha de um trabalho autônomo ou de atividades realizadas de modo voluntário, por exemplo, ou em outras.

O fim das relações de trabalho tem um peso inquestionável na vida da pessoa, claro, devem-se considerar as diferenças individuais. Entendemos, que estar aposentado implica bem mais que apenas o término da carreira. Não ter mais as suas atividades laborais rotineiras praticadas ao longo de muitos anos, a quebra dos vínculos e a troca de hábitos cotidianos significam imposições de mudanças no mundo pessoal e social.

Por ser um período de transição, a aposentadoria pode proporcionar

oportunidades para o crescimento pessoal. Havendo a devida atenção a esse momento por parte da instituição, torna-se viável a descoberta de novas potencialidades, mananciais de prazer, maturidade e evolução. Mudar o seu *status quo*[1] de forma abrupta, sem reflexão e orientação prévia pode fortalecer a manifestação de problemas nesse momento de reposicionamento da estrutura social e consequentes implicações nos planos da vida pessoal do servidor.

Acreditamos que a transição que ocorre na aposentadoria pode ser em muito facilitada quando são promovidas situações vivenciais no contexto organizacional, enquanto a pessoa ainda executa suas atividades de trabalho. É possível orientar a pessoa para novas possibilidades de ação, que, é óbvio, não se esgotam com o fim de uma carreira. As condições físicas e psíquicas de vida, entendidas como adaptação saudável, e as experiências passadas, consignadas no repertório de cada um, podem e devem orientar as mudanças que se fazem necessárias (ZANELLI, SILVA e SOARES, 2010).

DESENVOLVIMENTO

ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO PROJETO DE ORIENTAÇÃO PARA A APOSENTADORIA

O *Projeto de Orientação para a Aposentadoria* (PROPA) consiste em apresentar para o servidor condições e meios para se ter uma boa aposentadoria e saber desfrutá-la, ocupando seu tempo com atividades prazerosas e salutares. Segundo Zanelli e Silva (1996), esse programa é uma importante etapa de um processo que tem como objetivo principal a ressocialização do pré-aposentado, baseada no respeito ao ser humano e na consciência das modificações profundas que ocorrem no modo de viver desses indivíduos.

Segundo Silva, Almeida e Moraes (s/d), as empresas, nos dias atuais, com a implementação de um *Projeto de Orientação para a Aposentadoria*, entendem que, "além de auxiliarem no cumprimento de suas responsabilidades sociais, tais programas são excelentes ferramentas gerenciais. Ao assumirem essa responsabilidade fazem um duplo investimento. O primeiro, sobre os empregados que estão se aposentando que se sentem valorizados e mantém um bom desempenho. O segundo,

sobre os demais que observam o cuidado e o respeito que a organização tem pelas pessoas, constatação esta que vem a fortalecer as relações de trabalho".

Muniz (1996) ressalta que para o empregado, o programa é uma oportunidade de obter informações adequadas sobre a aposentadoria; identificar alternativas de atividades pós-aposentadoria; conhecer os recursos que a comunidade dispõe (como associações, programas específicos etc); e discutir, com pessoas que estão vivenciando um momento semelhante, seus medos, ansiedades, sonhos e aspirações.

Vale acrescentar que a Política Nacional do Idoso, através da Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994, propõe a criação e a manutenção de programas de preparação para aposentadoria nos setores público e privado com antecedência mínima de dois anos antes do afastamento. Já o Estatuto do Idoso, através da Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, estimula programas dessa natureza, ressaltando que devem ser realizados preferencialmente com antecedência mínima de um ano, com o intuito de estimular o pré-aposentado a realizar novos projetos sociais conforme seus interesses, esclarecendo também seus direitos sociais. (RODRIGUES, AYABE, LUNARDELLI e CANÊO, 2005).

O PROPA preza principalmente pela participação voluntária; incentivo à autonomia nas decisões pessoais; engajamento na escolha dos temas a serem abordados no projeto, além de atestar o comprometimento da Instituição com os seus servidores. Mesmo tendo diretrizes, a coordenação do projeto faz uso da técnica do *brainstorming*[2], acreditando que essa fortalece a participação e o comprometimento do servidor ao grupo, uma vez que suas próprias demandas são trabalhadas.

Desde a sua implementação, em 04 de maio de 2011, até a data atual, quatro grupos foram organizados com técnicas que variavam de acordo com o perfil, ou demanda grupal, a exemplo de formulação de projetos de vida baseados em novas atividades, tais como pintura artística, trabalhos manuais e de decoração no intuito de modificar o meio ambiente doméstico para que esse venha a se tornar mais acolhedor; fisioterapia como incentivo ao cuidado e conhecimento do próprio corpo. Houve palestra também sobre as regras da aposentadoria. Ressaltamos que a colaboração de palestrantes do próprio quadro de servidores do TJ/SE, como também convidados foi valiosa. Além desses, temas reflexivos foram trabalhados, a exemplo de: "aceitação", "sentido da vida", "autoconhecimento" e a "espiritualidade". Houve também, em

todos os quatro grupos, passeios a lugares escolhidos pelo mesmo, com o objetivo de possibilitar ao servidor a percepção de que existem prazeres que podem ser estendidos para o período da aposentadoria.

CONCLUSÃO

Sabe-se que, em qualquer situação na qual o indivíduo tenha investido sua energia vital, seja de natureza psíquica, social ou orgânica, ele o faz direcionando-a para o seu princípio, meio e fim, quando, por qualquer que seja a razão, a ação a que se propôs não é finalizada, persiste no seu íntimo a sensação de "vazio" e incompletude, originadas da ansiedade, que grande parte das vezes, é transformada em adoecimento psíquico e, pode gerar também, repercussões negativas no corpo e vida social da pessoa. Essa é a finalidade maior do *Projeto de Preparação para a Aposentadoria* – PROPA – proporcionar aos servidores participantes, possibilidades de fazer do fim da carreira jurídica o início de uma nova etapa de vida, usufruindo a percepção de mundo já amadurecida e das relações com o meio positivas e consequentemente, frutíferas.

Tal proposta proporcionou aos servidores, que estão em vias de se aposentar, a reflexão e o posterior delineamento de novos projetos de vida a serem realizados no período da sua aposentadoria, acendendo assim, como uma das consequências, a minimização da ansiedade destes com relação a esse período de suas vidas, bem como, a percepção de se sentirem mais valorizados pela instituição na qual serviram por tantos anos, associando assim a esta fase um sentimento de ressignificação, o qual contribui em última análise para o seu bem-estar biopsicossocial[3], além disso, alguns dos temas, levaram os indivíduos à reflexão e percepção sobre aspectos de sua existência e/ou de sua personalidade que antes não haviam sido incitados.

De acordo com a avaliação realizada com todos os grupos de participantes, o fato acima narrado era uma constante entre os que ali estavam, no entanto, foi possível verificar que todos os objetivos viabilizados como diretrizes, bem como os sugeridos pelo grupo, foram alcançados.

Em janeiro de 2014, o quinto grupo terá início. Outro desafio a ser trilhado.

——

TITLE: JUDICIARY OF SERGIPE PROVIDES TO THE SERVERS SPACE FOR REFLECTION THROUGH THE ORIENTATION PROJECT FOR THE RETIREMENT

SUMMARY: It is a wide way presentation of Orientation Project for the Retirement (PROPA) that aims provide to the server of this Illustrious Justice Court of Sergipe, space for reflection about a life new perspective after the retirement and the minimization of the possible biopsychosocial suffering of the pre-pensioner. According to Zanelli and Silva (1996), that program is an important stage of a process that has as main goal the resocialization of the pre-pensioner, based on respect to the human being and in the conscience of the profound modifications that occur in the way of living of these individuals. According to Silva, Almeida and Moraes (s/d), the companies, in the current days, with the implementation of an Orientation Project for the Retirement understand that, "besides assisting in the accomplishment of their social responsibilities, such programs are excellent managerial tools. As taking over this responsibility, they make a double investment. The first, about the employees who are retiring that feel valued and keep a good performance. The second, about the rest that observe the care and the respect that the organization has by people, finding one that comes to strengthen the working relations". It is worth add that the National Politics of the Senior, through the law nº 8.842 of January 04th, 1994's, proposes the creation and the maintenance of these programs in the public and private sectors. Nevertheless, the Statute of the Senior, through the law nº 10.741 from October 1st 2003, stimulates programs of this nature. (Rodrigues, Ayabe, Lunardelli and Canêo, 2005).

KEYWORDS: Project. Life. Conscience. Retirement. Health.

Notas

[1] ***Status quo*** é a forma abreviada da expressão latina ***in statu quo res erant ante bellum*** ("no estado em que as coisas estavam antes da guerra"). Empregam-se estas expressões, geralmente, para definir o estado de coisas ou situações. Elas são sempre empregadas nas formas "manter o *status quo*", "defender o *status quo*" ou, ao contrário, "mudar o *status quo*". Por fim, a expressão se refere ao estado atual das coisas.

[2] *Brainstorming*, em inglês literal, significa "tempestade cerebral", não é apenas uma metodologia de dinâmica grupal, mas uma técnica usada como ferramenta para auxiliar à coordenação a identificar as potencialidades criativas de um grupo ou indivíduo.

[3] Biopsicossocial é uma forma de significar o humano, levando três conceitos em consideração, o biológico, o psicológico e o meio social no qual o homem esteja fazendo parte, a qual amplifica a nossa compreensão do elemento estudado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLESTEROS, R. F. *Qualidade de vida: conceito e acesso*. Montreal: Vídeo. 1996.
MUNIZ, J. A. PPA: Programa de Preparação para o Amanhã. *Estudos de Psicologia*. 2(1), 198-204. 1996.
O'NEAL T. *Terapia para uma aposentadoria feliz.* São Paulo: Paulus, 2002.
RODRIGUES, M; AYABE, N.H.; LUNARDELLI, M.C.F. & CANÊO, L.C. A Preparação para a Aposentadoria: O Papel do Psicólogo frente a essa Questão. *Revista Brasileira de Orientação Profissional.* 6 (1), pp. 53 – 62. 2005.
ROMANINI, D.P.; XAVIER, A. A. P. & KOVALESKI, J.L. *Aposentadoria: período de transformações e preparação.* XXIV Encontro Nac. de Eng. de Produção – Florianópolis – SC, 2004.
SANTOS, M. F. S. *Identidade e aposentadoria*. São Paulo: EPU. 1990.
SCHEIN, E. H. *Princípios da consultoria de processos*: para construir relações que transformam. São Paulo: Petrópolis, 2008.
SCHEIN, E. H. *Psicologia organizacional*. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil, 2002.
SILVA, E.M.; ALMEIDA, R.M. & Moraes, L.S. *PPA – Programa de Preparação para Aposentadoria.* Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. (s/d).
ZANELLI, J.C. e SILVA, N. *Programa de Preparação para a Aposentadoria*. Florianópolis: Insular. 1996.
ZANELLI, J. C.; SILVA, N. SOARES, D. H. P. *Orientação para aposentadoria nas organizações de trabalho:* construção de projetos para o pós-carreira. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRIME ORGANIZADO SOB O ENFOQUE DA LEI 12.850/2013

Ana Carolina Oliveira D'Avila*

RESUMO: O presente artigo tem como escopo fazer uma breve análise acerca do Crime Organizado, notadamente em razão da alteração trazida pela 12.850/2013, a qual aperfeiçou o conceito de organização criminosa, além de dispor sobre os mecanismos de investigação e repressão do aparato estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Organização Criminosa. Conceito. Crime.

INTRODUÇÃO

O estudo apresentado tem como principal motivação as recentes alterações trazidas pela Lei 12.850/13, a qual entrou em vigor em 19.09.2013, modificando significativamente o conceito de organização criminosa, bem como introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro inovações importantes que aumentarão a eficiência na repressão e combate ao crime organizado.

É pacífico o entendimento que a globalização trouxe consigo o avanço tecnológico e, consequentemente, o aumento da criminalidade ao facilitar as infiltrações de grupos cada vez mais organizados nas esferas estatais, possuindo estes um alto grau de potencialidade ofensiva à sociedade, necessitando dessa forma de um tratamento penal diferenciado.

O mestre Alberto Silva Franco identifica com propriedade o crime organizado:

> "O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações;

* Analista Processual do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes/SE. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia

> detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado".[1]

No Brasil, especificamente, no âmbito da política criminal, observou-se uma lenta e gradual evolução no sistema legislativo no que se refere às organizações criminosas. Assim, temos como marco inicial a Lei 9.304/1995, que tratou sobre a utilização dos meios operacionais para prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas, sem, contudo, conceituar legalmente o instituto jurídico.

Durante a vigência da mencionada Lei, houve a edição do Decreto nº 5.015 de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como *Convenção de Palermo*, surgindo assim um conceito internacional de grupo criminoso organizado.

No entanto, ao contrário do que muitos chegaram a pensar sobre uma possível adoção do conceito no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, enfrentando a questão através do HC nº 96.007/SP, asseverou que o conceito trazido pela Convenção não deveria ser adotado para regular os procedimentos dispostos na Lei 9.034/95, uma vez que tal definição traria elementos inexistentes à norma.

No ano de 2012, o imbróglio jurídico acerca do conceito legal do instituto foi amenizado com a edição da Lei 12.694/12, que trata, especificamente, sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Embora essencialmente processual, a Lei definiu de forma concisa o conceito de organização criminosa.

Com o advento da Lei 12.850/2013 o conceito foi alterado, conforme abaixo transcrito:

> "Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

Neste diapasão, diante das inovações trazidas, surge não somente um conceito reformulado acerca do instituto como também elementos estruturais tipológicos a exemplo da definição do número mínimo de integrantes, a maior abrangência das ações ilícitas, a forma de investigação e de obtenção de prova, a delação premiada, a infiltração de agentes, bem como o acesso aos dados cadastrais pelo Ministério Público e Delegados de Polícia.

DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS PARA OBTENÇÃO DA PROVA

No Capítulo II, art. 3º da Lei 12.850/13, trata-se da investigação e dos meios de obtenção da prova durante toda a fase da persecução penal, ou seja, na investigação preliminar e em Juízo. A seguir *in verbis*:

> "Art. 3o Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
> I - colaboração premiada;
> II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
> III - ação controlada;
> IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
> V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

> VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
> VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
> VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal."

Como é cediço, na fase inquisitória é instaurado o Inquérito Policial, consistente em um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Investigativa, a qual realiza a colheita de elementos de informações, objetivando a apuração da infração penal e sua autoria para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Ressalte-se, que por ser inquisitório não é permitido o livre exercício da ampla defesa e contraditório, ressalvadas as hipóteses descritas no art. 155 do CPP (cautelares, não repetíveis e antecipadas).

Neste toar, temos que as provas irrepetíveis são aquelas que não podem ser produzidas em Juízo, em virtude do desaparecimento da fonte probatória, como no caso do exame de corpo de delito ou do depoimento prestado no Inquérito Policial de tesmunha falecida antes da instrução criminal.

