

Porto Alegre
VOLUME 1, NÚMERO 1, JULHO 2009
SEMPSTRAL



RES SEVERA VERUM GAUDIUM

REVISTA CIENTÍFICA DOS
ESTUDANTES DE DIREITO DA UFRGS

Res Severa Verum Gaudium

Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS

Publicação do Centro Acadêmico André da Rocha (CAAR) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), que se destina à divulgação de artigos científicos da área do Direito e ciências afins.

Periodicidade:

semestral

Distribuição:

on line

Tiragem:

versão impressa em número limitado e distribuição gratuita

Elaboração, distribuição e informações:

Centro Acadêmico André da Rocha

Av. João Pessoa, 80

CEP 90.040-000, Porto Alegre, RS, Brasil

Telefone: +55 51 3308-3598

E-mail: caarufrgs@gmail.com

Site: www.ufrgs.br/ressevera

Res Severa Verum Gaudium : revista científica dos
estudantes de Direito da UFRGS [*on line*] / Centro Acadêmico
André da Rocha. – Porto Alegre, 2009.

Vol. 1, n. 1 (julho 2009) –
Semestral.

Publicação eletrônica disponível em: www.ufrgs.br/ressevera.
Versão impressa em número limitado e distribuição gratuita.

1. Direito. 2. Ciências sociais. 3. Ciências políticas. I. Centro
Acadêmico André da Rocha. II. Universidade Federal do Rio
Grande do Sul. Faculdade de Direito.

CDU – 34

Catálogo por Celina Leite Miranda (CRB-10/837).

CENTRO ACADÊMICO ANDRÉ DA ROCHA

Gestão Construindo o Caminho

PRESIDÊNCIA

Bruno Irion Coletto

VICE-PRESIDÊNCIA

Bruno Rodrigues da Silva

SECRETARIA GERAL

Francisco Ponzoni Pretto

PRIMEIRA TESOUREIRA

José Artigas Leão Rammingner

SEGUNDA TESOUREIRA

Alexandre Casanova Mantovani

SECRETARIA ACADÊMICA

Ezequiel Fajreldines dos Santos

SECRETARIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

Elis Marina Barbieri

Laura Schmidt Duncan

André Silva Gomes

Gabriela Souza Antunes

OUVIDORIA ESTUDANTIL – MANHÃ

Luiza Cabral Brack

Tássia Cividanes Pazinato

OUVIDORIA ESTUDANTIL – NOITE

Renan Machado Guimarães

Caroline Alcaldes Leal

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO

Fernanda Stragliotto Bonotto

Luíza Leão Soares Pereira

Raíssa Jeanine Nothaft

Tito Cláudio Moreira

SECRETARIA DE EVENTOS ACADÊMICOS

Lucas Gerhardt Gavronski

Letizia Casaril

Letícia Zanevich

Luiz Francisco Stefanello Maioli

Kauê Ávila Petry

SECRETARIA DE EVENTOS DE INTEGRAÇÃO

Felipe Matte Russomanno

Lucien Carlos Silveira Pires

Camila Souza Julio

Alexandre Luis Schreiner

SECRETARIA DE EVENTOS ESPORTIVOS

Vitor Arthur Correa Lima

Fábio Silveira Rachelle

Guilherme Queirolo Feijó

Natália Piffero dos Santos

Fernanda Menezes Vedana

Mariana Martins Costa Ferreira



RES SEVERA VERUM GAUDIUM
Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS

COORDENADOR-GERAL
Bruno Rodrigues da Silva

CONSELHO ADMINISTRATIVO
Ezequiel Fajreldines dos Santos
Elis Marina Barbieri
Raíssa Jeanine Nothafft
Bráulio da Silva de Matos

Conselho Editorial

HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Professor vinculado ao Departamento de Ciências Penais da UFRGS. Mestre em Direito pela UnB, onde também completou sua graduação em Direito. Procurador Regional da República na 4ª Região, onde ocupa, atualmente, a função de procurador-chefe.

JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA

Professora vinculada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da UFRGS. Livre-docente e Doutora em Direito pela USP. Concluiu a graduação em Direito na UFRGS. Trabalha com temas vinculados ao direito obrigacional, contratual e História do Direito. Possui grupos de pesquisa que abrangem o direito privado e a bioética. Coordenadora Substituta do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS (2009/2010).

LUIS FERNANDO BARZOTTO

Professor vinculado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS. Doutor em Direito pela USP. Conclui a graduação em Direito na UFRGS. Atua em grupos de pesquisa e cadeiras que desenvolvem, principalmente, temas de Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Teoria Geral do Direito. Vice-presidente do Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul.

LEANDRO DO AMARAL DORNELES DE DORNELES

Professor vinculado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da UFRGS. Doutor e mestre em Direito pela UFSC. Possui especialização em Direito do Trabalho pela Univali. Graduiu-se em Direito na UFRGS. Atua, principalmente, em temas que dizem respeito à flexibilização do direito do trabalho, relação de emprego, princípios do trabalho e dignidade do trabalhador. Coordenador da Comissão de Pesquisa da Faculdade de Direito da UFRGS (2009/2010).



A CONSTRUÇÃO DE UM CAMINHO

É com plena satisfação e muita alegria que passo a tecer algumas palavras, em nome da Gestão *Construindo o Caminho*, do Centro Acadêmico André da Rocha, para abrir e apresentar à comunidade acadêmica a revista **Res Severa Verum Gaudium – Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**.

A idéia desta publicação eletrônica surgiu em meados de 2008, quando um pequeno e idealista grupo se organizava para concorrer à Diretoria Executiva do CAAR. Com uma realidade política conturbada e acirrada, a então “chapa” precisava de um projeto diferenciado, algo de certa forma ousado, cativante, mas que pudesse ser *construído* na prática e realmente implementado nos poucos meses de trabalho que tem uma gestão de Centro Acadêmico. Foi então que, naquelas discussões de formação de um ideal político, constatou-se uma realidade acadêmica: os estudantes de graduação, por mais que pesquisassem e produzissem, praticamente não tinham meios de divulgar sua produção, suas pesquisas, suas atividades de extensão, seus artigos.

A partir deste momento, um dos carros-chefe daquele plano de gestão¹ era a criação de uma revista eletrônica que, diferentemente das outras publicações acadêmicas existentes, privilegiasse trabalhos – bons trabalhos – de estudantes de graduação. Esse foi o diferencial daquele plano de gestão e que, após apresentado, questionado e aprimorado, durante o período eleitoral, foi uma das propostas que levaram à vitória daquele grupo.

Esse ideal de privilegiar a produção da graduação vem ao encontro de um pensamento de professor desta Casa que sempre me chamou a atenção, e que é muito ilustrativo neste momento, motivando, ainda mais, a criação desta Revista:

Sempre disse a meus alunos: escrevam enquanto tiverem ideais autênticos. Não deixei para depois, quando a vida e a influência de fatos e de elementos estranhos possam impedir a expressão da autenticidade de seus pensamentos mais puros. (...)

*A melhor inspiração, para que alguém diga o que pensa, é a época da irresponsabilidade estudantil, quando não se tem medo de falar nem de escrever. Na época da graduação, tudo flui como consequência da espontaneidade que só a juventude tem (...)*²

Certamente esta Revista tem objetivo muito diferente daquele que possuem outras revistas do gênero, criadas e mantidas por Centros e Diretórios acadêmicos, mas que exigem para a publicação a co-autoria entre estudantes de graduação com mestres ou doutores. Na *Res Severa*, pretendemos abrir um canal de valorização e de publicação das pesquisas realmente realizadas por estudantes de graduação, com todos os seus erros e acertos. Esperamos, com isso, contribuir para o debate acadêmico e responsável das ciências jurídicas e sociais e mais, esperamos incentivar os colegas graduandos na pesquisa e na produção científica. Nutrimos a sincera esperança de que o pensamento acima citado motive colegas a pesquisar, escrever e publicar seus trabalhos e suas reflexões sobre a sociedade.

Pois bem, eleitos, e partindo do pressuposto de que havia produção de qualidade na graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, arregaçamos as mangas e começamos a

¹ A íntegra do Plano de Gestão 2009 da Gestão *Construindo o Caminho* pode ser verificada em <www6.ufrgs.br/caar/?page_id=683>, acesso em 24 de maio de 2009.

² OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *Justiça e Ética: ensaios sobre os usos das togas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p.180.



construir a, naquele momento, então chamada por nós de “Revista Eletrônica do CAAR”, apenas.

Inicialmente, convidaram-se todos os estudantes associados ao CAAR para ajudar nessa construção³, após elaborou-se um Regimento Interno⁴, escolheu-se um Conselho Administrativo⁵ formado apenas por estudantes de graduação – de dentro e de fora da gestão –, buscaram-se professores doutores de renome para compor o Conselho Editorial⁶, e que pudessem conferir ao incipiente projeto credibilidade acadêmica e seriedade. Finalmente, escolheu-se um nome: *Res Severa Verum Gaudium*, nada menos que o lema da Faculdade de Direito da UFRGS, inscrito no saguão principal da Casa de André da Rocha.

Dado o passo inicial, conseguimos com a Universidade um domínio para hospedar a Revista. Criamos seu *layout*, brincamos de publicitários e construímos um símbolo – devidamente aprovado pelo Gabinete do Reitor, por fazer alusão à chama símbolo da UFRGS, diga-se de passagem⁷ –, publicamos o Edital e divulgamos no meio mais democrático do planeta, a *internet*. Qual não foi a nossa surpresa quando recebemos dezoito trabalhos para a Revista, de diferentes universidades do país⁸. Talvez a surpresa mais gratificante de todo este ano de trabalho, que inundou de felicidade os membros da gestão e os entusiastas da idéia desta Revista.

Contudo, apesar de a idéia original desta publicação ser um instrumento para a divulgação de pesquisas elaboradas por estudantes de graduação, jamais se poderia fechar as portas para trabalhos de profissionais formados na nossa Faculdade, de estudantes de outros cursos de graduação que dialogam com as Ciências Jurídicas e Sociais, de estudantes de pós-graduação, e de mestres. Assim, no Regimento Interno, previu-se um certo privilégio para trabalhos de estudantes de graduação, mas se preservou o necessário e profícuo diálogo entre graduandos, pós-graduandos, profissionais, professores e estudantes de áreas afins ao direito.

Paralelamente à *construção* desta Revista, a Gestão *Construindo o Caminho*, durante o primeiro semestre de 2009, buscou implementar outras propostas de seu plano de gestão. Desse modo, protagonizou e auxiliou a vinda de ilustres juristas ao Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS⁹. Dentre eles, um nos honra imensamente ao permitir-nos

³ <<http://www6.ufrgs.br/caar/?p=731>>, acesso em 24 de maio de 2009.

⁴ <<http://www6.ufrgs.br/caar/wp-content/uploads/regimento-res-severa-verum-gaudium.pdf>>, acesso em 24 de maio de 2009.

⁵ A Gestão *Construindo o Caminho* agradece imensamente aos colegas integrantes do Conselho Administrativo BRÁULIO DA SILVA DE MATOS, ELIS MARINA BARBIERI, EZEQUIEL FAJRELDINES DOS SANTOS, RAÍSSA JEANINE NOTHAFT e, em especial ao colega e amigo BRUNO RODRIGUES DA SILVA, Vice-Presidente do CAAR, Coordenador-Geral, idealizador e entusiasta desta Revista, que não mediu esforços para que ela fosse publicada.

⁶ A Gestão *Construindo o Caminho* agradece imensamente aos ilustres professores **HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS**, **JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA**, **LUIS FERNANDO BARZOTTO** e **LEANDRO DO AMARAL DORNELES DE DORNELES** que, mesmo quando tínhamos poucas perspectivas de que este projeto pudesse ser implementado aceitaram o convite, honrando esta Gestão, os estudantes que esta Gestão representa e todos os estudantes que enviaram seus trabalhos para publicação. Certamente o sucesso desta primeira edição está estritamente vinculado à credibilidade que estes grandes mestres possuem no meio acadêmico.

⁷ A autorização para a utilização do símbolo da UFRGS pode ser acessada no site da Revista <<http://www6.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2009/08/autorizacao-ufrgs-logo-revista.pdf>>

⁸ Foram recebidos, além de trabalhos da graduação, da pós-graduação e de ex-alunos da UFRGS, trabalhos de estudantes da UFPR e da UFPel.

⁹ A título ilustrativo, fomos brindados com excelentes palestras do Prof. Dr. MARCOS BERNARDES DE MELLO, do Prof. Dr. EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI, do Prof. Dr. JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, do Prof. Dr. HUMBERTO THEODORO



publicar um artigo seu, objeto de sua explanação nas **V Jornadas de Processo e Constituição**, realizadas nos dias 20, 21 e 22 de maio de 2009 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, evento no qual foi homenageado¹⁰. Certamente os estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS não esquecerão tamanha gentileza do Prof. **HUMBERTO THEODORO JR.**

Pretensiosamente, pode-se dizer que a publicação do Número 1 da Revista *Res Severa Verum Gaudium* é um marco histórico. Um marco que ilustra o protagonismo que os estudantes de graduação exercem democraticamente na Faculdade de Direito da UFRGS. Esta Revista Eletrônica, hoje, na data de sua primeira publicação, se torna um instrumento de busca, de incentivo e de desenvolvimento da excelência acadêmica – que, jamais, pode se distanciar da realidade social – e que precisa ser cultivada, melhorada, aprimorada, *construída* e *reconstruída* a cada edição, a cada novo número publicado e a cada nova gestão desta quase centenária entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Esta Revista torna-se, a partir de agora, um patrimônio dos estudantes. Um patrimônio que passa a ser do CAAR, e não apenas de uma passageira gestão. Acreditamos, severamente, que os colegas que futuramente assumirão esta entidade, saberão dar continuidade a este importante projeto, crença que nos motiva ainda mais.

Adianto o convite e, desde já, rogo aos colegas que preparem suas pesquisas para o Número 2, que sairá em breve.

Saudações Acadêmicas,

BRUNO IRION COLETO,
Presidente do Centro Acadêmico André da Rocha.
Gestão Construindo o Caminho

JR., do Prof. Dr. FREDIE DIDIER JR., que dispensam apresentações, bem como de muitos outros professores desta Casa que debateram os temas propostos com os palestrantes convidados.

¹⁰ <<http://www6.ufrgs.br/caar/?p=804>>, acesso em 24 de maio de 2009.



CENTRO ACADÊMICO ANDRÉ DA ROCHA – GESTÃO CONSTRUINDO O CAMINHO
RES SEVERA VERUM GAUDIUM – REVISTA CIENTÍFICA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UFRGS
PORTO ALEGRE, v. 1, n 1 – JUL. 2009



SUMÁRIO

EDITORIAL

O PRAZER VERDADEIRO É COISA SÉRIA.....	13
--	----

ARTIGOS

REDIMENSIONAMENTO DA COISA JULGADA

Humberto Theodoro Jr.	15
----------------------------	----

O PROCESSO JUSTO E A DECISÃO JUSTA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Igor Bimkowski Rossoni.....	31
-----------------------------	----

TUTELA ESPECÍFICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Juordan Sardi Schutz.....	47
---------------------------	----

A DIALÉTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL DA PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL: Imputações da violação do direito à honra

Giovana Valentiniano Benetti & Lucas Ferreira Martins.....	67
--	----

A OBRIGAÇÃO FUNDAMENTAL

Camila Vicenci Vernandes.....	85
-------------------------------	----

A IDEOLOGIA DO PROGRESSO NO PENSAMENTO JURÍDICO DOS SÉCULOS XVIII E XIX: Cutucões Românticos a Partir de Walter Benjamin

Mozart Silvano Pereira.....	101
-----------------------------	-----

O FENÔMENO HISTÓRICO DA CODIFICAÇÃO

Mariana Kuhn de Oliveira.....	117
-------------------------------	-----

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-JURÍDICO NO TRATAMENTO DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS: Efeitos da legislação internacional na prática psiquiátrico-legal rio-grandense

Lucas do Nascimento & Arthur de Andrade Sehn.....	135
---	-----

INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO: A INFILTRAÇÃO POLICIAL

Letizia Casaril.....	149
----------------------	-----

CRÍTICA À TEORIA DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO: Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão?

Raquel Lima Scalcon.....	167
--------------------------	-----

CRIMES FISCAIS E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO: DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE DA ORDEM TRIBUTÁRIA

Samuel da Silva Jobim.....	185
----------------------------	-----

REGIMENTO INTERNO.....

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO.....



O PRAZER VERDADEIRO É COISA SÉRIA

Resta cristalino ao menos um fato sobre a casa de André da Rocha: ela é muito bem freqüentada. Nossos colegas foram e são diariamente reconhecidos pela sua qualidade acadêmica. Esse reconhecimento, nós acreditamos, deve ter como ponto de partida, não único, mas fundamental, a própria faculdade. E é a partir dessa idéia, visando a colaborar com o fomento da pesquisa, um dos papéis principais da universidade - a motriz geradora de conhecimento, que nos exime de uma atitude meramente passiva de absorção, que nasce a RES SEVERA VERUM GAUDIUM – *REVISTA CIENTÍFICA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UFRGS*.

Um nascimento que vem para encurtar a longa espera entre o ponto final de um artigo e a sua publicação, um tempo de vacância muitas vezes abismal e desestimulador. A valorização do conhecimento, é certo, ocorre em consonância à valorização do estudante e de seu potencial inequívoco de traçar inferências e causalidades ainda não abordadas; de aprofundar perspectivas e sugerir outras – a sua capacidade, enfim, de ser um agente ativo na busca e na disseminação do Direito em todos os seus campos e possibilidades. Dessa maneira, aqui se encontrarão os melhores artigos enviados por estudantes, residindo aí o intuito de incitar-nos uns aos outros a escrever, a refletir, a criar – o espaço está dado, e o melhor: é seu, e é nosso.

Esperamos que esta seja a primeira de muitas edições bem-sucedidas da RES SEVERA VERUM GAUDIUM, com a certeza de que só faltava o espaço ideal; afinal, capacidade e qualidade já são traços marcantes de nossos colegas.

Ainda, fica aqui o nosso profundo agradecimento à **Júlia Batistella Machado**, *fada-madrinha* tanto do site do CAAR como desta Revista, e à **Celina Leite Miranda**, bibliotecária apaixonada pelo seu trabalho, pessoas que colaboraram muito para tornar a “Res Severa” possível: Júlia e Celina, muito obrigado. A todos vocês, muito obrigado.

CONSELHO EDITORIAL

Res Severa Verum Gaudium – Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS



REDIMENSIONAMENTO DA COISA JULGADA*

Humberto Theodoro Júnior¹

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Direito espanhol. 3. A jurisprudência italiana. 4. Ampliação dos limites da coisa julgada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. 5. O processo de cognição desprovido da aptidão de produzir a coisa julgada (no direito europeu). 6. Conclusões.

“Costumo dizer aos colegas com os quais dialogo em sala de aula que o saber é sempre um chegar, nunca um começar ou estar a caminho. Distingo, no particular, informação de conhecimento e ambos de compreensão. A informação é o começo da viagem, o conhecimento já é quase chegar, mas em verdade só ao alcançarmos a compreensão é que poderemos dizer que a viagem foi feita e nós chegamos onde queríamos chegar” (J. J. Calmon de Passos)²

1. Introdução

Ao longo da história do processo civil de origem romanística, forjou-se um conceito de coisa julgada que lhe conferia o papel de meta a ser necessariamente atingida na prestação jurisdicional. Sem a definitividade da composição judicial do conflito não seria alcançada a segurança jurídica almejada pela tutela prometida no âmbito dos direitos fundamentais. A sentença, nessa ordem de idéias, teria de, em determinado momento, tornar-se imutável e indiscutível, como última palavra da autoridade do Estado no mister de fazer atuar a vontade da lei na pacificação dos litígios. Foi ao fenômeno da coisa julgada que se atribuiu a função de excluir toda possibilidade de discussão e mudança da situação jurídica emergente da sentença, contra a qual já se esgotara a possibilidade de recurso (CPC, art. 467).

No direito antigo conferia-se à coisa julgada uma sacralidade que a aproximava do caráter absoluto. No direito moderno, a preocupação com a relevância social do instituto culminou com sua inserção entre as garantias constitucionais (CF, art. 5º, nº XXXVI). Embora aureolada de definitividade, a intangibilidade da sentença passada em julgado nunca chegou ao grau do absoluto, visto que sempre se ressalvaram casos excepcionais de rescisão, mesmo depois de esgotada a via recursal disponível (CPC, art. 485).

O problema da restrição ao absolutismo da coisa julgada desdobrou-se em dois planos: (i) o dos seus limites objetivos; e (ii) o do casuísmo de sua excepcional rescindibilidade. Coube à lei ordinária, entre nós, a tríplice função de (i) definir a coisa

* Estudo em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos.

* Palestra realizada no dia 20 de maio de 2009, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, para o evento “V Jornadas de Processo e Constituição”.

¹ Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Advogado.

² Considerações de um troglodita sobre o processo eletrônico. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 95.

julgada (CPC, art. 467); (ii) delinear o seu objeto (CPC, arts. 468, 469 e 474); e (iii) elencar as causas de rescisão da sentença (CPC, art. 485).

Armado esse quadro normativo, era de se supor que não restaria espaço para questionamento da coisa julgada fora das causas autorizadoras da ação rescisória. A vida, no entanto, é muito mais rica de possibilidades de conflito que a imaginação do legislador pode supor.

Surgiram, então, situações especialíssimas em que a *querela nullitatis* teve de ser admitida pela jurisprudência, para enfrentar nulidades fora dos permissivos estritos da ação rescisória. Instaurou-se, mais recentemente, intensa controvérsia em torno da apelidada “relativização da coisa julgada”, quando em jogo ofensas perpetradas pela sentença contra a ordem constitucional. Esse grave problema, que nem sempre alcança remédio nos acanhados limites temporais da ação rescisória, veio a ser objeto de regulação em lei por meio dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único do CPC (inovados pela Lei nº 11.232/2005).

É de lei, portanto, que escapa da intangibilidade própria da *res iudicata* a sentença (i) fundada em “lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”, ou (ii) fundada em “aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal” (CPC, arts. 475-L, § 1º; e 741, parágrafo único). Mesmo, portanto, depois de findo o prazo decadencial da ação rescisória (CPC, art. 495), continua possível a exceção da inexecutibilidade da sentença inconstitucional, cuja invalidade se mostra argüível no curso da execução ou cumprimento da sentença, por via de embargos ou de simples impugnação, a qualquer tempo.

A rigor, não se trata de “relativizar” a coisa julgada, mas de rever os limites da própria coisa julgada, para deles excluir as condenações fundadas em leis declaradas inconstitucionais pelo STF. É que a sanção da inconstitucionalidade, *in casu*, seria mais do que a rescindibilidade da sentença, pois atingiria sua validade, hipótese em que se dispensa o uso da ação rescisória³.

Mas, é no direito europeu que os limites da coisa julgada, por vários motivos ligados, quase sempre à perseguição do ideal do *processo justo*, tem sido objeto de reavaliação e redimensionamento. A título de mera divulgação, e sem maiores cuidados exegéticos, vamos abordar alguns desses novos rumos que a Europa continental vem introduzindo no terreno da coisa julgada civil.

2. Direito espanhol

A atual *Ley de Enjuiciamiento Civil* (CPC espanhol), editada em 2000 e vigente a partir de janeiro de 2001, ao tratar dos limites objetivos da coisa julgada, apresenta grande

³ “A sentença que afronta a Constituição contamina-se de nulidade absoluta. Para CÂNDIDO DINAMARCO, o seu objeto incorre em impossibilidade jurídica, pelo que, na realidade, nem mesmo chegar-se-ia a atingir a autoridade da coisa julgada material. Com efeito, no Estado Democrático de Direito, não apenas a lei, mas todos os atos de poder devem adequar-se aos padrões de ordem constitucional, de sorte que a inconstitucionalidade pode acontecer também no âmbito dos provimentos jurisdicionais” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. II, nº 653, p. 56; DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Meio Jurídico*, ano IV, nº 44, p. 23, abr./2001; TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 176; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 388).



novidade em seu art. 400, cuja ementa legal é “*Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos*”. Eis o texto do dispositivo:

“Art. 400. (...)

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta ley en momentos posteriores a la demanda y contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en um litígio se considerarán los mismos que los alegados en outro juízo anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

Explica VAZQUEZ SOTELO, eminente catedrático da Universidade de Barcelona, o seguinte, a propósito da inovação acontecida na legislação espanhola:

“2. A transcendental novidade que encerram estes artigos [arts. 222 e 400] se encontra na imposição do ônus de alegar todos os fatos, fundamentos ou títulos jurídicos nos quais possa se apoiar a demanda, sancionada com a preclusão de que não se pode reservar para alegá-los mais tarde em processo ulterior e com a gravíssima consequência de que, mesmo não sendo alegados e mesmo que não se tenha debatido sobre eles no processo, *ficarão cobertos pela coisa julgada* que se siga à sentença (grifamos).

(...)

4. Qualquer leitor competente tem que advertir que os preceitos transcritos incidem sobre uma das matérias mais difíceis e centrais do processo civil como é o objeto do processo e sua delimitação, com as repercussões imediatas sobre a congruência entre o debate processual e a sentença e sobre o âmbito objetivo da coisa julgada”⁴.

Fala-se, diante da grande novidade, em um *objeto atual* e um *objeto virtual*, segundo o atual processo civil da Espanha: (i) um *expreso* no pedido deduzido em juízo, e (ii) outro *implícito*, correspondente aos fundamentos e títulos não invocados, mas que poderiam ter sido argüídos ao tempo de propositura da demanda.

Com efeito, a grande novidade se passa no *ônus da alegação* instituído pelo art. 400, 1, que impõe ao demandante “invocar em sua demanda não só os fatos integrantes da *causa petendi* em que se apóie, mas todos os fatos e títulos ou fundamentos jurídicos que podiam ser alegados naquele momento (mesmo que a demanda não se funde neles)”⁵. Tudo isso, sob cominação de uma grave preclusão que proíbe à parte reservar alguma alegação para um processo ulterior, mesmo que “esses fatos, esses títulos ou esses fundamentos jurídicos não alegados ou reservados pudessem integrar uma *causa petendi* distinta da alegada como fundamento da demanda”. Em outros termos, esclarece VAZQUEZ SOTELO, a nova LEC recobre o encargo da referida alegação da consequência de que “alegados ou não, todos esses fatos ou fundamentos ficam acobertados pela coisa julgada que se forme por meio da sentença e não poderão ser utilizados para fundamentar demanda posterior. E

⁴ SOTELO, José Luis Vázquez. “Objeto actual” y “objeto virtual” en el proceso civil español. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Proceso civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 366.

⁵ SOTELO, José Luis Vázquez, *op. cit.*, p. 366-367.



para os efeitos de litispendência todos esses fatos ou fundamentos não invocados expressamente se consideram deduzidos”⁶.

Os únicos fatos, fundamentos ou títulos que escapam ao ônus de alegação previsto na atual LEC são aqueles que à parte não foi possível arguir durante os adequados momentos processuais, por serem “posteriores ou de posterior conhecimento”⁷, bem como os que se permite sejam introduzidos durante o processo como “alegações complementares”⁸.

Convém lembrar que a coisa julgada sobre o “objeto virtual” do processo, admitida pela inovação do direito espanhol, não é a mesma coisa julgada “implícita”, prevista pela doutrina tradicional, e que se encontra expressa no art. 474 do CPC brasileiro, segundo o qual “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. É que essa preclusão clássica do processo civil somente se aplica sem modificar a *causa petendi* da demanda julgada, respeitando, portanto, o *objeto* real (ou atual) do processo. Já a preclusão ampla da nova LEC alcança o *objeto atual* do processo, definido pela *causa petendi*, e vai além, para afetar *todos os fatos e fundamentos* que poderiam ter sido invocados para sustentar a demanda, mesmo que configurem outra *causa petendi*⁹.

Qual a justificativa para essa ampliação do alcance da coisa julgada operada na reforma do processo civil espanhol? Entre os diversos argumentos lembrados pelos defensores da idéia inovadora destacam-se dois: “evitar a repetição de processos e evitar o risco de processos com sentenças contraditórias ou redundantes”¹⁰.

A doutrina, porém, tem acolhido com reservas, a nova concepção dos limites objetivos da coisa julgada, considerando-a como “improvisada ou precipitada” e como capaz de “gerar na prática muito mais problemas do aqueles que visou solucionar”, pelo que se recomenda a adoção de critérios restritivos em sua interpretação e aplicação¹¹.

Na jurisprudência, os pronunciamentos sobre o art. 400 da nova LEC, ainda são poucos, mas já se notam duas correntes: uma restritiva, que reconhece a coisa julgada sobre fatos e fundamentos não invocados no processo quando entre eles e a resolução da sentença se detecte uma “vinculação insuperável” ou uma “vinculação profunda”; outra, com maior número de precedentes, vem adotando uma interpretação puramente literal, sem qualquer cuidado restritivo¹².

3. A jurisprudência italiana

⁶ SOTELO, José Luis Vázquez, *op. cit.*, loc. cit.

⁷ “Hechos nuevos o de nueva noticia” (LEC, arts. 400, 1.; 286; 426, 4 e 435, 1).

⁸ LEC, “Artículo 426. Alegaciones complementarias y aclaratorias. Hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y contestación. Presentación de documentos sobre dichos extremos. 1. En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario”.

⁹ SOTELO, José Luis Vázquez, *op. cit.*, p. 350.

¹⁰ SOTELO, José Luis Vázquez, *op. cit.*, p. 371.

¹¹ MORENO, Damian. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* - t. II. Comentários a la LEC 2.000, coordenados por Cortes Dominguez y Moreno Catena. Madrid: Tecnos, 2000, p. 41-42; SOTELO, José Luis Vázquez, *op. cit.*, p. 374.

¹² CF. SOTELO, José Luis Vázquez, *op. cit.*, p. 376-383.



Na Itália, não por meio de reforma legislativa, mas por via de exegese jurisprudencial, vem sendo construída uma noção de coisa julgada material muito mais ampla que a admitida pela doutrina tradicional, ainda hoje largamente dominante, tanto no próprio direito italiano como no direito comparado.

VIRGINIA PETRELLA em estudo recente¹³, que merece divulgação e abre oportunidade para repensar o instituto da coisa julgada sob a nova concepção constitucional da efetividade e presteza do moderno “processo justo”, faz uma resenha das decisões dos tribunais italianos, principalmente da Corte de Cassação, nos últimos vinte anos, que vêm revolucionando as dimensões do *objeto litigioso* sobre o qual deve recair a *coisa julgada*.

A posição clássica, de que é exemplo o CPC brasileiro, identifica o *objeto* do processo com o *pedido*, de sorte que sentença de mérito é aquela que acolhe ou rejeita o *pedido do autor* (CPC, art. 269). E, por conseguinte, a imutabilidade e indiscutibilidade que caracterizam a coisa julgada devem ser situadas não nos fundamentos da sentença, mas em seu dispositivo, pois é nele que se dá solução ao *pedido*, isto é, ao *objeto* do processo¹⁴.