As provas antecipadas, por sua vez, previstas no artigo 225 do Código de Processo Penal, são aquelas produzidas com a observância do contraditório real em Juízo, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em razão da urgência ou relevância.[2]

Por fim, as provas cautelares são aquelas em que há um risco de perecimento do objeto em razão do decurso do tempo.

Em seguida, tratar-se-á de forma detalhada dos meios para obtenção das provas.

DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto da delação premiada foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1990, quando da edição da Lei Federal nº 8.072/90, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos. Trata-se de instrumento de política criminal importado do Direito Italiano que tem por objetivo precípuo combater o pacto do silêncio absoluto que predomina diante das

organizações criminosas.[3]

Vale ressaltar que o instituto também está previsto em outros diplomas legais como na Lei 9.269/96, Lei 7.492/86, Lei 8.137/90, Lei 9.613/98, Lei 11.343/06, Lei 9807/99. Nesta senda, temos que com a edição da Lei 12.850/13, os dispositivos anteriores não foram revogados, contudo, poderá servir de complemento em suas respectivas áreas de atuação, uma vez que o atual diploma legal normatiza de forma mais aprofundada os procedimentos para a colaboração. A seguir *in verbis:*

> "Art. 4o *O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*
> I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
> II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
> III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
> IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
> V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada."

A colaboração premiada pode ser definida como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial (extinção da punibilidade), ou a redução da pena que será em até dois terços, ou ainda a substituição por outra pena restritiva de direitos, desde que, de forma eficiente e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei.

Conforme preconiza os §6º e §7º do citado artigo, a colaboração premiada consiste em um acordo entre o Delegado de Polícia ou Ministério Público e o colaborador/investigado, cabendo ao Juiz homologá-lo ao final da negociação.

Neste diapasão, a partir da homologação do acordo pelo Juiz é que o colaborador/investigado efetivamente começará a contribuir para a

concretização dos resultados previstos no *caput* do artigo 4º, sendo que somente ao final do processo, após a análise da eficácia da colaboração prestada, o Juiz decidirá quanto ao benefício. Ressalte-se ainda que as partes poderão se retratar do acordo firmado, hipótese em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador/investigado não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, nos termos do § 10.

Destaque-se, por oportuno, que o prazo para oferecimento da denúncia ou o processo judicial poderão ser suspensos pelo prazo de seis meses, prorrogáveis por igual período até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo da mesma forma, o respectivo prazo prescricional.

Quanto aos parágrafos 14 e 15, observa-se, que todos os atos relativos à colaboração premiada devem ser assistidos por um defensor, sendo que, nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará o seu direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, podendo incorrer no crime de falso testemunho.

Segundo dispõe o art. 6º, o termo para ter validade jurídica deverá conter os seguintes elementos: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do Delegado de Polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Consigne-se ainda que a colaboração poderá ocorrer após o proferimento da sentença penal condenatória, hipótese em que poderá ser concedida ao colaborador a redução da pena até a sua metade e ainda a progressão de regime de cumprimento de pena, ainda que não tenha o condenado preenchido os requisitos objetivos para o benefício.

No caso do perdão judicial instituto pelo qual o Juiz, não obstante, comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias[4], vê-se que tanto o Delegado de Polícia quanto o Ministério Público poderá representar pela sua concessão. Na primeira hipótese o Ministério Público atuará no controle externo da atividade policial, enquanto que na segunda, por ocasião da sentença penal, não reconhecendo o Juiz a aplicabilidade da causa extintiva da punibilidade, aplicará o quanto disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.

In casu, as justificadas circunstâncias para a não aplicação da pena, em que pese o reconhecimento da prática delitiva, decorrem dos benefícios reais

gerados pela colaboração que tenha se mostrado decisiva na derrocada da organização criminosa.

Corroborando com a sistemática constitucional, em todos os atos de negociação, o colaborador/investigado terá além da presença de um defensor, seus direitos assegurados na forma da Lei, mantendo-se o sigilo de suas informações pessoais, podendo se valer das medidas de proteção asseguradas em lei específica, bem como participará das audiências isoladamente dos demais réus e se ao final for condenado, cumprirá a pena em estabelecimento diverso dos demais corréus.

Por fim, merecendo o último registro, deve se atentar que muito embora a colaboração premiada constitua uma importante fonte probatória, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Como se vê, a própria norma mitiga de certa forma o valor processual da colaboração premiada, sendo necessário que ela esteja atrelada aos demais aparatos probatórios para fins de ulterior condenação.

DA AÇÃO CONTROLADA

No tocante à ação controlada, expõe a lei:

> "Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações."

Trata-se da hipótese que a doutrina denomina flagrante postergado ou diferido, na qual a intervenção policial, no decorrer da investigação de atividades de crime organizado, ainda que diante da hipótese de situação flagrancial, permanece suspensa, mantendo as atividades do grupo criminoso sob observação e acompanhamento, aguardando o momento mais oportuno para atuação com vistas a uma melhor e mais eficaz produção de provas e coleta de informação.

O principal objetivo desta autuação é garantir a eficácia da apuração das atividades criminosas desenvolvidas pela organização. Com efeito, no caso

da ação controlada, deverão ser adotadas todas as medidas cabíveis de modo a garantir o monitoramento das atividades criminosas, as quais deverão ser mantidas sob observação sendo que até o término das diligências, tudo deverá ser realizado sob sigilo, como forma de garantir o êxito das atividades investigativas.

Durante o desenvolvimento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao Juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, sendo que, ao final, será elaborado um auto circunstanciado indicando as atividades desenvolvidas durante a ação controlada.

Por fim, no caso das atividades criminosas incluírem transposição de fronteiras de Estados ou mesmo fronteira nacional, a ação controlada para se realizar dependerá da cooperação autorizada pelas autoridades dos Estados ou países incluídos na possível rota investigadas de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio de produtos, ou objetos e instrumento utilizados em proveito do crime, bem como para se evitar conflitos diplomáticos.

DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA

A raiz histórica da infiltração de Agentes de Polícia remete-se ao período do Absolutismo Francês, mormente ligado à figura do Rei Luís XIV[5], tendo como prinicpal objetivo de fortalecer o Regime vigente à época. Os agentes infiltrados, os quais ficaram conhecidos mundialmente como *Undercover Operations,* eram contratados pela polícia parisiense e exerciam a função precípua descobrir a identificação dos inimigos políticos do rei que estavam inseridos na sociedade em troca de favores de todos os gêneros.

No Brasil, a primeira aparição do instituto surge a partir da edição da Lei 10.217/01, que alterou a revogada Lei 9.034/95. Entretanto, uma das falhas da citada Lei foi a falta de regulamentação do processo de infiltração de agentes, o que consequentemente, tornava inexequível a aplicação do instituto na prática, assim, com a edição da Lei 12.850/13 houve uma reformulação do instituto tornando possível sua eficácia, conforme abaixo transcrito:

> "Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e

> sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.
> § 1o Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.
> § 2o Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1o e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.
> § 3o A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.
> § 4o Findo o prazo previsto no § 3o, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.
> § 5o No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração."

Assim, temos que a infiltração de agentes consiste em um método de investigação em que o membro da Polícia Judiciária se infiltra na organização criminosa participando da trama organizativa, devendo ser previamente autorizado pelo Juiz a partir da representação pelo Delegado de Polícia, a qual deverá constar indícios da infração penal ocorrente, a necessidade da medida, o alcance das tarefas do agente, a identificação das pessoas investigadas quando for possível, bem como o local da infração e a impossibilidade da prova ser produzida por outros meios de investigação

Como se observa a infiltração só será admitida se houver indícios de infração penal praticada por organização criminosa e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, ou seja, deve constituir medida de *ultima ratio*. O prazo estabelecido para permanência do agente infiltrado será de até seis meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade, conforme dispõe o §3º do citado artigo.

Assevera-se, todavia, não obstante haja permissivo legal à atuação do agente infiltrado, esta deve ser pautada na proporcionalidade em relação à finalidade da investigação, não sendo afastada sua responsabilidade diante de excessos praticados, sendo somente excluída a culpabilidade nos casos

de inexigibilidade de conduta diversa.

Ainda de acordo com o texto legal, com o intuito de preservar a integridade física do agente infiltrado, a participação no procedimento é voluntária e também pode ser interrompida a critério do agente.

Por fim, havendo indícios seguros de risco iminente ao agente infiltrado, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, sendo que na segunda hipótese se dará imediata ciência ao Ministério Público e à Autoridade Judicial.

DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE SINAIS ELETROMAGNÉTICOS, ÓPTICOS OU ACÚSTICOS

A interceptação ambiental consiste na captação de imagens e sons realizada por terceiro, sem que os interlocutores saibam que estão sendo monitorados ou vigiados.

Esse método investigatório consiste em um eficaz instrumento utilizado por autoridades de inúmeros países para o combate das organizações criminosas. Segundo expõe o professor Luiz Flávio Gomes há uma tênue diferença entre a interceptação ambiental e a escuta ambiental. Vejamos:

> "entende-se por interceptação ambiental a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental."[6]

Assim como na interceptação telefônica a captação ambiental encontra respaldo na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XII:

> "XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual pena."

No entanto, cabe ressaltar a omissão ocorrida na Lei 12.850/13, quanto à autorização judicial e os meios previstos para executar a captação ambiental, não especificando os requisitos a serem observados, o período de duração e a forma de registro dos dados obtidos, gerando um alto grau de discricionariedade para parte do executante, o que pode em algumas situações acarretar a nulidade da prova produzida por injustificada violação à proteção constitucional à intimidade e às garantias processuais.

DO ACESSO A REGISTROS, DADOS CADASTRAIS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES

Conforme dispõe o art. 3º, inciso IV, o Delegado de Polícia e o Ministério Público terão acesso a registro de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais.

Por sua vez, as empresas de transporte serão obrigadas a manter, pelo prazo de 5 (cinco) anos, em registro os dados sobre reservas e registros de viagens.

Ademais, as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Neste sentido, como pode se observar, a Autoridade Policial Judiciária não precisará mais representar ao Poder Judiciário para ter acesso a estas informações, sendo que a recusa ao fornecimento desses dados pode caracterizar o crime previsto no artigo 21 da citada Lei, punido com pena de até dois anos de reclusão.

Entrementes, é importante salientar que o poder requisitório do Delegado de Polícia se restringe aos dados cadastrais do investigado que concerne à sua qualificação e endereços, sendo direcionada apenas para garantir maior agilidade à persecução penal. Nesse sentido, informações referentes ao sigilo bancário ou telefônico do investigado ainda continuam sujeitas à cláusula da reserva de jurisdição.

DAS RECENTES ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Além de criar alguns tipos penais, a Lei 12.850/2013 também provocou algumas alterações no Código Penal.

Neste sentido, a alteração mais importante envolve o artigo 288, que antes tratava do crime de *quadrilha ou bando*. Assim, de acordo com o novel, este crime passa a adotar o *nomen iuris* de "associação criminosa". Ademais, o novo tipo penal pune a conduta daqueles que se associarem em três ou mais pessoas com o fim específico de cometer crimes.

Neste toar, para que se caracterize o delito em questão, não é mais necessária a reunião de pelo menos quatro pessoas, mas sim a partir de três:

> "Art. 24. O art. 288 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:
> **"Associação Criminosa"**
> Art. 288. **Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes**:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
> Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente." (NR)
> Art. 25. O art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 342. .....
> .....
> Pena - **reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."**(Grifei)

Com a modificação trazida pela nova Lei, o campo que separa o crime de associação criminosa do de organização criminosa ficou mais claro, na medida em que somente se poderá cogitar a ocorrência deste delito se comprovada a existência de estruturação ordenada, com divisão interna de tarefas entre os participantes e objetivo de obtenção de vantagem diversa da inerente ao próprio delito meio, ou seja, deve se comprovar que a existência do grupo criminoso se faz em razão da obtenção de vantagens próprias.

Ressalte ainda que a Lei nº 12.850/2013 outorga seus meios investigativos somente para o crime de organização criminosa, expressamente revogando a Lei nº 9.034/1995, em que alguns dispositivos admitiam aplicação análoga para o antigo crime de formação de quadrilha ou bando.

Dando sequência, a nova Lei também alterou a pena prevista no seu artigo 342 (falso testemunho ou perícia), que agora será punida mais severamente com reclusão de dois a quatro anos e multa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas breves considerações, evidentemente, não esgotam as questões que podem ser suscitadas diante da Lei 12.850/13, nem mesmo objetiva o aprofundamento da discussão dos temas abordados, sendo apenas uma análise superficial da lei feita a partir de um primeiro contato.

Não obstante, pode-se afirmar que se a lei traz diversos pontos positivos principalmente no que diz respeito ao conceito de organização criminosa, por outro lado traz disposições passíveis de críticas, especificamente quanto à omissão de autorização judicial para obtenção dos meios de prova, demandando uma cuidadosa interpretação por parte dos Operadores do Direito, já que, em um Estado Democrático de Direito embora deva prevalecer a Supremacia do Interesse Público, este não deve se sobrepor de forma absoluta ante os direitos e garantias fundamentais.

Por fim, é notório que de uma maneira geral a Lei 12.850/2013 traz inovações extremamente positivas e auspiciosas, que, sem sombra de dúvida, apresentarão resultados significativos no combate à criminalidade organizada.

CONSIDERATIONS ABOUT ORGANIZED CRIME UNDER THE LAW OF FOCUS 12.850/2013

ABSTRACT: This article has the scope to make a brief analysis about organized crime, notably due to the change brought by 12.850/2013, which perfected the concept of criminal organization, as well as to outline the mechanisms for investigation and prosecution of the State apparatus.

KEYWORDS: Criminal Organization. Concept. Crime.

Notas

[1] FRANCO, Alberto Silva. *Crime Organizado e a Legislação Brasileira.* São Paulo: RT, 1995, p. 75

[2] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal, vol. I,* Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2011.

[3] PEREIRA, FILIPE MARTINS ALVES. *Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas*. disponível em http://atualidadesdodireito.com.br/ lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada. Acesso em 08 de novembro de 2013.

[4] DAMASIO DE JESUS. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo:Editora Saraiva,2008.

[5] SILVA, Eduardo Araujo. *Crime Organizado- procedimento probatório*.São Paulo:Atlas,2003.

[6] GOMES LUIZ FLÁVIO. *Interceptação Telefônica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras Reflexões sobre Organização Criminosa* – Anotações à Lei 12.850/2013. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>. Acesso em 08 de novembro de 2013.

BRASIL. LEI 12.850/13, de 02 de agosto 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.Disponívelem <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 06 de novembro de 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado* – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13). 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. *Crime Organizado e a Legislação Brasileira.* São Paulo: RT, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: http://www.lfg.com.br. Acesso em 06 de novembro de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal, vol. I,* Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2011.

MOREIRA, Romulo Andrade. A nova lei de organizações criminosas – Lei 12.850/2013. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/.> Acesso em 07 de novembro de 2013.

PEREIRA, FILIPE MARTINS ALVES. *Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas*.Disponívelem<http://atualidadesdodireito.com.br/ lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada.> Acesso em 08 de novembro de 2013.

TASSE, Adel El. *Nova Lei do Crime Organizado.* Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/adeleltasse/2013/ 08/22/nova-lei-de-crime-organizado/. Acesso em 09 de novembro de 2013.

SILVA, Eduardo Araujo. *Crime Organizado-procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

MEDIAÇÃO JUDICIAL: INSTRUMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

Carla Maria Franco Lameira Vitale[*]
Maria Hortência Cardoso Lima[**]

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a mediação judicial nas ações de divórcio, como também nas dissoluções de união estável, como instrumento de aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um importante método alternativo de resolução de conflitos, que vem sendo absorvido como recurso apto a tornar o processo jurídico mais equitativo e legítimo, ao melhor atender aos anseios pessoais e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, busca-se abordar as implicações práticas da utilização deste método na solução dos conflitos familiares, com ênfase nos processos de divórcio e dissolução de união estável, inseridos no sistema jurídico brasileiro, com o propósito de melhor atender aos reclames sociais e o alcance da pacificação. A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa, foi essencialmente bibliográfica, baseada em artigos disponíveis em meio eletrônico e livros pertinentes a seu objeto. Os resultados atestam que a aplicabilidade da mediação nos conflitos familiares garante a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, já que o indivíduo é priorizado em toda sua dimensão ontológica, e não somente como um dos polos judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Divórcio. Dissolução. Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

[*] Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Estácio de Sergipe. Mediadora e Instrutora de Mediação do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE). Conciliadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do TJSE.

[**] Graduada em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe (Fase). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões e Docência do Ensino Superior. Mediadora e Instrutora de Mediação do TJSE. Supervisora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do TJSE.

Um conflito pode existir sem que, necessariamente, haja um processo ou disputa judicial e a maioria deles são solucionados fora da esfera do Judiciário, de forma muito diversificada.

A judicialização dos conflitos, no entanto, incorporou-se de tal sorte à sociedade, que ao Judiciário restou o compromisso de dirimir os mais diferentes tipos de problemas, desde uma simples briga de vizinhos, cobrança de dívidas escolares e até questões políticas de maior potencial, a exemplo dos mensalões.

Nos casos específicos de família, tudo parece se resumir a questões pecuniárias. São comuns as discussões acerca da divisão patrimonial resultante dos divórcios e término das uniões estáveis ou afetivas. E essa tem sido a principal ótica do Direito de Família ao longo dos anos, qual seja, regrar e distribuir o patrimônio das famílias.

O fato é que, em inúmeras ocasiões, a decisão judicial põe fim ao processo, determinando quem fica com o que, contudo, não consegue, na maioria dos casos, alcançar os inúmeros conflitos que extrapolam o processo, o que tem por consequência a continuidade das discussões, seja no meio familiar, seja por meio dos intermináveis recursos.

A pessoa humana, como centro da relação jurídica e não somente valorada por suas posses, é o desafio apontado, requerendo ações efetivas com vistas a alcançar o conflito como um todo, abrangendo questões de sentimentos, interesses reais e comunicação, além das questões financeiras.

Nessa perspectiva, o trabalho da mediação poderá ofertar um tratamento apropriado por se diferenciar na abordagem de ações e resultados, já que trata o conflito em sua forma mais ampla e alcança a pessoa humana.

É o que Salles (2006, p. 143) evidencia ao afirmar:

> As partes, ao resolverem consensualmente uma disputa pendente entre elas, podem chegar a uma solução melhor que aquela que seja adjudicada por um juiz ou árbitro. A esse propósito, cresce a consciência quanto aos predicados das soluções de consenso. Elas são menos disruptivas das relações entre as partes, podem ser alcançadas com maior imediatidade, são menos custosas para os interessados e para o sistema judicial, além de

> permitirem abranger a integralidade do conflito, isto é, é o conjunto de controvérsias pendentes entre as partes – não apenas aquela levada a juízo.

O método utilizado para o desenvolvimento deste trabalho será essencialmente o bibliográfico. A origem das informações partirá de conteúdos extraídos de livros e artigos disponibilizados em revistas e em meio eletrônico sobre a temática da pesquisa. Utilizaremos, ainda, como método analítico, o categórico dedutivo, isto é, partindo-se do geral para o específico, com resultados projetáveis para o universo.

Dessa forma, o objetivo é demonstrar que no campo familiar e, especificamente, nas situações de divórcio e dissolução de união estável, a mediação apresenta a possibilidade de estimular seus participantes a obterem uma maior estabilidade familiar, resgatar a autonomia, promover a coexistência, reduzir antagonismos e agregar uma estabilidade emocional.

1. MEDIAÇÃO JUDICIAL

1.1 CONCEITO

É vasta a literatura sobre a mediação nos mais diversos campos de investigação, de modo que muitos são os conceitos encontrados.

Destaca-se a abordagem de Haim Grunspun (2000, p. 13), médico e psicólogo, que traça seu conceito sobre a mediação como "um processo no qual uma terceira pessoa, neutra, o mediador, facilita a resolução de uma controvérsia ou disputa entre duas partes".

No âmbito familiar, o mesmo autor informa que a mediação é mais comum para os casos de custódia e guarda de filhos e nos divórcios. Este conceito se assemelha à maioria dos emitidos pelos mais diversos estudiosos sobre o tema.

A mediação judicial tem sido praticada nos Tribunais de Justiça do país, com bastante êxito. Um conceito técnico de mediação judicial é o do professor André Gomma (2012, p. 55) que afirma ser a mediação judicial:

> Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas

> sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou orientada por um ou mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre pessoas e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

Traça, o autor, a possibilidade de realização da mediação por um mediador ou um "painel de pessoas", colocando de forma inédita essa possibilidade, apresentando-a como forma de controle de qualidade da atividade no Judiciário.

A mediação judicial é, assim, um procedimento dotado de técnicas, em que um, ou mais de um, terceiro imparcial, atua como mediador, com a finalidade de promover a comunicação entre as partes, visando facilitar o diálogo e a negociação entre as pessoas envolvidas em um conflito.

Juan Carlos Vezzulla (2006, p. 69-70), psicanalista e mediador, apresenta o seguinte conceito de mediação:

> O procedimento privado e voluntário coordenado por um terceiro devidamente habilitado que orienta o seu trabalho para que se estabeleça uma comunicação cooperativa e respeitosa entre os participantes, com o objetivo de aprofundar a análise e a compreensão do relacionamento, das identidades, necessidades, motivações e emoções dos participantes, para que possam alcançar uma solução satisfatória dos problemas em que estão envolvidos.

A mediação familiar se insere nesse contexto, e aplica-se perfeitamente a situações de divórcio e dissolução de união estável, uma vez que, com a sua amplitude de ações, possibilita o diálogo direcionado e adequado ao conflito familiar, para alcançar um entendimento possível entre as pessoas, com possibilidades reais de estabilização do sistema familiar.

1.2 TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS

Conhecer alguns fundamentos de negociação se torna necessário para o sucesso de uma mediação.

A teoria da negociação recomenda o abandono da negociação posicional para o alcance dos interesses reais das partes, que trará satisfação para os envolvidos.

Segundo Fiorelli (2008, p. 44): "Na mediação judicial, migra-se da barganha por posições, que apenas gera emoções negativas, para o reconhecimento dos interesses e busca de opções por trás das posições manifestas".

Os escritores Roger Fisher e William Ury (2005) separam quatro pontos fundamentais para uma negociação baseada nos interesses, quais sejam: 1) separação das pessoas dos problemas; 2) foco nos interesses e não nas posições; 3) geração de opções de ganhos múltiplos; e 4) utilização de critérios objetivos.

Uma situação comumente encontrada pelo mediador judicial é a barganha por posições. Este tipo de negociação tem por prática comum a desconfiança da proposta do outro lado, a informação não revelada, a sensação de estar sendo enganado e tantas outras situações, que são culturalmente inseridas nas negociações de forma ordinária, o que demonstra que a terminologia "negociação por posição" é desconhecida da maioria das pessoas, muito embora sua prática seja amplamente disseminada.

A utilidade da mediação bem aplicada, com o alcance dos interesses e abandono do posicionamento, está exatamente na condução de uma negociação mais efetiva, produtiva e que permita o alcance de soluções mais maduras frente aos conflitos, portanto, mais satisfatória. Essa forma de negociação é o que a moderna teoria do conflito chama de negociação integrativa, que leva em conta a satisfação conjunta dos indivíduos.

No Judiciário, a solução advinda da sentença, ao contrário da mediação, nas situações de divórcio, acirra os ânimos dos envolvidos e amplia os desentendimentos e desequilíbrios, já em desarmonia em função da separação.

Bacellar (2005) aponta algumas técnicas que devem ser aplicadas na mediação são: a) estabelecimento do *rapport*; b) ouvir para escutar e redefinir o conflito; c) *coach* ou liderança servidora; d) resumo ou

sumário positivo; e) inversão de papéis; f) geração de opções múltiplas; g) gerar visualização de futuro; h) não ter pressa no procedimento; i) identificar falhas e ruídos de comunicação; j) fechamento do acordo.

A primeira técnica indica o estabelecimento de uma empatia entre mediador e mediandos. O *rapport* possibilita a sintonia adequada para a comunicação. A técnica do ouvir é necessária para uma escuta atenciosa, dinâmica e sensível, além de identificar todas as variáveis do conflito. O *coach* representa a liderança desejada ao mediador. O resumo é uma técnica que pode ser aplicada logo após o relato das pessoas envolvidas no conflito, de maneira a possibilitar uma nova narrativa pelo mediador, com enfoque prospectivo. A inversão de papéis possibilita ao mediando se colocar um em lugar do outro e testar suas próprias reações naquela mesma situação. Na fase de geração de opções, o mediador deve estimular, sem julgar, o estabelecimento de grande número de opções criativas para solução do conflito. Na visualização do futuro, deve o mediador indicar que a conversa deve se direcionar ao presente e ao futuro, por ser mais importante naquele momento o alcance de soluções possíveis e viáveis a ambos, deixando de lado motivações pessoais. A percepção de que o mediador está apressado e com interesse em um deslinde rápido, no processo da mediação, poderá fazer com que a parte deixe de ser colaborativa e interrompa a comunicação, colocando a perder todo o procedimento. A identificação de falhas e ruídos na comunicação é importante, uma vez que é muito provável que tenha sido esta a causa da violência ou do desentendimento.

Por fim, ao identificar interesses, sentimentos, questões, afastando os pontos obscuros existentes atrás dos pontos posicionais, o mediador deve se ocupar de colocar, de maneira detalhada, tudo que ficou acertado, a fim de que materialize realmente uma solução duradoura.

Na atuação na área de família, Gruspun (2000) apresenta, ainda, como ferramentas de mediação, o uso de técnicas de educação, de tradução de termos complexos e de catalisador para continuidade do processo.

A educação no processo de mediação implica educar as partes para o procedimento da mediação, explicar seus procedimentos e comparar com o processo judicial. Como catalisador, deve oferecer opções para considerações, pontos de vista ou novas perspectivas. E, como tradutor, deve se utilizar de termos mais fáceis e compreensíveis e reconstruir a linguagem.

Todo o procedimento apresentado evidencia ser a mediação uma busca efetiva de diálogos, soluções construídas pelos indivíduos envolvidos na contenda, com vistas a superar o conflito, de forma construtiva, o que se apresenta muito mais apropriado para a situação de divórcio e outras contendas familiares.

1.3 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

Os princípios da mediação judicial devem ser rigorosamente observados pelo mediador em sua tarefa cotidiana, posto que dão suporte e validação a todo o procedimento. Alguns deles, citados por André Gomma (2013), no *Manual de Mediação Judicial*, são:

- Neutralidade e imparcialidade de intervenção – Por esse princípio, o mediador deve se abster de tomar partido na causa em análise, e essa atitude deve ser posta com muita clareza aos mediandos;
- Princípio da consciência relativa do processo – Os indivíduos participantes da mediação devem tomar consciência de que estão no comando da mediação, no que diz respeito a sua continuidade ou interrupção a qualquer tempo.
- Consensualismo processual – As partes devem ser consultadas e consentirem no processo da mediação, antes mesmo de se iniciar.
- Decisão informada – Os mediandos devem demonstrar, durante o processo da mediação, ter conhecimento pleno de todos os direitos que possuem e a realidade fática em que se encontram.
- Confidencialidade – As informações veiculadas na mediação não podem sofrer qualquer tipo de divulgação, nem serem utilizadas como provas.
- Empoderamento – Consiste na educação das partes para aplicação de técnicas de negociação e abordagens de comunicação, a partir da experiência no processo de mediação. Desta forma, futuros conflitos poderão ser dirimidos diretamente pela própria parte.
- Validação – Visa a humanização do conflito, por meio da identificação dos interesses reais para alcançar a empatia, compreensão e uma análise mais apropriada acerca das soluções apresentadas para atenderem a esses interesses.
- Simplicidade – Simplicidade significa a desburocratização das formas, ou seja, aproveitamento de atos, participação de pessoas

que tenham influência direta nas decisões daquele conflito.

Além desses, o autor cita os princípios que podem ainda se aplicar, a exemplo da informalidade, economia processual, celeridade, oralidade, flexibilidade, entre outros.

2. DIVÓRCIO E/OU DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O instituto do divórcio teve como marco jurídico inicial a Constituição de 1969, com a Emenda nº 9 de 28 de junho de 1977, que possibilitou a dissolução matrimonial. No entanto, esta teria que ser regulamentada pela legislação infraconstitucional.

Posteriormente, com a promulgação da Lei 6.515/77, as hipóteses de desconstituição da sociedade conjugal e do casamento foram regulamentadas. Antes, apenas se admitia o divórcio indireto, pois só poderia ser requerido após três anos de prévia separação judicial ou cautelar. Apenas, excepcionalmente, foi admitido o divórcio direto para os que, antes da promulgação da lei, já se encontravam separados de fato por um período de cinco anos. Ou seja, a presença de tantos requisitos tinha como objetivo dificultar o divórcio como uma forma de proteção à família.

O referido instituto foi respaldado de forma evolutiva nos diplomas legislativos brasileiros, notadamente na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil vigente. O divórcio direto passou a ser acessível para os separados há mais de dois anos e o divórcio indireto teve os seus prazos reduzidos.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66, em julho de 2010, o Parágrafo 6º, do art. 226, da Constituição Federal, foi alterado e instituído o divórcio direto como forma voluntária de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, sem necessidade de observância de prazo mínimo. Nesse toar, esse tema ganha repercussão social, pois irradia efeitos sobre a instituição familiar, célula da sociedade.

Segundo pontua Caroline Sátiro de Holanda (2013, p. 244):

> Observa-se que a evolução jurídica do divórcio foi trilhada com o intuito de efetivar, com plenitude, a liberdade de não permanecer casado. A EC nº

> 66 representa aquilo que Diogo Leite de Campos denomina "deslegalização" do divórcio, ou seja, o Direito Civil afasta-se para entregar o casamento e o divórcio aos costumes da sociedade civil. Seria o sentimento de cada um, animado pelas suas próprias apresentações éticas, religiosas, sociais, que regulam o divórcio.