O art. 469 de nosso CPC é emblemático quando dispõe, de maneira categórica, que “não fazem coisa julgada: I – os *motivos*, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”. Tampouco se inclui na *res iudicata*: “II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

Ensaçou-se, entre nós, uma antiga doutrina que distinguia entre *motivos* e *razões*, de modo que os *fatos jurídicos litigiosos* (i.é, a *causa petendi*) sobre os quais se assenta o dispositivo da sentença deveriam, também, se acobertar pela *res iudicata*. Ficariam de fora apenas os *fatos simples* e os *argumentos* adotados no raciocínio do juiz, sem que uns e outros constituíssem o núcleo da relação jurídica material contenciosa, não chegando, portanto, a integrar o *iudicium*, embora úteis à formação e demonstração do convencimento do julgador¹⁵. Os *motivos*, que o art. 469 do CPC excluem da coisa julgada, corresponderiam apenas aos *fatos simples*.

Essa engenhosa interpretação não foi, entretanto, a que mereceu a consagração da maioria na doutrina e jurisprudência. Em matéria de motivação da sentença, para os efeitos de exclusão da coisa julgada, a lei realmente não distingue entre fatos jurídicos e fatos simples. Todos, uma vez utilizados na argumentação do juiz, são *motivos* e não *objeto* do *judicium* e, por isso, não são abrangidos pela autoridade de coisa julgada. As razões (ou fundamentos) da sentença desempenham, de fato, importante papel na compreensão do dispositivo. Principalmente na interpretação dos limites objetivos da coisa julgada sempre se terá de reportar aos fatos jurídicos figurantes nos motivos do decisório. A influência desses motivos, entretanto, não ultrapassa o âmbito da *situação jurídica* identificada no pedido e resolvida pelo dispositivo da sentença. Não pode dela se desprender para assumir uma autonomia no plano próprio da coisa julgada material.

¹³ PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 423-436.

¹⁴ “A coisa julgada restringir-se-á à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus objetivos” (BATISTA, Paula, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. III, nº 763, p. 68).

¹⁵ Essa doutrina, entre outros, foi sustentada por RONALDO CUNHA CAMPOS (Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973, *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 3, p. 181, 3º trim. 1975).



Para o entendimento acolhido, também, pela jurisprudência, mesmo a *causa petendi*, configuradora de questão enfrentada e dirimida pela sentença, só faz coisa julgada em conjunto com o pedido, ou seja, como elemento da situação jurídica definida pelo dispositivo. Não é possível, por isso, isolar o *fundamento*, para, em contexto diverso do que foi objeto da decisão judicial, atribuir-lhe a indiscutibilidade própria da *res iudicata*. Em outros termos: o fato jurídico que serviu de motivo para a sentença só não pode ser novamente discutido em juízo se a nova pretensão conduzir a um resultado que anule, reduza ou modifique a situação jurídica acobertada pela sentença.

Se, todavia, o mesmo fundamento for invocado, em processo superveniente, para sustentar pedido diverso do anteriormente decidido, não se deparará com o embaraço da *res iudicata*, de maneira que o novo julgamento poderá até mesmo interpretar a antiga *causa petendi* de maneira diferente¹⁶.

É contra essa orientação altamente restritiva do alcance da *coisa julgada material* que vem se rebelando, nos últimos anos, a Corte de Cassação italiana. Seu posicionamento lembra, de certa forma, o pensamento outrora defendido, entre nós, por RONALDO CUNHA CAMPOS, ao interpretar os limites objetivos da *res iudicata* como abrangentes da *causa petendi*, nela incluídas as *razões* de fato e de direito identificadoras da situação jurídica composta e definida pela sentença de mérito.

A jurisprudência italiana, dessa maneira, procura identificar o *objeto* do processo não apenas no *petitum*, pois nele inclui também às razões de fato e de direito que sustentam o pedido, tal como outrora advogara o lembrado processualista brasileiro. Não seria, então, a reposta ao pedido o único elemento do decisório que se tornaria imutável e indiscutível entre as partes, por efeito da coisa julgada.

VIRGINIA PETRELLA cita vários arestos daquela alta Corte em que teria sido proclamado: “a autoridade da coisa julgada estende-se a todas as situações, ainda que implícitas, que constituam, para a decisão final, pontos necessariamente alcançados pelo arco lógico da decisão, representando o pressuposto indispensável da solução acolhida, inclusive as situações em torno de fato”¹⁷.

Esse posicionamento jurisprudencial, segundo a mesma autora, tem sido adotado em numerosos casos nos quais os processos guardam conexão com os anteriores, mesmo tendo uns e outros por objeto direitos distintos. Assim, por exemplo, tem sido decidido que

“Sempre que dois processos entre as mesmas partes tenham por objeto um mesmo negócio ou relação jurídica, e um deles tenha sido definido por sentença passada em julgado, o acerto já realizado em torno da situação jurídica a respeito da qual a resolução de uma questão de fato ou de direito tenha incidido sobre um ponto fundamental comum a ambas as causas e que haja constituído a premissa lógica da decisão contida no dispositivo da sentença passada em julgado, preclui o reexame do ponto definido e resolvido, *ainda que o processo subsequente tenha finalidade diversa daquela que constituiu o escopo e o petitum do primeiro*” (tradução livre)¹⁸.

¹⁶ “Coisa julgada – Limites objetivos. A imutabilidade própria de coisa julgada alcança o pedido com a respectiva causa de pedir. Não esta última isoladamente, pena de violação do disposto no art. 469, I, do CPC” (STJ, 3ª T., REsp 11.315/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 31.8.1992, RSTJ, 37/413. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp 20.754/MS, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 25.6.1996, RSTJ, 92/179-180). “A teor do art. 469 do Código de Processo Civil, os motivos e a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença não fazem coisa julgada” (STF, AR 1.343/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 18.02.1993, RTJ 147/570).

¹⁷ PETRELLA, Virginia, *op. cit.*, p. 424.

¹⁸ PETRELLA, Virginia, *op. cit.*, p. 424.



Basta que o fato histórico fundamental ensejador do litígio seja comum a diversos processos, para que a solução definitiva de um deles tenha de prevalecer como coisa julgada entre as mesmas partes, pouco importando que diferentes sejam os pedidos formulados em cada um deles. O acerto sobre o fato fundamental comum não deve ser renovado. É o exemplo de uma só relação negocial duradoura acerca da qual surgiram entre as partes sucessivas demandas. Numa se discutiu, *v.g.*, a validade do contrato para solucionar o pedido de cumprimento de uma determinada prestação; noutra reclamou-se a satisfação de outra obrigação. Embora diversos os pedidos, todos se fundam no mesmo contrato. Por isso, na segunda causa não é mais lícito discutir a validade do contrato, se isto já foi acertado pela sentença anterior.

Não se pode argüir a diversidade de pedidos, em tais casos, nem se pode invocar que a coisa julgada não incide sobre os motivos da sentença. Para a corrente majoritária da Corte de Cassação transitam em julgado tanto o acerto final dado ao pedido como o fato histórico definido para solucionar o pedido.

Diversamente do que, entre nós, está assentado na jurisprudência do STJ, para a Corte de Cassação italiana, transitam em julgado, com autonomia, tanto o *petitum* como a *causa petendi*. Ou seja: nessa ótica o fato jurídico causal não é visto mais apenas como critério de interpretação do dispositivo da sentença, é também encarado como objeto do acerto definitivo operado com força de coisa julgada¹⁹.

Numa época em que a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito transforma em garantia fundamental a efetividade de um processo de duração razoável e de estrutura voltada para a economia processual (CF, art. 5º, XXXV, e LXXVIII), a postura da jurisprudência italiana parece mais afinada com as metas do “processo justo” do que a tradicional, cuja conformação se construiu mais à luz do dogmatismo do que da busca de resultados práticos sensíveis à política moderna de tutela jurisdicional facilitada e eficiente.

Os argumentos da doutrina majoritária contra a jurisprudência da Cassação italiana são vários, mas o principal se concentraria no argumento de que o direito de ação não foi concebido como destinado à tutela da verdade dos fatos, mas apenas dos direitos subjetivos²⁰.

¹⁹ Dois exemplos extraídos de arestos da cassação italiana: um determinado fato ilícito foi utilizado para pretender, em embargos à execução, a nulidade do título exequendo, e foi rejeitado por sentença. Numa segunda demanda a mesma parte pretendeu perdas e danos, pelo mesmo fato que antes fora invocado nos embargos à execução. Aplicou-se, para rejeitar a segunda demanda, a coisa julgada sobre o fato jurídico fundamental de ambas as causas, tratando-se como irrelevante a diversidade de pedidos. Outro exemplo: na primeira causa, entre vizinhos, travou-se disputa visando o fechamento de uma janela, tendo sido discutida a propriedade do autor; na segunda, as mesmas partes, enfrentaram a pretensão de reduzir as dimensões do acesso de luz de um dos prédios. A Corte de Cassação entendeu que estava preclusa a questão em torno da propriedade, já decidida no primeiro processo, sem embargo da diversidade de pedidos formulados nos dois processos (PETRELLA, Virginia, *op. cit.*, p. 425).

²⁰ A afirmação da jurisprudência de que a coisa julgada substancial abrange tudo quanto a parte poderia pretender, deduzir ou excepcionar em relação à matéria disputada no processo, deve, segundo G. ARIETA, F. DE SANTIS e L. MONTESANO, ser examinada com cautela “e non possono, in ogni caso, giustificare un’estensione dei limiti di efficacia dell’accertamento nei confronti di premesse giuridiche e di fatto che, estranne ai rapporti decisi, siano ‘logicamente necessarie’ alla decisione, in quanto ciò comporterebbe violazione del diritto di difesa e di azione ex art. 24 Cost., a causa della preclusione alle parti di possibili strumenti essenziali di discussione in futuri giudizi su rapporti diversi da quello deciso” (*Corso base di diritto processuale civile*. Milano: CEDAM, 2002, n.º 186, p. 401).



No entanto, o problema não se situa bem no plano do direito de ação, mas no do objeto do processo e no dos limites da coisa julgada.

Realmente o objeto final do processo é a certeza sobre o direito subjetivo controvertido. Mas não se pode ignorar o relevo que o fato assume em qualquer disputa em torno de qualquer direito subjetivo. Tampouco, a jurisprudência da Cassação não se volta para outorgar força de coisa julgada a qualquer juízo feito sobre fatos afirmados ou negados no processo. Mas apenas para aqueles que foram *fundamentais* no acerto do direito subjetivo objeto do processo em que a sentença transitou em julgado. É o chamado *fato principal* (aquele que foi relevante na individuação do objeto de um processo)²¹ que deve suportar o efeito preclusivo e, assim, evitar que sua volta à discussão judicial em outro processo, cujo *petitum* é diverso, mas a causa de pedir tenha origem no mesmo fato histórico acertado, em caráter principal, no feito anterior.

Não se revestem, portanto, da autoridade da *res iudicata* os acertamentos em torno de fatos *secundários*, estranhos ao núcleo do *objeto* litigioso. Secundários, e portanto fora do alcance da coisa julgada, são aqueles fatos utilizados apenas como meios de acesso ao *fato jurídico fundamental* de uma causa, ou de interpretação deste, sem que, por si, tenham capacidade de gerar o efeito jurídico material disputado no processo²².

A conclusão da doutrina, ainda minoritária na Itália, que aplaude o posicionamento modernizador da Corte de Cassação, é assim sintetizado por VIRGINIA PETRELLA:

“L'estensione del giudicato esterno al fatto principale, che rappresenti presupposto logico giuridico della statuizione sul diritto, nei limiti dei predetti nessi tra processi, può essere accolta oggi con maggiore serenità che in passato, alla luce di una nuova lettura del principio del giusto processo civile, offerta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, come processo di ragionevole durata rispetto alla lite nel suo complesso, da realizzarsi anche attraverso la concentrazione delle tutele rispetto all'assetto di interessi nascente da un unico rapporto o fatto produttivo di effetti giuridici o da rapporti legati da un nesso di pregiudizialità dipendenza”²³.

É de se registrar, contudo, que, mesmo sem aplaudir toda a extensão que a Corte de Cassação vem dando ao objeto do processo e à coisa julgada material, há vozes de relevo na doutrina italiana tradicional que acolhem, em muitas circunstâncias, a orientação pretoriana.

REMO CAPONI e ANDREA PROTO PISANI, por exemplo, dão como certo o posicionamento da jurisprudência italiana que, para efeito da coisa julgada externa (material), amplia o objeto do decisório para alcançar a hipótese da *prejudicialidade lógica*, independentemente de formulação de declaratória incidental, nos casos de relação jurídica complexa²⁴ que vem a ser deduzida em juízo de maneira fracionada. Por exemplo: a

²¹ Para identificação de uma causa (ou ação), o CPC brasileiro utiliza três elementos: as partes, o pedido e a causa de pedir (art. 301, § 2º). São todos eles levados em conta pela atual jurisprudência da Corte de Cassação italiana, para identificar, também, os limites da coisa julgada.

²² “Alla luce di quanto esposto, si può concludere che punto di fatto sull'arco logico della decisione del giudice saranno solo i fatti giuridicamente rilevanti ossia i fatti c.d. principali, esauendo i fatti secondari il proprio ruolo nella formazione del convincimento del giudice mediato rispetto agli stessi fatti principali. Da ciò deriva che un problema in ordine all'eventuale estensione dell'efficacia positiva del giudicato materiale ai punti di fatto affrontati dal giudice riguarderà i soli fatti principali” (PETRELLA, Virginia, *op. cit.*, p. 430).

²³ PETRELLA, Virginia, *op. cit.*, p. 435-436.

²⁴ Por relação jurídica complexa entende-se aquela da qual se podem extrair diversas pretensões em diferentes momentos.



pretensão ao aluguel tem como pressuposto lógico necessário a relação locatícia, de modo que a sentença, passada em julgado, de condenação ao aluguel de um determinado período, põe em relevo a existência e validade da locação²⁵. Esse pressuposto da sentença não pode ser ignorado em posterior demanda originada do mesmo contrato.

Pelo menos nas relações complexas derivadas de um só contrato, CAPONI e PROTO PISANI estão acordes com a posição jurisprudencial, no sentido de que o objeto do processo e da coisa julgada não podem ficar limitado à pretensão deduzida em juízo, sob risco de, em sucessivas demandas, em torno de outras prestações derivadas do mesmo contrato, chegar-se a uma grave contradição lógica de julgamento. Acertada a existência do contrato para justificar a condenação ao pagamento de uma prestação, não seria lógico e aceitável negar tal relação jurídica complexa, quando outra prestação dele derivada viesse a ser exigida em outro processo entre as mesmas partes.

Daí a conclusão dos processualistas referidos de que “a gravidade do inconveniente prático ora indicado aconselha admitir que, pelo menos na hipótese de relações que englobam prestações múltiplas, o *objeto do processo e da coisa julgada* não seja constituído apenas do direito deduzido em juízo pelo autor, mas também da relação contratual inteira (a relevância jurídica do contrato) sob a qual se fundamenta seja a prestação pleiteada pelo autor, seja a contraprestação que toca ao réu”²⁶.

4. Ampliação dos limites da coisa julgada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Em termos de coisa julgada civil, a jurisprudência predominante nos tribunais superiores do Brasil (STF e STJ) mantém a orientação tradicional de que apenas o acerto final dado ao litígio pelo dispositivo da sentença transita em julgado. Não se revestem, portanto, da imutabilidade e indiscutibilidade previstas no art. 467 do CPC, os fundamentos de fato e de direito em que o julgado se assentou²⁷.

Já quanto às ações de controle da constitucionalidade, a posição do STF tem evoluído para uma postura que se assemelha à da Corte de Cassação italiana, já exposta no item anterior.

Entende a Suprema Corte que, naquelas ações especiais, o objeto do julgamento é maior do que aquele acertado pelas sentenças das comuns ações civis, de modo que abarcaria não só a resposta ao pedido formulado pelo autor, mas também os seus fundamentos determinantes, ou seja “a *ratio decidendi* subjacente ao julgado”²⁸.

Esse entendimento, explicitado pelo Min. CELSO DE MELLO, é no sentido de que o STF tem reconhecido “a existência do fenômeno da *transcendência dos motivos que embasaram a decisão* proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata”. Vale dizer: nessas ações especiais, em que se procede à fiscalização normativa

²⁵ CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, n.º 24, p. 82.

²⁶ CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti cit.*, n.º 25, p. 83. Diante de um só contrato – esclarecem os autores referidos – que, por exemplo, “acertado o direito do vendedor ao pagamento do preço, não se pode sucessivamente negar o direito do comprador à entrega da coisa ao argumento de não existir o contrato de compra e venda” (*op. cit.*, *loc. cit.*).

²⁷ STF, AR 1.343/SC cit.; STJ, REsp. 11.315/RJ e REsp. 20.754/MS cits.

²⁸ MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais n direito processual civil brasileiro*. Tese. Faculdade de Direito da USP, 2008, n. 22, p. 181.



abstrata, o efeito vinculante do julgado refere-se também aos fundamentos (causa de decidir), “projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade” (adotado em relação a uma determinada lei ou a um determinado ato normativo)²⁹.

É por esse largo espectro objetivo atribuído à sentença proferida em ação de controle de constitucionalidade, que o direito positivo autoriza a *reclamação* para coarctar o descumprimento, por qualquer juiz ou tribunal, de decisões do STF, tomadas “em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade”³⁰. E para justificar a reclamação, não há necessidade de que o ato abusivo de outro Tribunal ou juiz se refira à mesma lei que foi objeto do pronunciamento do STF, sendo suficiente que se contraponha a tese de natureza constitucional que serviu de fundamento ao julgado.

Do entendimento em questão decorre a consequência de que, decretada, por exemplo, a inconstitucionalidade de determinada lei, não é dado ao Legislativo editar outra que reproduza o quadro retratado na ação em que a coisa julgada se aperfeiçoou. A *ratio decidendi* que prevaleceu a ação de inconstitucionalidade continua oponível à lei nova, embora não tenha sido ela objeto do acerto contido no dispositivo da sentença que a precedeu³¹. Simplesmente é considerado como incluído na coisa julgada, em ação constitucional, o fundamento do decisório.

É verdade que o STJ se apoiou na natureza especial das ações de controle constitucional para ampliar o alcance da coisa julgada até chegar aos fundamentos de fato e de direito. De qualquer maneira, não deixa de ser importante a abertura de perspectiva para maiores dimensões da *res iudicata* no processo civil.

5. O processo de cognição desprovido da aptidão de produzir a coisa julgada (no direito europeu)

Enquanto o direito europeu continental se mantinha, em regra, atrelado às raízes romanísticas, que impediam admitir que o processo de cognição pudesse cumprir sua função jurisdicional sem o atributo da coisa julgada, o problema das tutelas de urgência provocou o surgimento na França de um tipo sumário de procedimento capaz de gerar sentença de mérito, sem o objetivo imediato da intangibilidade do respectivo acerto perseguido habitualmente pelo procedimento ordinário (os *référés*).

Na Itália e no Brasil, a tradição do direito processual civil filiou-se sempre ao caráter precário e provisório das medidas emergenciais com que se outorgava a tutela preventiva ou cautelar, ainda mesmo quando tivesse, excepcionalmente, força de antecipação de tutela (medidas satisfativas). A parte que as obtinha ficava com o ônus de promover a ação principal, em prazo certo, sob pena de extinguir-se o provimento preventivo (CPC brasileiro, arts. 806 e 807); ou de dar curso ao processo principal, até o definitivo julgamento, se a medida preventiva tivesse sido obtida incidentalmente, também sob igual sanção (CPC brasileiro, arts. 273, § 5º, e 803, III).

²⁹ O Min. Celso de Mello relaciona vários precedentes do plenário do STF, nos quais se proclamou a eficácia transcendente do caso singular para estender a eficácia objetiva da declaração de inconstitucionalidade além da parte dispositiva da decisão (STF, Pleno, Rcl. 2.363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 23.10.2003, *DJU* 01.04.2005, p. 7; STF, Pleno, Rcl. 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 01.10.2003, *DJU* 21.05.2004, p. 33).

³⁰ STF, Reclamação 2.986 MC/SE, decisão do Min. Celso de Mello de 11.03.2005, *DJU* 18.03.2005, p. 87.

³¹ MARCATO, Antonio Carlos, *op. cit.*, n.º 22, p. 181.



A França, no entanto, há algum tempo, escolheu outro caminho: em vez de instituir medidas preventivas provisórias a serem obrigatoriamente sucedidas por processos principais, onde o acerto final culminaria com a definitividade da coisa julgada, o direito francês empenhou-se no aperfeiçoamento do antigo instituto do *référé*, para permitir que a prestação jurisdicional fosse acelerada e pudesse, nos casos de urgência, concretizar-se num só processo (NCPC francês, arts. 808 a 810; 848 a 850; 872 e 873). Procurava atuar, portanto, no campo de sumarização do procedimento cognitivo para realizar a tutela de urgência satisfativa, deixando de lado, a cautelaridade por meio de procedimentos apartados e subordinados a futuros procedimentos principais. A sumarização atinge o processo como um todo, e não se aplica apenas à medida cautelar, fora do procedimento de acerto do litígio. É o acerto, como um todo, que se sumariza, dentro de um só procedimento especial, cuja finalidade é encontrar pronta composição para um conflito que não tem condições de se submeter às delongas do procedimento comum.

Uma das características básicas que individualiza o instituto processual francês do *référé* é sua autonomia frente ao processo principal. Ao contrário de nossa ação cautelar que está sempre subordinada ao processo principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto a ser feito obrigatoriamente em outro processo, no direito francês o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo.

A tutela de urgência, na França, ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior processo principal para confirmação do provimento emergencial.

A autonomia em questão faz com que o juiz do *référé* não seja alguém que delibera no aguardo de uma posterior e necessária intervenção de fundo em outra prestação jurisdicional. Essa ulterior composição do litígio, de caráter definitivo, pode eventualmente acontecer, mas não como necessidade sistemática ou orgânica. Mesmo que os dois procedimentos girem em torno do mesmo litígio, não perseguem o mesmo objeto e, por isso, não pode um ser considerado como preliminar do outro³².

O fim principal e específico do *référé* não é a composição definitiva do conflito: é, isto sim, “a estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso”. Mas tudo é feito sumariamente e sem aspiração de definitividade. O procedimento se encerra no plano da emergência, como provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a sentença é desprovida de autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o provimento do *référé* é apenas provisório (embora não temporário nem acessório)³³.

Cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal. Encerrado o *référé* a solução judicial perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo³⁴.

Em síntese:

³² VUITTON, Jaques; VUITTON, Xavier, *Les référés*. Paris: Litec, 2003, n. 1054 a 1057, p. 204.

³³ Idem, ibidem, n. 1061, p. 205.

³⁴ “Le nouveau code de procédure civile a instauré l’ordonnance de *référé* comme une décision provisoire mais en aucun cas temporaire” (VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier, *op. cit.*, n. 1068, p. 207).



O procedimento do *référé*, no processo civil francês, cumpre o papel da tutela de urgência permitindo a adoção rápida de equacionamento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela no direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo.

São, pois, características do sistema francês do *référé*:

- a) a *autonomia* do procedimento de urgência;
- b) a *provisoriedade* da decisão neles proferida;
- c) a ausência de *coisa julgada*.

Da França o instituto do *référé* migrou para a Bélgica. Em linhas gerais, o direito processual civil belga segue o padrão francês da tutela de urgência, proporcionada por meio das chamadas “medidas provisórias”, cujo desempenho “se caracteriza essencialmente pela urgência da situação sobre a qual se deve prover, pela natureza provisória [possibilidade de revisão] da medida ordenada e pela ausência de autoridade de coisa julgada da decisão em face do juízo competente para julgar em caráter definitivo, a seu tempo, o fundo do litígio”³⁵. Prevalece, em linhas gerais, a estrutura processual do *référé*.

A exemplo do direito francês, a *medida provisória* belga é obtida por meio de ação própria, na qual se profere decisão provisória, que, em face da urgência, é obtida prontamente, mas sem prejuízo do processo principal exauriente. Pode haver prévio contraditório, ou pode a medida ser deferida liminarmente, de forma unilateral (CPC/belga, art. 584).

No estágio atual do direito positivo belga, o *référé* deixou de ser procedimento excepcional. Tende a tornar-se remédio natural dos conflitos urgentes³⁶.

Quanto ao conteúdo do provimento provisório poderá ser em tudo igual à sentença do processo definitivo, só que desprovido da definitividade da coisa julgada³⁷.

Na Itália, a prevenção cautelar evoluiu lentamente dos provimentos de puro caráter conservativo para incluir, também, as medidas urgentes de feitiço satisfativo no campo dos *provvedimenti d'urgenza*, tradicionalmente concebidos para assegurar os efeitos da sentença de mérito. Essa ampliação da tutela cautelar se deu em nome da moderna política de efetividade da jurisdição, inspiradora do que se convencionou chamar de “processo justo”.

Nesse enfoque renovador, tudo que se extrai de uma condenação manifestada no processo principal poderia, também, ser transposto para o processo cautelar, com o traço específico, porém, da *provisoriedade*. No plano dos efeitos, e apenas nele, a execução dos provimentos de urgência se assemelharia à de uma comum sentença condenatória declarada provisoriamente executiva, já que em ambos os casos “se promove uma antecipada, ou acelerada satisfação do direito substancial”³⁸.

³⁵ COMPERNOLLE, Jaques Van. *Introduction générale. Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 5.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 6.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 13 e p. 17.

³⁸ TOMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983, p. 252.



Essa interpretação ampliativa do objetivo dos *provvedimenti d'urgenza*, para neles incluir a antecipação de efeitos da futura sentença de mérito, não desfez o caráter acessório da ação cautelar, nem mesmo quando exercida com função satisfativa³⁹. Assim, os efeitos dos *provvedimenti d'urgenza* deveriam extinguir-se se o prometido processo principal não viesse a ser promovido ou, se já proposto, viesse a ser extinto⁴⁰.

Ou seja: quando se ampliou exegeticamente o alcance das medidas cautelares do art. 700 do CPC/italiano, para nelas compreender as medidas de antecipação de tutela, manteve-se a regra básica da acessoriedade, segundo a qual a concessão de qualquer provimento da espécie sempre se sujeita à fixação de um termo peremptório dentro do qual o promovente terá de iniciar o processo principal, ou de mérito, sob pena de caducidade do provimento provisório de urgência (CPC italiano, art. 702, 2º *comma*)⁴¹. Aplicando-se à tutela antecipada a disciplina geral dos procedimentos cautelares, manteve-se, por via de consequência, “a subordinação da tutela em exame à tutela de mérito”⁴².

Por meio de uma profunda reforma do CPC italiano, ocorrida em 2005, os provimentos de antecipação de tutela continuaram a ser objeto de ação de rito cautelar, mas sem o atrelamento obrigatório a um processo principal.

A tônica da reforma consistiu em abandonar o feito acessório que tradicionalmente caracterizava o procedimento da tutela de urgência no processo civil italiano, para adotar um sistema similar ao do *référé* francês, onde prevalece a autonomia e sumariedade das ações cautelares satisfativas.

Embora qualificando-as como modalidade do poder geral de cautela, o direito italiano moderno retira das medidas antecipatórias o papel de instrumentalizar ou preparar ulterior prestação definitiva em processo principal. O caminho procedimental trilhado é muito diferente daquele adotado pelo código brasileiro, onde o poder cautelar e o poder antecipatório são traçados como fenômenos distintos e submetidos, por isso, a regime processual diferente. Para o Código italiano, a antecipação de tutela surgiu como ampliação do poder geral de cautela, continuando sob o rótulo geral de medida cautelar, mas tem papel distinto a cumprir dentro da jurisdição.

A tutela antecipada perde, na Itália, a principal característica das medidas genuinamente cautelares: deixa de ser um instrumento vinculado à garantia de eficiência do processo principal; deixa de ser um acessório de outro processo, para buscar, a própria ação cautelar, uma completa definição do conflito jurídico (litígio). O que a distingue da ação ordinária é apenas a sumariedade do acerto e a rapidez com que se alcança o provimento tutelar⁴³. Afasta-se, portanto, do regime clássico da tutela cautelar típica para

³⁹ Mesmo depois que dispositivos especiais vieram, de modo específico, a regular setorialmente casos de antecipação de tutela, esta continuou, na Itália, a ser legada em parte à aplicação do art. 700 do CPC, “com todas as consequências do caso, seja em relação às suas formas, seja em relação à sua duração no tempo e às suas relações com a definitiva tutela de mérito (ou como se prefira: com os efeitos da sentença de mérito)” (RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória no direito italiano. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil* 4/127. Curitiba, jan.-abr./1997)

⁴⁰ CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà*, p. 50, *apud* TOMMASEO, Ferruccio, *op. cit.*, p. 252, nota 85.

⁴¹ TOMMASEO, Ferruccio, *op. cit.*, p. 265.

⁴² RICCI, Edoardo F., *op. cit.*, p. 127.

⁴³ Decorre dos provimentos de urgência do art. 700 do CPC/Italiano, quando satisfativos, a conclusão de que “sono stati espressamente svincolati dalla pendenza di un ordinario processo a cognizione piena sul diritto che ne costituisce l'oggetto... a causa di tale svincolo la loro caratteristica essenziale non risiede più nella loro strumentalità e provvisorietà intrinseche, o strutturali, ma (ove ricorrano i presupposti di legge) nella produzione



enveredar por um procedimento autônomo, que, posto se desenvolva plenamente em contraditório, se apresenta como célere e sumário, com a característica de, entretanto, não produzir a coisa julgada.

Ao invés de preparar o futuro provimento de um processo principal, a ação cautelar antecipatória, por não produzir *res iudicata* material, não gera preclusão em torno de seu provimento nem adquire a autoridade de coisa julgada; de maneira que a instauração de um futuro processo ordinário, de cognição plena, não fica prejudicada, se alguma das partes entender de buscar novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio. Já, então, se poderá alcançar e definitividade da *res iudicata*, seja na confirmação da tutela antecipada sumariamente, seja na sua reforma ou cancelamento.

A solução italiana, como se vê, não é, em matéria de antecipação de tutela, a que tipicamente se encontra por meio das ações cautelares, mas a própria das ações cognitivas sumárias⁴⁴.

Na realidade, observa FRANCO CIPRIANI que os provimentos cautelares antecipatórios, “uma vez privados da característica da instrumentalidade, e tornados substancialmente ou potencialmente autônomos, em relação ao juízo de mérito, acabaram por ser cautelares somente por modo de dizer”. Isto porque, doravante, no direito italiano, “se mostram claramente distintos dos verdadeiros e próprios provimentos cautelares, aqueles ditos conservativos”. Por isso conduzem à afirmação de que “agora a tutela cautelar antecipatória se transformou em tutela sumária não definitiva”. Embora não obriguem a invocação em outro processo, nem produzam coisa julgada, geram provimento potencialmente permanente⁴⁵.

O que o Código italiano põe à disposição do litigante é uma opção entre duas vias de acerto: uma sumária e célere, mas sem o atributo da coisa julgada; e outra com acerto pleno e exauriente, capaz de alcançar a indiscutibilidade própria da coisa julgada material⁴⁶.