Sobre o tema, os doutrinadores Pamplona e Stolze (2014, p. 524) assim discorrem:

> O divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando por, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente da simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, apta a permitir, por consequência, a constituir novos vínculos matrimoniais.

Nesse contexto de divórcio, sob a égide de uma Constituição cidadã e igualitária, insere-se a dissolução de união estável, já que esta foi equiparada ao casamento, conforme art. 226, parágrafo 3º. da Constituição Federal, c/c 1.723 a 1.727 do Código Civil/2002.

Essa flexibilização e facilitação do divórcio e/ou dissolução de união não devem estar dissociadas do dever de assunção de responsabilidades. Assim assevera, Diogo Leite Campos (2010 *apud* Carolina Sátiro de Holanda, 2013, p. 241):

> Dir-se-á que o casamento envolve também uma elevada dose de responsabilidade, para com o próprio, o outro, os filhos e a sociedade. Pelo que o divórcio, a admitir-se, deve conter os ingredientes necessários para obrigar os cônjuges a refletir e a assumir as suas responsabilidades. O casamento tem muito de "solidariedade" que não se pode denunciar de ânimo leve. É uma ligação para as boas e para as más horas.

O divórcio pode ser judicial ou extrajudicial. O primeiro é um procedimento mais demorado e que, na maioria das vezes, gera

aborrecimentos para os familiares, com ênfase para os filhos, que acabam se tornando objeto de disputa e de duras negociações entre os envolvidos.

É visível o aumento do número de processos em andamento, que abrange, além da questão da dissolução do vínculo/união, pensão alimentícia, guarda, visitas etc.

Dessa forma, a mediação familiar mostra-se como meio mais eficaz ao trabalhar todas as questões, interesses e sentimentos envolvidos no contexto da ruptura de um relacionamento.

O papel do mediador judicial, como bem discorre Juan Carlos Vezzulla (2013, p. 76):

> O mediador nem resolve, nem aconselha, nem sugere, porque ele não sabe de nada dessas pessoas, do que acontece com elas, nem de suas realidades, nem da questão a ser trabalhada. O mediador só sabe da forma, o como do trabalho, do diálogo e nunca o quê. (...) Os que sabem de si mesmos são os mediandos por serem pessoas com história e pré-histórias únicas que os antecedem, por formar parte de famílias e de comunidades também únicas e exclusivas, complexas e diferenciadas. Por isso os seus relacionamentos e seus conflitos também o serão. Daí que só eles sabem dos seus conflitos e da melhor maneira para resolvê-los. Isso é a base para possibilitar uma verdadeira autocomposição.

Oportuno evidenciar as formas de entidades familiares trazidas pela doutrinadora Maria Berenice Dias (2007 *apud* Flávio Tartuce, 2014, p. 37):

> a) Família matrimonial: decorrente do casamento; b) Família informal: decorrente da união estável; c) Família homoafetiva: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, já reconhecida pelos nossos Tribunais Superiores, inclusive no tocante ao casamento homoafetivo; d) Família monoparental: constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção ao Estado; e) Família aparental: decorrente da "convivência entre parentes ou

> entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito", tendo sido essa expressão criada pelo professor Sérgio Resende de Barros (DIAS, Maria Berenice. Manual..., 2007, p. 46); f) Família eudemonista: conceito que é utilizado para identificar a família pelo seu vínculo afetivo, pois, nas palavras de Maria Berenice Dias, citando Belmiro Pedro Welter, a família eudemonista "busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação dos seus membros"(Manual..., 2007, p. 52). A título de exemplo, pode ser citado um casal que convive sem levar em conta a rigidez dos deveres do casamento, previstos no art. 1.566 do CC.

Como salienta Carolina Sátiro de Holanda (2013, p. 267):

> Mais do que uma instituição jurídica, a família, na contemporaneidade, é vislumbrada como um instrumento de realização pessoal e é neste sentido que ela deve ser protegida. Proteger a família significa, antes, proteger as pessoas que fazem parte dela, mediante valorização de sua liberdade/autonomia.

A Juíza Vanessa Aufiero da Rocha *et al.* (2013) deixa claro que a família, mesmo diversificada como se apresenta na atualidade, diante do divórcio, apesar da separação, mantém vínculos, principalmente quando existem filhos resultantes da união. Relata, ainda, que o divórcio apresenta três fases distintas, quais sejam: separação, reconstrução e estabilização. Esta última podendo ocorrer em um período de dois a seis anos.

A desestabilização emocional decorre muito mais da forma como essa separação é gerida do que pela própria separação. Nessa ótica, a mediação permite reconhecer e identificar a fase emocional em que se encontram os entes separados, trabalhar a falha na comunicação e auxiliar no alcance de soluções viáveis e possíveis a cada caso que se apresente, o que dificilmente seria alcançado por uma sentença.

Nesse contexto, é salutar que ressaltemos a importância da mediação judicial na resolução de conflitos familiares instaurados como melhor meio de trabalhar os aspectos emocionais envolvidos e as atuais configurações da família brasileira.

2.2 PROCESSO JUDICIAL E A MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO E/OU DISSOLUÇÃO DE UNIÃO

No processo judicial, como se sabe, há a solução imposta pelo Estado-juiz, que acolherá ou rejeitará o pedido formulado pelo autor, ainda que parcialmente. Desse modo, estamos diante do que se costuma chamar de modelo "ganha/perde". Ao privilegiar o interesse de uma parte, em detrimento da outra, percebe-se uma atitude negativa, onde os interesses comuns sequer puderam ser trabalhados. Não se privilegia a comunicação.

Já na mediação, como já visto, são as próprias partes que chegam a um resultado, por intermédio de uma comunicação facilitada pela figura do mediador. Assim, consegue-se atingir os interesses que melhor atendem aos anseios comuns; é o que se chama de modelo "ganha/ganha".

A doutrinadora Susana Figueiredo Bandeira (2002, p. 116) discorre sobre o assunto da seguinte maneira: "O mediador é apenas um facilitador do diálogo e da autocomposição que as partes desejam, ao tentarem chegar ao acordo, e se é certo que nenhuma das partes 'perde', na realidade, pode-se dizer até que, na mediação, ambas 'ganham'".

Impende salientar a maneira como Wilson José Gonçalves (1998, p. 152-154) aborda o tema:

> A mediação, na seara do direito de família, tende a encontrar um profícuo terreno fértil, uma vez que viabiliza soluções do conflito. Ou mesmo, pode detectar o seu início e dizimá-lo por profissionais que estejam próximos aos fatos e à vida do casal. Sem contar que as resoluções e o restabelecimento da paz efetiva-se num tempo mais rápido, obtendo-se um menor desgaste nas relações familiares e, principalmente, evitando traumas quando há filhos [...]Por tais características, a mediação familiar vem reforçar as tendências atuais em permitir uma realização de justiça nesse campo, pois propicia um diálogo sem bloqueio, verdadeiro entre as partes, cada qual confiando seus motivos e razões aos mediadores, como maior autenticidade e abertura para negociação de propostas e contrapropostas, podendo atingir um consenso satisfatório. A mediação imbuída desse espírito, que se pauta

> pela mais absoluta informalidade e simplicidade dos procedimentos das decisões em que soluções não são impostas mas negociadas entre as partes, por autocomposição, elimina em grande parte os traumas gerados por decisões judiciais. Dessa forma, a mediação no âmbito do direito de família poderia ser instituída de modo a se transformar em condição *sine qua non* ao ajuizamento de qualquer ação dessa natureza, sem retirar o mérito da conciliação promovida pelo magistrado. O que viabilizaria uma reflexão mais profunda e detalhada, evitando o volume grande de ações que são propostas e que se findam por vontade das partes, exatamente por se terem iniciado de forma imatura [...]Esse espaço representa uma abertura no monopólio estatal da jurisdição. O que permite um acesso facilitado para compor soluções da regularização dos conviventes, uma vez que o Judiciário, nos moldes como se apresenta hoje, significa um poder, via de regra, traumático para quase a totalidade das questões que envolvem a família. O Judiciário representa uma decisão de fora para dentro, que deve ser aceita. Nos meios não judiciais, a solução surge de dentro para fora e deve ser aceita pelos envolvidos, uma vez que foram eles que buscaram, em seu meio, uma solução para o conflito. Incentivar que as questões privadas sejam resolvidas nessa esfera, significa, além de uma economia de tempo e dinheiro do poder público, uma solução com maior aceitação e eficácia social.

Com muita propriedade, assevera Ângela Oliveira (1999, p. 138-140):

> A solução judicial pode resolver o processo, mas não interrompe a demanda nem tampouco o deslocamento sintomático a novas lides, durante o procedimento principal, por lides marginais, ou pelas várias revisionais, ao longo de anos. A aludida autora vai mais longe, ao expor: [...] é necessário uma leitura que extrapole o âmbito legal e permita uma compreensão mais abrangente e humanizada, que inclua o sofrimento e outros

> aspectos emocionais e inter-relacionais. [...] Mais do que um outro meio de solução de controvérsias, ventilado na mídia como alternativa mais rápida ao Judiciário, inegavelmente sobrecarregado e estatisticamente incapaz de processar a projetada demanda do futuro, a mediação tem que ser ressaltada como uma mudança paradigmática e ser promovida como a cultura de humanização de vínculos e de pacificação social, sejam estes na separação e divórcio, ou em qualquer outro contexto.

Como se vê, nas causas de família, em especial, nos processos de divórcio e/ou dissolução de união, a mediação se destaca como forma alternativa e eficaz ao processo litigioso, já que as partes buscam encontrar, por si sós, as bases de um acordo duradouro e mutuamente aceitável, ao privilegiar as necessidades e interesses não só dos diretamente envolvidos, ou seja, os cônjuges, mas especialmente da própria família, notadamente os filhos.

Busca-se, com isso, a manutenção das relações e o reforço da cooperação e do consenso, além de se evitar o desgaste psicoemocional que, usualmente, ocorre em contextos judiciais.

É salutar estabelecermos a diferença entre os procedimentos competitivos e cooperativos, na visão de Morton Deutsch (1973 *apud* Vezzulla, 2013, p. 73):

> Morton Deutsch (1973, p. 20-24), descreve a diferença entre os procedimentos competitivos e cooperativos a partir da forma em que podem ser atingidos os objetivos. Se para que alguém possa alcançar uma meta, faz-se necessário que o outro ou outros não atinjam a sua, o procedimento chama-se impositivo, e se baseia na competição entre as pessoas. Pelo contrário, no procedimento cooperativo, para que alguém possa alcançar seu objetivo, será necessário que os outros também atinjam os seus.

Depreende-se que, nos conflitos submetidos ao Judiciário, resta aos envolvidos se conformarem com decisões que sempre refletem o

arcabouço cultural, ideológico e religioso do magistrado, do legislador ou dos advogados, uma vez que a cultura, a religião ou a ideologia dos envolvidos não são levadas em consideração.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ensina Cardoso (2009) que os princípios são mandados de otimização e caracterizam-se por normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Os doutrinadores Sérgio Cunha e Eros Grau (2003) abordam o tema ao afirmarem que a eminência da dignidade da pessoa humana é tão elevada que ao mesmo tempo é dotada da natureza de valor supremo e de princípio constitucional fundamental e geral, inspirador da ordem jurídica.

Com base nas definições e interpretações dadas aos direitos fundamentais, a dignidade humana pode ser considerada o princípio maior do constitucionalismo atual.

Sarlet (2006) destaca que, dentro do conteúdo da dignidade humana, está a garantia a uma identidade pessoal dos indivíduos, bem como o direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito a sua esfera particular.

O eminente doutrinador Capelletti (1988) ressalta que a aproximação do cidadão com o Judiciário e sua participação ativa na solução do litígio privilegiam o princípio da dignidade humana, por superar a formalidade excessiva do processo judicial e privilegiar o diálogo entre os cidadãos. E a moderna doutrina, há muito, afirma que num sistema jurídico moderno e igualitário, o acesso à justiça tornou-se o mais básico dos direitos humanos.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inserido na Constituição Federal como princípio nuclear a nortear toda a Constituição, apropriadamente aposto nesta discussão, deve instigar o operador do direito a novas reflexões, com vistas a abarcar soluções que extrapolem o legalmente estabelecido e obedecido, ofertado na sentença, ampliando as opções de soluções de conflitos, para tratar não só de questões patrimoniais, mas também de interesses outros que somatizam e acirram as discussões processuais e patrimoniais.

Importante ressaltar, como discorre Braganholo (2004), que o novo desafio que se aponta está justamente em enxergar o indivíduo em sua

dimensão ontológica e não somente como pólo extremo de relações jurídicas.

A mediação, em sua visão transformadora, é um dos meios de alcance do justo para as partes, já que permite o restabelecimento de relações rompidas após o conflito. Nas situações de divórcio e dissolução de uniões afetivas, permite identificar e trabalhar interesses familiares reais, e não somente os aparentes e os sentimentos manifestos, solucionando as questões por meio de opções criadas e refletidas por ambas as pessoas envolvidas.

Essa humanização do Judiciário, que se pretende com a utilização da mediação nos conflitos familiares, em que se engloba o divórcio e a dissolução de união estável, é o atendimento real ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideal de justiça vinculou-se às decisões realizadas pelo Poder Judiciário. A realidade, porém, tem demonstrado que nem sempre as sentenças alcançam o senso de justiça pretendido pela sociedade.

A justiça se concretiza pela mediação transformadora, na medida em que visa a capacitação, por meio da autonomia das próprias partes para que, no futuro, possam, elas próprias, comporem seus conflitos.

Refletir e buscar ações que levem em conta a pessoa humana em primeiro lugar, significa atender a esse princípio constitucional.

Da decisão de separação entre os casais até sua concretização real e efetiva, são vários os estágios psicológicos pelos quais passam as partes envolvidas no divórcio. O processo judicial, nesse contexto, em grande parte dos sistemas familiares, afasta as pessoas, acirra discussões e amplia os sofrimentos, uma vez que estimula as disputas.

Realizar mediação, com a melhoria da comunicação entre os seres envolvidos no litígio, auxiliando na inicialização de novos parâmetros para um relacionamento possível, e que permita uma conversação e um entendimento sobre os envolvidos no processo do divórcio e dissolução de união, representa elevar a pessoa humana ao patamar da sua máxima dignidade.

O princípio da dignidade humana, presente em todo processo da mediação, engloba o atendimento a um desejo do ser humano por uma ordem jurídica justa.

Nas questões familiares, a sentença, mesmo que em tempo hábil, não consegue alcançar ou solucionar o conflito em todas as suas dimensões, conforme estudos apresentados, uma vez que é patente a exclusão de questões afetivas inadequadamente isoladas de todo o processo judicial.

As questões familiares postas ao Judiciário subsumem-se à divisão patrimonial, na maioria das ações de divórcio e dissolução de união estável. Contudo, a seu redor, outros conflitos se apresentam e se somam a sentimentos não alcançados pela sentença, e, em muitos casos, estimulam as disputas externas ao processo, o que aumentam os desentendimentos.

Esse modelo jurídico vem sendo questionado e hoje busca-se sua modificação para um modelo de Estado de Jurisdição inclusivo, no qual ocorra o diálogo com os mais diferentes conjuntos de atores da sociedade.

A mediação apresenta um modelo de justiça construído pelas próprias partes, portanto, personalizado, com soluções trazidas pelos protagonistas do conflito e alcançando a justiça de cada um.

A realidade tem mostrado que, ao se alcançar soluções consensuais, não há do que recorrer. Mostra, ainda, que uma vez destravada a comunicação com a solução dos conflitos mais difíceis, os próximos problemas encontram solução mais facilmente pelo mesmo caminho: o diálogo. É o empoderamento, o processo educacional presente na mediação judicial.

Esta é a proposta da mediação. Retomar o diálogo em lugar de privilegiar o lado adversarial, presente e comum no Direito, é o que se propõe para os processos de família, o que se aplica com muita propriedade aos casos de divórcio e de dissolução de união estável.

A mediação se volta para a cooperação e permite despertar, naqueles que desfizeram o vínculo conjugal, o desejo de assumir suas próprias vidas, fortalecidas pela capacidade de dialogar em busca de soluções mais amenas para os conflitos que surgirem.

Na mediação, reconhece-se que as emoções são tão parte do problema quanto sua solução e, se corretamente tratadas, facilitam a negociação para obtenção das opções mais adequadas que permitam reorganizar funções, papéis e obrigações do grupo familiar.

Como bem assevera Oliveira (1999), ao permitir elaborar todos os níveis do conflito, o resultado será a repulsão às ações judiciais e a valorização da percepção de que o vínculo marital se rompe, contudo o vínculo parental pode se manter em equilíbrio, ao se criar novas regras de convivência e de prevenção de conflitos futuros.

A dignidade da pessoa humana se concretiza nas ações que primam pelo atendimento ao ser humano, atendimento este personalizado, que leve em conta as diferenças, os interesses reais e o resgate das relações. A mediação permite o atendimento a esta garantia, a sentença não.

___

JUDICIAL MEDIATION: INSTRUMENT OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY IN DIVORCE ACTIONS AND DISSOLUTIONS OF STABLE UNION

ABSTRACT: This current work aims to analyze the judicial mediation in divorce actions and dissolutions of stable union as an instrument of applicability of the principle of human dignity. It is an important alternative method of conflict resolution, which has been absorved as a proceeding to make the most equitable and legitimate legal process to better meet the personal desires, and especially the dignity of the human being. Thus, it tries to adress the practical implications of this method in solving family conflicts, with emphasis on the divorce proceedings and dissolution of stable union inserted in the Brazilian legal system, in order to better serve social demands and achieve pacification. The methodology used in the research, was essentially bibliographic, based on available electronically articles and books relevant to its object. The result shows that the applicability of mediation in family conflicts guarantees the effectiveness of the principle of human dignity, since the individual is prioritized in all its ontological dimension, and not only as one of the judicial poles.

KEYWORDS: Mediation. Divorce. Dissolution. Dignity of the Human Person.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais*. A nova mediação paraprocessual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BANDEIRA, S.F. *A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios*. In: Julgados de Paz e Mediação: um novo conceito de justiça.

Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2002.
BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. 65. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
CAPPELLETTI, Mauro et al. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação:* a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos fáticos. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
CUNHA Sérgio Sérvulo da; GRAU Eros Roberto (Org). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Editora Malheiros, São Paulo, 2003.
FIORELLI, José Osmir et al. *Mediação e solução de conflitos*. Teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.
FISHER, Roger et al. *Como chegar ao sim:* a negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro. Editora Imago, 2005.
FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 17. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.
GAGLIANO, Pablo Stolze., PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, Direitos de Família*. Volume VI. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 2014.
GONÇALVES, Wilson José. *União Estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento*. São Paulo, 1998.
GRUNSPUN, Haim. *Mediação familiar:* o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.
MENEZES de, Joyceane Bezerra; Matos, Ana Carla Harmatiuk (Org.) *Direito das famílias: por juristas brasileiros.* São Paulo. Editora Saraiva, 2013. Vários autores.
NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito civil*: família. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.(Coleção manuais instrumentais para a graduação).
OLIVEIRA, A. *Mediação familiar*: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: OLIVEIRA, Â. (Coord.). *Mediação*: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999.
ROCHA, Vanessa Aufiero da. (Org.). *Cartilha do Divórcio para os pais*. Brasília/DF: Ministério da Justiça; Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam), 2013.

SANTOS FILHO, José Camilo dos. *Pesquisa Educacional*: quantidade-qualidade. Sílvio Sanches Gamboa (Org). 5. ed. São Paulo, Cortez, 2002.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça*: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa (Org.) Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.
SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo. Editora Atlas, 2014.
TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: direito de família. v. 5, 9. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo. Editora Método, 2014.
VEZZULLA, Juan Carlos. *Adolescentes, Família, Escola e Lei*. A Mediação de Conflitos. Lisboa: Comunicação, 2006.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E SUA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA

Fabrício Emmanuel Lima Santos*

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade abordar o tema constituição do crédito tributário e sua constituição definitiva. A proposta é analisar o crédito tributário, juntamente com a obrigação tributária, o fato gerador e o lançamento, a fim de tecer um raciocínio jurídico coeso, sistemático e linear sobre a constituição do crédito tributário e sua constituição definitiva, a fim de tentar suplantar várias divergências sobre a matéria, numa abordagem teórica com respaldo em doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Crédito Tributário. Lançamento. Constituição. Definitividade.

ÁREA DO DIREITO: Tributário.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a temática acerca da constituição do crédito tributário e sua constituição definitiva, através da contraposição de critérios interpretativos.

O objeto deste estudo se perfaz por um exame aprofundado dos aspectos do crédito tributário, especificamente no tocante ao lançamento e sua constituição.

A proposta do trabalho se desenvolve em torno do exame da legislação aplicável ao tema, junto à captação de estudos de diversos doutrinadores consagrados, bem como do entendimento formado no âmbito da jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, analisando e confrontando os raciocínios divergentes.

* Pós-graduando em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Pós-graduando em Direito Processual Civil. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado.

A importância do tema abordado se revela em face de não haver corrente firmemente dominante acerca deste, além de não haver estudos estritamente direcionados à temática abordada.

A relevância do Direito Tributário tem crescido no cenário jurídico nacional, tendo em vista o aumento na quantidade de estudiosos e profissionais nesta área do saber jurídico.

Assim, como tema deste trabalho, temos a análise da constituição do crédito tributário e sua constituição definitiva, plenamente justificável ante as controvérsias e necessidade de estudos que venham a contribuir na consolidação de entendimentos acerca da matéria.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, FATO GERADOR E CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Antes de se analisar acerca da constituição do crédito tributário, faz necessário discorrer sobre obrigação tributária, fato gerador e o próprio crédito tributário.

Obrigação é um termo de natureza civil, que remonta à ideia de uma relação de deveres entre dois ou mais sujeitos. A doutrina civilista, por meio de seus vários mestres, conceitua a obrigação como sendo "o vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigi-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor"[1].

A relação obrigacional pode envolver duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, que se dispõem em dois polos: ativo e passivo.

O sujeito ativo é aquele que detém o crédito referente a uma obrigação (em suma, dar, fazer ou não fazer), que deverá ser satisfeita pelo sujeito passivo, que é o devedor da referida prestação obrigacional.

A Obrigação Tributária, por sua vez, remonta a uma relação de direito público, com características próprias, definida no Código Tributário Nacional em seu art. 113, *in verbis:*

> Art. 113 - A obrigação tributária é principal ou acessória.
> § 1.º - A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se

> juntamente com o crédito dela decorrente.
> § 2.º - A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
> § 3. º - A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Diversamente da relação civil, a obrigação tributária não pode ser estipulada ou alterada por contrato ou convenção particular, sendo decorrente apenas da lei, e subdivide-se em principal e acessória.

A doutrina classifica obrigação tributária da seguinte forma:

> Obrigação Tributária é o vínculo que une duas pessoas, uma chamada sujeito ativo (Fisco) e outra, sujeito passivo (contribuinte), que, em vista de esta última ter praticado um fato gerador tributário, deve pagar àquela certa quantia em dinheiro denominado tributo.[2]

A obrigação acessória não se confunde com a ideia de acessório ou pertença do direito civil. Tal preceito refere-se a um encargo ao contribuinte de fazer ou deixar de fazer, como escriturar livro contábil ou preencher declaração, *verbi gratia*.

Sobre este aspecto, o Professor Hugo de Brito Machado leciona que, *in verbis*:

> O ser acessória, em Direito Privado, significa estar ligada a uma outra determinada obrigação. O caráter de acessoriedade manifesta-se entre uma determinada obrigação, dita principal, e uma outra, também determinada, dita acessória. No Direito Tributário não é assim, mas o caráter de acessoriedade não deixa de existir, embora sob outro aspecto.
> Realmente, em Direito Tributário as obrigações acessórias não precisariam existir se não existissem as obrigações principais. São acessórias, pois, neste sentido. Só existem em função das

> principais, embora não exista necessariamente um liame entre determinada obrigação principal e determinada obrigação acessória. Todo o conjunto de obrigações acessórias existe para viabilizar o cumprimento das obrigações principais.[3]

A obrigação principal, por sua vez, tem natureza pecuniária, ou seja, refere-se diretamente a pagar determinada quantia, e advém da ocorrência do fato gerador.

Deve-se assentar que, a inobservância à obrigação acessória faz nascer uma penalidade pecuniária, logo, uma obrigação principal.

Não se pode olvidar, todavia, que as normas de direito privado podem ser utilizadas pelo Direito Tributário, haja vista que muitos dos conceitos são advindos do Direito Civil, conforme preconiza o próprio Diploma Tributarista[4].

Nesta perspectiva, Hable faz alusão à possibilidade excepcional de utilização de normas de direito privado para dirimir eventual dúvida acerca da Obrigação Tributária. Neste sentido, *in verbis*:

> Obrigação Tributária, por sua vez, é uma espécie do gênero obrigação, ou seja, uma relação entre sujeitos de deveres jurídicos, que apresenta características próprias, diferenciando-se das demais obrigações. Não se pode, porém, negar o valor das normas de direito privado obrigacional para a solução de eventuais percalços.[5]

Em suma, a obrigação tributária é o vínculo jurídico, com arrimo exclusivo na legislação tributária, entre o contribuinte e o Estado, pelo qual este pode exigir do particular uma prestação positiva ou negativa.

Por outro lado, a Obrigação Principal é fruto da ocorrência do fato gerador, que, em resumo, é a concretização da previsão contida na norma tributária.

Essa previsão legal é denominada de hipótese de incidência, que a doutrina, desde muito antes, bem define nos seguintes temos:

> a situação geral e abstrata que aparece com a promulgação da lei tributária, que contém um pressuposto de fato tido juridicamente como

> necessário e suficiente para dar nascimento à respectiva obrigação tributária, ao lado de uma determinação de certa consequência jurídica, no caso de se concretizar essa hipótese legal de incidência[6]

A hipótese de incidência define a situação e todos os elementos necessários à existência da obrigação tributária.

Restando-se, pois, configurada a situação descrita na lei tributária, tem-se a ocorrência do fato gerador, incidindo, logo, a norma abstrata.

O citado mestre Hugo de Brito Machado bem resume o conceito nos seguintes dizeres:

> A expressão *hipótese de incidência* designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão *fato gerador* diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A *hipótese* é simples previsão, simples descrição, enquanto o *fato* é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto.[7]

Ad argumentandum, é certo que a hipótese de incidência tem que, necessariamente, estar prevista em lei, conforme consubstanciado na Constituição Federal, pelo princípio da legalidade tributária8.

Assim, a ocorrência do fato gerador, com prévia9 existência de lei definidora da hipótese de incidência, faz nascer a obrigação tributária.

A incidência da norma tributária no mundo dos fatos faz nascer a obrigação tributária e, a partir desta, a administração pública poderá exercer seu direito de constituir o crédito tributário, que representa a própria obrigação tributária de forma líquida, certa e exigível.

Neste sentido, parte da doutrina entende o crédito tributário da seguinte forma:

> Crédito tributário é a denominação dada pelo Código Tributário Nacional à obrigação tributária, vista sob o ângulo do sujeito ativo, ou seja, ao direito de crédito da Fazenda Pública, já

> apurado pelo lançamento e dotado de certeza, liquidez e exigibilidade.[10]

Em outras palavras, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária possui o direito de formalizar a obrigação tributária, constituindo um direito para si, qual seja, o crédito tributário.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 139, estabelece que "o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta", ou seja, trata-se de um direito reflexo da obrigação tributária principal, que, em suma, é o dever legal de pagar o *quantum* devido em virtude da ocorrência do fato gerador.

Conclui-se que a obrigação acessória não produz direito a crédito tributário, mas apenas a obrigação principal, visto que somente esta possui natureza pecuniária. Outrossim, como já explanado, o descumprimento da obrigação tributária acessória faz nascer uma obrigação principal e, consequentemente, o direito ao respectivo crédito.

O crédito tributário é, portanto, o "vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo), pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo) o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)"[11].

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

O mestre Paulo de Barros Carvalho, aduzindo sob aspectos da técnica jurídico-linguística, tece os seguintes comentários sobre o que viria a ser, no sistema jurídico, o lançamento tributário:

> (...) creio que seja a hora de dizer, novamente, e com todas as letras, que a previsão abstrata que a lei faz, na amplitude de sua generalidade, não basta para disciplinar a conduta intersubjetiva da prestação tributária. Sem uma norma individual e concreta, consistindo em linguagem o evento contemplado na regra-matriz, e instituindo também em linguagem o fato relacional, que

> deixa atrelados os sujeitos da obrigação, não há que se cogitar de tributo. Seria até um desafio mental interessante tentar imaginar caso de incidência específica da regra-padrão, numa hipótese individualizada, sem a expedição de ato de aplicação. Eis uma tarefa impossível! E esse ato aplicativo será, inexoravelmente, um segmento de linguagem que tanto pode ser produzido pela entidade tributante como pelo próprio sujeito passivo, nos casos em que a lei determinar.[12]

Lançamento é, assim, o termo utilizado pelo Código Tributário Nacional para denominar o ato administrativo através do qual a autoridade administrativa verifica a ocorrência do fato gerador, define o montante, identifica o sujeito e constitui o crédito tributário.

Assim dispõe o art. 142, do CTN, *ipsis litteris*:

> Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
> Parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Dessa forma, pelo lançamento, a autoridade fiscal constitui o crédito tributário, ou seja, torna líquido, certo e exigível a obrigação tributária.