6. Conclusões

O Estado Democrático de Direito não se contenta com um processo qualquer, nem mesmo com um processo que seja tecnicamente organizado segundo os padrões traçados cientificamente à luz dos dogmas herdados da doutrina formada no Século XIX e princípios do século XX. As garantias constitucionais contemporâneas apontam para o dever do Estado de garantir a todos o acesso à justiça e de que a administração do aparelhamento jurisdicional seja desempenhada de modo a revelar-se capaz de responder de modo adequado à tutela prometida⁴⁷.

rapida degli stessi effetti riconducibile ad una pronuncia di merito sul diritto in contesa” (MONTELEONE, Girolano. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 2007, v. 2, p. 356).

⁴⁴ Do quadro atual das medidas antecipatórias no Código italiano “deriva una conseguenza della massima importanza, vale a dire che le misure anticipatorie costituiscono una forma generalizzata, rapida e sommaria di tutela giurisdizionale dei diritti che si pone accanto ed in alternativa all’ordinario processo di cognizione” (MONTELEONE, Girolano. *Manuale cit.*, p. 357).

⁴⁵ CIPRIANI, Franco. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. *Il giusto processo civile*, Bari, n. 1/2006, p. 26-27 (7-30).

⁴⁶ Essa autonomia ou não da instrumentalidade da tutela antecipatória parece ser também o caminho seguido pelo direito francês no seu procedimento sumário do *référé*, que pode produzir um provimento com eficácia executiva mas sem adquirir autoridade de coisa julgada (MONTELEONE, Girolano. *Manuale cit.*, p. 359).

⁴⁷ VIGORITTI, Vincenzo. Acesso alla giustizia, ADR, prospettive. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LOGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 99.



Assumem grandes proporções duas políticas que vem empolgando a processualística do século XXI:

- a) a de redução da litigiosidade, procurando eliminar conflitos que, naturalmente, podem encontrar solução fora dos pretórios estatais;
- b) a criação dentro do processo tradicional de técnicas de simplificação procedimental, e a concepção também de tutelas variadas que possam diferenciar-se em função das peculiaridades dos casos concretos submetidos aos provimentos jurisdicionais.

Na primeira perspectiva, não só se estimulam formas extrajudiciais de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, mas também se criam mecanismos voltados para impedir a reiteração constante de demandas repetitivas (causas de igual objeto, ainda que entre partes diversas), ou de causas, cujo objetivo já tenha sido, no todo ou em parte, solucionado pela justiça, entre as mesmas partes. É o que, com muita dificuldade, se intenta no direito espanhol e italiano, mediante alargamento dos limites da coisa julgada, de modo a conferir-lhe um objeto atual (real) e outro virtual cuja identificação seja hipoteticamente capaz de impor solução a futuros conflitos de origem comum (mesmo suporte fático) que eventualmente possam sobrevir entre as mesmas partes. Com os efeitos preclusivos ampliados, a *res iudicata* pode impedir ou abortar um bom número de demandas, segundo se espera nos referidos países europeus.

Na segunda perspectiva, o que se busca é fazer com que o processo se dispa do excesso de tecnicismo e proporcione às partes e juízes meios de atalhar os caminhos endereçados à obtenção dos provimentos de pacificação dos litígios. Entram nessa política jurisdicional, não só multiplicação das tutelas de urgência, não só cautelares, mas sobretudo de acesso à satisfação antecipada das pretensões de mérito.

Se de um lado, é a ampliação dos limites da coisa julgada o expediente com que se maneja para reduzir a litigiosidade superveniente; de outro, é a sumarização do procedimento cognitivo e a eliminação da própria coisa julgada que se espera tenham o poder de dissuadir os litigantes de prosseguir no processo principal, sabidamente complexo, lento e oneroso.

Obtida a liminar, nestes procedimentos sumários (*référés*), a solução provisória, se não houver reação do demandado, não obriga o autor a propor a ação de acerto exauriente do litígio. A não formação da coisa julgada, *in casu*, é expediente que, segundo se espera, desestimule as partes de instaurarem o processo principal, pois a medida liminar pode bem atender às conveniências de ambos os interessados, os quais, no futuro, surgindo problemas outros em torno do mesmo fato jurídico, que se considerem como graves, poderão cogitar do procedimento contencioso definitivo. Em muitos casos, porém, a natureza do conflito e a característica da liminar são suficientes para que as partes se acomodem na altura do provimento sumário.

Há anteprojeto de introdução no direito processual civil brasileiro do procedimento sumário, em moldes a dispensar, em determinados casos, a propositura ou o prosseguimento da ação principal⁴⁸. Inclui-se, no entanto, o mecanismo da coisa julgada, formada por preclusão, pelo simples fato de não ter sido a liminar impugnada. Creio que, se

⁴⁸ O projeto, de iniciativa do Min. Athos Gusmão Carneiro, acha-se em discussão no Instituto Brasileiro de Direito Processual e já foi divulgado pela *Revista de Processo*, v. 140, p. 75-85, out/2006.



o objetivo é desestimular os procedimentos principais, a ameaça de formar-se a coisa julgada por preclusão acarretará efeito contrário. Temendo os efeitos profundos da coisa julgada, a parte que suportou a liminar será psicologicamente estimulada a provocar o procedimento definitivo.

Penso que o melhor mesmo seria aproveitar os exemplos vindos da França e da Itália, sob a roupagem despretensiosa dos *référés*, tratando o procedimento sumário de caráter urgente como algo singelo e que não irá impor aos litigantes nada mais do que a provisória composição representada pelo provimento emergencial.

Belo Horizonte, fevereiro de 2009.

Humberto Theodoro Júnior



O PROCESSO JUSTO E A DECISÃO JUSTA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Igor Bimkowski Rossoni¹

Resumo: O presente artigo visa a compreender quais os elementos necessários para a consecução de um processo justo e de uma decisão igualmente justa e se no ordenamento pátrio é possível alcançá-los.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Processo Civil, Processo Justo, Decisão Justa.

.....

1. - Direitos Fundamentais Processuais

Ninguém ignora a importância da correta configuração do sistema processual no Estado Constitucional haja vista que é ele que permite, no mais das vezes, a concreta atuação dos direitos (CANOTILHO, 2003, p. 497).

Da mesma forma, é assente na doutrina que o ordenamento jurídico pátrio não deve ser interpretado senão em conformidade com a Carta Constitucional e os princípios que a norteiam. Outra sorte não tem o sistema processual brasileiro, o que leva a uma releitura dos institutos processuais fundamentais (MITIDIERO, 2005, p. 41), não havendo mais espaço para que o processo seja o instrumento feito para a vitória da parte mais habilitosa (CALAMANDREI, 1950, p. 25).

Diferentemente da Constituição Italiana, na qual há previsão expressa no seu art. 111 da imposição de um justo processo², ou da Convenção Européia dos Direitos Humanos, no seu art. 6º³, a Constituição Brasileira não prevê literalmente essa garantia. Tal silêncio, contudo, não significa que dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro não haja tal princípio; muito pelo contrário. O legislador constitucional, prevendo a inconveniência de estabelecer um rol taxativo dos direitos constitucionalmente consagrados na carta maior, estabeleceu no § 2º do art. 5 da CRFB:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹ Ex-aluno de graduação em Direito na UFRGS laureado.

² Art. 111; “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

A doutrina italiana refere, com propriedade, que a principal inovação no art. 111 da Constituição italiana foi de “racogliere in una norma unica le varie garanzie dell’equo processo, finora sparse in differenti disposizioni della costituzione stessa(...)” Matscher, Franz. L’equo processo nella convenzione europea dei diritti dell’uomo. In. Rivista trimestrale di diritti e procedura civile. Milano:Giuffrè, 2006. vol. quarto. P. 1153. No mesmo sentido, Sergio Chiarloni. Guisto Processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. In. Riv. Trim. di dir. e proc. civ. Milano:Giuffrè, 2008. vol. primo, *Passim*.

³ Art. 6 da Convenção Européia dos Direitos do Homem: “In the determination of his rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to extent strictly necessary in opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice”.

Tal enunciado normativo consagrou no Direito Brasileiro o “princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição” (SARLET, 2007, p. 94). Tal norma funciona com espécie de “cláusula aberta”, o que permite ao operador do direito ir além do conceito formal de Constituição, possibilitando, pois, que perquiras acerca de direitos que, apesar de não expressos, por seu conteúdo e substância, pertençam ao corpo fundamental da Constituição (SARLET, 2007, p. 167).

Dentro dos direitos fundamentais implicitamente derivados do Estado Democrático de Direito previsto em nossa Constituição, destacamos o Direito Fundamental⁴ a um processo justo⁵ e, principalmente, a uma decisão justa (TARUFFO, 2008, p. 127-152). Contudo, não se pode querer aplicá-los ignorando a existência do ordenamento infraconstitucional regulador da matéria, verdadeiras “regras do jogo”, a saber, o Código de Processo Civil e demais leis extravagantes, pois o caos se estabeleceria de vez, consagrando uma “jurisprudência lotérica” (CAMBI, 2001, p. 108-128), incompatível com os direitos fundamentais da isonomia e da segurança jurídica, caindo-se no subjetivismo judicial.

2.- PROCESSO JUSTO E DECISÃO JUSTA.

No que consiste, contudo, um processo justo e uma decisão justa? A resposta a tal pergunta não pode ser respondida a priori, senão levando em consideração o caso concreto e a evolução histórica cultural da sociedade. Faz-se necessário algum breve desenvolvimento.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu, por um lado, um aumento na rigidez legislativa, com o intuito de dificultar qualquer tentativa de modificação dos princípios nele consagrado, e, por outro lado, a previsão de remédios jurisdicionais diferenciados com a finalidade de reprimir eficazmente quaisquer suas violações (COMOGLIO, 1998, p. 104). Em outras palavras, o legislador constitucional, com o intuito de preservar os ideais norteadores do Estado Democrático de Direito, e com medo de que novas atrocidades fossem cometidas, cercou os valores encampados na *Magna Charta* de uma “proteção reforçada”, seja através do estabelecimento de *quorum* especial para a sua modificação ou mesmo impossibilidade de alteração⁶, seja através de remédios idôneos para a sua proteção.

Dentre as rígidas garantias e direitos constitucionais consagrados, previram-se verdadeiros direitos e garantias processuais constitucionais; havendo assim, uma verdadeira conformação do processo civil pelos valores vetores da Constituição (OLIVEIRA, 2003, p. 83). Não é por outro motivo que a doutrina hoje fala de um verdadeiro processo constitucional, que “consiste na condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO apud DINAMARCO,

⁴ Ingo Wolfgang Sarlet adverte “para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o conteúdo de cada termo utilizado (...)”. Para o presente trabalho adotamos a definição de direitos fundamentais como “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. Sarlet, op. Cit., p. 33, 35 e 36

⁵ Sobre o tema, Comoglio, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo”*. In Revista de Processo. São Paulo: RT, 1998. p.91/150. Com uma visão pessimista sobre o tema, por todos, La China, Sergio. *Giusto Processo, Laboriosa Utopia*. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Guiffre, 2005, p. 1111 e ss.

⁶ Refere Hesse que “inexistiam limites materiais para a modificação constitucional na Constituição do Império de Weimer, ‘contanto que só o pressuposto das maiorias qualificadas necessária estivesse preenchido podiam, por lei modificar a Constituição’, possibilitando que a Constituição pudesse ser eliminada pelo regime nacional-socialista”. Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998. p. 507.



2005, p. 26), no qual “as leis do processo são complementos necessários das leis constitucionais”⁷.

Destarte, previram-se princípios processuais constitucionais mínimos aos cidadãos, garantindo um mínimo de segurança contra o autoritarismo dentro do processo (OLIVEIRA, 2003, p. 84). O princípio que melhor abrange tais categorias, sem sobra de dúvidas, é o do devido processo legal, *due process of law*, consistindo, do ponto de vista processual, segunda a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em uma “estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente” (OLIVEIRA, 2003, p. 85). Como se percebe, a princípio, esse era visto como direito “*essenziali di legalità procedurale*”⁸, principalmente pela doutrina italiana, fortemente ligada ao pensamento liberal clássico.

Em um primeiro momento, tais direitos e garantias eram vistos em um sentido estático, no sentido acima referido de “*essenziali di legalità procedurale*”, como mera bilateralidade de instância (MITIDIERO, 2005, p.53). Contudo, como o processo, assim como os demais ramos do direito, está sob constante evolução cultural (OLIVEIRA, 2003, p. 73-76; MITIDIERO, 2005, p.12), nada mais refletindo senão aos valores dominantes em dada época em dada sociedade, houve uma evolução cultural-valorativa, principalmente do *due process clause*, que acarretou em uma alteração de interpretação de tais direitos e garantias contidas na Constituição. Assim, o que antes era uma garantia de estrita legalidade procedimental, tornou-se uma verdadeira garantia de justiça substancial processual (COMOGLIO, 1998, p. 105). Dessa forma, o processo deixa de ser correto em um sentido estritamente legal e formal, mas passa a ser procedimento equo e justo segundo os parâmetros ético-morais de determinada sociedade em determinado tempo (COMOGLIO, 1998, p. 105).

Juntamente com essa nova visão do processo enquanto procedimento em contraditório equo e justo, altera-se a visão no que perquire a sua finalidade, qual seja, de instrumento para a efetividade da tutela do direito material.

Dessa feita, o processo justo pode ser compreendido como procedimento cercado de garantias de direito público, rígidas e cogentes, ou seja, normas as quais nem as partes, nem o juiz têm a opção de dispor⁹, sendo de incidência obrigatória quando do processo, as quais propiciam às partes efetiva participação na decisão da causa.

O conceito de processo justo, entretanto, não se confunde com o conceito de decisão justa. Inegável, contudo, que para a consecução dessa, aquele se torna imprescindível (TARUFFO, 2008, p. 327). Indiscutível que para uma decisão justa necessário se faz um processo justo. Disso surge uma questão a ser respondida: a existência de um processo

⁷ Junior, João Mendes. O processo criminal Brasileiro, 2. ed., v. 1. 8, apud José Frederico Marques, Ensaios sobre a jurisdição Voluntária, cit., p. 21-2, Apud Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 261.

⁸ A expressão é de Luigi Paolo Comoglio. op. cit. p. 105. Cássio Scarpinella Bueno refere que hoje o “princípio do contraditório deve ser entendido como diálogo, como cooperação; é participação também no plano do processo. Contraditório é a realização concreta, também em juízo, das opções políticas do legislador brasileiro. Contraditório é a forma pela qual efetivam-se os princípios democráticos de direito da República Brasileira, que viabilizam ampla participação no exercício das funções estatais”. Bueno, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 109; em sentido análogo, Canotilho, Direito Positivo (...). cit. p. 496.

⁹ Pode-se pensar quanto à imposição de tais garantias no processo em atividade vinculada do juiz à finalidade da norma, verdadeira norma de direito administrativo. Sobre o tema, Cirne Lima, Ruy. Princípios de Direito Administrativo – 7. ed. ver. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37-39.



justo (fair trail, fair hearing, procès équitable ou équitablement) (MATSCHER, 2006, p.1158), o qual reflete os valores dominante de uma sociedade, é suficiente para garantir a justiça da decisão? Entendemos que não.

Refere Micheli Taruffo que a questão da “*escolha*” da decisão justa, não se mostra simples e pronta, tendo em vista as diferentes hipóteses do caso concreto:

(...) “il ‘caso’ guidizario, infatti, si presta tipicamente ad essere risolto in vari modi poiché nasce da una controversia e questa deriva appunto dall’esistenza di varie soluzioni possibili per un conflitto. Nel momento in cui la controversia è di fronte al giudice, ciò equivale a dire che vi sono diverse ipotesi possibili di decisione” (TARUFFO, 2008, p. 318).

Tal tarefa torna-se ainda mais difícil se levarmos em consideração que cada hipótese fato e de direito postas ao juízo podem-se combinar, entre si, em uma variedade de modos, havendo, pois, uma multiplicidade de escolhas. Dito isso, o problema da justiça da decisão é o problema da escolha da decisão “melhor” pelo contexto disponível, esse delimitado pela situação de fato da controvérsia dada ao juízo, de um lado, e, de outro lado, pelo regramento jurídico-normativo processual e material (TARUFFO, 2008, p. 318).

O mestre italiano, então, propõe a construção de uma “*teoria della decisione giusta*”, não se baseando em pressuposto único e idôneo para a valoração de atendimento da justiça da decisão; propõe ele, assim, três critérios, dos quais “*solo dalla loro combinazione potrà scaturire uno schema di valutazione che consente di determinare se e quando la decisione è giusta*” (TARUFFO, 2008, p. 319).

Os critérios são: a) a correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso concreto; b) a compreensão correta dos fatos relevantes do caso; e c) o emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão (TARUFFO, 2008, p. 319).

Para uma decisão ser necessariamente justa, a escolha e a interpretação da norma jurídica deve se dar de forma correta. É pouco mais que evidente que nenhuma decisão pode ser considerada justa caso aplicada norma diversa ou se dê interpretação inadequada à norma no caso concreto. Entretanto, o atendimento desse requisito isoladamente não garante a justiça da decisão (TARUFFO, 2008, p. 320).

Também a compreensão correta dos fatos da causa é pressuposto indispensável para a “*correteza*” da decisão, porque “*nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda sui fatti sbagliati, ossia su una ricostruzione erronea o falsa delle circostanze che stanno alla base della controversia*” (TARUFFO, 2008, p. 320). O grau de “*verdade*” da versão posta nos autos ao juiz, contudo, não depende somente da iniciativa das partes, refletindo muito o método probatório adotado pelo legislador infraconstitucional¹⁰. Todavia, a correta compreensão dos fatos relevantes da causa não garante a justiça da decisão.

Por fim, o desenvolvimento do processo através de um procedimento justo é imprescindível, pois é através dele que se constrói dialeticamente a justiça da decisão¹¹.

¹⁰Sobre os poderes probatórios do juiz na Europa, por todos, Michele Taruffo. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Guiffre, 2006. p. 541 e ss.

¹¹Conforme Daniel Mitidiero, o processo justo se baseia em nove elementos necessariamente presentes, quais sejam: a) tutela adequada e efetiva, b) juiz natural, c) ampla defesa, d) paridade de armas, e) contraditório, f) direito à prova, g) processo em prazo razoável, h) publicidade, e i) dever de motivação; Mitidiero, Daniel. Elementos (...), cit. p.45 e ss.



Dessa forma, o procedimento justo é aquele, relativo à determinada cultura em determinado momento histórico, no qual as partes, munidas de garantias contra o arbítrio no processo, dialogam com o juiz cooperativa e dialeticamente¹² e adotam as melhores técnicas em busca da solução do caso concreto (TARUFFO, 1997, p.320).

Dessa forma, toda decisão implica na combinação dos três critérios acima referidos. Melhor dizendo; a decisão justa do caso concreto se caracteriza em uma valoração correta da norma jurídica aplicável, uma acertada verificação da versão de fatos da causa e uma valoração também correta do procedimento adotado para chegar à decisão. Posto isto, deve-se compreender que para se alcançar uma decisão justa no caso concreto, todos os três requisitos devem estar presentes concomitantemente e em um grau elevado. A ausência ou mera insuficiência de apenas um dos requisitos acarreta necessariamente a injustiça da decisão (TARUFFO, 1997, p.324-325).

Assim, por exemplo, mesmo que a aplicação e interpretação da norma, bem como o desenvolvimento do procedimento se dêem em grau máximo, a incorreta valoração dos fatos posto no processo acarreta a injustiça da decisão. Dito isso, fica evidente que os três critérios devem ser atendidos em um nível mínimo, não sendo possível a “média” da soma dos três. (TARUFFO, 1997, p.328) ou seja:

(..) “la giustizia della decisione non è ‘un’ valore complessivo unitario risultante da qualche somma algebrica, ma un algoritmo nel quale ogni criterio mantiene la sua autonomia ed opera individuando valori autonomi che debbono essere tutti presenti perché si possa parlare di decisione giusta” (TARUFFO, 1997, p.328).

Pode-se, então, esboçar o conceito de decisão justa como sendo aquela que atende a uma correta escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso concreto, com devida compreensão dos fatos da causa, tudo isso desenvolvido através de um procedimento cooperativo e dialético no qual se otimizam as garantias fundamentais das partes, sendo que esses três elementos devem estar presentes.

Feita essa breve exposição, percebe-se que a mera existência de um processo justo, baseado principalmente no devido processo (*due process of law*), não garante, de forma alguma, a justiça da decisão.

O que se deve ter em mente é que o devido processo legal foi concebido, primeiramente, dentro da ideologia liberal, não preocupada com a igualdade substancial, a qual se preocupa com a legitimidade dada ao procedimento (igualdade formal). Com isso se associa erroneamente justiça processual com justiça substancial (TARUFFO, 2006, p.470).

Assim, refere Taruffo que “*queste teoria collocano soltanto nel processo il criterio di giustizia della soluzione del conflitto, sicché ogni decisione è giusta esclusivamente in quanto faccia seguito ad un processo equo (essendo equo soltanto il processo in cui le parti prendono tutte le iniziative e il giudice non ne prenda alcuna)(...)*” (TARUFFO, 2006, p.470). Dessa forma, ao contrário de se preocupar com a justiça processo enquanto suficiente em si mesmo, deve-se voltar a atenção para a “*giustizia del risultato*” (CHIARLONI, 2008, p.145).

¹² Quanto ao desenvolvimento do contraditório de forma dialética, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pontua: “o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrário, de ataques e de contra-ataques” Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil. Cit. p. 114.



A justiça da decisão, como referido anteriormente, necessita de três requisitos em um grau mínimo (correta interpretação da norma a ser aplicada, correta compreensão dos fatos da causa e desenvolvimento do processo de forma justa), sendo que a correta compreensão dos fatos da causa não é garantida por um processo justo. Destarte, a “verdade” dos fatos levados ao juízo dependendo muito do modelo de iniciativa probatória adotado pelo legislador¹³, sendo reconhecidamente o que menos se presta a esse fim o que deixa exclusivamente à iniciativa das partes, próprio do *adversarial system of litigation* (TARUFFO, 2006, p.471), onde originalmente surgiu o *due process of law*.

Da mesma forma, um sistema baseado na exclusiva iniciativa probatória do juízo (principle of officiality ou *offizialprinzip*)¹⁴ não se mostra adequado, haja vista não ser sensível as peculiaridades do caso concreto as quais somente as partes podem ressaltar. Ademais, fora a experiência dos estados comunistas, somente no Estado prussiano de Frederico o Grande, por período consideravelmente curto de tempo, tal princípio vigorou (ENGELMANN, 1969, p. 17).

Uma solução intermediária, na qual são asseguradas as garantias das partes, mas se atribui uma função ativa ao juiz com poderes subsidiários e integrativos para a obtenção das provas reflete a melhor solução para a busca de uma decisão justa¹⁵.

Nesse sentido o Professo Chiarloni, da Universidade de Torino, refere:

(...) “A mio giudizio, ma, lo devo rinonoscere, il discorso si fa in proposito più delicato, il giusto processo richiede, in relazione all’accertamento dei fatti, anche, l’attribuzione di un poter sussidiario di ammissione ex officio dei mezzi di prova, (...) Si eliminerebbe in tal modo l’incertezza sulla ricostruzione operata dal giudice dovuta a lacune nelle richieste istruttorie di una delle parti” (CHIARLONI, 2008, p.149).

Por fim, conclui asseverando que, preservadas as garantias constitucionais das partes quando da utilização dos poderes subsidiários instrutórios pelo juízo, não deve mais prevalecer a “vetusta” idéia do processo como um jogo no qual vence, não a parte que possui razão, mas a parte que possuía o advogado mais habilidoso (CHIARLONI, 2008, p.151-152).

2.1. – DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA.

Com a evolução histórica e cultural da sociedade brasileira, não pode mais o processo civil ser pensado e interpretado à luz dos princípios e ideologias que eram dominantes no Estado Libera Clássico¹⁶. O juiz, antes figura passiva no processo, simples “*bouche de la loi*”, com a função meramente de dizer o direito, “*iurisdictio*”, à semelhança

¹³ Sobre o assunto, por todos, Arthur Engelmann. A history of continental civil procedure. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1969. p. 11 e ss.

¹⁴ “The principle of officiality is the principle which deprives the parties of the power over the subject-matter of the proceeding, so that the official duty of the judge includes not only application of the law, but also the scope-determination of the cause-material. The principle of officiality thus is characteristic of a proceeding whose subject-matter, even out side the cause, is not within the dispositive power of the party” Arthur Engelmann. A history of continental civil procedure. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1969. p. 16.

¹⁵ Taruffo. Poteri (...). Cit. p.468. Interessante é a norma constante no art. 10 do code de procédure civile francês a qual atribui ao juiz “le pouvoir d’ordonner d’office tout les mesures d’instruction légalment admissible”, podendo esse exercer tal poder discricionariamente quando achar conveniente.

¹⁶ Sobre o tema no processo, por todos, Silva, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista – Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5 e ss.; Silva, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, Direito Material e Processo. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.



“*judex*” privado romano (SILVA, 2008), destituído de *potestas*, hoje, sem dúvida alguma, tem papel ativo no processo (*judge-made-law*) (CAPPELLETTI, 1999). Os novos direitos e a necessidade de efetivamente tutelá-los levou ao colapso do procedimento ordinário, consagrado na classificação trinar das sentenças¹⁷, mostrando-se muitas vezes insuficiente e inadequada a defesa dos direitos através da tutela condenatória-repressiva.

Esse modelo, pela sua própria configuração, não é compatível com uma série de direitos, principalmente os direitos de personalidade, os quais não podem, muitas vezes, ser tutelados apenas no plano normativo (MARINONI, 2004. p. 37). Assim, fez-se necessário repensar o processo civil de forma a partir de “*um novo modelo processual*” (MARINONI, 2006. p. 32), garantindo-se uma “*tutela jurisdicional diferenciada*”¹⁸ a muitos desses.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inc. XXXV, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Destarte, consoante a pena de Luiz Guilherme Marinoni, tal preceito normativo, enuncia de uma só vez um plexo de direitos fundamentais; quais sejam:

(...) “i) o autor tem direito de afirmar lesão ou ameaça de a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que em desses requisitos este ausente; (...) v) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional ; e viii) o autor tem direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção”¹⁹.

Todos esses direitos mostram a evolução em torno do direito constitucional de ação, agora não mais visto como mero acesso aos tribunais, mas principalmente como direito à prestação jurídica efetiva e adequada por meio de um processo cooperativo desenvolvido em contraditório (MARINONI, 2006. p. 217).

Entre os direitos destacados anteriormente, o professor paranaense tem preocupação maior em ressaltar a importância do direito de ação como direito de fazer valer seus próprios direitos de forma efetiva (MARINONI, 2006. p. 65), esse direito devidamente entendido como a adequada conjugação de vários direitos, quais sejam, direito à tutela adequada e efetiva em consonância com o direito material, direito à participação no processo, direito à decisão

¹⁷ Sobre a Crise da sentença condenatória na Itália, vide Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. - 4. ed. - São Paulo: RT, 2006. p. 360 e ss.

¹⁸ A expressão foi empregada originalmente por Andrea Proto Pisani para expressar os procedimentos com a função de a) evitar o custo do processo de cognição plena e exauriente na ausência de uma contestação efetiva, b) para evitar o abuso do direito de defesa da parte requerida; b) assegurar a efetividade da tutela de direitos com conteúdos não-patrimoniais os quais permaneceriam em estado de insatisfação durante o desenvolvimento do processo de cognição plena e exauriente. (Andrea Proto Pisani, Sulla Tutela giurisdizionale differenziata, in: Rivista dell diritto processuale, Padova: Cedam, 1979. p. 573.

¹⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo. - São Paulo: RT, 2006. p. 221. Sobre o direito de ação em sentido estrito e sentido lato, escreve Comoglio: “ - in senso stretto, azione è (non soltanto la possibilità, ma) l'accesso effettivo alle corti ed ai tribunali, ossia il potere dell'attore di promuovere il procedimento civile, proponendo una domanda giudiziale nei confronti di chi debba essere citato e convenuto dinanzi al giudice; - in senso più lato, azione è anche, (...), il diritto di essere “ascoltato” dal giudice ed il potere di agire nel corso del giudizio, allegando i fatti rilevanti, producendo o facendo assumere le prove, trattando e discutendo la causa, affinché il giudice possa pronunciarsi sul merito di quella domanda, dichiarandola fondata oppure no.” Ob. cit. p. 113.



justa, etc. Ou seja, é direito subjetivo à existência de um processo justo estruturado através de normas jurídicas processuais que permitam que o indivíduo possa judicialmente exigir exatamente aquilo que tem direito. Isso, sem sobra de dúvidas, nada mais é do que uma releitura do princípio consagrado por Chiovenda, segundo o qual “*o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de obter*” (MARINONI, 2006. p. 370). Curioso é, contudo, que o mestre italiano se contentava com a inexistência de tutelas mandamentais e executivas em sentido estrito; como se sabe hoje, tais tutelas são imprescindíveis para a adequada atuação de direitos sem cunho patrimonial, o que reflete ainda hoje na doutrina e jurisprudência italiana que ainda encontra-se presa à clássica classificação trinar²⁰.

Destarte, para a existência de um processo efetivo, adequado e tempestivo, requer-se a conjugação de uma gama de direito que podem ser resumidos em: a) o direito de participar dialética e cooperativamente do processo, esse entendido como direito de influenciar decisivamente na resolução da causa b) o direito à tutela processual adequada para o caso concreto posto e c) o direito à resposta do juiz (MARINONI, 2004. p. 185).

O direito de participação decisiva na causa, possuidor de íntima conexão com o direito ao contraditório, atua, a nosso ver, ao mesmo tempo, como um direito passivo e um direito ativo; passivo no sentido que garante um mínimo de limites à atuação do juiz e da parte contrária, pois, necessariamente, a parte terá oportunidade para se manifestar acerca de qualquer ato processual de relevância que se reflete no princípio do contraditório, bilateralidade de instância; no sentido positivo, pode ser entendido como direito a influir decisivamente no deslinde da causa através da possibilidade de agir em contraditório, dialogando com o juiz, alegando fatos, requerendo provas, etc (MITIDIERO, 2005, p. 53).

O direito à adequada tutela do direito se configura como direito à existência de normas processuais que permitam que o direito afirmado em juízo (direito material) possa ser efetivamente tutelado *in natura*; quer dizer, que o direito subjetivo material possa ser concretamente exercido, resultando em decisão “*mais aderente possível ao direito material*” (MITIDIERO, 2007. p. 93), não se resolvendo, por exemplo, em perdas e danos.

Assim, a tutela adequada deve, invariavelmente, levar em conta o direito material sob pena de inatingibilidade do seu fim, sendo, dessa forma, o procedimento criado pelo legislador infraconstitucional, reflexo do direito material. Não é outro o entendimento de Alvaro de Oliveira, pois, “*a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim, visto que o meio deve ser capaz de levar à realização do fim*” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008. p. 136). Por esse motivo, a unicidade procedimental mostrou-se, no decorrer dos anos, completamente inadequada, haja vista tratar da mesma forma todo e qualquer direito posto em juízo, não atendendo às peculiaridades do direito material e do caso concreto (MARINONI, 2004, p.197).

²⁰ De se destacar que o Estado italiano vem seguidamente sendo condenado na Corte Européia de Direito Humanos por desrespeito dos art. 6º, §1º e art. 13º, os quais, em conjunto, prevêm, a partir de uma construção feita pela Corte, o direito à tutela adequada e efetiva dos direitos levados a juízo, por não possuir normas infraconstitucionais processuais que possibilitem a efetividade das decisões emanadas por seus tribunais. Sobre o assunto, por todos, Nicolò Trocker. Dal giusto processo all'efetività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Guiffre, 2007. Volume primo. pp. 35-65; e Nicolò Trocker. Dal giusto processo all'efetività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Guiffre, 2007. Volume Secondo. pp.439-460.



É nesse sentido, de que o processo civil serve para a efetiva atuação dos direitos, sejam os lesionados, sejam os em ameaça de lesão, sendo ele visto hoje como um verdadeiro instrumento (DINAMARCO, 2005, p. 181) que reflete os valores dominantes de determinada sociedade em determinado momento histórico.

Essa idéia de processo como instrumento de realização do direito bem evidencia que o processo civil não pode ser visto como fim em si mesmo, senão como instrumento para a adequada atuação do direito material de forma justa. Assim, “*todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina*” (DINAMARCO, 2005, p. 181), que no processo civil contemporâneo se traduz em uma decisão justa rente ao direito material. Ante essa impregnação axiológica, mais correto se pensar o processo civil como formalismo-valorativo, ou seja, um procedimento que espelha valores, esses os eleitos pela assembléia constituinte e postos na Constituição. Tais valores não mais são do que reflexo do “bem-comum” da comunidade (BARZOTTO, 2005, p.176-177), devendo o operador buscar implementá-los dentro do possível.

Entretanto, não basta o direito ser apenas materialmente efetivo, sendo necessário, pois, ser temporalmente efetivo (tempestividade). Hoje com a recente Emenda Constitucional n.º 45 assegurou-se “razoável duração no processo”²¹, elevando tal preceito à categoria de direito fundamental em sentido formal e material o que implica obrigatória observância do legislador infraconstitucional quando da feitura de procedimentos processuais²². A busca pela tempestividade na lide é reflexo das alterações sócio-culturais por que o mundo moderno passou. Hoje vivemos em uma sociedade de massa que não pode mais esperar longos períodos para ver conflitos resolvidos de forma definitiva²³. Assim, para a averiguação de uma indevida dilação no processo, deve-se recorrer a um triplo critério: a) complexidade da demanda; b) comportamento dos litigantes; e c) atuação do órgão jurisdicional (TUCCI, 1993. p.104). Somente após uma correta análise sobre todos os três critérios, pode-se chegar a uma conclusão se há ou não indevida dilação do *iter* processual.

Por fim, como ao particular foi retirada a *manus militaris*, tem o Estado, na figura do juiz, o dever de proteção dos direitos a ele levados, pois de nada adianta a existência de técnica processual adequada e efetiva participação das partes se o juiz se esquia da decisão, impossibilitando, assim a devida proteção aos direitos. Dessa forma, também tem o juiz o direito-dever de proteção dos direitos, sendo a atividade do juiz de suma importância, possuindo, para isso, poderes compatíveis com essa tarefa²⁴.

3. – ATENDIMENTO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO PARA A GARANTIA DO PROCESSO JUSTO E DA DECISÃO JUSTA.

²¹ CRFB, Art. 5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

²² Hesse, Konrad. Ob. Cit. 275. Wolfgang, Ingo Sarlet. Ob. Cit. p.388 e ss. Deve-se levar em conta que, mesmo antes da introdução do inciso LXXVIII a doutrina já derivava do §2º do art. O direito fundamental a uma tutela prestada sem dilações indevidas. Tucci, Rogério Laurita; Tucci, José Rogério Cruz e. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.106.

²³ Um claro reflexo da alteração de necessidades da sociedade contemporânea foi, antes da criação do instituto da antecipação de tutela, o uso anômalo das cautelares, cautelar inominada, já que o procedimento ordinário puro só é compatível com a noção de tutela repressiva, essa atuando por meio do binômio condenação-execução.

²⁴ Marinoni. Ob. Cit. p. 187. Sobre os meios executivos no direito brasileiro e no direito comparado, Guerra, Marcelo Lima. Execução Indireta. 1. Ed. 2. Tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



Como referido anteriormente, não pode mais o processo civil ser instrumento para a vitória do da parte mais habilidosa(CALAMANDREI, 1950, p.25). Contudo, ainda hoje, a prática forense brasileira demonstra que a parte que sai vitoriosa, muitas vezes, o faz em virtude da habilidade de seu advogado que se utilizou de forma “mais acertada” das regras do jogo, e isso se dá, na maioria das vezes, pela inabilidade da parte contrária em “alegar e provar”. O operador constatando tal prática desde logo diria: “Altere-se a legislação!” (outro grande problema do brasileiro que acha que tudo se resolve alterando-se a lei). O que é necessário, entretanto, para alcançar tal desiderato é a mudança de consciência dos operadores e principalmente do juiz, que é o responsável pela condução e desenvolvimento do processo, não a mudança legislativa.

O sistema processual presente atende, segundo nosso alvitre, a todos os requisitos anteriormente referidos para alcançar a justiça da decisão: garantias mínimas para o processo justo, como o devido processo legal, isonomia, procedimentos diferenciados, e também consta de poderes instrutórios *ex officio*, esse infelizmente ou desconhecidos ou esquecidos. Por isso referiu Barbosa Moreira no tocante ao uso desses poderes que *“bem se sabe que, na prática, os juízes brasileiros, e não só os brasileiros, fazem escassas aplicações de normas e se contentam, as mais das vezes, com a contribuição trazida voluntariamente pelas partes”* (MOREIRA, 2003. p. 58).

O CPC, desde sua origem em 1973, contém artigos como o art. 130, que atribui o poder ao juiz de determinar a realização das provas necessárias de ofício ou a requerimento da parte; o art. 342, que autoriza o órgão a ordenar o comparecimento das partes ou terceiros para a explicação dos fatos da causa; o art. 355, que possibilita a ordem de exibição de documentos; o art. 399, que dá o poder de requer certidões a órgãos públicos e o art. 440, que permite a inspeção de coisas e pessoas (MOREIRA, 2003. p. 58). Contudo, esses não são utilizados nos processos ou pela sobrecarga de trabalho existente nas varas de todo o país, ou pela ideologia mais liberal do juiz que entende que o ônus probatório é reservado às partes, possivelmente em virtude do art. 333 do CPC, ou mesmo pela ignorância dos operadores da sua existência.

A doutrina brasileira, por seu turno, atribui papel ativo ao juiz para a obtenção de provas ao juízo. Contudo, faz isso ainda preocupada com a legitimação do procedimento (justiça processual), sem se dar conta, ao que tudo indica, para a importância de se atribuir poderes instrutórios ao juiz e seu conseqüente reflexo na justiça da decisão, apregoando, dessa forma, que “o juiz deve participar para garantir que a participação das partes seja igualitária e, assim, para que eventual falha na participação de uma delas possa ser suprida. Nestes termos, a participação do juiz se dá em nome da participação das partes e, por decorrência, para legitimar a sua própria atuação” (MARINONI, 2006. p. 415).

Assim, o que se faz necessário é que haja uma alteração da visão ética do processo, devendo-se entender esse como instrumento para a obtenção da justiça do resultado (CHIARLONI, 2008, p.145). Essa busca pela justiça material não pode, contudo, extrapolar os limites existentes no ordenamento processual, pois caso contrário estar-se-ia abrindo espaço para o subjetivismo e para um tratamento não isonômico entre as partes (art. 5º, I, da CFRB).

Dessa forma, a atuação do magistrado deve ser tal que trate os desiguais desigualmente de forma universalizável a todas as situações semelhantes (NEIL, 2008, p.120), de forma igualmente racional e justificada, permitindo, assim, que as partes possam controlá-la, e dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional. Não deve ele “inventar” regras para o caso concreto ou mesmo superá-



la, dada sua “*função eficaz de trincheira*”²⁵, salvo excepcionais situações, pois se estaria aí incluindo elemento de todo indesejado no processo, o elemento surpresa, contrário à segurança jurídica e ao Estado democrático de direito.

3.1. - PERDA DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL.

A concessão de poderes instrutórios *ex officio* ao juiz não deve ser confundido com o princípio da oficialidade²⁶, tendo em vista que cabem as partes trabalhar com as fontes de prova, restando ao juiz apenas os meios para a averiguação dessas de forma subsidiária. Sobre isso asseverou corretamente Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

(...) “o juiz que passasse a investigar de forma primária os fatos e a sua verdade comprometeria de forma irremediável a sua necessária e imprescindível imparcialidade. Já se há nos autos menção a determinados fatos, ainda não provados, nada impede que o órgão judicial determine a realização de algum meio de prova, que elucide a questão fática. Pouco importa para o juiz, ao contrário da parte, o resultado que daí vier, o que lhe interessa é que exsurja luz suficiente a respeito, que possa orientar o julgamento” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p.116).

Não há como se justificar, assim, a perda da imparcialidade com a atribuição de poderes instrutórios subsidiários ao juiz, até porque a utilização desses pode ser controlada pelas partes através do contraditório, em virtude do dever de motivação e do eventual reexame da decisão em segundo grau de jurisdição (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p.118). Da mesma forma, não se pode sustentar adequadamente que a concessão de poderes como esses ao juiz reflete a ideologia de um Estado autoritário. O meio (poderes instrutórios) é indiferente aos valores da finalidade ao qual ele é empregado, podendo ser tanto usado para uma finalidade que visa o bem quando que visa o mal. O mérito da finalidade constitui problema moral, não técnico (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p.92).

4. - CONCLUSÃO

Como visto, agora a necessidade da correta interpretação da norma jurídica aplicável ao caso concreto que é mais um problema de capacidade subjetiva do intérprete, a existência de condições para o desenvolvimento de um processo justo e da correta compreensão dos fatos alegados na causa depende, com maior ou menor intensidade, da existência de normas jurídicas que permitam o seu desenvolvimento em grau elevado (TARUFFO, 1997, p.328).

O sistema processual constitucional brasileiro consagra todos os elementos necessários para o desenvolvimento de um processo justo - a) direito à tutela adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da CRFB); b) ampla defesa (art. 5º, LIV, da CRFB); c) contraditório (art. 5º, LIV, da CRFB); d) paridade de armas (art. 5º, I, da CRFB); e) direito à prova (art. 5º, , da CRFB); f) publicidade (arts. 5º, LIV e 93, IX, da CRFB); g) motivação (art. 93, IX, da CRFB); f) duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB); e g) juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB) (MITIDIERO, 2005, p. 45) – deixando para o ordenamento infraconstitucional as normas atinentes aos poderes intrutórios *ex officio* do juiz. Assim, percebe-se que dessa conjugação, sem qualquer alteração legislativa e criação de regra “nova” para o caso

²⁵ A expressão é de Humberto Ávila; Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4 ed. ver, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 83.

²⁶ Sobre o “principle of officiality” ver nota n. 45, supra.



concreto, é possível chegar a uma decisão justa através de um instrumento igualmente justo.

O que falta é uma mudança de mentalidade sobre o fim do processo e o papel que o juiz deve assumir, com sua conseqüente responsabilidade perante a sociedade²⁷, para a obtenção de tal objetivo, nada mais²⁸.

²⁷ Sobre o assunto, Mauro Cappelletti. Juízes Irresponsáveis? Tradução e revisão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. passim.

²⁸ Após as recentes alterações do CPC começadas em 1994 e ainda hoje em curso em prol da adequação e efetividade da tutela jurisdicional, com a superação de dogmas existentes até então, como, por exemplo, a separação entre cognição e execução, resta apenas a necessidade de alteração, no nosso entender, de seu sistema recursal, não que isso impeça a efetividade da tutela jurisdicional, haja vista o art. 520 do CPC permitir a supressão de tal efeito em determinadas hipóteses. Uma idéia salutar seria a supressão do efeito suspensivo da apelação para todos os casos, concedendo-a somente topicamente, como ocorre em muitos países europeus.



BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípio, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4 ed. ver, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil** – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **“Il processo come giuoco.”** In: Rivista del diritto processuale. Padova: Cedam, 1950. pp. 23-51.

CAMBI, Eduardo. **“Jurisprudência Lotérica.”** In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr 2001. pp. 108-128.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

— **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

CHIARLONI, Sergio. **“Giusto Processo, garanzie processuali, giustizia della decisione.”** rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano: Giuffrè, 2008. pp.

CHINA, Sergio La. **“Laboriosa Utopia.”** Revista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè, XXXX.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **“Garanzie Costituzionali e “giusto processo”.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998: 91-150.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ENGELMANN, Athur. **A histort of continental civil procedure**. New York: Augustus M. Kelley, 1969.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

— **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



— **Tutela Inibitória: individual e coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

— **Manual do Processo de Conhecimento** - 5ª ed. ver., atual. e ampl. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATSCHER, Franz. **“L'equo processo nella convenzione europea dei diritto dell'uomo.”** Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano: Giuffrè 2006: 1153.

MCCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

— **Processo Civil e Estado Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbora. **“Reformas processuais e poderes do juiz.”** In: Temas de Direito Processual Civil, 8ª série, São Paulo: Saraiva. pp. 53-67.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

— **“O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.”** In: Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

— **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PISANI, Andrea Proto. **“Sulla tutela giurisdizionale differenziata.”** Rivista dell diritto processuale. Padova: Cedam, 1979. pp. 537-591.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

— **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

— **Processo e Ideologia: paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TARUFFO, Michele. **“Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa.”** Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè, 2006. pp.

— **“Idee per una teoria della decisione giusta.”** Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano: Giuffrè, março de 1997. pp. 315-328.

TROCKER, Nicolò. **“Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'<azione> nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell 'l'uomo.”** Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano: Giuffrè, 2007. pp. 35-65.



—. **“Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'<azione> nell'elaborazione della Corte europea di diritti dell'uomo .”** Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano: Giuffrè, 2007. pp. 439-460.

TUCCI, Rogério Laurita, e José Rogério Cruz e Tucci. **Devido processo legal e tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.



TUTELA ESPECÍFICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Juordan Sardi Schutz¹

Resumo: O critério de imputação de responsabilidade dos fornecedores, no Código de Defesa do Consumidor, é objetivo, sem culpa, cujo fundamento é o dever de qualidade dos produtos e serviços que disponibilizam no mercado consumidor. A proteção dá-se sob dois prismas: o da sua integridade físico-psíquica e o da sua integridade econômica. Protege-se o consumidor, então, contra defeitos (falha na segurança) e contra vícios (falha na adequação), bem como contra violação de deveres anexos, tais como informação e prevenção. Fora nosso intento examinar as técnicas processuais adequadas à tutela de tais direitos, enfocando a desnecessidade, em alguns casos, de ocorrência de dano.

Palavras-chave: consumidor; responsabilidade; ilícito; dano; tutela dos direitos.

Introdução

O objetivo central do trabalho é analisar alguns aspectos processuais da proteção do consumidor, notadamente em face da proteção de sua saúde e segurança, bem como em relação à responsabilidade por fato e vício do produto ou serviço. Para isso, partimos da hipótese de que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva garante os instrumentos processuais capaz de conferir adequada proteção ao direito material do consumidor.

1 Situações Jurídicas Tuteláveis pelo Direito do Consumidor. Pressupostos de Responsabilização pelo Ilícito e pelo Dano no Direito do Consumidor

O tratamento dispensado à responsabilidade civil, pela legislação consumerista, não se informou pela *summa divisio* clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Adotou-se, ao contrário, um novo fundamento para a responsabilização civil do fornecedor, consistente na relação jurídica de consumo, seja ela contratual ou não (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007. p. 113).

Da mesma forma, não se cogita da culpa, típica da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilidade presente nas normas do Código de Defesa do Consumidor é objetiva, embasada na teoria da qualidade, de tal sorte que a lei impõe ao fornecedor um dever de qualidade dos produtos e serviços que coloca no mercado ou presta (MARQUES, 2005, p. 1148).

A responsabilidade do fornecedor, portanto, está objetivada, concentrada no produto ou no serviço prestado, na existência de um defeito – falha na segurança – ou na existência de um vício – falha na adequação, na prestabilidade (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 258).

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, segundo Denari (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 155). Ao se adotar a teoria da qualidade, todavia, verifica-se que aos bens de consumo, no âmbito do direito do

¹ Bacharel em Direito pela UFRGS, turma de 2008/02. Advogado. O presente artigo é adaptação da monografia de conclusão de curso, a qual obteve conceito A, com louvor e indicação para publicação.

consumidor, asseguram-se duas garantias básicas: a primeira contra os vícios de qualidade, a segunda, contra os vícios de quantidade (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007. p. 107). Os vícios de qualidade bifurcam-se em vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17) e vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 a 25).

Revelam-se aí, então, as duas órbitas de proteção do consumidor contempladas positivamente: a primeira, consistente na proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor, cujo fim é a preservação da sua vida e da integridade contra os acidentes de consumo, decorrentes dos vícios de qualidade por insegurança; a segunda, consistente na proteção de sua incolumidade econômica, decorrente do que Benjamin chamou de *incidentes* de consumo – vale dizer, vícios de qualidade por inadequação – capazes de atingir seu patrimônio (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007. p. 100).

Cabe destacar também a relevância do princípio da proteção da confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, na sua adequação ao fim que razoavelmente dele se espera. Decorrente do anonimato das relações sociais, o princípio da confiança protege a expectativa que o consumidor depositou no produto, na marca, na informação que o acompanha, na sua segurança (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 235-6).

1.1 Dever de Prevenção

O artigo 8º do CDC prevê que “os produtos e serviços colocados no mercado não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. Além disso, em razão do mesmo dispositivo, os fornecedores estão obrigados, “em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”. É um dever de informação específico sobre os riscos, aliado ao ônus da garantia de adequação dos produtos que introduz no mercado (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 237). Está vedada, portanto, a introdução de produto no mercado de consumo com indevido grau de periculosidade, cuja avaliação baseia-se na “legítima expectativa de segurança” (MARINS, 1993, p. 117).

O artigo 9º, a respeito do fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, impõe o dever de informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade. A informação, consoante Zelmo Denari, é ostensiva quando se exterioriza de forma tão manifesta que permite o conhecimento de todos, e é adequada quando presta os esclarecimentos necessários (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 149).

Por fim, o artigo 10 veda a colocação no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe, ou deveria saber, apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. De acordo com o parágrafo 1º, ainda, o fornecedor tem o dever de informar caso tome conhecimento da periculosidade ou nocividade do bem ou serviço após sua introdução no mercado. Tem-se, nessa hipótese, um típico dever de prevenção de danos do fornecedor (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 251).

Assim, não é lícito introduzir no mercado de consumo qualquer produto ou serviço que possa apresentar grau indevido de periculosidade, tolerando-se aqueles cujo risco for o previsível, de acordo com suas condições de uso e finalidade (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995,



p. 78). Em relação aos produtos perigosos, sua introdução só configura ilícito caso apresentem-se desacompanhados de informações relativas à nocividade ou periculosidade.

Os deveres de informação e prevenção são decorrentes da boa-fé objetiva, sendo, por isso, denominados deveres anexos². Tais deveres, como anotou Clóvis do Couto e Silva em obra ímpar acerca do tema, “consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante (SILVA, 2008, p. 40)”.

Aqui, não se perquire do dano, bastando a mera configuração do ilícito. Isso possui reflexos no plano do direito processual, como se verá na seção subsequente.

1.2 Vícios de Qualidade por Insegurança

Disciplinados no CDC sob o título “Da responsabilidade pelo Fato do Produto ou do Serviço”, os vícios de qualidade por insegurança referem-se, como já dito, a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor. O artigo 12 do CDC prevê que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador respondem pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Importa extrair do dispositivo, inicialmente, a taxatividade da enumeração dos responsáveis, de modo que o comerciante só é responsável nas hipóteses do artigo 13³. Note-se que o dever do fornecedor, concentrado no bem, advém da aceitação da teoria da qualidade, impondo um dever legal a todos os fornecedores que ajudam a introduzir o produto no mercado.

Ainda cumpre salientar que, no sistema do CDC, pode haver dano e nexo causal entre o dano e o produto, mas, se não existir o defeito, (art. 12, § 3º, II) não haverá obrigação de reparar para o fornecedor, arcando este, contudo, com o ônus da prova da inexistência do defeito de seu produto (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 259).

O vício de qualidade por insegurança pode ser conceituado, consoante lição de Benjamin, como “a desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 114)”. Observam-se dois elementos nucleares, cujas presenças fazem-se indispensáveis para caracterização do vício de qualidade por insegurança: a desconformidade com a legítima expectativa do consumidor e a aptidão para provocar acidentes de consumo.

Os produtos e serviços, no tocante à sua segurança, podem ser classificados em grupos de periculosidade inerente e de periculosidade adquirida⁴.

A periculosidade inerente, ou latente, é aquela que integra a zona da expectativa legítima do consumidor. O bem de consumo de periculosidade inerente ou latente traz em si um risco intrínseco a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Entretanto, só se

² Assim, SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 37

³ Assim, ARRUDA ALVIM, *Código...*, p. 99 e MARQUES, *Comentários*, p. 280.

⁴ A distinção, de resto, é feita por Benjamin, Arruda Alvim, Denari, entre outros.



considera inerente a periculosidade quando dotada de normalidade, em relação ao produto ou serviço, e de previsibilidade, ou seja, deve o consumidor estar apto a prever a periculosidade (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 116-7). Em se tratando de periculosidade inerente, inexistente vício de qualidade por insegurança, contanto que esteja o consumidor devidamente informado acerca dessa periculosidade.

Por sua vez, os produtos ou serviços de periculosidade adquirida são aqueles cujo perigo decorre de um defeito que apresentam. São bens que, ausente vício de qualidade por insegurança, não manifestam risco superior àquele legitimamente esperado pelo consumidor. Daí que a característica essencial dos produtos ou serviços de periculosidade adquirida é a imprevisibilidade. O dever de informação, nesses casos, é impossível, de forma que se está diante de um vício de qualidade por insegurança.

Em razão da periculosidade inerente, pode-se dizer que todo produto ou serviço apresenta uma margem de insegurança. De modo que a lei não exige que o produto seja totalmente seguro, mas apenas que apresente a segurança que dele legitimamente se pode esperar.

O elemento central do conceito de defeito é, portanto, a *carência de segurança* (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 118). Não é qualquer insegurança, porém, que torna o produto defeituoso, tratando-se, na verdade, de graus de insegurança – determinados com apoio no art. 12, parágrafo 1º –, nem todos aptos a transformar o produto em defeituoso. O que se busca, então, é a segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores. Assim, o “juiz deve ser o intérprete do sentimento geral de legítima segurança esperada do produto, atendendo ao uso e consumo e a expectativa de utilização, à luz do conhecimento ordinário (SILVA apud DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 165)”. Doutrinariamente, os defeitos, em razão das modalidades de periculosidade adquirida, podem ser divididos em defeitos de fabricação, defeitos de concepção e defeitos de comercialização, consoante a previsão do art. 12, *caput*.

O defeito de fabricação, cujos efeitos jurídicos mais importantes são o de proceder ao *recall* e de reparar os danos causados, originam-se quando da manufatura do produto, em decorrência do automatismo e padronização do processo produtivo (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 125). Tais defeitos possuem tríplice traço fundamental, quais sejam, a inevitabilidade, a previsibilidade estatística e a manifestação universal (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995, p. 103-104). Significa dizer que mesmo a melhor técnica não pode eliminá-los (inevitáveis), pois sua frequência de sua ocorrência presta-se ao cálculo estatístico e que os danos por eles provocados cingem-se a uns poucos⁵.

Já os defeitos de concepção estão presentes naqueles produtos ou serviços que apresentam risco de dano desarrazoado, nada obstante tenham sido produzidos meticulosamente, conforme planos detalhados e especificações. Em razão de erro havido quando da elaboração de seu projeto, afetam as características gerais da produção (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995, p. 103). Parte-se da idéia de que o fabricante responde pela idealização de produto que não tenha a aptidão de evitar riscos à saúde e a segurança, não aceitáveis dentro de determinados padrões pelos consumidores (MARINS, 1993, p. 113). Possuem, igualmente, três traços fundamentais: inevitabilidade, dificuldade de previsibilidade estatística e manifestação universal. Da mesma forma que o defeito de fabricação, o defeito de concepção não pode ser evitado, mormente se o conhecimento

⁵ Antônio Hermann Benjamin insere os defeitos que surgem no acondicionamento ou armazenamento nessa categoria (Fato..., p. 125).



técnico à época não permitia sua identificação ou previsão. Em razão de manifestar-se universalmente, seu potencial de danosidade coletiva é maior.

Os defeitos de comercialização, por fim, também denominados defeitos de informação, estão relacionados aos danos provocados por defeitos decorrentes de apresentação dos produtos, assim como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Assim, o fornecedor, ao comercializar um produto, deve informar o consumidor sobre o uso adequado, sobre os riscos inerentes e outras características relevantes de modo que a falta de advertência sobre o risco que causa o dano é o que gera a responsabilidade (LORENZETTI, 2003, p. 422). Na maioria das vezes, o que se tem é uma periculosidade inerente que – por carência informativa – transforma-se em periculosidade adquirida.

O artigo 12, parágrafo 3º do CDC traz as hipóteses de exclusão de responsabilidade, as quais, aponta maciça doutrina, são *numerus clausus*. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador não serão responsabilizados quando provarem que não colocaram o produto no mercado, que não há defeito ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. A tais excludentes, alia-se o caso fortuito e a força maior (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 128)⁶. Cumpre ressaltar, ainda, na hipótese de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro que o comerciante não é terceiro, já que para a sua responsabilização há norma especial: o art. 13⁷.

O Código de Defesa do Consumidor prevê três modalidades de responsáveis: o real (o fabricante, o construtor e o produtor), o presumido (o importador) e o aparente (o comerciante quando deixa de identificar o responsável real).

Questão delicada diz respeito à responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, cujo conceito é aquele “risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 129)”.

Na Europa, a Diretiva 374/85 da Comunidade Econômica Européia, diploma inspirador de grande parte das normas do nosso Código no tocante a responsabilidade por produtos defeituosos, acolheu o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, ao prever em seu artigo 7º que o fornecedor não é responsável quando provar que “o estado dos conhecimentos científicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito” (alínea e). A Diretiva permitiu, todavia, que qualquer Estado-membro derogue a excludente e preveja, em sua legislação, que o produtor é responsável pelos riscos do desenvolvimento (art. 15, DIR 374/85 CEE). Na Argentina, a questão segue aberta, pois, enquanto alguns entendem que basta que haja um dano, mesmo impossível de prever, para que haja responsabilidade, outros objetam ao argumento de que no direito argentino só se responde pelas consequências mediatas

⁶ Arruda Alvim divide o estudo do caso fortuito e da força maior em dois momentos: a) quando acontecerem antes da inserção do produto causador do dano no mercado e; b) quando acontecerem depois da inserção do produto causador do dano no mercado de consumo. Na primeira hipótese, não há exclusão de responsabilidade porque até o momento da introdução no mercado há dever de garantir que o produto não sofra alteração que o torne defeituoso. Após o ingresso no mercado, contudo, não há hipótese de defeito imputável aos responsáveis do art. 12, *caput* (Código..., p. 127). A mesma divisão é feita por James Marins, *Responsabilidade...*, p. 153.

⁷ Assim, Benjamin, p. 128. Denari entende, todavia, que o comerciante pode ser responsabilizado como terceiro, quando demonstrada sua culpa exclusiva (art. 12, III), *Da Qualidade...*, p. 172



previsíveis, ao passo que a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento é um consequência mediata não previsível (LORENZETTI, 2003, p. 450-1).

No tocante ao direito brasileiro, Arruda Alvim observa que, se utilizada a hipótese do risco do desenvolvimento de modo extremo, a assunção dos riscos pelo setor produtivo pode tornar-se insuportável, vindo em detrimento do próprio desenvolvimento social (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995, p. 111). Nessa linha, conclui que é lícito ao fornecedor introduzir no mercado de consumo produto cuja periculosidade – dado o grau de conhecimento à época – não era conhecida, de forma que o risco do desenvolvimento não pode ser considerado um defeito, eximindo a responsabilidade do fornecedor. James Marins, após detida análise da questão dos riscos do desenvolvimento, conclui, do cotejo entre os artigos 6º, 10 e 12 do CDC, da mesma forma, acentuando que, tendo em conta a época da colocação no mercado, não pode haver expectativa legítima que vá além da ciência existente (MARINS, 1993, p. 135-6).

Antônio Hermann Benjamin, no entanto, entendendo que a exigência moderna é de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo arque sozinho com o prejuízo, define o risco do desenvolvimento como defeito de criação, decorrente da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os riscos inerentes à adoção de uma tecnologia nova (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 129). Na mesma linha, Silvio Luís da Rocha, advertindo que as excludentes são *numerus clausus*, entende que o risco do desenvolvimento deveria estar expressamente previsto para eximir a responsabilidade (ROCHA, 2000, p. 112). Zelmo Denari afirma, igualmente, que qualquer eximente de responsabilidade deve ser vista com reservas, quando em jogo vidas humanas (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 166).

Por adotar a responsabilidade objetiva, cuja finalidade é não apenas a tutela dos consumidores, mas também a racional distribuição dos riscos entre os sujeitos da cadeia produtiva⁸, não podia o CDC exonerar a responsabilidade na presença de um risco de desenvolvimento. Isto porque a responsabilidade objetiva está alicerçada no risco da empresa. Os doutrinadores italianos Alpa e Bessone nos trazem as razões jurídicas que justificam a adoção da imputação objetiva do risco (ALPA e BESSONE, 1987, p. 369-370):

- a) L'interesse pubblico all'integrità fisica, alla sicurezza e alla salute delle persone richiede che la legge offra la massima protezione contro la circolazione di prodotti difettosi, che rappresentano un grave pericolo per tutti i consumatori. Poiché il singolo consumatore non ha la possibilità di difendersi da sé, è giusto che il rischio sia interamente adossato all'imprenditore che ha posto sul mercato prodotti dannosi;
- b) Il produttore avvia le merci al mercato assicurando i consumatori che esse sono innocue e di buona qualità; mediante messaggi pubblicitari, etichette e confezioni dei prodotti egli fa il possibile per accreditare queste affermazioni; poiché il dettagliante è una semplice pedina attraverso la quale la merce viene smistata, i consumatori nutrono affidamente solo nell'impresa. Poiché il produttore ha esaltato la bontà dei prodotti e sollecitato l'affidamento del pubblico, non gli si dovrebbe permettere, nell'eventualità di incidenti, di sottrarsi alla responsabilità.