Muito embora o texto da lei expresse o termo procedimento, a doutrina possui muita divergência quanto à questão de se o lançamento é ato ou procedimento administrativo.

Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, exímios tributaristas, defendiam as duas vertentes, de forma que "o lançamento, como atividade privativa da autoridade administrativa, pode ser um procedimento e pode ser um ato. Depende das circunstâncias de cada

caso"[13].

Em obra mais recente, o professor Hugo de Brito Machado trilhou no sentido de que se trata o lançamento de verdadeiro procedimento administrativo, *in verbis*:

> Lançamento tributário, portanto, é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência fato gerador da obrigação correspondente, identificar o sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.[14]

Outra parte da doutrina classifica o lançamento como ato ou série de atos, mas não um procedimento. Neste sentido:

> Na doutrina, o lançamento tem sido definido como o ato, ou série de atos, de competência vinculada, praticado por Agente do Fisco, para verificar a realização do fato gerador em relação a determinado contribuinte, apurando qualitativa e quantitativamente o valor da matéria tributável; segundo a base de cálculo e, em consequência, o liquidando o *quantum* do tributo a ser cobrado.[15]

Por seu turno, o autor Ricardo Alexandre expõe o lançamento como um ato administrativo precedido de várias providências preparatórias, *in verbis*:

> Procedimento é um conjunto de atos sistematicamente organizados para a produção de determinado resultado. A maioria da doutrina entende que o lançamento é um ato administrativo, apesar de ser resultante de um procedimento administrativo. Quando se entra na essência do lançamento, percebe-se que a autoridade administrativa realiza várias atividades conducentes à produção do ato final. Faz-se a identificação do sujeito passivo, a determinação

> da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido. Nenhum desses esforços, contudo, pode ser considerado como ato integrante de um procedimento, mas sim um conjunto de providências preparatórias para a produção de um único ato, o lançamento final.[16]

Entrementes os entendimentos expostos, deve-se entender o lançamento como ato administrativo em seu sentido amplo, não apenas como um ato singular.

Ato administrativo desdobra-se em duas acepções: o processo administrativo e o produto deste.

Neste sentido, Hely Lopes Meireles leciona que "ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos"[17].

De Santi, nesta perspectiva, ensina que a referida "manifestação serve tanto para denotar o ato de se manifestar (processo) como o resultado deste ato (produto)"[18].

De mesmo alvitre, Paulo de Barros Carvalho assevera que:

> (...) "lançamento" é uma palavra que padece do problema semântico da ambiguidade, do tipo "processo/produto", como tantas outras nos discursos prescritivo e descritivo do direito. É lançamento o processo de determinação do sujeito passivo e apuração da dívida tributária, como é lançamento, também, a norma individual e concreta, posta no sistema com a expedição do "ato de lançamento".[19]

Desta forma, o ato administrativo deve ser entendido como manifestação da Administração Pública, de sorte que o lançamento tributário compreende tanto o processo administrativo como um todo - atos preparatórios, atos ordenados em determinado procedimento (forma) e atos sucessivos não ordenados – e o produto deste, qual seja o lançamento final.

Assim o lançamento não deve ser compreendido apenas como

um procedimento (forma) ou um ato singular, mas sim como uma manifestação da autoridade administrativa, que identifica o sujeito passivo, determina a matéria tributável e calcula o montante do tributo devido.

Logo, certo é que o termo lançamento possui dúplice sentido, que abrange o processo de lançamento, e o lançamento como resultado deste processo.

Outra grande controvérsia doutrinária é quanto à classificação da natureza jurídica do lançamento em declaratória ou constitutiva.

Muito embora a literalidade legal utilize o termo constitui, a polêmica se faz importante na medida em que a natureza constitutiva congloba todos os atos que modifiquem o direito, e a natureza declaratória apenas declara uma situação jurídica preexistente, sem alterar as estruturas jurídicas.

O renomado autor Baleeiro defende o lançamento como sendo ato administrativo de natureza meramente declaratória, visto que:

> não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina faz, certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espaçando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc). Pode comparar-se com o processo de liquidação e execução depois da fase cognoscitiva. Daí a importância prática de estabelecer-se a natureza jurídica do lançamento, porque seus efeitos seriam diversos se fosse constitutivo e não declaratório.[20]

Entretanto, deve-se entender o lançamento em sua natureza dúplice, ou seja, declaratória e constitutiva, ao passo que declara a obrigação tributária e o fato gerador, sem nada alterar, e ao mesmo tempo constitui o crédito tributário, posicionamento compartilhado por grande parte da doutrina, *in verbis*:

> A natureza jurídica do lançamento é declaratória e constitutiva, aspectos que se extraem de uma leitura atenta do art. 142 do CTN. Declaratória: porque nada cria, uma vez que se limita a declarar (verificar, certificar) uma situação jurídica (f.g.) que

> ocorreu. Constitutiva: porque individualiza essa situação, apurando o montante do tributo devido, constituindo o crédito tributário.[21]

Comentando acerca deste tema o doutrinador Ricardo Alexandre bem salientou que:

> Aliás, a análise de qualquer lançamento realizado por autoridade fiscal demonstra na prática o que aqui se tenta explanar teoricamente. O documento que instrumentaliza o lançamento – um auto de infração, por exemplo – é redigido, em sua maior parte, em tempo pretérito, declarando que num momento passado ocorreu o fato gerador de determinado tributo ou penalidade. A autoridade, por exemplo, declara que, em certa data, certo sujeito teve a disponibilidade econômica de rendimentos (fato gerador de imposto de renda) ou promoveu a saída de mercadoria de estabelecimento comercial (fato gerador do ICMS) e, com base nisso, constitui – neste ponto passa-se a utilizar o tempo presente na redação do documento – o crédito tributário respectivo.[22]

O Superior Tribunal de Justiça também consolidou posicionamento no sentido de que "o crédito tributário não surge com o fato gerador. Ele é constituído pelo lançamento"[23].

O mestre Paulo de Barros Carvalho, acerca da incidência tributária, faz grande reflexão quanto à natureza jurídica do lançamento:

> Na verdade, os efeitos declaratórios e constitutivos coexistem, manifestando-se ambos com grande estabilidade no ato jurídico coadministrativo de lançamento. De um lado, terá ele, invariavelmente, a eficácia declaratória: como o enunciado de fato de se refere a uma situação que já se consumou no tempo, expressa em verbo sempre no pretérito, não pode deixar de ser declaratória deste evento. Por outro lado, o aspecto constitutivo também o acompanha a cada passo, visto que é pelo ingresso

> do ato no ordenamento positivo que nascem os direitos subjetivos e os deveres subjetivos contrapostos.[24]

O citado doutrinador, na referida obra acima, aduz, com propriedade, em seu raciocínio, a ressalva de que o efeito declaratório é em relação a evento que se amolda à hipótese de incidência descrita na lei, mas, no entanto, não possui força por si só de fazer subsistir a obrigação tributária pecuniária, que apenas nasce com a constituição do crédito pelo ato da entidade tributante ou do particular.

Segundo esta perspectiva, de fina percepção teórica, o lançamento seria declaratório do evento e constitutivo da obrigação (esta traduzida no crédito tributário).[25]

Assim, observando a ressalva acima, lançamento é o ato administrativo privativo da autoridade fiscal, através do qual se declara a obrigação tributária (ou o evento do qual ela decorre), identifica-se o sujeito passivo e calcula-se o montante devido, tornando aquela líquida, certa e exigível, constituindo, então, o crédito tributário.

Merece destaque que, em não sendo satisfeito o crédito tributário pelo sujeito passivo, o Fisco procederá à inscrição do crédito na Dívida Ativa, que nada mais é do que um banco de dados dos devedores e, a partir de então, poderá promover uma execução fiscal contra o contribuinte inadimplente ou o responsável tributário.

Não se deve confundir inscrição em dívida ativa com lançamento, visto que, para se proceder à inscrição do crédito, o lançamento tem que estar consumado, ou seja, aquele ocorre em momento posterior a este.

Analisadas as características acerca do lançamento, é necessário delinear que o lançamento pode se dar por três modalidades: de ofício, por declaração e por homologação.

Lançamento de ofício é totalmente realizado pela autoridade administrativa, e ocorrerá nos casos previstos no art. 149 do Código Tributário Nacional, *ipsis litteris*:

> Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
> I - quando a lei assim o determine;

> II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;
> III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
> IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;
> V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;
> VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
> VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
> VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
> IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.
> Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não existindo o direito da Fazenda Pública.

Da leitura do dispositivo acima, percebe-se que, em regra, o lançamento de ofício possui caráter subsidiário às demais modalidades, e necessário quando apuradas irregularidades, por meio do conhecido auto de infração.

O lançamento por declaração ou misto, previsto no art. 147[26] do CTN, é realizado de ofício pela autoridade fiscal, mas apenas após o contribuinte entregar declaração contendo as informações de fatos

indispensáveis.

Quase em desuso, esta referida modalidade é utilizada, por exemplo, em relação ao imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis e direitos a estes relativos – ITBI, bem como no imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação – ITCD[27].

O lançamento por homologação, que ocorre na grande maioria dos casos, é por completo realizado pelo contribuinte, cabendo apenas à autoridade fiscal, dentro do prazo legal, homologar tal atividade do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional regula a matéria por meio de seu art. 150, *in verbis*:

> Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.
> § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.
> § 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.
> § 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.
> § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A sistemática apresentada pelo dispositivo susomencionado consiste basicamente em o próprio contribuinte apurar o *quantum* devido e antecipar o recolhimento a qualquer ato da Fazenda Pública, que apenas posteriormente deverá fiscalizar o ato particular e homologá-lo, se devido.

O mestre Paulo de Barros Carvalho leciona, sobre esta modalidade de lançamento, que, *in verbis*:

> A conhecida figura do lançamento por homologação é um ato jurídico administrativo de natureza confirmatória, em que o agente público, verificado o exato implemento das prestações tributárias de determinado contribuinte, declara, de modo expresso, que obrigações houve, mas que se encontram devidamente quitadas até aquela data, na estrita consonância dos termos da lei. Não é preciso dispender muita energia mental para notar que a natureza do ato homologatório difere da do lançamento tributário. Enquanto aquele primeiro anuncia a extinção da obrigação, este outro declara o nascimento do vínculo, em virtude da ocorrência do fato jurídico.[28]

Não obstante de fato seja o contribuinte que realize o lançamento, isto não se revela verdadeiro de direito, por conta do requisito formal previsto no art. 142, do CTN, pelo qual o lançamento é ato privativo da administração pública, de sorte que o termo autolançamento não se revela adequado, embora seja amplamente utilizado para se referir a lançamento por homologação, segundo o ensinamento da doutrina, *in verbis*:

> O Código Tributário Nacional, partindo do pressuposto corrente de que lançamento é ato privativo da Administração Pública (art.142), não adotou a expressão comumente utilizada pela legislação e doutrina de outros países (*autoaccertamento* para os italianos ou *autoliquidación* para os espanhóis) – autolançamento – para designar a espécie de

> lançamento prevista no art. 150. Somente é lançamento, no sentindo técnico-jurídico, o ato jurídico emanado da Administração. Particular não pratica ato administrativo, não lança tributo, por isso mesmo, inteiramente cabível a terminologia legal: lançamento por homologação.[29]

De mesma forma, o termo lançamento por homologação de todo não se revela correto, pois não há lançamento propriamente dito, mas homologação do ato particular, que possui natureza apenas confirmatória, ou seja, diversa do lançamento tributário.

Em reflexão sobre os fundamentos jurídicos da incidência, o mestre Paulo de Barros Carvalho discorreu com propriedade acerca destas peculiaridades do lançamento por homologação, nos seguintes termos:

> Há espécies tributárias que requerem a expedição de um ato administrativo, veiculando a norma individual e concreta do lançamento. N'outras, contudo a norma de aplicação da regra-matriz de incidência fica a cargo do sujeito passivo, de tal modo que, ocorrido o evento no mundo físico-social, encontrará ele nos textos do direito positivo todas as informações necessárias à apuração do débito, bem como os prazos e demais condições em que a quantia apurada deva ser recolhida aos cofres públicos. Nessas circunstâncias, caberá à entidade tributante fiscalizar os atos praticados, controlando, dessa maneira, o fiel cumprimento das obrigações tributárias. Trata-se aqui de um desempenho de controle, em que o fisco, zelando na defesa de seus interesses, realiza atividades de verificação. Podendo atestar a regularidade da conduta prestacional do devedor, que observou adequadamente os ditames da lei, a Fazenda dá-se por satisfeita, exarando termo em que declara nada ter a exigir: é o que de "homologação expressa de lançamento". Todavia, ao certificar qualquer desacordo na atividade identificadora ou apuradora exercida pelo sujeito passivo, passa a substituí-lo, lavrando ato de lançamento,

> e, caso venha a surpreender um ilícito, aplica, conjuntamente, as medidas as medidas sancionatórias cabíveis, compondo uma peça denominada "auto de infração".
> (...)
> O ato de homologação, por atividade comissiva ou omissiva do ente que tributa, não dá caráter de "lançamento" aos expedientes praticados pelo sujeito passivo. Entendo que antes disso, ao relatar em linguagem competente (na forma da lei) o acontecimento do evento, e ao passar igualmente em linguagem adequada os termos compositivos da relação jurídico-tributária, determinando o objeto da conduta prestacional e todas as condições que tornam possível o recolhimento do correspondente valor, terá o administrado emitido uma norma individual e concreta que equivale, enquanto fonte normativa, ao ato jurídico-administrativo de lançamento. A homologação, assim expressa que tácita, é um ato de fiscalização do Poder Administrativo, e ele o exerce sobre as atividades do contribuinte, como em relação às suas próprias, mediante os procedimentos de controle de legalidade a que submete os atos praticados por seus agentes (...)[30]

Observa-se, então, que, em estando correta a apuração realizada pelo sujeito passivo, não haverá lançamento, mas apenas homologação, ou seja, confirmação.

Tem-se, pois, um caso singular em que o crédito não se constitui pelo lançamento, mas sim pelo ato do contribuinte.

Neste diapasão, Santi leciona que:

> o contribuinte que se encontra obrigado, segundo a forma prevista na legislação a formalizar o crédito tributário, subsume o evento tributário à regra-matriz de incidência e determina o *quantum debeatur.* Definido o montante do tributo, efetua o pagamento, que pressupõe a formalização do crédito.[31]

Como bem salientado no trecho acima, nos termos do §1º, do art. 150, do CTN, o pagamento antecipado extingue o crédito tributário, ou seja, pressupõe-se sua constituição, mesmo antes de qualquer ato do Fisco.

Assim, em sendo correta a declaração do contribuinte, mas este recolheu o valor devido a menor, poderá a autoridade fiscal, desde logo, inscrever a diferença em dívida ativa, visto que o crédito já se encontra constituído.

Ao fiscalizar, a autoridade administrativa deverá homologar o ato particular, ou, em verificando alguma irregularidade, proceder ao lançamento de ofício suplementar ou lavratura de auto de infração.