Além disso, salientam os mestres italianos que a empresa pode inserir no preço de cada produto o custo que lhe é imposto pelas regras de responsabilidade objetiva, de sorte

⁸ Assim, ALPA, Guido e BESSONE, Mario, *La Responsabilità Del Produttore*, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano: 1987, p. 369



que o risco é repartido entre todos os consumidores (ALPA e BESSONE, 1987, p. 370). Nesse quadro, não é justo permitir que o consumidor, singularmente, suporte o dano proveniente do risco de desenvolvimento, em caso de falha na concepção, enquanto, na hipótese de sucesso do desenvolvimento da tecnologia nova, apenas o fabricante desfrutará dos benefícios financeiros daí decorrentes.

À semelhança do fato do produto, o defeito também é o elemento “detonador” da responsabilidade civil do prestador de serviço. O artigo 14, parágrafo 1º prevê que o serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que o consumidor dele espera, tendo em conta o modo de seu fornecimento, os resultados e os riscos que razoavelmente dele se esperam, assim como a época em que foi prestado. Os defeitos do serviço podem ser de prestação, de concepção e de comercialização (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 136).

Os defeitos de prestação são aqueles que apresentam um desvio do padrão de qualidade fixado antecipadamente; os defeitos de concepção advêm da equivocada formulação do método da prestação do serviço; o defeito de comercialização, por último, surge quando insuficientes ou inadequadas as informações prestadas ao consumidor sobre a fruição e riscos do serviço (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 136). Assim, o fornecedor de serviço responde pelos danos causados aos consumidores em razão de defeito na prestação do serviço, ou por incompletude na informação no tocante à sua execução ou fruição.

Em se tratando de fornecimento de serviço por profissional liberal, estabeleceu o CDC que a responsabilidade será apurada mediante verificação da culpa (art. 14, § 4º). A responsabilidade subjetiva não tem aplicabilidade, entretanto, quando se tratar de pessoas jurídicas compostas por profissionais liberais, tais como clínicas médicas e escritórios de advocacia, pois o que se privilegia é a pessoa física do profissional liberal, e não o tipo de serviço prestado⁹. Como bem anota Zelmo Denari (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 174), a responsabilidade do prestador de serviço estende-se, igualmente, a Administração Pública, de modo que, nos acidentes de consumo relacionados com a falta de informações relativas aos serviços de transporte e de distribuição de energia elétrica haverá dever de reparar pela administração direta ou indireta, através das concessionárias de serviços públicos.

Importa destacar, por último, que para tutela dos acidentes de consumo, consumidor é qualquer vítima do evento, como prevê o artigo 17 do CDC. Protege-se, assim, o terceiro, *bystander*. Dessa forma, beneficia-se a pessoa física que mesmo não sendo adquirente ou usuária final do serviço prestado tenha sido vítima do fato do produto e do serviço.

1.3 Vícios de Qualidade por Inadequação

Como já anotamos acima, o CDC positivou um novo dever legal para o fornecedor, um dever anexo, um dever de qualidade. A teoria da qualidade concentra-se no objeto da prestação contratual, pois visualiza o resultado da atividade dos fornecedores, de modo a impor-lhes o dever de qualidade dos produtos que colocam no mercado (MARQUES, 2005, p. 337). Daí tratar-se do capítulo referente a “responsabilidade por vício do produto e do serviço” sob o título “vícios de qualidade por inadequação”.

⁹ Assim, MARQUES, *Comentários...*, p. 289 e BENJAMIN, *Fato...*, p. 137



O Código de Defesa do Consumidor trata da matéria concernente à responsabilidade por vício do produto e do serviço nos artigos 18 a 25, tendo como grande novidade a disciplina dos vícios dos serviços (arts. 20 e 21), sem paralelo na lei civil (BESSA *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 145). O CDC, no entanto, não revogou a disciplina dos vícios redibitórios do Código Civil de 1916, tampouco teve sua vigência afetada pelo advento do Código Civil de 2002, mas tão-somente estabeleceu uma disciplina própria para as relações de consumo (BESSA *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 145).

Aliás, como bem destaca Zelmo Denari, os vícios de qualidade ou quantidade dos produtos e serviços podem ser ocultos e aparentes, e contam com mecanismos reparadores mais amplos, abrangentes e satisfatórios do que aqueles previstos no instituto dos vícios redibitórios civilista. Isso porque o objetivo da disciplina dos vícios no CDC é o oferecimento de garantias ao comprador para assegurar a qualidade da coisa (BESSA, *In*: PFEIFFER e PASQUALOTTO, 2005, p. 272).

O CDC, em seu artigo 18, *caput*, dispõe que

os fornecedores de produtos de consumo, duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Extraí-se da leitura do dispositivo supra a existência de três espécies de vícios: aqueles que tornam o produto impróprio ao consumo; aqueles que lhe diminuem o valor e; aqueles decorrentes da disparidade entre as características dos produtos e aquelas veiculadas na oferta e publicidade, chamados por Cláudia Lima Marques de vícios de qualidade por falha na informação (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 336).

Cabe salientar que, diante do dever de qualidade, de adequação do produto ao uso que se destina, é necessário que o vício já esteja presente quando da colocação do bem no mercado, havendo obrigação dos fornecedores de liberar no mercado apenas produtos isentos de vícios.

Diferentemente da disciplina dos vícios redibitórios do Código Civil, a disciplina do CDC abrange os vícios aparentes. Segundo Leonardo Roscoe Bessa, não há distinção entre vício aparente e vício de fácil constatação, previstos no art. 26, *caput*, pois se deve considerar que a finalidade do instituto é a distinção de vício oculto. Na verdade, a qualidade ou não de *aparente*, depende da maior ou menor complexidade do produto ou serviço e, ao mesmo tempo, do nível de conhecimento técnico do consumidor (BESSA *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 148). Segundo o autor, com o adjetivo aparente, buscou-se aludir à facilidade ou não de identificação imediata do vício, o que conduz à idéia de fácil constatação. Para ele, então, *aparente* e *fácil constatação* são equivalentes. O que há, em verdade, é um esforço normativo para esclarecer que a aparência ou não do vício decorre das circunstâncias da aquisição do produto ou serviço. Para fins práticos, a distinção entre vício oculto e vício aparente é relevante na determinação do início dos prazos decadenciais.

Já o artigo 19 do CDC dispõe:



os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária(...).

Nos termos dos artigos 18 e 19, os vícios podem ser de qualidade ou de quantidade. A principal novidade do sistema consumerista, no tocante aos vícios de quantidade, é a responsabilidade solidária entre todos os fornecedores da cadeia de produção e circulação. A exceção a regra da responsabilidade solidária é a hipótese de pesagem e medição realizada pelo comerciante (art. 19, § 2º), quando a responsabilidade será específica do fornecedor imediato (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 355).

Não é demais notar, em se tratando de responsabilidade solidária prevista em lei, que a pretensão do consumidor poderá ser dirigida tanto ao comerciante, quanto ao fabricante ou a qualquer outro fornecedor intermediário que tenha participado da cadeia de produção e circulação do bem, tudo em homenagem ao direito básico de efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI, CDC). A todos, portanto, imputa-se a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. Após a satisfação do consumidor, podem os fornecedores discutir quem irá assumir o valor despendido, nos mesmos autos da ação originária, uma vez que está vedada a denunciação à lide, nos termos do art. 88 do CDC (WATANABE, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 783).

Em seu artigo 18, parágrafo 1º, o CDC expande as opções do adquirente ou usuário de produto com vício de qualidade por inadequação. Possui o consumidor três alternativas: a substituição do produto por outro da mesma espécie; a restituição da quantia paga; o abatimento proporcional do preço. Produto da mesma espécie é aquele que reúne características idênticas às do portador do vício, incluindo-se, aí, marca, modelo, potência, configuração e cor. Dentre as hipóteses de composição dos vícios mencionadas, duas devem ser dirigidas ao fornecedor-direto, ou seja, aquele que contratou, que vendeu o produto ao consumidor (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 338). São elas: a restituição imediata da quantia paga e o abatimento proporcional do preço.

Além dessas três alternativas indicadas, o consumidor pode exigir indenização pelas perdas e danos. Aliás, é de notar-se que a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação não o exime de responsabilidade (art. 23), pois a responsabilidade nasce com a mera violação do dever legal de qualidade, de forma objetiva, não importando, dessa forma, o conhecimento do vício pelo fornecedor responsabilizado (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 396).

No artigo 20, o CDC inova ao disciplinar os vícios dos serviços, preocupando-se que os serviços oferecidos no mercado de consumo atendam a um grau de qualidade e funcionalidade que “os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária”

A noção de impropriedade do serviço está indicada no art. 20, parágrafo 2º: “são impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”

A noção de serviço inadequado, então, está objetivada, a fim de não depender do contrato celebrado com o fornecedor, em regra de adesão. A nova idéia de vício do serviço concentra-se, como bem anota Cláudia Lima Marques, na funcionalidade, na adequação do



serviço prestado e não existência da diligencia normal do prestador de serviços (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 359). A prestação de um serviço adequado passa a ser a regra, não bastando a prestação diligente.

Assim, pode-se considerar que o serviço apresenta vício de qualidade por inadequação, na terminologia de Antônio Hermann Benjamin, quando não corresponde a legítima expectativa nele depositada. A diligência do prestado de serviço importará tão-somente em caso de eventual alegação de inadimplemento contratual (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 360).

Ressalte-se que, a exemplo do artigo 18, o artigo 20 permite ao consumidor, em caso de inadequação do serviço, exigir, alternativamente e à sua escolha, a reexecução do serviço, sem custo adicional, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

O artigo 22 traz para o campo de aplicação da legislação consumerista as entidades da Administração Pública direta e indireta, ao prever que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias ou permissionárias têm obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, impondo-se a continuidade apenas em relação aos serviços públicos essenciais. Aplica-se, dessarte, o CDC aos serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, telefonia, entre outros¹⁰. Dessa forma, em caso de danos ocasionados na prestação dos serviços por empresas concessionárias, cabe ao consumidor apenas a prova da ocorrência do dano, do nexo de causalidade entre a ação/omissão da concessionária e o dano e do montante do prejuízo.

Cumprе anotar, por último, que, no art. 25, parágrafo 1º, o CDC impõe à cadeia de fornecimento a obrigação solidária, decorrente da lei, portanto, o dever de indenizar por danos causados, tanto pelos fatos dos produtos e serviços – acidentes de consumo, vistos na seção anterior –, quanto pelos vícios dos produtos e serviços. O fundamento por trás dessa solidariedade é o direito de ressarcimento das vítimas-consumidores, previsto no art. 6º, VI do CDC.

2. Tutelas Jurisdicionais do Direito no Âmbito do Direito do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 83, que para a defesa dos direitos por ele protegidos são “admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

A norma consubstancia, assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que exige do legislador a estruturação de procedimentos e técnicas processuais atentas às necessidades do direito material e do juiz o dever de extrair das normas processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (MARINONI, maio de 2005, p. 212). Em sendo o direito do consumidor um direito fundamental (art. 5º, XXXII, CRFB), exige procedimento como meio para sua efetiva proteção (ALEXY, 1997, p. 473).

Nessa perspectiva, insere-se o artigo 84 do CDC, demonstrando o caráter precursor das normas do Código e sua preocupação fundamental com a efetividade do processo,

¹⁰ Cabe ressaltar que, nas hipóteses de responsabilização dos entes da Administração Pública, incide o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.



consagrando instrumento de ação específica (MIRAGEM, *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 1021), ao prever:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Dessa forma, o artigo 84 é base para as tutelas jurisdicionais diferenciadas acerca das quais pretende versar o presente estudo. Com apoio nesse dispositivo, pode-se falar em tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e tutela ressarcitória.

Antes, porém, de examinar cada uma das técnicas adequadas à proteção do consumidor, faz-se imperativa a distinção entre ato ilícito e dano, cujas noções são fundamentais para compreendê-las adequadamente.

A distinção, como será apresentada, é obra, segundo Marinoni, da recente doutrina italiana, elaborada a partir da revisão do conceito de ilícito (MARINONI, 1998, p. 30), em razão da necessidade de proteção contra a concorrência desleal. Em poucas palavras, pode-se dizer que o ilícito é o ato contrário ao direito que tem aptidão de causar dano (MARINONI, 1998, p. 35), enquanto o dano é consequência meramente eventual do ilícito, é o sintoma sensível da violação da norma (MARINONI, 2008, p. 124). Assim, o dano é a prova do ilícito. É forçoso observar, igualmente, que, em certos casos, a prova do ilícito ou sua ameaça é de mais fácil caracterização do que a prova do dano, a exemplo das hipóteses de concorrência desleal, nas quais o titular da marca tem o direito de inibir seu uso, sem precisar aludir a dano.

Não se pode olvidar, no entanto, nada obstante o mérito da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, a crítica que lhe foi dirigida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a respeito da sua compreensão de que as tutelas jurisdicionais são meras técnicas para a tutela do direito material¹¹. Por entender dessa forma, Marinoni rejeita a existência de tutela mandamental, preferindo falar em tutela inibitória, de remoção do ilícito, ressarcitória, etc

¹¹ Segundo Marinoni, a sentença mandamental, por exemplo, não constitui uma forma de tutela do direito, já que, caso fosse assim, ter-se-ia uma única forma de tutela produzindo resultados substanciais distintos, pois a sentença mandamental poder prestar tutela inibitória ou ressarcitória na forma específica. Nesse quadro, a técnica processual estaria sendo chamada de tutela jurisdicional, esquecendo-se os resultados do processo no plano do direito material (Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos, *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo e MACHADO, Fábio Cardoso (orgs.), *Polêmica sobre a Ação – A Tutela Jurisdicional na Perspectiva das Relações entre Direito e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.)



(ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 105). Pondera Alvaro de Oliveira que a tutela material possui previsão abstrata no plano do direito material, só se concretizando depois de esgotada a função jurisdicional, quando se tem, propriamente, a tutela do direito (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 106). No plano processual, então, o que possui relevo é a tutela jurisdicional e os elementos e valores inerentes ao processo, que acabam afastados pela transferência para o plano do direito material daquilo que é inerente ao direito processual (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 106).

Inicialmente, traçaremos as linhas gerais no que toca às ações inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica, apresentando, ao final, um apanhado das situações jurídicas tuteláveis pelo direito do consumidor, frente às tutelas jurisdicionais diferenciadas examinadas.

2.1. Tutela Inibitória

A ação inibitória busca provimento jurisdicional de natureza mandamental. A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que se atenda ao comando judicial (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 3). A tutela mandamental, assim, encontra campo de aplicação quando se trata de agir sobre a vontade da parte demandada, não sobre seu patrimônio; não se confunde, pois com condenação, como faz Aldo Frignani (FRIGNANI, 1971, p. 559 e ss.), pois nesta o que prevalece é a “norma principal” da segurança, ao passo que na mandamental é a efetividade (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 183). Além disso, o mandamento atua sobre a vontade do demandado, por meio de coerção; a condenação atua sobre o patrimônio, através da técnica da sub-rogação (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 184). A ação inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento de natureza preventiva (LORENZETTI, 2003, p. 435), cujo objetivo é impedir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito (MARINONI, 2008, p. 192). Ademais, a ação inibitória é autônoma, não se confundindo com a ação cautelar, tampouco com a ação de reparação de danos (MARINONI, 1998, p. 50), que é, na verdade, consequência do reconhecimento ilícito.

A ação inibitória volta-se contra a probabilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação, de modo que se dirige ao futuro e não ao passado (FRIGNANI, 1971, p. 560). Possui como pressuposto a mera existência de uma atividade *contra ius*, sendo desnecessário que o ilícito compreenda um dano ressarcível (FRIGNANI, 1971, p. 561). Além disso, dentre os pressupostos da ação inibitória, não estão os elementos subjetivos – culpa e dolo – de modo que se alguém, ainda que sem culpa, estiver na iminência de prática um ilícito, a ação inibitória é instrumento processual cabível (MARINONI, 2008, p. 39). A culpa não possui relevância, pois não é possível avaliar o elemento subjetivo de uma conduta antijurídica futura, como bem apontou Ricardo Lorenzetti (LORENZETTI, 2003, p. 435).

A ação inibitória possui três modalidades, ligadas a cronologia do ilícito. A primeira modalidade busca impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu. Nessa modalidade, verifica-se apenas a probabilidade de ilícito no futuro, enquanto as demais, embora se voltem para o futuro, consideram o passado. A segunda modalidade visa inibir a repetição do ilícito, enquanto a terceira, a continuação.

Oportuno ressaltar que, na Itália, a Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 633/1941), prevê, no artigo 156, as três modalidades de ação inibitória. Mencionado dispositivo refere que “chi ha ragione di temere la violazione di un diritto (primeira modalidade), oppure intende



impedire la continuazione (terceira modalidade) o la ripetizione (segunda modalidade) di una violazione già, può agire in giudizio per ottenere (...) che sai interdetta la violazione”.

Em se tratando de repetição do ilícito, importante verificar a distinção entre ação com eficácia ilícita continuada e ação continuada ilícita. Na ação com eficácia ilícita continuada, tem-se apenas uma ação, cujo efeito ilícito perdura no tempo, ao passo que na ação continuada ilícita, a ilicitude prossegue na medida do prosseguimento da ação (MARINONI, 2008, p. 199). Assim, a continuação da ação ilícita deve ser inibida, enquanto o ilícito de efeitos continuados deve ser removido.

A ação inibitória, então, concerne à ação ilícita continuada, por uma razão lógica, como aponta Marinoni (MARINONI, 2008, p. 199): não há interesse em inibir algo que já ocorreu e se exauriu, mas sim algo que pode continuar ou ser feito.

A ação inibitória, por buscar provimento jurisdicional de natureza mandamental, consiste em uma ordem judicial dirigida ao réu. Essa ordem pode representar um fazer e um não-fazer, identificando-se, assim, a inibitória positiva e a inibitória negativa (FRIGNANI, 1971, p. 572). Isso se deve a evolução da sociedade e do próprio direito, pelos quais surgiram direitos dependentes de algo que deveria ser feito, não sendo suficiente a simples abstenção.

Nessa linha, resta evidente que o ilícito pode ser omissivo, além de comissivo, ou seja, se alguém possui o dever de fazer para que um direito não seja violado, obviamente o não fazer implica ato contrário ao direito. A ação inibitória, portanto, visando a inibição do ilícito, pode exigir tanto um fazer quanto um não-fazer, conforme o caso (MARINONI, 2008, p. 200), de tal sorte que diante de um ilícito comissivo haverá uma ordem de não fazer, ao passo que na presença de um ilícito omissivo haverá uma ordem de fazer¹².

Merece destaque, ainda, o fato de que a tutela inibitória pode ser prestada diante da probabilidade de inadimplemento de obrigação de natureza periódica, seja ela positiva ou negativa (MARINONI, 2008, p. 299). Para isso, importa observar que não há necessidade de pensar em dano ou culpa, bastando que haja a probabilidade do inadimplemento (MARINONI, 2008, p. 300).

Aliás, é forçosa a admissão da tutela inibitória do inadimplemento não só em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, mas também como forma de assegurar o cumprimento da obrigação na forma específica, desprestigiada em razão da obrigação de pagar o seu equivalente (MARINONI, 2008, p. 294).

2.2. Tutela de Remoção do Ilícito

A tutela de remoção do ilícito, em regra, possui natureza executiva *lato sensu*; age sobre o patrimônio e não sobre a vontade do demandado, como a mandamental, sendo adequada às obrigações de dar coisa e ao dever de restituí-la, como anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 191). Enquanto a ação inibitória destina-se, em suas três modalidades, a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito funda-se na pretensão de remover uma ação ilícita que já ocorreu (MARINONI, 2008, p. 205). A exemplo da inibitória, a ação de remoção do ilícito prescinde do dano e tampouco pretende ressarcir-lo, mas sim dirige-se a eliminá-lo, tenha ele

¹² Assim, Aldo Frignani, *Inibitoria...*, p. 572. Note-se, no entanto, que o autor italiano fala em “condanna ad un non facere e condanna ad un facere”, ignorando a tutela mandamental



causado dano ou não (MARINONI, 1998, p. 117). O ilícito, aqui, está no passado, exaurido, e não no futuro, como ocorre na inibitória.

Pode-se dizer que o fundamento da remoção do ilícito é a necessidade de dar efetividade às normas de direito material, que objetivando a prevenção, proíbem certas condutas. Assim, a ação de remoção do ilícito também relaciona-se com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Note-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional é direito a uma proteção jurídica efetiva, cuja condição é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do seu titular (ALEXY, 1997, p. 472).

A ação de remoção do ilícito dirige-se contra uma ação que se exauriu, mas cujos efeitos permanecem no tempo. Além disso, é necessário que o ilícito tenha aptidão para a produção de dano para que haja interesse em sua remoção (MARINONI, 2008, p. 206): é o chamado ilícito de eficácia continuada.

O escopo da ação de remoção do ilícito é duplo: de um lado, olha para trás, direcionando-se a um ato que já ocorreu; de outro, guarda pelo futuro, ao impedir que danos sejam produzidos (MARINONI, 2008, p. 207). Relativamente ao ato contrário ao direito, a ação de remoção tem natureza repressiva; sua natureza preventiva aparece de forma indireta, no tocante a ocorrência de danos.

Cumpre salientar, ainda, que o juiz, com esteio no artigo 84 do CDC, pode conceder tutela mandamental inibitória no lugar de tutela executiva de remoção do ilícito e vice-versa. Isso porque há, no mencionado dispositivo, uma exceção ao princípio da demanda, que impõe adstrição ao pedido do autor, vedando ao juiz a prolação de sentença, a favor do autor, de natureza diversa, assim como condenação em quantidade superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado (ALVARO DE OLIVEIRA, *In*: AMARAL e MACHADO, 2006, p. 106). Em razão da possibilidade do juiz, lastreado no artigo 84 do CDC, conceder a tutela específica ou o resultado prático equivalente, verifica-se a fungibilidade entre as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, permitindo que seja concedida uma tutela em lugar da outra tomando em conta a situação concreta e a necessidade de adequada¹³ tutela jurisdicional (MARINONI, 1998, p. 134).

2.3. Tutela ressarcitória

Uma vez ocorrido o dano, que é consequência meramente eventual do ilícito, como já visto, torna-se necessária a tutela ressarcitória. Essa modalidade de tutela, no entanto, diferentemente das vistas anteriormente, supõe não só o dano, como também a responsabilidade por ele. Em regra, o que se perquire é a culpa ou o dolo. No direito do consumidor, todavia, a responsabilidade é objetiva, bastando o dano, o nexo de causalidade entre o produto ou o serviço e o vício ou fato do produto ou serviço¹⁴.

O ressarcimento do dano pode ser na forma específica ou em dinheiro. A reparação na forma específica é, sem dúvida, a mais adequada forma de ressarcimento (GOMES, 2005, p. 64), muito embora nem sempre seja possível. Nada obstante a preferência, consagrou-se, no direito brasileiro, a opção pela indenização pecuniária, especialmente em função da inexistência de técnicas processuais adequadas a prestação dessa forma de

¹³ Como refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Efetividade e Tutela Jurisdicional, p. 106-7) o princípio da adequação exige a conformidade do instrumento ao direito material, comportando tanto os aspectos subjetivos e objetivo quanto o teleológico, os quais devem funcionar de modo simultâneo para que o processo alcance o máximo de eficiência.

¹⁴ Assim, por todos, MARQUES, *Contratos...*, p. 1148



tutela (MARINONI, 2008, p. 310). Hoje é possível buscá-las nos artigos 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC.

Como o lesado poderá optar entre o ressarcimento na forma específica ou pelo equivalente pecuniário, é legítimo que ele opte pelo ressarcimento específico, salvo nas hipóteses de excessiva onerosidade, que serão examinadas. Dessa forma, nas hipóteses em que a tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, ela só será afastada pela vontade do próprio lesado, ou quando a reparação específica não se justificar, diante de sua excessiva onerosidade (MARINONI, 2008, p. 313).

Importante observar que o direito à efetiva reparação, vale dizer, à reparação na forma específica, exsurge do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, CRFB), o qual impõe ao intérprete a leitura das normas à luz desse princípio, de modo a privilegiar a interpretação capaz de propiciar a efetividade da tutela dos direitos (MARINONI, 2008, p. 315).

A tutela ressarcitória em pecúnia é aquela que alcança ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida, ou o valor equivalente ao custo da reparação do dano; a tutela ressarcitória, na forma específica, por outro lado, tem como escopo reconstituir a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido (MARINONI, 2008, p. 316), ou seja, o *status quo ante*.

Haverá hipóteses, no entanto, em que o ressarcimento, na forma específica constituirá apenas parte da integralidade do ressarcimento, de sorte que – quando impossível o retorno à situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, mas viável o estabelecimento de uma situação anterior ao dano que satisfaça em parte à necessidade de reparação – o ressarcimento na forma específica deve ser cumulado com o ressarcimento pelo equivalente (MARINONI, 2008, p. 321).

O direito brasileiro, no que concerne à onerosidade excessiva, pauta-se pelo critério comparativo do valor da reparação do dano com o valor da utilidade que por meio dela pode ser obtida. Quando o valor da reparação supera a utilidade, é inadmissível a reparação na forma específica, sob pena de se impor um ônus economicamente ineficiente ao causador do dano (MARINONI, 2008, p. 323-324). Não é racional, segundo Marinoni (MARINONI, 2008, p. 323), o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção.

A obrigação de reparar o dano é, antes de tudo, uma obrigação de fazer ou uma obrigação de entregar coisa equivalente à destruída. Não há falar-se, exceto nas hipóteses de ressarcimento pelo equivalente, em obrigação de pagar, portanto. Oportuna, aqui, a transcrição da lição de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2008, p. 329):

Em razão do dano, o lesado não passa a ter um mero direito sobre o patrimônio do devedor, mas sim o poder de obrigar o infrator à reparação. A existência de um poder de obrigar à reparação implica na possibilidade de usar o processo para coagir o infrator à reparação, ou seja, na possibilidade de uso da multa para constranger o infrator a ressarcir na forma específica.

Para a efetividade do direito à tutela ressarcitória, impõe-se a utilização da multa, assim como a determinação de que um terceiro faça aquilo que deveria ter sido feito pelo demandado, às custas do último. Ora, como a concessão da obrigação em perdas e danos somente dar-se-á quando impossível, jurídica ou materialmente, a tutela específica ou a obtenção de resultado prático correspondente, o juiz poderá impor multa diária ao réu,



independentemente de pedido do autor, em busca da maior coincidência possível entre o direito material e sua realização (WATANABE, *In: GRINOVER et al*, 2001, p. 772).

Ademais, a execução específica ou o resultado prático equivalente podem ser alcançados através de provimento mandamental ou de provimento executivo *lato sensu*, ou da conjugação de ambos (WATANABE, *In: GRINOVER et al*, 2001, p. 775), uma vez que o artigo 84 do CDC abre ensejo às tutelas mandamental e executiva, não só para proteção dos direitos do consumidores, mas também de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não importando sua natureza¹⁵.

2.4. Tutelas Jurisdicionais Idôneas à Proteção do Consumidor

Como já foi visto (item 2.1.1), os artigos 8 a 10 do Código de Defesa do Consumidor consagram um dever geral de prevenção. A tutela inibitória, por sua vez, é corolário de um princípio geral de prevenção¹⁶.

O artigo 8º do CDC, em seu *caput*, prevê que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, excetos os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza ou fruição”. Em seguida, o artigo 9º, tratando de produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança, estabelece o dever de informação adequada e ostensiva do fornecedor, a respeito de suas nocividade ou periculosidade. O artigo 10, por fim, veda a inserção no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe ou deva saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança.

Daí pode-se extrair que a introdução no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço que possa apresentar indevido grau de periculosidade é ilícita. Da mesma forma, a inserção de produtos perigosos desacompanhados das informações relativas à nocividade ou periculosidade também configura ilícito. Ganham relevo, nesse passo, as tutelas inibitória¹⁷ e de remoção do ilícito.

Nos casos em que se tema que o fornecedor industrialize, fabrique, importe ou exponha à venda produto ou serviço dotado de alto grau de periculosidade ou nocividade, bem como com defeito de fabricação ou de concepção, tem lugar a tutela inibitória, fundada no artigo 84 do CDC, objetivando impedir a comercialização de tais bens. Do mesmo modo, em se tratando de infração ao dever de informação, vale dizer, de publicidade capaz de induzir o consumidor a erro em relação aos riscos do produto ou do serviço, ou de publicidade omissa a respeito dos riscos, sejam eles normais e previsíveis, sejam provenientes da potencial nocividade ou periculosidade, cabe ação inibitória para obrigar o fornecedor a realizar a chamada contrapropaganda (MARINONI, 2008, p. 249) (art. 60 do CDC). A contrapropaganda é a exteriorização da correção da informação anterior do fornecedor, de sorte a cumprir integralmente o dever de informar.

A tutela para remoção do ilícito, por sua vez, encontra espaço quando já cometido o ilícito, assim entendido como a fabricação, industrialização, importação ou exposição à venda de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade, assim como

¹⁵ Assim a lição de MARINONI, *Técnica Processual...*, p. 329.

¹⁶ A respeito, MARINONI, *Tutela Inibitória*, p. 55 e ss

¹⁷ Embora não seja o objeto do presente estudo, cabe observar que os artigos 83 e 84 do CDC, iluminados pela idéia de que o consumidor tem o direito de ser protegido, via tutela preventiva, contra cláusula gerais abusivas (art. 6º, IV, CDC), permitem que os legitimados à tutela coletiva (art. 82, CDC) possam propor ação para inibir o uso de cláusulas gerais abusivas (MARINONI, *Tutela Inibitória*, p. 99).



daqueles dotados de defeitos de concepção ou fabricação; também os produtos com potencial nocivo e perigoso desacompanhados da informação respectiva devem ser removidos. A ação proposta, nesses casos, age para remover o ilícito, uma vez que este depende de uma só ação – em desacordo com o CDC –, que já se exauriu, mas cujos efeitos são continuados¹⁸.

Com isso, pode-se dizer, genericamente, que a infração a deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, que podem, inclusive, perdurar depois de adimplida a obrigação principal (SILVA, 2008, p. 38), dá azo às tutelas inibitória e de remoção do ilícito, consoante a natureza do ilícito e a peculiaridade do caso concreto.

Em se tratando de responsabilidade por vícios dos produtos ou serviços, ou de vícios de qualidade por inadequação, o que se busca é assegurar o cumprimento perfeito, ou seja, a inserção de produto ou serviço com qualidade e quantidade garantidas.

Nos casos de vícios de produto ou do serviço (item 2.1.3), garante-se ao consumidor a substituição das partes viciadas do bem, a complementação do peso ou da medida do produto, a substituição do produto e a reexecução do serviço.

Nessas hipóteses, é inegável que o juiz, baseado no art. 84, § 4º do CDC, possa ordenar, inclusive sob pena de multa, a substituição das partes viciadas do bem, a complementação do peso ou da medida do produto e a reexecução do serviço. Quando o demandado, nada obstante a fixação da multa, não reexecutar o serviço, esse deverá ser feito por conta e risco do demandado, conforme o art. 20§ 1º do CDC. Da mesma forma, no caso de substituição das partes viciadas do produto, admite-se que o consumidor requeira, com base no art. 84 § 4º do CDC, uma ordem sob pena de multa.

Ademais, a multa, prevista no mencionado artigo, também pode ser utilizada para constranger o demandado a custear o trabalho do terceiro (MARINONI, 2008, p. 338-9). Acentua Luiz Guilherme Marinoni, ainda, a aplicabilidade do art. 461-A do CPC, de sorte que, no caso de direito à substituição do bem, pode também o juiz ordenar entrega de coisa ou determinar a busca e apreensão (MARINONI, 2008, p. 306).

Juntamente com a responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços, disciplina o CDC a responsabilidade pelos “acidentes de consumo”, para usar a expressão de Antônio Hermann Benjamin, afirmando, no art. 12, *caput*, que os fornecedores – fabricante, produtor, construtor e importador – respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos de fabricação, de concepção e de comercialização de seus produtos. O artigo 14, *caput*, vai no mesmo sentido, tratando de serviços, ao prever que o fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, assim como por insuficientes informação relativas a sua fruição e riscos.

Nesses casos, o dano afigura-se imprescindível, fazendo-se necessário a presença do defeito do produto e o liame de causalidade entre o defeito e o dano; prescinde-se da culpa, uma vez que a responsabilidade é objetiva.

¹⁸ Importa anotar, nesse ponto, a relevância das sanções administrativas previstas nos artigos 55 a 60 do CDC, consistentes em apreensão, inutilização de produtos, proibição de fabricação de produtos, suspensão de fornecimento de produto ou serviço, cassação do registro do produto e revogação da concessão e permissão de uso, cassação de alvará de licença, interdição e suspensão temporária da atividade e contrapropaganda, muitas delas tomando em consideração apenas o ato contrário ao direito, ou seja, a violação da norma que exige um padrão de adequação ou segurança dos produtos e serviços postos no mercado de consumo.



Considerando que o art. 6º, VI do Código do Consumidor coloca entre os direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos”, torna-se evidente que, quando constatado o dever de ressarcir, abre-se espaço para utilização da tutela ressarcitória, seja na forma específica, seja pelo equivalente em pecúnia.

A utilização do art. 84 do CDC também pode dar-se quando buscar o demandante tutela ressarcitória na forma específica, inclusive na forma antecipada, que pode consistir em ordem de fazer dirigida ao demandado para que entregue quantia em dinheiro a terceiro a quem incumbirá a reparação.

Por fim, cumpre salientar que é indubitável, nessa hipótese, a possibilidade de utilizar-se a multa para compelir o réu a reparar na forma específica (MARINONI, 2008, p. 337), até mesmo em razão da preferência a reparação específica em detrimento da reparação pecuniária.

Conclusão

Diante desse arcabouço legal e doutrinário, podemos concluir que a tutela do consumidor não se dá tão-somente no plano do direito material, pois existem instrumentos processuais atentos às necessidades materiais e ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que lhe conferem proteção também em juízo, fazendo valer seu direito básico a efetiva prevenção e reparação dos danos.



Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997

ALPA, Guido e BESSONE, Mario, **La Responsabilità del Produttore**, Terza Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

AMARAL, Guilherme Rizzo e MACHADO, Fábio Cardoso (orgs.), **Polêmica sobre a Ação – A Tutela Jurisdicional na Perspectiva das Relações entre Direito e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARRUDA ALVIM *et al*, **Código do consumidor comentado**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). **Enciclopedia del Diritto**, vol. 21. Milano: Giuffrè Editore, 1971.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. RJ: Forense Universitária, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. *In: Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, n.º 02, p. 133-212, maio de 2005.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.



PFEIFFER, Roberto A. C. e PASQUALOTTO, Adalberto (coord). **Código de Defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

PONTES DE MIRANDA, **Tratado das Ações**, Tomo VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2008.



A DIALÉTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL DA PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Imputações da violação do direito à honra

Giovana Valentiniano Benetti¹

Lucas Ferreira Martins²

“Quando o jurista, situado no círculo das ciências do espírito e da cultura, entre as quais se conta a Jurisprudência, olha derredor, tem de constatar, angustiado e com inveja, que a maioria delas pode contar extra muros com um interesse, uma compreensão e uma confiança muito maiores do que precisamente a sua ciência.” (Karl Engisch)

Resumo: O presente artigo visa à análise das imputações da violação do direito à honra, acompanhada de oportuna visita em precedentes jurisprudenciais ao largo de todo o trabalho. Para tanto, inicialmente é elencado o rol de pressupostos que compõem os mais prestigiados entendimentos acerca da problemática da quantificação dos danos extrapatrimoniais. Consecutivamente, a segunda parte elucida o resultado do estudo dos principais juristas que se debruçaram sobre as atribuições jurídicas da tutela da honra, consoante à tendência metodológica civil-constitucional. Em desfecho, conclui-se que o mais fidedigno enquadramento das especificidades da responsabilização extrapatrimonial é mais bem obtido com a inserção do conceito da “compensatividade”.

Palavras-chave: responsabilidade civil, quantificação, honra, extrapatrimonialidade.

.....

Introdução

O campo do Direito Privado, sobretudo da responsabilidade civil, vem sofrendo marcantes transformações. O conteúdo moralizador sempre esteve presente na responsabilidade civil – desde a *Lex Aquilia*, o homem era considerado responsável por sua própria conduta (VILLEY, 2005, p.135-148).

Nos países ocidentais, a responsabilidade civil tem apresentado um caráter revolucionário, configurando-se como uma das instâncias primárias de mediação entre as práticas sociais e a tutela jurídica (BODIN DE MORAES, 2003, p.22). Até relativamente pouco tempo atrás, considerava-se como imoral todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial, na hipótese de esta se delinear unicamente como sofrimento. Daí a expressão *pretium doloris* – preço da dor (BODIN DE MORAES, 2003, p.145). Em um segundo momento, passou-se a admitir a indenização do dano extrapatrimonial; porém, tão diminuta que se poderia dizer, sem exagero, se tratar de uma reparação simbólica (COUTO E SILVA, 1997, p. 233).

Na fase atual do Direito brasileiro, é impossível negar a plena ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, haja vista o advento da Constituição Federal de 1988, a qual dispõe expressamente sobre a matéria no art. 5º, V e X, encerrando-a.

¹ Estudante de Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisadora do Grupo de Estudos sobre os Fundamentos da Responsabilidade Civil, sob a Coordenação da Professora Livre Docente Judith Martins Costa.

² Estudante de Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisador do Grupo de Estudos sobre os Fundamentos da Responsabilidade Civil, sob a Coordenação da Professora Livre Docente Judith Martins Costa.

Ultrapassada a questão da reparabilidade, contudo, ainda persistem, em sede doutrinária e jurisprudencial, acirrados debates em relação à fixação do *quantum indenizatório* e aos critérios adotados para a sua estipulação (BODIN DE MORAES, 2003, p.25-6).

No Direito Brasileiro, não há o estabelecimento de critérios legais, *verbi gratia*, uma tabela com o intuito de auxiliar os Magistrados a quantificar a compensação. Todavia, a partir de uma análise jurisprudencial, nota-se que um pequeno número de critérios objetivos são levados em conta: o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; a situação econômica do ofensor; a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); as condições pessoais da vítima (posição social, política e econômica); e a intensidade de seu sofrimento. Nesse ponto, instaura-se novo debate: qual seria, pois, a natureza da reparação?

E nesse universo, a delimitação cingida pelo direito à honra, ou até mesmo a predileção por tal assunto, foi decorrência de uma percepção de que sua abordagem em sede doutrinária ainda é um campo a ser difundido com mais afinco, visto que um número reduzido de autores se dedicou ao tema e, mesmo aqueles que o fizeram, reservaram-se a discutir uma acepção específica dentre as possibilidades do universo do Direito à honra.

I - A problemática da quantificação dos danos extrapatrimoniais

1.1. Designação e Configuração do Dano Extrapatrimonial

A obscuridade e a inquietude rondam a seara dos danos extrapatrimoniais, sendo estas as responsáveis, no plano conceitual, pelo advento de confusões terminológicas. A começar pela própria expressão, dano moral ou dano extrapatrimonial, indaga-se, qual seria a mais adequada? Verifica-se que, no Direito brasileiro, tais denominações são, comumente, utilizadas como sinônimas (MARTINS-COSTA, 2001, p.29).

Diante da inexistência de critérios objetivos, seria verídico afirmar que a configuração do dano extrapatrimonial se daria, suficientemente, pela dor, pela humilhação e pelo constrangimento individualizados? Então, qual seria o grau de intensidade necessário para mensurá-los? (BODIN DE MORAES, 2003, p.42) Como a metodologia civil-constitucional tutela este tipo de dano? São, pois, esses questionamentos e inúmeros outros que tornam tão complexa – e, igualmente, intrigante – a matéria relativa aos danos extrapatrimoniais. O seu exame, nessa primeira parte, será desenvolvido sob dois prismas centrais: inicialmente, tecendo-se a conceituação dos danos extrapatrimoniais e, posteriormente, analisando-se a questão referente à reparabilidade.

1.1.1. Conceituação

O inalcançável jurista Pontes de Miranda delineou dois sentidos para a expressão “dano moral”: *lato sensu*, compreenderia o dano à normalidade da vida de relação, como o de dor sofrida – o dano moral seria aqui dano não-patrimonial; *stricto sensu*, o dano moral seria o dano à reputação (PONTES DE MIRANDA apud MARTINS-COSTA, 2001, p.33).

Entretanto, a distinção proposta por Pontes de Miranda não vingou. A maioria doutrinária brasileira adotou as proposições de Miguel Reale, no sentido de diferenciar entre dano moral objetivo (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que



vive, envolvendo o de sua imagem), e o dano moral subjetivo (relacionado com o mal sofrido pela pessoa em sua intimidade psíquica) ³.

Ilustre doutrina adota o conceito de dano moral como “as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica” (BODIN DE MORAES, 2003, p. 155). Posição divergente sustenta que a distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado (DIAS apud BODIN DE MORAES, 2003, p. 156).

Conveniente é o entendimento da doutrina mais recente (SEVERO, 1996, p. 36), segundo a qual a designação dano patrimonial e extrapatrimonial é mais adequada do que a terminologia dano material e dano moral (*pretium doloris*, em sentido estrito), já que atenta para o ponto distintivo de ambas as categorias. A designação dano extrapatrimonial seria mais ampla, compreendendo, então, o gênero de que o dano moral seria espécie ⁴.

Outrossim, é evidente a existência de uma série de entendimentos – convergentes e divergentes – acerca da designação e da conceituação do dano extrapatrimonial. Nesse sentido, acertadamente, afirma, em julgado pelo TJRS, o Des. Paulo Vieira de Tarso Sanseverino: “A dificuldade situa-se na fixação de um conceito substantivo de dano extrapatrimonial, que aponte todos os seus elementos e abarque as situações principais” ⁵.

1.1.1.1. Elementos qualificadores

Os danos, em conformidade com Carlos Alberto Bittar, qualificam-se como morais, em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, logo, seriam, no fundo, reações na personalidade do lesado em razão de ação de terceiros que atinja os atributos vitais da pessoa humana (BITTAR, 1999, p.41-2).

É vital a realização da seguinte observação: se a definição de dano moral for tomada como agressão à dignidade humana, não basta qualquer contrariedade para configurá-lo, somente deverá ser reputado como este tipo de dano a dor, a humilhação ou o sofrimento que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Meros dissabores, aborrecimentos, não estão incluídos no âmbito do dano moral, porquanto não são situações intensas e duradouras (CAVALIERI FILHO, 2008, p.83-4).

É necessário frisar que esta zona do estabelecimento dos elementos do dano moral é bastante nebulosa. Em contribuição à imprescindível tarefa de sistematização deste tipo de dano como conceito jurídico, tem-se, como uma das possibilidades de se tentar contornar a complexidade da matéria, a importação dos três aspectos considerados majoritariamente como distintivos entre as duas espécies de danos – patrimonial e moral: (1) identificação do dano, (2) critérios de reparação, (3) a forma de liquidação (BODIN DE, 2003, p. 158).

³ Pode-se fazer uso de tal classificação na tentativa de superar a defeituosa redação do inciso V do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que é manifesta a confusão entre o âmbito subjetivo e objetivo do dano moral. Nesse caso, seria mais apropriada a denominação “dano extrapatrimonial”. (MARTINS-COSTA, 2001, p.34)

⁴ Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.349.

⁵ Ver AC, Nº 70002053296, Nona Câmara, TJRS, Rel. Des. Paulo Vieira de Tarso Sanseverino, julgado em 15/06/2005 e publicado no DJ em 28/06/2005.



No que tange à identificação do dano, enquanto o dano patrimonial exige a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral basta a própria violação à personalidade da vítima (ou seja, existe *in re ipsa*). Já no âmbito dos critérios de reparação, verifica-se que a reprovação da conduta, a repercussão social do dano, as condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor são os critérios frequentemente utilizados. Finalmente, quanto à liquidação, para os danos patrimoniais, permanece a expressão “perdas e danos”; para os danos morais, ao contrário, a indenização fica ao arbítrio do juiz, sem qualquer pré-fixação ou limitação (BODIN DE, 2003, p. 158-163).

Apesar das tentativas doutrinárias de superar essa imprecisão, acabou-se por exportar esta dificuldade de delineação para a jurisprudência⁶. Neste contexto, o Des. Paulo Vieira de Tarso Sanseverino, em julgado por nosso Tribunal, identifica e sintetiza a problemática:

[...] a dificuldade da doutrina tem sido circunscrever, nos limites de uma definição, os elementos comuns pertinentes à imensa gama de modalidades de danos morais, incluindo os prejuízos resultantes de agressões ao direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à imagem, tanto de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas⁷.

Enfim, este é um dos domínios onde se tornam necessárias as regras da prudência, da ponderação, do bom-senso prático. Outrossim, cabe ao juiz trilhar a lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade (CAVALIERI FILHO, 2008, p.83).

1.1.1.2. Abordagem civil-constitucional

A atual Carta Magna, inserindo o ser humano no vértice do ordenamento jurídico da Nação, (CAVALIERI, 2008, p.79) estabeleceu, em seu art. 1º, I, uma “cláusula geral de tutela da pessoa” (BODIN DE MORAES, 2003, p. 182), consagrando a dignidade humana como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. Já em seu art. 5º, V e X abriga a proteção aos os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade.

Na Lei Civil de 2002, por sua vez, o art. 927 inaugura a regulação da responsabilidade civil. Tal artigo estatui as condições genéricas do dever de indenizar, remetendo, ao referir o ato ilícito, aos arts. 186⁸ e 187 (MARTINS-COSTA, 2005, p. 251). Segundo o art. 186, comete ato ilícito aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Aqui o Código Civil de 2002 faz referência expressa a este tipo de dano.

⁶ Ver AC, Nº 70001878172, Nona Câm. Cív. em regime de exceção, Comarca de Santa Maria, TJRS, Rel. Dra. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 28/05/2003 e publicado no DJ do dia. Ver também AC, Nº 70009173204, Décima Sétima Câm. Cív., TJRS, Rel. Dra. Agathe Elsa Schmidt da Silva, julgado em 24/08/2006 e publicado no DJ em 22/09/2006.

⁷ Ver AC, Nº 70002053296, Nona Câm. Cív., TJRS, Rel. Des. Paulo Vieira de Tarso Sanseverino, julgado em 15/06/2005 e publicado no DJ em 28/06/2005.

⁸ Ver AC, Nº 70022431316, Sexta Câm. Cív., TJRS, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 08/05/2008 e publicado no DJ em 27/05/2008.



Tudo sopesado, tendo em conta a metodologia civil-constitucional de regulação da matéria, verifica-se que esta foi ampliada, haja vista a existência de uma conexão intersistemática (MARTINS-COSTA, 2005, p. 250), isto é, a aplicação dos princípios e das regras constitucionais às relações intersubjetivas de Direito Civil (BODIN DE MORAES, 2003, p. 182).

1.1.2. Espécies de danos extrapatrimoniais

Hodiernamente, a doutrina vem apontando uma extensa ampliação no rol de hipóteses do dano extrapatrimonial, seja pelo significativo desenvolvimento dos direitos de personalidade (BODIN DE MORAES, 2003, p. 165), seja pelo fato de a aplicação do prejuízo moral ser mais recente (COUTO E SILVA, 1997, p. 218). Outro fator que contribui para essa expansão é o emprego do raciocínio tópico, reconhecendo que, no campo da responsabilidade, integram e concretizam, a dignidade humana, interesses como a vida privada, os projetos existenciais, a honra, o nome e tantos outros. No entanto, essa “proliferação de espécies” suscita grande questionamento: onde alocar os danos à pessoa? (MARTINS-COSTA, 2005, p. 26-27)

1.1.2.1. O critério dos interesses atingidos

A diferença entre a situação real e a situação hipotética atual do patrimônio do lesado (ALMEIDA COSTA, 2001, p. 721) define dano patrimonial. Como se vê, a chamada “Teoria da Diferença” converteu o dano numa dimensão matemática, ou seja, facilmente calculável (BODIN DE MORAES, 2003, p. 143). Todavia, o aperfeiçoamento da noção de dano extrapatrimonial demonstrou a insuficiência desta teoria na estimação de determinados prejuízos, levando a doutrina a buscar uma explicação mais completa, tendo surgido, nesse contexto, a teoria do interesse (SANSEVERINO, 2007, p. 142).

“O prejuízo é a lesão a um interesse”, afirmam Geneviève Viney e Patrice Jourdain, partindo da noção de interesse como a valoração que um determinado bem recebe de alguém, considerando a relação ou a posição jurídica de uma pessoa determinada em face dele (SANSEVERINO, 2007, p. 142-3).

Destarte, a aplicação da teoria do interesse traz como grande vantagem a conseqüente ampliação na noção de dano, superando a concepção naturalista⁹ ou patrimonialista, com o intuito de abranger todas as ofensas que atinjam interesses juridicamente tutelados (SANSEVERINO, 2007, p. 144), *verbi gratia*, interesses de pessoas determinadas ou interesses da comunidade¹⁰.

1.1.2.2. Danos à pessoa: *tertium genus* ou *fattispecie*?

⁹ Nesse sentido, COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 219.

¹⁰ Importante classificação é a que diferencia dois tipos de danos, conforme o âmbito de interesse atingido. De um lado, danos que incidem sobre o interesse de pessoas certas e determinadas, refletindo em sua integridade (física, psíquica e moral) ou nas coisas de seu patrimônio – chamados danos individuais –, e de outro, dos danos que atingem bens do interesse da comunidade – ditos danos coletivos ou transindividuais. Salienta-se que a preocupação com os bens coletivos é bastante contemporânea, haja vista a tutela dos direitos do consumidor e do direito ambiental. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, c2003. v.1, p. 572-3.



A personalidade humana é uma estrutura ôntica¹¹ extremamente complexa e objeto de múltiplas controvérsias, consoante se expressa Capelo de Sousa (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 110), o qual defende, ainda, um direito geral de personalidade. Contemporânea doutrina brasileira igualmente inclina-se nesse sentido:

[...] as hipóteses de dano moral são tão freqüentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. Os direitos das pessoas estão, assim, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana¹², e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana (BODIN DE MORAES, 2003, p. 127).

Seguindo a posição supramencionada, defende-se que a ofensa tem como efeito o dano propriamente dito, podendo este afetar os direitos à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade-social, ensejando repercussão em aspectos personalíssimos da pessoa humana¹³ e que configuram, em *ultima ratio*, a sua dignidade. Em outras palavras, a reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha (BODIN DE MORAES, 2003, p. 127).

Outra é a linha que sustenta serem os danos à pessoa uma *fattispecie* em construção. Carlos Fernandez Sessariego os delineia como os danos incidentes em qualquer aspecto do ser humano considerado em sua integridade psicossomática e existencial, abrangendo o que outros ordenamentos – italiano e francês – caracterizam como “dano biológico”, “dano à saúde”, “dano ao projeto de vida” e “dano moral” *stricto sensu* (MARTINS-COSTA, 2001, p.28).

No Brasil, é possível encontrar, na doutrina mais recente (SEVERO apud MARTINS-COSTA, 2001, p.28), vozes que propõem uma distinção dos conceitos, não para caracterizar o dano à pessoa como um *tertium genus*, mas para assentar o emprego da expressão “danos extrapatrimoniais” como indicativa do gênero do qual seriam espécies os danos à personalidade (MARTINS-COSTA, 2001, p.34). Assim, segundo Judith Martins-Costa:

[...] nos danos extrapatrimoniais são indenizáveis os prejuízos que violam a esfera existencial da pessoa humana, considerada em sua irredutível subjetividade e dignidade, eis que dotada de personalidade singular e por isto mesmo titular de atributos e de interesses, não mesuráveis economicamente [...] (MARTINS-COSTA, 2004, p.339)

Destarte, findamos o exame da designação e da configuração do dano extrapatrimonial, cabe, agora, analisar o nebuloso campo de sua reparação.

1.2 Razões de Reparabilidade dos Danos Extrapatrimoniais

¹¹ Ver ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. In: Revista Forense. Rio de Janeiro v.94, n.342, p. 128.

¹² O seu significado tende, assim, para a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos. Ver MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*, op. cit., p.25.

¹³ O Código Civil ora vigente apresenta, em seu Título I, o Capítulo Dos Direitos de Personalidade, destacando-se o art. 12 (cláusula geral de tutela dos Direitos de Personalidade) e o art. 21 (garante a inviolabilidade da vida privada).



A personalidade do indivíduo é o repositório de bens ideais, sendo que a ofensa a tais bens redonda em dano extrapatrimonial, suscetível de reparação, haja vista as aflições e os desgostos causados, os quais interferem grandemente no comportamento do indivíduo, conforme já fora descrito por Clayton Reis (REIS, 1997, p.81).

Questiona-se: quanto vale o sofrimento do indivíduo que foi atingido pela veiculação de notícias de cunho ofensivo a sua pessoa?¹⁴ Tal situação assemelha-se à regra lógica primária da impossibilidade de se somarem “bananas” e “maçãs”, todavia, torna-se essencial que se chegue a algum resultado, para que a vítima não fique irressarcida (BODIN DE MORAES, 2003, p. 50). Em admiráveis palavras de Antunes Varela, é possível sintetizar a questão:

[...] a legislação civil brasileira, profundamente imbuída do pensamento mais defensável à luz das concepções éticas reinantes na comunidade, favorece desde há muito a tese de ressarcibilidade dos danos morais, embora procurando rodear o perigo verdadeiramente sério que a solução envolve (o arbítrio dos juízes na fixação da indenização) (VARELA, 1977, p. 246).

1.2.1. Natureza da Reparação

A identificação da natureza da reparação por dano extrapatrimonial está intimamente relacionada à função precípua da responsabilidade civil, qual seja a de indenizar – isto é, a ficção jurídica pela qual, mediante a reposição ao estado anterior se torna indene, “sem dano”, a parte lesada (MARTINS-COSTA, 2005, p.234). Entretanto, a rigor, não é possível falar em “indenização” do dano extrapatrimonial, porquanto a entrega de uma soma em dinheiro tem, nesse caso, dupla função: satisfativa à vítima e punitiva ao ofensor – daí a denominação “*punitive damages*”¹⁵ do Direito Anglo-saxão (MARTINS-COSTA, 2004, p.350).

Hoje em dia é possível a visualização de três correntes sobre a função da indenização do dano moral: (1) a compensação/satisfação do ofendido, (2) a punição do ofensor e a prevenção, (3) a satisfação do ofendido e a punição do ofensor¹⁶.

A função preponderante da Responsabilidade Civil visa, primeiramente, à reparação do dano, ou seja, a tutela será ressarcitória ou compensatória. No caso específico dos danos extrapatrimoniais, em face da dificuldade de quantificação da reparação correspondente¹ (SANSEVERINO, 2007, p. 269), a vítima deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório (BODIN DE MORAES, 2003, p. 145). Dessa forma, o montante da indenização deve guardar uma relação razoável de equivalência com a extensão dos prejuízos extrapatrimoniais causados¹⁷.

¹⁴ Ver Ac, Nº 70016670960, Quinta Câm. Cív., TJRS, Comarca de São Leopoldo, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 18/10/2006 e Publicado no DJ Em 01/11/2006.

¹⁵ Foi no século XVIII que se criou a doutrina dos *punitive damages* como um meio para justificar a atribuição de indenização nos casos de danos extrapatrimoniais. Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. *Usos e da função punitiva (“punitive damages” e o direito brasileiro)*, op. cit., 2005.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Usos e da função punitiva (“punitive damages” e o direito brasileiro)*, op. cit., 2005, p.255. A autora arrola como favoráveis à primeira corrente, entre outros, Maria Celina Bodin de Moraes, Sérgio Severo e Humbeto Theodoro Júnior. À segunda, Galeno Lacerda; e à terceira, Caio Mário da Silva Pereira e Sérgio Cavalieri Filho.

¹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O princípio da reparação integral no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte, op. cit., p. 270. No Direito brasileiro, a doutrina diverge quanto à aplicação do princípio da *restitutio in integrum* (art. 944, CC/2002) aos danos extrapatrimoniais: Sérgio Severo, Cavalieri Filho e Menezes Direito manifestam concordância com as objeções francesas ao princípio. Clayton Reis, por sua vez, sustenta a possibilidade de aplicá-lo à reparação de tais danos. Ver, p. 263-8.



A reparação do dano moral poderá, em virtude da situação fática, inclusive, deter um caráter preventivo e punitivo. A uma, porquanto visa prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento e servindo de exemplo para que tampouco se queira imitá-lo. A duas, pois tem como objetivo impor uma penalidade ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima (BODIN DE MORAES, 2003, p. 219). Salienta-se que o caráter punitivo deve prevalecer – sem, contudo, minorar o aspecto da reparação do dano – nos casos em que o ofensor realiza uma análise dos custos e dos benefícios advindos da situação e como, a seu ver, seria mais vantajoso ressarcir os eventuais danos do que se abster de praticar tal conduta, assim o faz¹⁸.

1.2.1.1. O dever de indenizar

Consoante soberbo jurista, sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, no nome, no crédito, no bem estar, ou no patrimônio nasce o direito à indenização. Em outras palavras, o dever de indenizar supõe ter havido dano (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 181-3). Destarte, as ações ou omissões lesivas rompem o equilíbrio do mundo fático, onerando física, moral ou pecuniariamente os lesados, os quais diante da respectiva injustiça ficam investidos de poderes para a defesa dos interesses violados, em níveis diversos e à luz das circunstâncias do caso concreto (BITTAR, 1999, p. 11). Nessa esteira, leciona Pontes de Miranda, já que “Tem-se de considerar dano o que ofende o patrimônio ou a pessoa (corpo ou psique). O que tem valor pecuniário há de ser indenizado por esse valor. Se não o tem, ou só o tem em parte, atende-se a regras jurídicas de estimação” (PONTES DE MIRANDA, 1958, tomo XXII, p. 183).

1.2.1.2. Formas de reparação

Nessa matéria, vigora o princípio da dupla forma de reparação – restituição natural (*in natura*) ou restituição pecuniária (SANSEVERINO, 2007, p. 26). A primeira (também chamada de específica) é a que mais se aproxima do ideal aristotélico de justiça comutativa, significando que o responsável pelo dano deve restituir ao lesado exatamente um bem no estado do que lhe fora subtraído, destruído ou danificado (SANSEVERINO, 2007, p. 26-33). Percebe-se, então, a dificuldade de eliminação dos efeitos danosos, consoante já havia sido relatado por DE CUPIS, na medida em que “[...] *Il danno può essere represso, ma non cancellato dal mondo dei fatti, per l’ovvia ragione secondo la quale ‘quod factum est, infectum fieri nequit’*”. (DE CUPIS, 1946, p. 361) A segunda, por sua vez, consiste no pagamento de uma indenização em dinheiro – equivalente – aos prejuízos sofridos pelo lesado. Atualmente, a prática demonstra que, quantitativa e qualitativamente, é este o tipo de restituição ocupante do papel central nas modalidades de reparação (MARTINS-COSTA, 2001, p.28).

No entanto, este modelo duplo de reparação torna-se insuficiente com a consagração do dano extrapatrimonial¹⁹ e, notadamente com os atentados aos direitos de personalidade (MARTINS-COSTA, 2001, p.41). Assim, o Código Civil ora vigente contém a indicação de formas de apuração do dano extrapatrimonial, para algumas espécies (*verbi gratia*, arts. 948

¹⁸ Como acontece, comumente, na seara do direito ambiental e do direito do consumidor. Ver o caso *Ford Corporation v. Grimshaw* (1981). Ver MARTINS-COSTA, Judith. *Usos e da função punitiva (“punitive damages” e o direito brasileiro)*, op. cit., 2005, p. 244.

¹⁹ A jurisprudência busca soluções complementares, em alguns casos, usa-se até de certas formas de reparação tidas aproximativamente como restituição *in natura*: assim a retratação, veiculada em jornais. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*, cit., 2004, p.353.



a 954), mas, residualmente, adota-se o arbitramento, o qual é previsto no art. 946 da Lei Civil e no art. 475-C, do diploma processual.²⁰

Conforme a doutrinadora Judith Martins-Costa, o mais adequado seria a valorização do bem ou do interesse jurídico lesado pelo evento danoso, consistindo em fixar indenizações por danos extrapatrimoniais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes – os chamados “grupos de casos típicos”. Desse modo, seriam construídos tópicos ou parâmetros que poderiam atuar como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial (MARTINS-COSTA, 2004, p.350-3).

1.2.2. Divergências nos parâmetros indenizatórios

O ordenamento pátrio adota o sistema do livre arbitramento do valor da reparação dos danos extrapatrimoniais, como regra geral, privilegiando os valores da justiça e da segurança. A fixação do *quantum* indenizatório cabe ao juiz e visa a permitir que este se utilize da equidade e da prudência para analisar a matéria de fato (BODIN DE MORAES, 2003, p. 269-270). Todavia, isso nem sempre acontece, haja vista a problemática em que a reparação do dano extrapatrimonial está envolta, revelando um sério entrave, qual seja a notória disparidade nas decisões – lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador (BODIN DE MORAES, 2003, p. 37).

O núcleo forte do problema se delineia na freqüente falta de motivação das decisões judiciais, através do emprego de argumentos genéricos, tais como a “razoabilidade” e o “bom senso”. Resta claro o estado de confusão em que a jurisprudência se encontra, seja no que tange a identificação do dano, seja no que se refere a sua avaliação²¹. Em acertadas palavras, Maria Celina Bodin de Moraes (BODIN DE MORAES, 2003, p. 46-50), salienta a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais, devendo a fundamentação ser clara e rigorosa, a fim de sempre considerar as peculiaridades existenciais da pessoa (BODIN DE MORAES, 2003, p. 309).

1.2.2.1. Critérios de fixação do quantum debetur

Inexistem critérios legais e jurisprudenciais fixos para a avaliação e a quantificação do dano extrapatrimonial. Nesse âmbito, destacam-se o prudente arbítrio do juiz, a sua moderação e equilíbrio. Consoante Maria Celina Bodin de Moraes, grande é a variação dos critérios adotados na compensação do dano extrapatrimonial no Brasil, mas nota-se que são presenças freqüentes nas decisões judiciais os critérios da extensão do prejuízo, do grau de culpa e da situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima²².