Entretanto, o direito de proceder a esta fiscalização se esgota em cinco anos, sendo certo que, passado este prazo, não mais poderá o Fisco constituir o crédito corretamente.

Grande parte da doutrina denomina o efeito do transcurso deste prazo como sendo uma homologação tácita da autoridade fiscal, contudo este termo se revela inadequado, na medida que "não há ato administrativo tácito que homologa o crédito formalizado pelo particular: é a decadência do direito da administração efetuar de ofício este 'lançamento' (art. 150, § 4º) que outorga definitividade ao crédito tributário instrumental"[32].

4. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E SUA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA

O mestre Paulo de Barros Carvalho conceitua o que se significa constituir o crédito tributário, *in verbis*:

> Desse modo, entendo que o crédito tributário só nasce com sua formalização, que é o ato de aplicação da regra-matriz de incidência. Formalizar o crédito significa verter em linguagem jurídica competente o fato e a respectiva relação tributária, objetivando o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto da prestação, no bojo de norma individual e concreta. Essa é a configuração linguística *hábil para constituir fatos e relações jurídicas, sendo o veículo apropriado à sua introdução no ordenamento.*

> Cumpre assinalar que a formalização e consequente constituição do crédito tributário podem ser feitas tanto pela autoridade administrativa, por meio do lançamento (artigo 142 do CTN), quanto pelo próprio contribuinte, em cumprimento a normas que prescrevem deveres instrumentais (art. 150 do CTN).
> Cabe à autoridade administrativa ou ao contribuinte, conforme o caso, aplicar a norma geral e abstrata, produzindo norma individual e concreta, nela especificando os elementos do fato e da obrigação tributária, com o que fará surgir o correspondente crédito fiscal.[33]

Conforme analisado, o crédito tributário é constituído pelo lançamento realizado pela autoridade administrativa, nos termos do art. 142, do CTN, de ofício, por meio de auto de infração, ou por meio da declaração do contribuinte.

Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a entrega pelo contribuinte ao Fisco da declaração correta do tributo devido constitui o crédito tributário.

Aliás, o termo lançamento por homologação não está devidamente correto, visto não se tratar de um lançamento propriamente dito, haja vista que realizado por um particular e não pela administração pública.

É, pois, um caso *sui generis* em que o crédito é constituído pelo particular e não pela autoridade administrativa.

Tal entendimento encontra-se sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pela edição da Súmula nº 436, que versa:

> Entrega de Declaração pelo Contribuinte Reconhecendo Débito Fiscal - Crédito Tributário - Providências do Fisco.
> A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.[34]

Assim, o Fisco apenas vai homologar a atividade do particular, caso esteja devidamente correta.

Disso se conclui que, no caso de o contribuinte não adimplir o crédito, será desnecessário a autoridade administrativa efetivar lançamento de ofício, podendo de pronto promover a inscrição do crédito em dívida ativa.

Neste caso, o Fisco homologará a atividade do particular (autolançamento), e executará o *quantum debeatur*.

Parte da jurisprudência entende que tal regra apenas se aplica em se tratando de recolhimento a menor. Neste sentido, caso não haja recolhimento algum por parte do sujeito passivo, a autoridade administrativa deverá promover o lançamento de ofício.

A jurisprudência da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça caminha nesta direção, firmando posicionamento de que "em não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN "[35].

Em outro julgado, o mesmo órgão entendeu que "em se tratando de tributo declarado e não pago, impõe-se o lançamento de ofício, sendo que a prévia declaração, por si só, não constitui óbice para a aplicação de eventuais penalidades previstas na lei tributária"[36].

Parte da doutrina, principalmente por meio do autor Bergamini, defende esta vertente, aduzindo que, *in verbis*:

> A recusa, ao contribuinte, de Certidão Positiva com Efeito de Negativa pressupõe, evidentemente, a existência de crédito tributário devidamente constituído. Entretanto, penso que a mera declaração do tributo sem o respectivo pagamento não tem o efeito de constituir o crédito tributário. E se assim o é, como de fato parece ser ante o firme raciocínio construído alhures, então é de se reconhecer que o verbete da Súmula nº 446 do STJ carece de validade, porquanto se baseia em premissa que não conforma ao sistema jurídico posto. Se tomado como verdadeiro o entendimento aqui firmado, então o STJ acabou por consagrar a possibilidade de a administração tributária recusar a certidão sem um crédito tributário devidamente constituído.[37]

Entretanto, não assiste razão a tal posicionamento. Certo é que a correta declaração do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo plenamente executável, caso não haja pagamento antecipado. Tal raciocínio se extrai da citada Súmula 436 do próprio STJ, não importando se a inadimplência é total ou parcial.

Ademais, se a declaração do contribuinte encontra-se de todo correta, não há que falar em omissão ou inexatidão a justificar o lançamento de ofício substitutivo.

O professor Hugo de Brito Machado, ensina que, *in verbis*:

> Objeto da homologação não é o pagamento, como alguns tem afirmado. É a apuração do montante devido, de sorte que é possível a homologação mesmo que não tenha havido pagamento. (...) Entretanto, se o contribuinte praticou a atividade de apuração, prestou à autoridade administrativa as informações relativas aos valores a serem pagos (DCTF, GIA etc.), e não efetuou o pagamento, pode a autoridade homologar a apuração de tais valores e intimar o contribuinte a fazer o pagamento, com multa decorrente do inadimplemento do dever de pagar antecipado, sob pena de imediata inscrição em Dívida Ativa. Ter-se-á, então um lançamento por homologação sem antecipação do pagamento correspondente.[38]

Assim, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, corretamente declarado e não pago, parcial ou totalmente, a declaração constitui o crédito tributário e a Fazenda Pública deverá promover os atos executórios e não o lançamento *ex oficio*. Neste sentido caminham também o doutrinador Eduardo Sabbag[39] e a jurisprudência da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça[40], como se observa das decisões abaixo transcritas:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO.

CERCEAMENTO DE DEFESA. AUMENTO DE ALÍQUOTA DE ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (REsp 962.379/RS). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº 282, DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.1. O ato administrativo do lançamento, efetuado pelo ente tributante, é desnecessário quando o próprio contribuinte, previamente, mediante GIA ou DCTF, procede à declaração do débito tributário a ser recolhido.2. *In casu*, o contribuinte efetuou a declaração do débito inscrito em dívida ativa, por isso que prestando o sujeito passivo informação acerca da efetiva existência da dívida, porém não adimplindo-a, inicia-se para o Fisco Estadual a contagem do prazo prescricional para ajuizar o executivo fiscal, posto constituído o crédito porá autolançamento. 3. A Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA assemelha-se à DCTF, razão pela qual, uma vez preenchida, constitui confissão do próprio contribuinte, tornando prescindível a homologação formal, passando o crédito a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal. 4. É que a Primeira Seção, quando do julgamento de recurso representativo de controvérsia, consolidou o entendimento de que a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais -DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado.(Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp

962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008)[41]

Tratando-se de Declaração de Contribuições de Tributos Federais. (DCTF) cujo débito declarado não foi pago pelo contribuinte, torna-se prescindível a homologação formal, passando a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal. Considerando-se constituído o crédito tributário a partir do momento da declaração realizada, mediante a entrega da DCTF, não há cogitar-se da incidência do instituto da decadência, que retrata o prazo destinado à constituição do crédito tributário, *in casu*, constituído pela DCTF aceita pelo Fisco. Destarte, não sendo o caso de homologação tácita, não se opera a incidência do instituto da decadência (artigo 150, § 4º do CTN), incidindo a prescrição, nos termos em que delineados no art. 174, do CTN, vale dizer: no quinquênio subsequente à constituição do crédito tributário, que, *in casu*, tem seu termo inicial contado a partir do momento da declaração realizada mediante a entrega da DCTF.[42]

Ressalve-se que se está a falar em declaração devidamente comunicada ao Fisco. Se não houve qualquer comunicação à administração fazendária sobre a obrigação tributária, então, de fato, não há que se falar em crédito constituído.

Por outro lado, pode acontecer o caso de contribuinte recolher todo o valor apurado, mas a obrigação tributária não ser corretamente declarada por ele, ou seja, declarada a menor. Neste caso, a autoridade fiscal deverá homologar parcialmente e promover um lançamento de ofício suplementar para constituir o crédito refrente à quantia não declarada.

Isto posto, o crédito estará constituído com a finalização do processo de lançamento, seja qual for a modalidade.

É justamente neste ponto que reside muita controvérsia: definir em qual momento se encerra o lançamento e, consequentemente, se

constitui o crédito tributário.

A jurisprudência não é pacífica neste assunto, possuindo vários entendimentos em sentidos diversos.

Parte da jurisprudência entende que o lançamento se consuma quando com a formalização do documento, por exemplo, a lavratura do auto de infração.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que "com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do CTN)"[43].

De mesmo alvitre a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça já proferiu que "com a lavratura do auto, concretizou-se o lançamento do crédito tributário, conforme art. 142, do Código Tributário Nacional"[44].

Muito embora o tal posicionamento, certo é que o lançamento é atividade administrativa, e, portanto, deve ser resguardado o contraditório[45].

Nesta lógica, não basta apenas o ato administrativo. É necessário a cientificação deste pelo sujeito passivo para que possa ter validade.

O próprio Código Tributário Nacional observa tal sistemática processual, quando ao dispor sobre a possibilidade de alteração do lançamento, em seu art. 145, reporta-se ao "lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo"[46].

Assim, somente após a notificação ao sujeito passivo é que o lançamento poderá produzir seus efeitos, quais sejam declarar a obrigação e constituir o crédito tributário.

Grande parte da doutrina trilha no caminho deste entendimento. O doutrinador Ricardo Alexandre versa que "é a notificação que confere efeitos ao lançamento realizado, pois antes daquele não se conta prazo para pagamento ou impugnação"[47].

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, "a verdade é que, se a oportunidade para o exercício do direito de defesa é essencial no procedimento administrativo de lançamento, este não se completa com o auto de infração"[48].

Neste mesmo sentido, Kiyoshi Harada afirma que "a atividade do lançamento, que é obrigatória e vinculada, tem-se por concluída com a notificação do resultado ao sujeito passivo"[49].

Deste antes da edição da Constituição Federal de 1988, a doutrina já seguia este trilho, como se observa em Alberto Xavier, ao afirmar que "a

notificação configura-se como requisito de perfeição do lançamento, o qual deve, portanto, considerar-se como um ato receptício"[50].

Acertadamente, neste ponto, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser necessária a notificação do sujeito passivo para a constituição do crédito tributário[51].

Portanto, conclui-se que a constituição do crédito tributário somente se dá com a notificação do lançamento ao sujeito passivo.

Contudo, em se tratando de autolançamento, por simples lógica, a notificação é desnecessária, visto que é o próprio contribuinte que, de fato, faz todo o procedimento do lançamento, restando à administração apenas homologá-lo. Caso a declaração esteja a menor, o Fisco promoverá o lançamento de ofício referente à diferença, e em relação a este deverá realizar a notificação do sujeito passivo.

Estabelecido, pois, o momento da constituição do crédito tributário, faz-se necessário distingui-lo da constituição definitiva do crédito.

Entretanto, o tema não é pacífico na jurisprudência. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de que a notificação do lançamento constitui definitivamente o crédito, de modo que não há diferença entre constituição e constituição definitiva, como se extrai dos julgados abaixo:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPVA. EXECUÇÃO FISCAL. LAN*ÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. NOTIFICAÇÃO. PR*ECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.
>
> 1. Nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como no caso do IPVA e IPTU, a constituição do crédito tributário perfectibiliza-se com a notificação ao sujeito passivo, iniciando, a partir desta, o termo a quo para a contagem do prazo prescricional quinquenal para a execução fiscal, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional.
>
> 2. Na hipótese dos autos, a cobrança diz respeito ao lançamento do IPVA relativo ao exercício de 1999, cuja Execução Fiscal somente foi ajuizada pela Fazenda Pública Estadual em 7.1.2009, quando já ultrapassado o quinquênio legal.
>
> 3. O Tribunal a quo decidiu de acordo com

> jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie a Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.[52]

> PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL - EXECU*ÇÃO FISCAL - IPTU - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 302 DO CPC - AUSÊNCIA DE PR*EQUESTIONAMENTO - SÚMULA 211/STJ – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131, 458 E 535 DO CPC – ANÁLISE DOS REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DESNECESSIDADE DA SUA JUNTADA AOS AUTOS DA EXECUÇÃO - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - ENVIO DO CARNÊ DE PAGAMENTO - SÚMULA 397/STJ.
> (...)
> 5. A constituição definitiva do crédito tributário, no caso do IPTU, se perfaz pelo simples envio do carnê ao endereço do contribuinte, nos termos da Súmula 397/STJ. Entretanto, o termo inicial da prescrição para a sua cobrança é a data do vencimento previsto no carnê de pagamento, pois é esse o momento em que surge a pretensão executória para a Fazenda Pública.
> (...)
> 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.[53]

Harada igualmente defende que a notificação do lançamento constitui o crédito tributário já em definitivo, nos seguintes termos:

> Não têm razão, *data vênia*, os que sustentam que o lançamento só se torna definitivo quando não impugnado pelo sujeito passivo, ou, se impugnado, quando confirmado em primeira instância ou em segunda instância. Não se reconhecer a definitividade do lançamento na hipótese de notificação do sujeito passivo seria o mesmo reconhecer a figura do crédito tributário provisório, que nenhuma guarida tem no CTN.[54]

Tal posicionamento, entrementes, não se perfaz o mais correto, apesar de ampla aceitação da jurisprudência, visto que o próprio Código Tributário Nacional faz sim diferença entre constituição e constituição definitiva55.

Razão assiste, pois, ao posicionamento que diferencia os termos constitutivos, *in verbis*:

> Pode-se afirmar, portanto, que com a notificação, o crédito está constituído, mas que ele não está definitivamente constituído. Por conseguinte, tem-se uma situação em que são se consta decadência – porque a Administração já exerceu seu direito – nem prescrição por conta da ausência de definitividade do lançamento efetuado.[56]

O Supremo Tribunal Federal, em histórico *decisum* de relatoria do Ministro Moreira Alves, muito embora a infeliz redação da Ementa, que omitiu a necessidade de notificação, muito embora constante no voto do relator – o que gerou controvérsias posteriormente acerca desta matéria -, deveras bem delineou a diferença entre constituição do crédito e sua constituição definitiva, *in verbis*:

> PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E DE DECADÊNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO. - Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco. - É

> esse o entendimento atual de ambas as turmas do S.T.F. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.[57]

Definitividade significa o momento em que o crédito se torna indiscutível administrativamente.

Nos dizeres do doutrinador Eduardo Sabbag "a definitividade não decorre do fato gerador ou da própria obrigação tributária, mas do momento em que não for admissível ao Fisco discutir, administrativamente, a seu respeito"[58].