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*, cit., 2004, p.350. Nota-se que a questão do arbitramento importa igualmente ao Direito Processual.

²¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, op. cit., p. 46. Nesse sentido ver AC, Nº 70023814841, Décima Câmara. Cív., TJRS, Comarca de Nova Petrópolis, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 08/05/2008 e publicado no DJ em 26/05/2008, AC, Nº 70016670960, Quinta Câmara Cível, TJRS, Comarca de São Leopoldo, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, julgado em 18/10/2006 e publicado no DJ em 01/11/2006. Nesse contexto, ver também AC, Nº 70012862959, Nona Câmara. Cív., TJRS, Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 12/07/2006 e publicado no DJ em 26/07/2006.

²² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, op. cit., p. 275. Ver AC, Nº 70008167983, Sexta Câmara. Cív., TJRS, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 22/12/2004.



O critério da extensão do dano é de vital importância no âmbito da indenização do dano extrapatrimonial. Tal critério vem elencado no *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002. E ainda, em seu parágrafo único, admite-se a ponderação em relação à culpa, permitindo ao juiz, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir *equitativamente* a indenização (BODIN DE MORAES, 2003, p. 297)

O critério da dimensão da culpa do ofensor nos remete ao caráter punitivo da reparação, valorando-se o elemento subjetivo que norteou a indenização, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita. No caso de culpa concorrente da vítima, tem-se a incidência do art. 945 do Diploma Civil atual, já que em maior ou menor grau a vítima colaborou para a ocorrência ou agravamento do dano sofrido (SANSEVERINO, 2007, p. 284-5).

Quanto à situação econômica do ofensor verificam-se as funções preventiva e punitiva, incidindo em maior ou menor rigor de acordo com a sua condição financeira, no sentido de tentar desestimular o autor do dano a praticar novos fatos (SANSEVERINO, 2007, p. 284).

O juiz pode valorar as condições pessoais da vítima – posição social, política e econômica. No entanto, este é um ponto delicado, em que deve estar presente o cuidado de não incorrer em discriminação sócio-econômica, evitando-se uma elevação da indenização por ser o lesado uma pessoa rica ou ao contrário (SANSEVERINO, 2007, p. 284). Deve-se também atentar para a intensidade do sofrimento da vítima, justificando-se, em decorrência disso, majorar ou minorar o *quantum debeatur*²³. Em suma, deve-se considerar

[...] a individualidade da vítima, cujo dano, evidentemente, é diferente do dano sofrido por qualquer vítima, por mais que os eventos danosos sejam iguais, porque as condições pessoais de cada vítima diferem e, justamente porque diferem, devem ser levadas em conta (BODIN DE MORAES, 2003, p. 161).

1.2.2.2. Reverberações sociais: a premência de proteção à honra

O profícuo campo da proteção da pessoa humana nos remete ao contorno prático mais proeminente de tal perspectiva, corroborando-se no fato de que as consequências públicas da esfera privada incidem com impacto tanto nos bens públicos como nos bens privados, de modo a verificarmos uma tendência para o direcionamento da atenção do direito privado também para esses bens que, historicamente, não apresentavam relevância jurídica (LORENZETTI apud AMARANTE, 1996, p.114). Em suma, por mais que a honra sempre tenha constituído o escudo da moralidade humana²⁴, a sua inclusão entre os direitos subjetivos devidamente reconhecidos atrelados à pessoa humana é recente. Nessa seara, impossível não destacar a predileção pela discussão do direito à honra que, seja pela atividade legislativa, seja pela doutrinária vem dedicando estudos sobre a disposição e significação que sua aplicabilidade impõe no mundo jurídico (MIRAGEM, 2005, p. 118). Ao largo dessa esteira, a passagem de Miragem esgota tal circunstância:

²³ Ver AC, Nº 70019392703, Décima Segunda Câ. Cív., TJRS, Comarca de Canoas, Rel. Des. Orlando Hermann Júnior, julgado em 04/10/2007 e publicado no DJ em 18/10/2007.

²⁴ Sérgio Severo, em seu estudo acerca do Dano moral, lança mão da constatação de Pitt-Rivers para ilustrar com maestria a constância do tema da honradez ao longo das sociedades: “a honra matou mais homens do que a peste, suscitou mais controvérsias do que a misericórdia, mais rixas do que o dinheiro”. Ver SEVERO, Sérgio Viana. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 138.



O direito à honra, nesse sentido, não se confunde com qualquer outra expressão, em termos doutrinários. Trata-se de um direito subjetivo reconhecido à pessoa que diz com espécie de consideração pessoal, vinculando-se ao conceito de apreço pela comunidade. Daí por que, sua identificação, para efeitos de responsabilidade civil pela violação do direito, não prescinde da exata delimitação terminológica do conceito em destaque, o que se há de fazer sem perder de vista a legislação existente em direito brasileiro e, em especial, o novo Código Civil. (MIRAGEM, 2005, p. 122)

Outrossim, a conservação da honra apresenta-se como uma das mais imponentes prerrogativas da vida em sociedade desde as mais remotas civilizações (AMARANTE, 1996, p. 55). Por conseguinte, revelando-se tal temática como assunto bastante frutífero, doravante reservaremos vistas especialmente aos nuances jurídicos da ofensa à honra e à consideração pessoal, sobretudo em relação aos desdobramentos divergentes presentes em nossa mais prestigiada doutrina.

II – Atribuições jurídicas da proteção à honra

II.1. Conceito e extensão do direito subjetivo à proteção da honra

As considerações de Aparecida Amarante nos asseguram a paridade do bem vida e do bem honra, uma vez que caracteriza uma adjetivação moral, digna de ser defendida com a mesma intensidade daquele que luta pela vida, caso esteja próximo da morte (AMARANTE, 1996, p. 55)

Nesse desiderato, a lição de Miguel Reale verifica o subsídio para realçar a leitura não só correta, como também deveras importante da conceituação da honra para o direito, visto que aduz o seguinte:

[...] se tratando, porém, da conduta jurídica, na qual a objetivação social do liame intersubjetivo é típica, o problema apresenta conhecidas dificuldades, pois, de um lado, é imprescindível preservar os valores da subjetividade, aquilo que constitui o núcleo individualizador de cada pessoa, e, de outro, é necessário, concomitantemente, salvaguardar a coexistência harmônica e pacífica das subjetividades, ou a ordenação objetiva das relações entre todas as pessoas, o que não pode ser obtido sem a disciplina da liberdade e o recurso a processos compulsórios de respeito mútuo. (REALE apud AMARANTE, 1996, p. 55)

Nesse sentido, adequada apresenta-se a reflexão que abriga justamente a preferência pela adoção de um conceito unívoco do direito à honra, na medida em que a bipartição — honra subjetiva e honra objetiva — oferece margem para prejuízos jurídicos do lesado (AMARANTE, 1996, p. 59).

II.1.1. A honra subjetiva

De pronto, a subjetividade da honra é manifestada apenas pela estima que a pessoa tenha de si mesma, ou seja, se exclui o cabedal público da pessoa e a relação com a consideração social, para enfocar a inflamação depressiva de seus sentimentos (MIRAGEM, 2005, p.145).

Outra terminologia empregada é “*honra interior*”, que a nosso ver possibilita a melhor denotação em relação ao filtro do próprio valor. Além disso, essa noção não poderia ser



reconhecida senão para pessoas físicas, uma vez que o reconhecimento da afetação da consciência e dignidade é exclusivo da pessoa humana (MIRAGEM, 2005, p.146).

Cabe ressaltar, por fim, que o Direito Civil tutela a honra subjetiva em conformidade às diversas circunstâncias fáticas providas dos indivíduos no intuito de repelir, impedir, ressarcir, reparar tanto a ofensa efetiva à honra, como também o desprezo alheio pela sua construção moral (MIRAGEM, 2005, p.147).

II.1.2. A honra objetiva

Agora, perfazendo o anverso do conceito anterior, a honra objetiva pressupõe a projeção exterior da pessoa. Nessa perspectiva, a simples promoção de um exame falso em relação à inclinação na sociedade será enquadrada como ofensa à honra. Denota-se como elemento substancial, justamente, o julgamento que outrem, genericamente, obtém a partir da relação na sociedade (MIRAGEM, 2005, p.145). Indubitavelmente, representa um dos setores mais polêmicos à caracterização da honra objetiva, pois, além da duplicidade interna, alcança variadas dimensões no caso concreto.

Igualmente, outro fator que favorece as controvérsias acerca da honra objetiva, é o fato de não estar restringida ao plano ético-social. A ofensa da honra decorrente na esfera econômica é, talvez, o maior destaque da sua aplicabilidade. Isso, porque a consideração social em virtude da confiança e da higidez moral apresenta ampla imputação no crédito econômico da pessoa, inclusive, pela influência de tais variáveis na atividade negocial (MIRAGEM, 2005, p.149).

Esse prisma pode ser brilhantemente elucidado através do seguinte excerto jurisprudencial, no qual se vislumbra a admissibilidade da incidência da objetividade da honra em se tratando de pessoa jurídica:

[...] quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito que, consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que aos outros dispensam à pessoa. (...) A pessoa, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode parecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.²⁵

Destarte, a violação da honra objetiva, em considerando a sua projeção externa para a sociedade por qual se sustenta a boa fama e a reputação, tem-se como aceitável o condão do direito, atuando em proteção à violação da honra da pessoa jurídica, inclusive com fundamentação legal no art. 52 do Código Civil atual (MIRAGEM, 2005, p.151).

II.1.3. Conceito múltiplo e proteiforme

²⁵ Decisão do STJ no REsp nº 60033/ MG, Quarta Turma, Rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 09/08/1995, publicado em 27/11/1995. Ver MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações, cit., 2004, p. 346.



Como foi visto *en passant*, a orientação desse trabalho privilegia a unicidade do conceito do direito à honra, observando-se as particularidades decorrentes da natureza jurídica do sujeito (pessoa física ou jurídica).

A feitura de certas distinções nos permitirá afirmar o contorno múltiplo e proteiforme do conceito jurídico de honra, sem prejuízo da abordagem unívoca; aliás, pelo contrário, apenas aperfeiçoará o processo jurisdicional que perfaz o núcleo desse mérito, bem como de toda a técnica jurídica: as distinções conceituais.

II.1.3.1. Distinções Conceituais

É imperioso salientar a necessidade de se distinguir entre os conceitos de reputação, dignidade e decoro. Segundo Arruda Miranda, a reputação “é a honra social, isto é, o grau de dignidade moral que deriva da valorização ambiental da pessoa e a consideração de sua posição, de sua qualidade concreta” (ARRUDA MIRANDA apud AMARANTE, 1996, p. 61). Já em relação ao *decoro*, o conceito enreda a questão da respeitabilidade e da consideração pessoal, perfazendo a pedra angular entre honra e *dignidade*.

II.1.3.2. A honra segundo a metodologia civil-constitucional

A matéria constitucional trata da proteção da pessoa, sobretudo figurada no art. 5º, incisos V e X, sendo que, desse último, se traduzem “*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*” Devemos, ainda, saudar a disposição expressa, constante no Novo Código Civil, no que tange à proteção da integridade corporal, da vida, do nome, da imagem, da honra, e da respeitabilidade. No entanto, os artigos remissivos ao direito à honra carecem de precisão terminológica, haja vista a literalidade dos arts. 17 e 20 do Código atual, demonstrando sentido muito amplo na referência textual aos bens jurídicos protegidos (MIRAGEM, 2005, p.153).

Cabe aqui mencionar o art. 953 do novo Código, no qual, para Rui Stoco, não se prima pela clareza, visto que a índole reparatória do *caput*, em comparação ao seu parágrafo único, estabelece um conflito: se no primeiro se verifica um equacionamento aritmético a partir do dano material, no segundo se constata condição de resolução com base em critérios vagos (STOCO, 2007, p. 819). Na verdade, ocorre uma forma de compensação da ofensa. Todavia, asseverando seu magistério, continua o tratadista:

[...] caberá ao intérprete, ainda assim, através de esforço exegético e não por virtude e clareza do legislador, assentar esse entendimento no sentido de que, ausente dano material, impõe-se analisar se a ofensa atingiu bens imateriais, como a honra, a imagem, o bom nome da pessoa; se houve degradação infamante ou se foi submetida a vexame ou ridículo (STOCO, 2007, p. 819).

II.2. Critérios valorativos de violação à honra

A projeção do valor da dignidade humana é o alvo da abordagem juscivilística da honra. Imprescindível ressaltar sua inerência à própria natureza humana, atribuída além das suas formas essenciais, até porque, *lato sensu*, açambarca quaisquer valores pessoais adquiridos pelo indivíduo na dimensão moral (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 303-5).

Esses são bens tutelados pelo Direito, imputando um dever geral negativo, já que é defeso ofensas ou mesmo ameaças à honra alheia, sob pena de incidência de sanções



previstas, não só na esfera penal, mas também na civil. Todavia, enquanto a proteção penal é taxativa, a tutela civil da honra deve se preocupar em adaptar-se satisfatoriamente à penetração do bem da honra na sociedade (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 307).

II.2.1. Violação da proteção à honra

De tudo o que já foi exposto em relação ao direito à honra, se infere que seu objetivo precípua é a manutenção da dignidade da pessoa. Consecutivamente, é mister realizar o exame do molde pelo qual a violação da honra se configura. Inequivocamente, não se quer dar azo para uma fórmula estanque de identificação da violação, mas sim oferecer instrumentos que venham a auxiliar a tarefa de subsunção da violação ao direito à honra.

O primeiro deles é a *unicidade*, o qual está intimamente conectado ao tratamento autônomo do direito à honra, em que pese a órbita de fatores como sexo, nacionalidade, etc. Em seguida, aludimos ao *absolutismo*, manifestando a vinculação *erga omnes* como direito personalíssimo.²⁶ A concomitância ou congruência com a existência de seu titular nos encaminhará o aspecto da *originalidade*, pela qual a disponibilidade de tal direito acompanham até mesmo o *post mortem* (AMARANTE, 1996, p.134-7).

Por certo, o Direito já superou épocas antigas em que a honra perfazia garantia de dívidas (SEVERO, 1996, p. 139), o que evidencia ser um equívoco grosseiro a sustentação de seu feitiço patrimonial; consoante à extensa discussão da primeira parte desse trabalho, por conseguinte, reafirmamos a *extrapatrimonialidade*, uma vez que reste suprimido o teor econômico do direito à honra (AMARANTE, 1996, p.137). Por esse enfoque, deve-se ter em mente que a indenização deve ser em valor tal que garanta à parte credora uma reparação pela lesão experimentada, bem como implique, àquele que efetuou a conduta reprovável, impacto suficiente para dissuadi-lo na repetição de procedimento símile. Nesta linha, entende-se que a condição econômica das partes, a repercussão do fato, assim como a conduta do agente devem ser perquiridos para a justa composição do valor indenizatório, no intuito de evitar o enriquecimento injustificado.²⁷

Nessa mesma esteira, compondo um desiderato da intransmissibilidade, a *indisponibilidade* pretende reforçar a noção de que, mesmo o titular consentindo na ofensa pela inércia, esse direito não é passível integralmente de renúncia. Por fim, importante ressaltar que os efeitos do decurso do tempo não se projetam no direito à honra, dada a sua imprescritibilidade (AMARANTE, 1996, p.138).

II.2.2.1. Principais espécies

Em se tratando do universo particular de especificidades do direito à honra, dedicaremos algumas linhas para o expediente de enumeração das suas mais importantes repercussões. Certas qualidades que são definidas pelo exercício do ofício dão conta da honra profissional. O emaranhado de normas que regem a conduta de uma profissão nos induz ao entendimento que uma classe também pode ter protegida sua honra, uma vez que os homens se unem pelo trabalho que, por turno, os une para a vida (AMARANTE, 1996, p.63).

²⁶ Inclusive, Amarante introduz uma característica exclusiva entre os direitos de personalidade: o direito à honra pode ser oponível até mesmo ao próprio titular desse direito. AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por dano à honra*. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. Ver mais em GÓMEZ-LOBO, Alfonso. *Los Bienes humanos. Ética de La ley natural*. Santiago: Mediterráneo, 2006.

²⁷ Ver apelação AC, Nº 70022785554, Quinta Câmara cível, TJRS, Rel Des. Paulo Sérgio Scarparo, julgado em 12/03/2008, publicado em 19/03/2008.



O reconhecimento da honra do Estado é uma questão marcadamente polêmica. O direito pretendido por tal instituição seria a inibição de insultos quer na pessoa de seus servidores, quer no atentado contra seus símbolos. A defesa da honra do Estado possibilitaria, mesmo no plano internacional, o dever de proteção aos bens formativos da designação oficial (AMARANTE, 1996, p.65). Na seara de proteção à honra de pessoas jurídicas, há de se mencionar novamente a honra da empresa, conforme item que apresenta a honra objetiva.

Igualmente, tendo a vista a proeminência dos grupos familiares ao longo da história, por mais que a empresa tenha substituído o papel familiar como fonte geradora da economia, não somos impedidos de aderir à concepção de que “a família é sujeito de interesses jurídicos, distintos, a respeito de terceiros, de cada uma das pessoas que a compõe.”²⁸

Conclusão

Inexoravelmente, a prima-face de nosso desfecho vislumbra advertir para a ruptura irreversível entre soluções jurídicas encontradas em tempos pretéritos e o mais respeitado trabalho doutrinário atual. Logo, se escancaram as incongruências terminológicas que permeiam o campo da responsabilidade civil.

O uso indiscriminado do jargão *danos morais* indistintamente para quaisquer espécies de danos que não afetam diretamente a dinâmica patrimonial, ou seja, bens economicamente valorados macula e até mesmo corrói a legitimidade da atividade jurisdicional, ainda que a tradição, inclusive jurisprudencial, tenha consagrado esse perfil genérico.

Nesse contexto, acreditamos ser a doutrina que prevê a reconstrução do Direito Privado, de cuja atividade de demarcação de gêneros e espécies é possível aperfeiçoar a compreensão dos direitos de personalidade, a que mais bem dirimiu o desiderato da promiscuidade conceitual em tela. Essa leitura na seara dos danos extrapatrimoniais não só nos informa um rigor científico, mas também está de acordo com a renovação do conceito jurídico da pessoa advinda com a Constituição de 1988.

Uma vez que os danos morais são subespécies dos danos à pessoa, é imputação lógica a perfectibilidade do uso da locução *danos extrapatrimoniais*. Essa exatidão é corroborada pela facilidade de inserção, como espécies de danos extrapatrimoniais, daqueles danos que não tangem diretamente os bens de personalidade, v.g., o dano ambiental e o dano ao consumidor.

Todavia, apesar de homologarmos toda a teoria de configuração do dano proposta por essa corrente doutrinária, a esfera que trata da reparação do dano extrapatrimonial poderia impulsionada pelo mesmo vanguardismo (ou consolidação) que trouxe à tona os desdobramentos da expressão extrapatrimonial.

Por conseguinte, a fim de evitar defasagem com o processo evolutivo do direito, assim como hodiernamente um dos critérios máximos no Direito das Obrigações é satisfatividade dos interesses das partes numa relação obrigacional, em se tratando de

²⁸ Ver mais em AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por dano à honra*, op. cit., p. 147-233.



responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, o campo da reparação deveria introduzir como parâmetro mais próximo, seja por seu rigor, seja por sua semântica neológica, o termo “compensatividade”. Entendemos que essa conformação, mormente um refino da compensação do lesado, densifica devidamente a tentativa de minorar o sofrimento da vítima por meio de bens, que inapelavelmente se dará no trânsito patrimonial. Em se tratando do direito à honra, a despeito da fluidez de seu objeto que se amalgama com outros direitos, a predileção pela conceituação jurídica unívoca da honra não recai em contradição, uma vez que externamente sua violação não deixa de se caracterizar uma subdivisão dos danos aos direitos de personalidade; no entanto, internamente, não nos agrada a dicotomia entre honra subjetiva e objetiva, visto que mesmo em casos de honra de pessoas jurídicas a simples conformação de critérios ínsitos à natureza do titular é apta para tutelar a honra.

Em suma, a responsabilidade civil, sobremaneira o direito subjetivo à honra, inapelavelmente devem açambarcar a compreensão, sincronizada no tempo e espaço, do teor valorativo que geneticamente é marca da contemporaneidade.



Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. **Direito das obrigações**. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade Civil por dano à honra**. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2002.

ASCENSÃO, J. Oliveira. **Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro v.94, n.342.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Org. Vera Maria Jacob Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Principes fondamentaux de la responsabilite civile en droit bresilien et compare : cours fait a la faculte de droit et sciences politiques de st. maur, paris xii**. Paris, 1988, p. 146.

DE CUPIS, Adriano. **Il dano: teoria generale della responsabilitá civile**. Milano: Giuffrè, 1946.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 9ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GÓMEZ-LOBO, Alfonso. **Los Bienes humanos. Ética de La ley natural**. Santiago: Mediterráneo, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



_____. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação.** In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.789, 90º ano, 2001.

_____. **Usos e abusos da função punitiva (“punitive damages” e o direito brasileiro).** In: *Revista da Ajuris*, vol.32, n.100. Porto Alegre: AJURIS, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a Lei de imprensa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

REIS, Clayton. **Dano Moral.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.81.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no Código Civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da UFRGS, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

SEVERO, Sergio Viana. **Os danos extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VILLEY, Michel. **Esboço histórico sobre o termo responsável (1977).** Traduzido por André Rodrigues Corrêa. In: *Revista de Direito FGV*, v. 1, n.1, 2005.



A OBRIGAÇÃO FUNDAMENTAL

Camila Vicenci Fernandes¹

Resumo: O presente trabalho estudará o conceito de obrigação fundamental e o papel desempenhado por este instituto no ordenamento jurídico francês. Inicialmente, será desenvolvida uma definição de obrigação fundamental levando em conta a prestação característica do contrato, a vontade das partes, a distinção tripartite dos elementos do contrato e a noção de causa. Na segunda parte do artigo, serão estudadas as funções desempenhadas pela obrigação fundamental, analisando-se as cláusulas de não-responsabilidade no ordenamento francês, e a *faute lourde* e o dolo como fundamentos para o seu afastamento. As funções da obrigação fundamental serão abordadas em seguida, distinguindo seus efeitos em se tratando de cláusulas de não-responsabilidade ou não-obrigação, assim como seu reflexo na resolução do contrato.

Palavras-chave: Obrigação fundamental – Contrato – Não-Responsabilidade – Não-obrigação – Requalificação.

INTRODUÇÃO

A obrigação fundamental consiste em um conceito de origem inglesa, que encontra raízes na teoria da *deviation* e da *fundamental breach*, sendo definida, no sistema anglo-saxão, como uma obrigação intensificada cuja existência e execução são essenciais à sobrevivência do contrato e às legítimas expectativas das partes (SEFTON-GREEN, 2000, p. 60). No sistema inglês, suas finalidades primordiais consistem na intensificação da obrigação correspondente à manutenção da responsabilidade e ao agravamento das consequências da inexecução do contrato, levando, assim, à sua resolução (SEFTON-GREEN, 2000, p. 99).

Este instituto foi sendo recepcionado pouco a pouco no ordenamento jurídico francês, adquirindo, no âmbito da Civil Law, contornos diversos. Desta forma, o presente trabalho visa abordar o conceito de obrigação fundamental e o papel por ele desempenhado no âmbito do ordenamento jurídico francês, sublinhando a importância deste instituto para o sistema obrigacional do referido país. Para atingir tal objetivo, o artigo esboçará, primeiramente, algumas noções necessárias para a compreensão do tema ora estudado. Tentar-se-á, assim, determinar o significado da obrigação fundamental, em busca de uma definição ou conceito.

Na segunda parte do trabalho, serão examinadas as funções desempenhadas pelo instituto da obrigação fundamental no direito civil francês. Inicialmente, será abordada a transição da utilização da *“faute lourde”* para a obrigação fundamental no afastamento de cláusulas de não-responsabilidade. Em seguida, examinar-se-ão especificamente os efeitos da oposição das cláusulas de não-responsabilidade e não-obrigação à obrigação fundamental. Finalmente, serão abordadas as implicações da obrigação fundamental na resolução do contrato.

¹ Ex-aluna de graduação em Direito na UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Arbitragem e a Convenção de Viena sobre Compra e Venda de Mercadorias, sob orientação da Prof. Dr(a) Véra Fradera. Estudante de pós-graduação, no Programa de Pós Graduação em Direito UFRGS, Área Fundamentos da Integração Jurídica – prof^a Dr^a Martha Jimenez. Bolsista CAPES. Membro da Equipe UFRGS para o Vis Moot 2008/2009 em Vienna, Áustria.

PARTE 1: DEFININDO A OBRIGAÇÃO FUNDAMENTAL

A indagação central que permeia esta primeira etapa do trabalho é, justamente, como definir qual obrigação é fundamental em um contrato. A tarefa não é tão simples como pode parecer à primeira vista, pois, freqüentemente, o contrato possui uma miríade de obrigações em si. Da mesma forma, ele pode conter obrigações que, embora pareçam possuir caráter secundário, sejam de fato imprescindíveis para as partes contratantes.

Como eleger, dentro deste feixe, qual obrigação pode ser considerada o fundamento do contrato? A busca por esta definição orientará, portanto, as primeiras considerações deste trabalho, que buscará inicialmente o raciocínio adequado para procura pela obrigação fundamental. Em seguida, será analisado o papel da vontade nas partes nesta determinação, seguido do auxílio conceitual da divisão tripartite de Pothier. Finalmente, será feita a distinção entre obrigação fundamental e a causa do contrato.

1.1. Raciocínio em absoluto e raciocínio concreto

De acordo com Delebecque, autor responsável pela consolidação doutrinária do instituto ora estudado, a obrigação fundamental não comporta uma definição baseada no raciocínio em absoluto, convocando, portanto, à elucidação de critérios que possibilitem expor tal idéia de modo eficaz (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p. 180). Conseqüentemente, torna-se difícil obter uma conceituação ou definição precisa do instituto em si, e o caminho convencional tomado pela doutrina e jurisprudência francesas consiste, na maioria das vezes, em realizar uma análise casuística, elegendo as “obrigações fundamentais” dentro do âmbito de cada contrato, ou seja, aquelas obrigações sem as quais o contrato perde seu significado e sua razão de ser.

Assim, a compreensão do instituto da obrigação fundamental exige o exercício de um raciocínio em concreto, baseado na análise, caso a caso, dos contratos celebrados pelas partes. Em cada um deles haverá uma obrigação cuja importância é tamanha que, caso ela seja suprimida ou reduzida, o será contrato privado de seu conteúdo e de seu sentido para as partes. Esta obrigação, que constitui o âmago do contrato, será a sua obrigação fundamental.

1.1.1 A prestação característica do contrato

Delebecque afirma, portanto, que um exame dos diferentes tipos de contrato levará a concluir que a obrigação fundamental assemelha-se à prestação característica (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p. 182) do mesmo, ou seja, aquela prestação que corresponde de maneira mais específica ao contrato, permitindo delimitar o campo de atuação do juiz mantendo-se, ao mesmo tempo, o caráter flexível e previsível do direito.

Na compra e venda, por exemplo, a prestação característica corresponderia ao pagamento do preço pelo comprador e à entrega da coisa pelo devedor. Alterando-se a prestação característica, altera-se conseqüentemente a qualificação do contrato. Assim, o primeiro passo para identificar a obrigação fundamental de um contrato consiste em localizar a sua prestação característica. Entretanto, esta delimitação é apenas o início do esclarecimento do instituto aqui estudado.

1.2. Obrigação fundamental e a vontade das partes:



Freqüentemente, a determinação baseada simplesmente em função da prestação característica do contrato não é suficiente para estabelecer qual é a obrigação fundamental, ou seja, qual é a obrigação sem a qual as partes não teriam pactuado, aquela que as levou a estabelecer o contrato. Há casos nos quais a prestação especificamente desejada pelas partes possui particularidades igualmente fundamentais. É a situação, citada por Jestaz, do produtor de açúcar que encomenda sementes de beterrabas açucareiras e percebe, depois de cultivadas, que se tratavam de sementes de beterrabas forrageiras havendo, no contrato, uma cláusula de limitação da responsabilidade ao montante pago pelas sementes (JESTAZ, 2005, p.340). Aqui, a mera entrega da coisa e pagamento do preço não satisfazem completamente a pretensão de uma das partes, que precisa especificamente de um determinado tipo de sementes, ou seja, a não-conformidade na entrega dos bens traz à tona a obrigação fundamental.

1.2.1 Obrigação anexa considerada fundamental

Igualmente, partindo-se da distinção entre obrigações principais e obrigações anexas, pode-se afirmar que a obrigação fundamental pode, por vezes, compreender as últimas. A finalidade pretendida com o contrato pode exigir não só a entrega de uma coisa e o pagamento de um preço, no caso da compra e venda, mas também que esta entrega seja efetuada dentro de um período específico de tempo caso se trate, por exemplo, da venda de roupas para uma determinada estação do ano. Assim, pela vontade das partes, uma obrigação considerada inicialmente como anexa pode ser elevada à categoria de fundamental, caso seja indispensável para objetivo pretendido pelos contratantes.

Assim percebe-se que, em virtude das finalidades buscadas pelas partes através do contrato, a sua vontade pode erigir uma obrigação específica como fundamental. Esta vontade não pode, entretanto, privar o contrato de sua essência, sendo limitada justamente pela obrigação fundamental. A liberdade conferida às partes para pactuarem o que desejarem possui um limite, não podendo tais determinações privar o compromisso de sua essência, criando uma situação na qual a execução não pode mais ser obtida pela parte credora.

Para compreender-se melhor o que constitui este cerne contratual, consubstanciado na obrigação fundamental, é importante a retomada das clássicas lições de Pothier e de sua divisão tripartite do contrato. Como será visto a seguir, a busca de uma definição deste instituto é auxiliada também pela delimitação da essência do contrato.

1.3 Definição através da distinção tripartite dos elementos constitutivos do contrato.

Para melhor compreender o conceito de obrigação fundamental, é imprescindível a análise da clássica distinção tripartite dos elementos constitutivos do contrato realizada por Pothier com inspiração no Direito Romano. Assim, conforme a divisão retomada pelo autor francês, os contratos são constituídos de três classes de elementos: os essenciais, os acidentais e os naturais.

1.3.1 Essentialia

Segundo Pothier, “as coisas que são da essência do contrato são aquelas sem as quais o contrato não pode subsistir. Na ausência de uma destas coisas, ou não há contrato algum, ou trata-se de uma espécie diferente de contrato” (POTHIER, 1890, t. II, p. 06). Como exemplo, o autor afirma que, no caso da compra e venda, é da essência do contrato que haja uma coisa que seja vendida e, em contrapartida, um preço pela qual ela deva ser



vendida, não se podendo conceber, portanto, a venda de um objeto que deixou de existir (POTHIER, 1890, t. II, p. 06).

O segundo efeito vislumbrado por Pothier para a ausência de um elemento essencial é a requalificação do contrato. Assim, sendo da essência do contrato de compra e venda a existência de um preço, consubstanciado em uma soma específica de dinheiro paga pelo comprador ao vendedor, se duas partes pactuam a “venda” de um objeto tendo como preço a entrega de outro objeto específico, estar-se-ia, em verdade, diante de uma permuta, e não de uma compra e venda, malgrado a errônea denominação conferida pelas partes.