Ab initio, deve-se esclarecer o crédito constituído, ou seja, após a notificação ao sujeito passivo, possui certeza relativa, visto que ainda pode ser alterado e impugnado, dentro de um determinado prazo, em regra, 30 dias[59].

Neste diapasão, estabelece o art. 145, do CTN, *ipsis litteris*:

> Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
> I - impugnação do sujeito passivo;
> II - recurso de ofício;
> III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Desta forma, o lançamento efetuado pode ser alterado por ato administrativo (hipóteses dos incisos II e III) ou por impugnação do sujeito passivo.

Quando notificado do lançamento, o contribuinte terá um prazo, conhecido por vencimento, para adimplir o crédito ou impugná-lo.

Inicia-se a etapa denominada pela doutrina de fase litigiosa ou contenciosa do lançamento, ou seja, correspondente ao exercício do contraditório.

O termo pode não parecer adequado, haja vista que o processo do lançamento, enquanto procedimento administrativo, encerra-se com a notificação e estará apto a produzir seus efeitos.

Entretanto, apesar de consumado, o lançamento pode ser revisto se provocado nos termos legais, por isso não se considera definitivo.

Assim, a fase litigiosa refere-se à revisão e discussão do lançamento já efetuado, ou apenas ao reconhecimento deste.

A concordância com o lançamento ocorre quando não há alteração por iniciativa administrativa e o contribuinte satisfaz o crédito ou, em caso de inadimplência não oferece impugnação no prazo estabelecido, ou seja, ocorre revelia.

A revisão do lançamento pode ser provocada por ato administrativo ou impugnação do sujeito passivo, perdurando a fase litigiosa até ser exarada decisão administrativa definitiva, ou seja, aquela da qual não mais cabe recurso administrativo.

Desta forma, o crédito constituído pelo lançamento pode ser revisado e alterado nas hipóteses previstas na lei, de forma que só após tal procedimento, é que se o tem por definitivo.

Os que defendem tese de que o lançamento se constitui em definitivo com a notificação ao sujeito passivo, têm o raciocínio de que a revisão do lançamento consiste em novo lançamento, que origina novo crédito tributário, como se observa nos dizeres de Santi, *in verbis*:

> Assim a denominada *revisão* constitui novo ato-norma administrativo que instala, com a devida notificação, nova constituição de crédito, atendendo à hipótese prevista no art. 174 do CTN, funcionando como *dies a quo* do prazo prescricional.[60]

Não merece prosperar, todavia, tal entendimento, haja vista que o termo revisar não significa realizar um novo lançamento, começando do zero, mas sim modificar um lançamento preexistente.

Neste diapasão, o *caput* do art. 149[61], do CTN, dispõe que o lançamento poderá ser efetuado ou revisado de ofício nas hipóteses descritas em seus incisos, ou seja, esclarece que efetuar e revisar um lançamento são atividades distintas.

Portanto, a constituição definitiva do crédito tributário se dá com a revelia do sujeito passivo ou após a revisão do lançamento, com decisão administrativa em definitivo.

Deve-se ater que para a revisão do lançamento produzir seus efeitos é indispensável a notificação ao sujeito passivo da decisão administrativa final, de sorte que, somente após cumprido este requisito, é que haverá, de fato e de direito, a constituição definitiva do crédito tributário.

Merece destacar que, no caso de lançamento por homologação,

o crédito se constitui com a entrega pelo contribuinte da correta declaração ao Fisco, e a constituição definitiva se dará no dia do vencimento da obrigação.

Contudo, se o contribuinte entregar o referido documento fiscal após a data do vencimento, a constituição definitiva se operará de pronto com o ato da entrega da declaração, caso em que a constituição do crédito e sua constituição definitiva se operam concomitantemente.

Em resumo, na prática, o Fisco, com base nos dados que possui ou informados pelo contribuinte na declaração, apura todo o *quantum* devido e identifica o sujeito passivo, formulando um documento, como por exemplo, auto de lançamento ou uma guia de IPTU.

O sujeito passivo é cientificado deste ato, e recebe um formulário com uma guia de recolhimento, no qual constam os dados do lançamento e a data do vencimento, em regra de 30 dias. Neste momento, tem-se, pois, por constituído o crédito tributário.

Entre a data da notificação e do vencimento o contribuinte poderá impugnar o lançamento, pagar ou não pagar (revelia).

Havendo o pagamento, o crédito estará definitivamente constituído e extinto; no caso de revelia, haverá apenas a definitividade; e, em havendo revisão de lançamento, se dará a constituição definitiva com a notificação da decisão administrativa final.

Em se tratando de lançamento por homologação, o contribuinte apura corretamente valor devido, entrega a declaração ao Fisco (constituição do crédito), e deverá promover o recolhimento até o dia do vencimento constante na declaração (constituição definitiva).

5. CONCLUSÃO

Foi abordada a temática em torno da constituição do crédito tributário, desde a obrigação tributária, realização do lançamento, até a sua constituição definitiva.

Neste contexto, a obrigação tributária é o vínculo jurídico entre o Estado e o sujeito passivo, sendo o fato gerador a concretude da hipótese de incidência previamente descrita na lei tributária.

A obrigação tributária divide-se em principal e acessória, sendo esta um encargo ao contribuinte de fazer ou deixar de fazer e, aquela, uma prestação pecuniária.

O nascimento da obrigação tributária principal reflete à Fazenda Pública o direito de constituir o crédito tributário, que possui a mesma natureza da obrigação tributária, sendo dotada de liquidez, certeza e exigibilidade, logo, exequível.

Portanto, crédito tributário é o vínculo pelo qual o Estado pode cobrar do sujeito passivo o pagamento do valor devido pelo tributo ou pela penalidade pecuniária.

A autoridade fiscal constitui o crédito tributário mediante o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN.

Foram apresentadas teses que apontam o lançamento como procedimento administrativo e, de forma divergente, como ato administrativo.

Conclui-se que o lançamento, sob o ponto de vista administrativo, deve ser estudado no sentido de manifestação da Administração Pública, que abrange tanto o processo como o produto deste, não se tratando apenas de um mero procedimento ou ato administrativo singular.

Quanto à natureza do lançamento, foram apresentadas as teses da natureza declaratória, constitutiva e mista, concluindo-se que assiste razão à acepção do lançamento em sua natureza dúplice, ou seja, declaratória da obrigação tributária e constitutiva do crédito tributário.

As modalidades de lançamento foram detalhadas e divididas em lançamento de ofício, por declaração e por homologação, estes dois últimos realizados com auxílio parcial e total do contribuinte.

Quanto ao lançamento por homologação, este não se trata propriamente de lançamento tributário, mas sim de ato confirmatório pela Administração Pública da atividade realizada pelo particular.

A constituição do crédito tributário, que ocorre com a notificação do lançamento ao sujeito passivo, difere da constituição definitiva, que se configura pela impossibilidade de discussão administrativa, isto é, pelo transcurso do prazo de vencimento com revelia do contribuinte ou notificação ao sujeito passivo da decisão administrativa final.

Em se tratando de lançamento por homologação, de forma singular, o crédito será constituído pela atividade do contribuinte e não pela autoridade tributária, que apenas homologará ou não o ato particular.

Ainda sobre esta modalidade de lançamento, foi abordada a tese de que o não recolhimento antecipado do valor total do tributo não

constitui o crédito.

Conclui-se que merece razão à tese divergente da acima mencionada, de forma que a entrega da declaração ao Fisco constitui o crédito tributário, independentemente de haver recolhimento antecipado ou não.

Foi exposto o conflito doutrinário e jurisprudencial acerca dos momentos da constituição do crédito e da constituição definitiva.

Conclui-se que a efetividade do lançamento apenas se dá com a notificação do sujeito passivo, sendo, logo, elemento necessário à constituição do crédito.

Constituição definitiva, por sua vez, se opera com o esgotamento da possibilidade de discutir o crédito por via administrativa.

Foram expostas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais contrárias a esse entendimento, as quais não consideram que a constituição do crédito e a sua constituição definitiva ocorrem em momentos distintos.

A esse posicionamento não assiste razão, com base na própria sistemática do Código Tributário Nacional, consolidada, ainda, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, foi abordado que, quando notificado do lançamento, o sujeito passivo terá um prazo (vencimento) para adimplir a obrigação ou oferecer impugnação, de forma que a constituição definitiva se dá com o transcurso do prazo sem haver pagamento ou impugnação (revelia), ou com a notificação da decisão final administrativa.

___

CONSTITUTION OF TAX CREDIT AND ITS DEFINITELY CONSTITUTION

ABSTRACT: The present study aims to address the issue recording tax credit and its definitive constitution. The proposal is to analyze the tax credit, along with the tax obligation, the triggering event and the launch in order to weave a cohesive, systematic and legal reasoning on linear recording tax credit and its definitive constitution, in order to try to overcome several disagreements on the matter, a theoretical approach with support in doctrine and jurisprudence of the Superior Courts.

KEYWORDS : Tax Credit. Release. Constitution. Definitiveness.

AREA OF LAW: Tax.

Notas

[1] GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, pág. 33.
[2] CASSONE, Vitório. *Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 147.
[3] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª Ed.São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 124.
[4] CTN, Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.
[5] HABLE, José. *A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 35.
[6] MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160.
[7] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª Ed.São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 128.
[8] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
[9] CTN, art. 150, inciso III - cobrar tributos:
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
[10] HABLE, José. *A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 38.
[11] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 172.
[12] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário* – Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296.
[13] MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Lançamento tributário e Decadência*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 5.
[14] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª Ed.São Paulo: Editora Malheiros, p. 173.
[15] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização Misabel Abreu Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 782.
[16] ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 375.
[17] MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 116/117.
[18] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 75.
[19] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário* – Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307.
[20] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização Misabel Abreu Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 782.
[21] CASSONE, Vitório. *Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 194.
[22] ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 375.
[23] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 250.306-DF, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 06/06/2000, DJU 01/08/2000.
[24] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário* – Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197.

[25] Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário* – Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 314/318.
[26] Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.
§ 1º A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.
§ 2º Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela.
[27] Cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A decadência e a Prescrição em Matéria Tributária. *In:* MATTOS, Mauro Roberto Gomes de; ALVES, Geral Magela (Coord.). *Revista ibero-americana de direito público, RIADP*: doutrina, pareceres, jurisprudência. v. II, Ano I, n.º 2 (Out./Dez. 2000) – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 226.
[28] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 282/283.
[29] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização Misabel Abreu Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 832.
[30] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário* – Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284/285.
[31] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 87.
[32] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 223/224.
[33] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário* – Linguagem e método, 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008, págs. 431/432.
[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 436*. DJe 13/05/2010.
[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 653.118/MG*, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29/9/2006.
[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RESP 1.288.608 /MG*, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 28/9/2012.
[37] BERGAMINI, Adolpho. Certidão Negativa de Débitos – Implicações da Súmula n°. 446 do STJ – Questionamentos sobre sua validade. *Revista de Estudos Tributários*. São Paulo, v.76, p. 13, Nov - dez 2010.
[38] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 177.
[39] Cf. SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 747.
[40] Precedentes: Resp. 850.423/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ. 07.02.2008; *AgRg no Resp nº 981.130*, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 20/08/2009; AGERESP 638069/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13/06/2005; e AgRg nos EResp 332.322/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 21/11/2005.
[41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1184651*, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09/03/2010.
[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 389.089/RS*, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26/11/2002.
[43] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *AI 990102511332 SP*, Rel. Des. Eduardo Braga, j. 14/10/2010, DJ 22/10/2010.
[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1107339 SP 2008/0277558-8*. 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/06/2010, DJe 23/06/2010.
[45] CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os

meios e recursos a ela inerentes;
[46] Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
[47] ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 383.
[48] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 175.
[49] HARADA. Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 514.
[50] XAVIER, Alberto. *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, nº 57. São Paulo, 1977, p. 150.
[51] Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A*gRg no Agravo Em Recurso Especial nº 246.256* – SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 04/12/2012.
[52] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1399575/RJ*, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25/10/2011, DJe 4/11/2011.
[53] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.180.299/MG*, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23/03/2010, DJe 08/4/2010.
[54] HARADA. Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 515.
[55] Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados; e Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
[56] ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizad*o. 5ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 481.
[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos no Recurso Extraordinário nº 94.462/SP*. Relator Min. Moreira Alves, j. 06/10/1982, DJ 17/12/1982.
[58] SABBAG, Eduardo de Moraes. *Princípio da legalidade tributária*. Fonte: Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 785.
[59] Código Tributário Nacional, art. 160. Quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento, o vencimento do crédito ocorre trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento.
[60] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 201, p. 89.
[61] Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5. Ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

ÁLVARES, Manoel. *Código tributário nacional comentado*. Coord. Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Código Tributário Nacional Comentado*. Coord. Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva,

2002.
AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis – *Revista de Processo Civil*, vol. 3. São Paulo: Saraiva.
BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização Misabel Abreu Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1972.
BERGAMINI, Adolpho. Certidão Negativa de Débitos – Implicações da Súmula nº. 446 do STJ – Questionamentos sobre sua validade. *Revista de Estudos Tributários*. São Paulo, v. 76, p. 13, Nov - dez 2010.
BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega.* Vol I. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.
CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
_____. *Da Prescrição e da Decadência*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939, p. 133.
CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. Ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
_____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
_____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.
_____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.
_____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2013.
_____. *Direito Tributário* – Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
_____. *Direito Tributário* – Linguagem e método, 2. edição. São Paulo: Noeses, 2008.
CASSONE, Vitório. *Direito Tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A decadência e a Prescrição em Matéria Tributária. *In:* MATTOS, Mauro Roberto Gomes de; ALVES, Geral Magela (Coord.). *Revista ibero-americana de direito público*, RIADP: doutrina, pareceres, jurisprudência. v. II, Ano I, nº 2 (Out./Dez. 2000) – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.
_____. *Comentários à Constituição de 1988* – Sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CONRADO, Paulo César. *Decadência e Prescrição em Direito Tributário*, São Paulo: Editora MP, 2010.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.1, 13. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
FERREIRA JARDIM, Eduardo Marcial. *Dicionário Jurídico Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, 2005
GOMES,Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.
HABLE, José. *A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
HARADA. Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 20. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
_____. Prescrição intercorrente na execução fiscal. Disponível em: www.memesjuridico.com.br. Acesso em 30/01/2007.
LEITE VIEIRA. Maria Leonor. *A suspensão da exigibilidade do crédito tributário*. São Paulo, 1997.
MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
_____; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Lançamento tributário e Decadência*. São Paulo: Dialética, 2002.
MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.* vol. VI. Rio de Janeiro:Editora Borsoi, 1954.
MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
NOGUEIRA. Rui Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
_____. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
_____. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
_____. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. São Paulo: Editora Vozes, 1997.
THEODORO JÚNIOR, Humberto**.** *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
_____. *Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2004.
VILANOVA, Lourival. As escrituras lógicas e o sistema de direito posito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
_____. *Norma jurídica* – proposição jurídica. Revista de Direito Público, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
XAVIER, Alberto. *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, nº 57. São Paulo, 1977.
_____. *Do lançamento, teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.