1.3.2 Naturalia

Quanto ao segundo elemento, Pothier afirma que “as coisas que são da natureza do contrato são aquelas que, sem ser de sua essência, fazem parte dele” (POTHIER, 1890, t. II, p. 07), ou seja, os elementos naturais são aqueles que normalmente integram o contrato, sem necessidade de convenção expressa das partes e que, por não possuírem caráter essencial, podem ser dele excluídos ou modificados caso os contratantes assim desejarem, sem prejuízo da subsistência do pacto. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, a garantia é um elemento natural, que pode ser afastado ou modificado pela vontade das partes.

1.3.3 Accidentalialia

Finalmente, existem também os chamados elementos acidentais do contrato, que se caracterizam pelo fato de não serem da “natureza” do contrato, mas sim expressamente pactuados pelas partes. Inserem-se neste contexto as modalidades de entrega da coisa em um contrato de venda, ou as cláusulas que estabelecem, no regime francês, a competência territorial em caso de litígio (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p.182).

A obrigação fundamental parece, portanto, possuir um certo grau de similitude com os chamados elementos essenciais do contrato, aqueles sem os quais o contrato perde sua razão de ser (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p.182), na medida em que não pode ser dele suprimida sob pena de esvaziar seu conteúdo, deixando-o, assim, desprovido de significado. Sefton-Green afirma que a obrigação fundamental exerce, no direito francês hodierno, o papel de fronteira, de marco que delimita novamente a classificação tripartite de Pothier de essentialia, naturalia e accidentalialia (SEFTON-GREEN, 2000, p. 147), e a autora complementa, declarando que “é incontestável que a obrigação fundamental pertence à categoria de essentialia do contrato” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 266).

Consolidada a noção de que a obrigação fundamental expressa o que é essencial e imprescindível no contrato, resta ainda nesta primeira parte diferenciá-la do conceito de causa. Malgrado a aparente similitude conceitual, ambos os institutos desempenham, como será visto a seguir, papéis diversos no iter negocial.

1.4 A obrigação fundamental e a causa do contrato

É importante realizar, nesta última parte do capítulo acerca da conceitualização da obrigação fundamental, uma breve distinção entre esta e a causa do contrato, visto que ambas parecem assemelhar-se e até mesmo desempenhar, como veremos a seguir, um papel análogo. Entretanto, embora estas noções sejam imbricadas, não devem ser confundidas, e ambas “podem coexistir sem que uma seja o fundamento da outra” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 280).



De acordo com o artigo 1108 do código napoleônico², a noção de causa insere-se como um dos fundamentos do direito contratual francês, ao lado do consentimento, da capacidade e do objeto. A partir de uma análise dos artigos referentes à causa, é possível entrever as funções exercidas por este conceito no direito francês.

Inicialmente, o código civil francês afirma que a obrigação sem causa, fundada sobre uma causa falsa ou sobre uma causa ilícita, não poderá ter qualquer efeito (art. 1131). Neste enunciado, pode-se perceber a atuação da causa como condição de formação do contrato³. O artigo 1132 do código napoleônico estatui que a convenção não é menos válida em função da causa não estar expressa, impondo, portanto, um critério de validade da obrigação⁴. Finalmente, há a previsão de que a causa será ilícita quando ela for proibida pela lei, contrária às boas maneiras ou à ordem pública (art. 1133), ou seja, aqui a causa funciona como um mecanismo visando resguardar a ordem social. Além disso, de acordo com a teoria clássica do direito francês, a causa também opera a qualificação dos contratos⁵, visto que ela seria a mesma para cada uma das classes contratuais. Não se pode deixar de mencionar que a noção de causa também é responsável pelo amparo do equilíbrio contratual entre as partes no momento da formação do contrato (SEFTON-GREEN, 2000, p. 283).

Muitas destas noções podem parecer familiares à obrigação fundamental, mas há uma distinção essencial entre as funções desempenhadas pela causa no contrato e aquelas exercidas pela obrigação fundamental: enquanto a causa atua primordialmente na formação do liame contratual, a obrigação fundamental opera na execução do contrato, como será visto de forma mais detalhada no próximo capítulo. Assim,

[...] pesquisar a extensão da supressão da obrigação fundamental é a chave para compreendê-la. É verdade que esta apreciação pode levar em conta a causa do contrato, sua finalidade, mas este último conceito não se encontra na obrigação fundamental. A obrigação fundamental pode ser considerada como o prolongamento, o suporte do equilíbrio contratual na execução do contrato, enquanto a causa só pode ser considerada como o suporte do equilíbrio do contrato (e somente se a definição for conveniente) no momento de sua formação (SEFTON-GREEN, 2000, p. 283).

Diante do exposto nesta primeira parte do trabalho, conclui-se que (a) a obrigação fundamental constitui o cerne do contrato, não podendo ser reduzida ou suprimida; (b) que a vontade das partes pode erigir à fundamental uma obrigação, mas não pode privar o contrato de sua essência; (c) que a obrigação fundamental pertence à categoria de essencialia e, finalmente; (d) que enquanto a noção causa atua na formação do contrato, a obrigação fundamental atuará na execução do mesmo, sendo o suporte do equilíbrio contratual nesta etapa.

A partir deste arcabouço conceitual, será possível compreender como o conceito de obrigação fundamental opera na prática e em quais ocasiões se dá a sua atuação. Desta

² Article 1108 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804): Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation.

³ LEFORT, Nicolas. Quel est le rôle de la cause en droit des contrats ? Disponível em <http://www.oboulo.com/role-cause-droit-contrats-26005.html>

⁴ Idem, ibidem.

⁵ DUPONT, Aurélie. La validité du contrat : la cause. Disponível em < <http://www.oboulo.com/validite-contrat-cause-21034.html> > Acesso em 12/12/2008.



forma, as funções exercidas pelo conceito de obrigação fundamental no sistema francês serão objeto de análise da segunda parte deste trabalho.

PARTE 2: FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELA OBRIGAÇÃO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS

No âmbito da prática contratual, o instituto da obrigação fundamental tem servido, hodiernamente, para o afastamento de cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos, visando preservar, portanto a sua essência. É, por conseguinte, como limite à liberdade contratual que o instituto ora estudado se apresenta, na forma de uma baliza que almeja resguardar e defender o fim vislumbrado pelas partes com a celebração do contrato, malgrado a presença de cláusulas que, diminuindo ou extinguindo a responsabilidade por incumprimento da obrigação, desvirtuem tal finalidade. À ampla liberdade contratual é imposto o limite de preservar a essência do contrato, sem esvaziá-lo de seu conteúdo essencial.

Assim, segundo Sefton-Green, a obrigação fundamental representa um “obstáculo intransponível, pois não se pode, ao mesmo tempo, se comprometer e não se comprometer, sob pena de atentado ao princípio da boa-fé e de introduzir no contrato uma dose de potestatividade muito contrária ao princípio do *pacta sunt servanda*” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 156). Firmar um contrato no qual, em função de uma cláusula de limitação de responsabilidade, uma das partes possa praticamente exonerar-se do cumprimento de sua obrigação fundamental sem maiores sanções significa na prática o mesmo que não comprometer-se, ou seja, o limite imposto pela preservação da obrigação fundamental do contrato significa assegurar que, em caso de descumprimento, e não obstante a presença de um termo que atenua ou exonere a responsabilidade do devedor, o credor poderá obter alguma satisfação.

Portanto, para melhor compreender-se o papel preponderantemente exercido pelo instituto da obrigação fundamental no sistema jurídico francês, cumpre tecer algumas considerações iniciais acerca das chamadas cláusulas de não-responsabilidade. A seguir, será observada a transição da *faute loude* para a obrigação fundamental como método para o afastamento de tais cláusulas. Após, serão examinados especificamente os efeitos da oposição da obrigação fundamental às cláusulas de não-responsabilidade e às cláusulas de não-obrigação. Finalmente, será também analisado o papel desempenhado pela obrigação fundamental na resolução do contrato.

2.1 As cláusulas de não-responsabilidade no ordenamento jurídico francês

Savatier afirma que as cláusulas de não-responsabilidade constituem uma renúncia antecipada à reparação (SAVATIER, 1951, t.I, nº 660). Mais recentemente, Jestaz conceituou tais cláusulas, afirmando que

[...] o termo de responsabilidade designa a instituição que sanciona a obrigação de bem-fazer, a de executar uma prestação correta e de boa qualidade. Aplicando-se esta idéia, a cláusula de não-responsabilidade entende-se ordinariamente como aquela que evita a garantia contra vícios, desordens, avarias e outros defeitos. Esta cláusula, por definição, faz desaparecer a obrigação de garantia, mas ela não põe fim à obrigação de fazer: o devedor, embora não garanta a qualidade de sua prestação, promete ao menos que a executará e deverá, portanto uma indenização no caso de incumprimento (JESTAZ, 2005, p. 326 e 327).



As chamadas cláusulas de não-responsabilidade são, em princípio, válidas no ordenamento francês (PLANIOU, 1952, t.II., nº245). Segundo Lalou, “a razão desta validade das cláusulas de irresponsabilidade em matéria contratual é que, quando um contratante promete realizar, em proveito do outro, a prestação ou serviço convencionado, o direito comum não o obriga a fazê-lo; ele deve, portanto, somente o que prometeu, e com as limitações contidas nesta promessa” (LALOU, 1949, p. 375). A liberdade contratual e a autonomia da vontade aparecem, portanto, como o fundamento da validade de tais cláusulas.

2.2 Limites às convenções de não-responsabilidade: da faute loude à obrigação fundamental

Entretanto, sempre existiram certos limites à validade de tais convenções. Bouillenne já afirmava que “em princípio, admite-se a exoneração de responsabilidade, salvo dolo ou culpa grave” (BOUILLENNE, 1947, p. 25), e Lalou elencou em sua obra as exceções ao princípio da validade das cláusulas de não-responsabilidade em matéria contratual: “Dolo e culpa grave; Contrato de aluguel de serviços; Acidentes de trabalho; Aplicação da lei sobre propriedade comercial; O contrato de transporte terrestre; O contrato de transporte marítimo; O contrato de transporte aéreo; Os arrendamentos rurais” (LALOU, 1949, p. 378).

A presença de dolo ou de culpa grave constituía a principal ferramenta para o afastamento das convenções de não-responsabilidade, contando com o fundamento deveras moral de que constituíam uma agressão à boa-fé. É importante lembrar que, em virtude da assimilação, no ordenamento francês, de muitas lições clássicas do Direito Romano, a culpa grave era equiparada ao dolo, com base nas lições de Ulpiano e na posterior consolidação de Justiniano. Mazeaud esclarece melhor os fundamentos de tal comparação, afirmando que

[...] certamente, a culpa grave não é intencional; não é voluntariamente que o devedor não executou; a culpa que ele possui, caso seja ela grave, é o resultado de um erro, de uma negligência ou de uma imprudência. Ao estipular a irresponsabilidade de seus atos de culpa grave, o devedor não escolheu entre executar ou não executar, mas somente quis não ser incomodado caso, involuntariamente, não execute. Juridicamente, a cláusula não se analisa como condição potestativa. Mas, de fato, o indivíduo culpado por dolo, sem constatar a gravidade de sua culpa, argumenta sempre que agiu com boa-fé; ele pretende não ser condenado por um erro grosseiro; faz-se de tolo caso seja preciso; o rancor usa a máscara da necedade. É para evitar o uso deste meio muito cômodo de defesa que sempre presume-se dolosa a culpa grave (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. I. p. 654).

Assim, a convenção que exonerasse uma das partes das consequências de seu dolo ou culpa grave legitimaria a má-fé nos contratos, sendo portando passível de uma nulidade de ordem pública, baseada no artigo 6º do código civil francês⁶, que impõe como limite às convenções o respeito aos bons-costumes (LALOU, 1949, p. 378). Esta baliza era reforçada por Ripert, ao afirmar que “a liberdade contratual interrompe-se quando se tenta escapar à observação de um dever de não causar dano a outrem” (RIPERT, 1937, p. 62).

Se o dono de um hotel colocasse um cartaz avisando que o estabelecimento não se responsabilizava pelos objetos de valor deixados no cofre, e se provasse que houve culpa, havia a desconsideração de tais convenções (LALOU, 1949 p. 380). Da mesma forma, o zelador que negligenciava sua obrigação de vistoria periódica de um imóvel, deixando que

⁶Art. 6º: On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l' ordre public et les bonnes moeurs.



uma infiltração deteriorasse a casa e seus móveis, não podia valer-se, em função de ter cometido um ato com culpa grave, de uma cláusula contratual de não-responsabilidade (LALOU, 1949 p. 381).

2.2.1 O dolo ou a faute lourde como fundamentos para o afastamento das convenções de não-responsabilidade

Portanto, segundo a doutrina e jurisprudência francesas, quando havia demonstração de que o devedor agira com dolo ou culpa grave, ocorria a desconsideração das convenções de limitação da responsabilidade⁷ e, assim sendo, por muito tempo as cortes francesas se valeram especialmente da “faute lourde” para descartar as cláusulas que diminuíam ou exoneravam a responsabilidade do devedor. Este cenário, entretanto, começa a mudar com o surgimento da noção de obrigação fundamental no direito francês.

Inicialmente incipiente, o instituto da obrigação fundamental passa a influenciar o próprio conceito de culpa grave. Pouco a pouco, houve uma assimilação gradual da “faute lourde” à obrigação fundamental (SEFTON-GREEN, 2000, p. 149), com uma conseqüente objetivação daquela na medida em que ocorre uma mudança conceitual, “passando-se do plano qualitativo ao quantitativo, da apreciação moral feita sobre o devedor à evolução da importância do objeto e das conseqüências de sua não-realização⁸”. A culpa grave começa a ser definida, segundo Sefton-Green, como aquela que esvazia a obrigação de toda a sua substância, ou mesmo aquela deduzida do caráter essencial de uma obrigação, conceitos que muito se aproximam da obrigação fundamental.

2.2.2 A passagem da faute lourde para a obrigação fundamental

A jurisprudência francesa da época confirma esta transição, em especial com o notório “Affair Lotto”. No caso em tela, um jogador da loto comprara um bilhete cujos números foram premiados, mas teve o pagamento do prêmio recusado pela loto em função de o comprovante, que deveria ter ficado com a lotérica que vendera o bilhete, ter desaparecido, o que impedia o seu processamento pelo sistema. A loto alegou a presença de uma cláusula, presente no regulamento do jogo, que liberava a sociedade da obrigação do pagamento do prêmio nos casos em que os bilhetes tivessem acidentalmente desaparecidos e não pudessem ser processados. Entre as explicações possíveis para o desaparecimento do comprovante, a mais provável era a negligência do proprietário da lotérica, o que a Corte Suprema considerou como uma omissão que atingia um “elemento substancial do contrato” e que, “em razão do caráter essencial da obrigação inexecutada e da gravidade das possíveis conseqüências da falta constatada, o caso seria analisado sob a ótica de culpa grave”.

Assim, diante da argumentação desenvolvida pela Corte, percebe-se que “malgrado a alusão clássica à culpa grave, os argumentos convergem, em abundância, para a idéia de que a justificação primeira encontra-se na violação do elemento principal do contrato, a obrigação fundamental, o que uma convenção de não-responsabilidade não pode encobrir⁹”. A transição do conceito de culpa grave para o de obrigação fundamental como condutor para a inoponibilidade de cláusulas de não-responsabilidade ganha força, com a conseqüente objetivação do fundamento para o afastamento de tais cláusulas. De uma violação a um dever moral, passa-se a uma violação ao interesse do contrato, à sua

⁷ MALAURIE, Phillipe, L. AYNES. Les obligations, Cujas. 10ª edição. 1999, nº861, p. 509 e ss.

⁸ MALAURIE, Phillipe, L. AYNES. Op. Cit, p. 510.

⁹ RTDC, p. 728



essência, o que leva o conceito de obrigação fundamental a suplantar a culpa grave nos casos de cláusulas de não-responsabilidade.

2.2.3 A consolidação da obrigação fundamental

Segundo Sefton-Green, “Esta evolução termina por evacuar a noção de culpa dolosa ou culpa grave como fundamento da técnica que permite tornar ineficazes as cláusulas exoneratórias ou limitativas de responsabilidade. Como substituição de critério, a jurisprudência se refere hoje explicitamente, e não indiretamente, à obrigação fundamental” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 152). Esta transição consubstancia-se com a decisão do caso SMTU c. Bronquerie et autres, no qual os usuários de um serviço de estacionamento subterrâneo reclamam a reparação dos prejuízos sofridos em virtude de uma inundação no local, causada pela negligência do estabelecimento em verificar o trancamento de um sifão. A sociedade responsável pelo estacionamento alegou a presença de uma cláusula impressa nos tickets advertindo os clientes de que bilhete de estacionamento dava direito somente ao estacionamento, e a nenhuma outra obrigação, como guarda ou depósito. A Corte de Cassação francesa afastou tal cláusula com base na ofensa à obrigação fundamental, afirmando que “o proprietário do estacionamento faltou com sua obrigação essencial de colocar à disposição do usuário o gozo pacífico de um local para que ele deixasse seu veículo estacionado” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 153)¹⁰.

A partir de então, a obrigação fundamental erige-se como critério autônomo para o afastamento de cláusulas que contenham um caráter abusivo, sem a necessidade de recorrer ao critério altamente subjetivo da culpa grave, e sim focando-se no aspecto objetivo, ou seja, o interesse principal do contrato¹¹. Assim, como será visto a seguir, o conceito de obrigação fundamental desempenha hoje um papel importante no direito civil francês, exercendo funções distintas de acordo com a natureza das cláusulas ou convenções que lhe são opostas.

2.3 As funções da obrigação fundamental

Como visto anteriormente, a noção de obrigação fundamental suplantou, pouco a pouco, a utilização do instituto da “faute lourde” enquanto fundamento para o afastamento de cláusulas de não-responsabilidade em certos contratos. O conceito ora estudado possui, entretanto, outras funções, operando em diversas áreas do campo contratual, como será examinado a seguir.

2.3.1 Distinção inicial entre as cláusulas de não-responsabilidade e não-obrigação

A análise da função exercida pelo instituto da obrigação fundamental hodiernamente na França pressupõe algumas distinções iniciais, visto que ela exerce um papel diferente em se tratando de cláusulas chamadas de não-obrigação e as de não-responsabilidade: quando cláusula de não-obrigação vai ao encontro da obrigação fundamental de um contrato, sua influência atinge a qualificação do mesmo. Por outro lado, se uma cláusula de não-responsabilidade choca-se com a obrigação fundamental, a incidência se dá sobre a eficácia da cláusula (SEFTON-GREEN, 2000, p. 147).

¹⁰ Idem, p. 153.

¹¹ RTDC, p. 728.



Assim, inicialmente devem-se distinguir tais cláusulas, pois um efeito diverso é produzido pela violação de uma obrigação fundamental do contrato em cada um delas. Mazeaud realiza tal diferenciação, estatuidando:

Estipular em um contrato a irresponsabilidade do devedor de uma obrigação não significa exonerá-lo da mesma, ou seja, não significa descartar esta obrigação do contrato. A cláusula de não-responsabilidade não é analisada na ausência de uma obrigação. O beneficiário da cláusula está de fato comprometido, em virtude do contrato, a executar a obrigação estipulada; ele se compromete a dar, fazer ou não-fazer, mas ele acrescenta que, caso ele não satisfaça a sua obrigação, ele não poderá ser incomodado, sua responsabilidade não será comprometida. Ao contrário, quando um contratante faz descartar do contrato uma obrigação que deveria normalmente ser atribuída a ele, ele não deve a execução desta obrigação; ele não está comprometido, ele não deve coisa alguma (MAZEAUD & MAZEAUD, 1947, p. 650).

2.3.2 Efeitos da obrigação fundamental sobre as cláusulas de não-responsabilidade:

Como visto anteriormente, em especial ao analisar-se a evolução do conceito de obrigação fundamental na França, as cláusulas de não-responsabilidade terão a sua validade contestada quando opostas à obrigação fundamental. Para estas cláusulas, a obrigação fundamental constitui essencialmente uma técnica de reputar não-escritas as convenções que a ofendam (SEFTON-GREEN, 2000, p. 155), função que foi consolidada através do caso Chronopost, cuja decisão paradigmática conferiu expressamente este papel à obrigação fundamental.

No caso em tela, a sociedade Banchereau confiou à Société française de messagerie internationale (SFMI), posteriormente sucedida pela Chronopost, empresa especializada em entregas rápidas, dois envelopes contendo ofertas para uma licitação. Os envelopes deveriam ser entregues até o meio-dia do dia seguinte à submissão ao licitante, mas, devido ao atraso na entrega dos envelopes, a sociedade Banchereau não pôde tomar parte na licitação. Assim, a sociedade Banchereau pediu perdas e danos na justiça francesa pelos prejuízos sofridos, mas a Chronopost alegou a presença de uma cláusula no contrato que limitava o montante da indenização ao valor pago pela expedição dos envelopes, ou seja, uma cláusula de não-responsabilidade que, na prática, tinha os mesmos efeitos de uma cláusula de não-obrigação. Como já afirmava Demogue, a indenização prevista em cláusulas de atenuação da responsabilidade não pode ser de valor zero ou possuir caráter ínfimo, sob pena de não se sancionar quem descumpre a obrigação (DEMOGUE, 1925, t. V, p. 437).

A Corte de Cassação francesa decidiu que, embora a legislação geral sobre transportes possibilite a limitação da responsabilidade do entregador, o contrato aqui analisado continha uma obrigação específica de entrega em um determinado período de tempo, o que afasta a aplicação do regime geral. Assim, como especialista em entregas rápidas e com ampla propaganda acerca de sua celeridade, a sociedade Chronopost, em não entregando os envelopes no tempo previsto, violou sua obrigação fundamental para com a sociedade Banchereau. Conseqüentemente, a cláusula de limitação de responsabilidade contida no contrato, que contradizia o próprio compromisso firmado entre as partes, foi reputada como não-escrita, fixando-se posteriormente o montante da indenização devida à sociedade Banchereau.

Assim, como proposto por Delebecque, no caso de oposição entre as cláusulas atenuadoras da responsabilidade e a obrigação fundamental, aquelas tornam-se então



inoponíveis. A justificativa dada para a eliminação destas cláusulas é o fato de que a exceção ou limitação responsabilidade contida na cláusula interfere na própria essência do contrato.

2.3.3 Efeitos da obrigação fundamental sobre as cláusulas de não-obrigação

As cláusulas de não-obrigação possuem, em tese, caráter diverso das cláusulas de não responsabilidade, atingindo não a garantia em caso de incumprimento, mas a própria obrigação em si. Segundo Jestaz, “A cláusula de não-responsabilidade, como visto, suprime a responsabilidade por defeitos deixando subsistir a obrigação de fazer. De sua parte, a cláusula de não-obrigação suprime à raiz a obrigação de fazer (JESTAZ, 2005, p. 328). Entretanto, esta distinção não é clara nem na doutrina tampouco na jurisprudência, e por vezes as cláusulas de não obrigação são tratadas como cláusulas de não-responsabilidade. Para ilustrar melhor tais casos, Jestaz traz o exemplo da empresa de segurança que declina sua obrigação de vigilância (JESTAZ, 2005, p. 328). Ora, a razão pela qual tal empresa é contratada é, justamente, centrada na obrigação de vigilância, e se o contrato contém uma cláusula que exonere a empresa mesmo que ela não tenha cumprido com suas obrigações (efetuar rondas periódicas, por exemplo), há uma afronta à obrigação fundamental do contrato.

Assim, no tocante às cláusulas de não-obrigação, os efeitos da oposição de tais termos à obrigação fundamental são diversos. De um lado, o choque entre uma cláusula de não-obrigação e a obrigação fundamental pode levar à nulidade do contrato, como também pode operar uma mudança na natureza do mesmo, acarretando a sua requalificação (SEFTON GREEN, 2000, p. 266).

2.3.3.1 Requalificação do contrato:

Pothier já afirmava que, na ausência de “essentialia”, o contrato ganhava nova qualificação (POTHIER, 1890, p.6), então condizente com os seus elementos. A prova de que, como afirmado por Delebecque (DELEBECQUE, 1981), a obrigação fundamental serve de fronteira marcando novamente a divisão tripartite realizada por Pothier, é o fato de que, quando oposta a uma convenção de não-obrigação, a obrigação fundamental opera, igualmente, a requalificação do contrato. “Um comprador, por exemplo, estipula que não deverá o preço da coisa; a convenção restará válida, mas muda de natureza; a venda torna-se uma doação” (MAZEAUD & MAZEAUD, 1947, p. 650).

O caso SMTU c. Bronquerie et autres exemplifica este efeito operado pela obrigação fundamental. Tendo sido acionado na justiça em virtude de uma inundação no estacionamento, que trouxe prejuízos aos proprietários dos veículos, o dono do estabelecimento opôs a esta pretensão uma cláusula contida no ticket de estacionamento, que afirmava que o bilhete dava direito somente ao estacionamento, não conferindo ao responsável pelo estabelecimento nenhuma obrigação de guarda ou depósito (JOURDAIN, 1994, p. 611-619), o que constituía claramente uma cláusula de não-obrigação. A Corte de Cassação optou por requalificar o contrato, passando de simples estacionamento para aluguel, contrato para o qual o gozo pacífico do local constitui uma obrigação de caráter fundamental, aqui descumprida pelo proprietário do estacionamento.

2.3.3.2 Nulidade do Contrato:

Em casos mais extremos, a presença de cláusulas de não-obrigação suprimirá de maneira tão intensa a obrigação fundamental vislumbrada pelo contrato que não restará



outra alternativa senão reputá-lo nulo. A justificativa, segundo Mazeaud, é que não se pode conceber um contrato no qual uma parte obriga-se a uma prestação e, ao mesmo tempo, afirma não dever nada, ou seja, firma um compromisso e, igualmente, não se compromete. Assim, os contratos nos quais uma cláusula de não-obrigação choque-se violentamente com a obrigação fundamental, via de regra prevendo a sua extirpação total, constatar-se-á a nulidade irremediável dos mesmos. “Um vendedor que insere no contrato uma cláusula cujos termos estatuem que ele não deve transferir a propriedade da coisa vendida; o contrato, verdadeiro monstro jurídico, está marcado pela nulidade; ele não pode produzir efeito algum” (MAZEAUD & MAZEAUD, 1947, p. 651).

Apresentam-se, desta forma, os principais efeitos produzidos pela oposição da obrigação fundamental às cláusulas de não-responsabilidade e não-obrigação no ordenamento jurídico francês. Diante do exposto anteriormente, pode-se deduzir que a obrigação fundamental marca o limite da validade das cláusulas de não-responsabilidade enquanto ela opera uma desqualificação ou requalificação do contrato, ou mesmo determina a sua nulidade, no caso das cláusulas de não-obrigação (SEFTON GREEN, 2000, p. 147).

2.3.4 A obrigação fundamental e a resolução do contrato

Finalmente, cumpre abordar mais uma função exercida pela obrigação fundamental no ordenamento jurídico francês. Além de servir para afastar cláusulas de não-responsabilidade e requalificar ou anular contratos com cláusulas de não obrigação, o instituto ora estudado possui um papel importante também no momento da resolução contratual.

Ao averiguar-se se houve violação à obrigação fundamental em um contrato, mensura-se também a importância da inexecução do mesmo, ou seja, através da obrigação fundamental se analisará a medida da gravidade do incumprimento da convenção contratual. Esta constatação poderá levar à nulidade parcial ou mesmo total do contrato, dependendo de sua dimensão, garantindo à parte credora o direito às indenizações cabíveis. Tal análise prescindirá das definições de obrigação principal ou acessória, que muitas vezes deixava sem amparo o credor que, tendo visto descumprida uma obrigação importante mas acessória, restava sem remédio. Nas palavras de Sefton-Green, “o objetivo da resolução é sancionar a ruptura do equilíbrio do contrato durante a sua execução, e parece simplista associar a extensão da inexecução à qualidade da obrigação (principal ou acessória)” (SEFTON GREEN, 2000, p. 218).

Um exemplo conveniente para a compreensão desta noção é trazido por Delebecque, que examina em sua tese uma decisão de 1977 da Cour d’appel d’Aix-en-Provence. No caso em tela, um mecânico belga recolhia e recuperava veículos que, em função de seu estado e de sua deterioração, tinham sido proibidos de circular neste país. Em seguida, os carros e as peças necessárias ao conserto eram vendidos a um mecânico francês que, em seu país, realizava os reparos necessários e revendia os veículos. A execução do contrato se dá sem problemas por um período, até o dia em que o mecânico francês recebe do belga um veículo irrecuperável, visivelmente mais avariado e deteriorado do que os outros. O mecânico francês não aceita o carro, afirmando que o mesmo não servia à finalidade do contrato. Uma perícia é realizada, provando-se que o carro não possuía mais condições de circulação a não ser que fosse submetido a uma série de consertos muito complexos e dispendiosos. O Tribunal de Aix-en-Provence aceitou, portanto, a pretensão da parte francesa, decisão cujo argumento central foi o de que o veículo perdera sua função, que é circular, e que obrigação fundamental do mecânico belga consistia precisamente em não só entregar qualquer carro ao francês, mas sim entregar um carro capaz de ser posto em circulação. O mecânico belga,



violando de maneira tão grave a obrigação fundamental do contrato, acarretou o equivalente à sua inexecução, possibilitando a resolução do mesmo com a conseqüente indenização da parte francesa.

Esta última função exercida pela obrigação fundamental, ou seja, ser um critério de apreciação da gravidade do incumprimento obrigacional para desencadear a resolução do contrato, significa o deslocamento, no ordenamento francês, da análise baseada na teoria objetiva de Picard e Prudhomme, para um exame calcado na gravidade da inexecução. As cortes francesas, ao invés de analisarem somente se a obrigação violada é principal ou acessória, deverão constatar a extensão do incumprimento, ou seja, se ele viola ou não a obrigação fundamental. É justamente através da qualidade da obrigação que os juízes podem determinar precisamente se houve ou não ruptura do equilíbrio (SEFTON-GREEN, 2000, p. 218), levando à resolução do contrato e à satisfação, por meio da indenização cabível, da parte credora.

CONCLUSÃO

A obrigação fundamental não é um conceito recente. É uma reinterpretação de elementos há muito presentes no ordenamento francês. Pertencente à categoria de essencialia, ela configura o núcleo irreduzível do contrato, a parcela que a vontade das partes não pode excluir, sob pena de desfigurar a convenção. A vontade das partes pode, entretanto, alçar à categoria de fundamental uma obrigação que, à primeira vista, seria simplesmente anexa, mas que uma análise cautelosa mostrará ser indispensável ao contrato.

Enquanto a noção de causa é responsável pela manutenção do equilíbrio do contrato em sua formação, a obrigação fundamental desempenhará esta função na fase de execução do contrato. Diante do exposto, pôde-se concluir que o instituto da obrigação fundamental desempenha atualmente um papel preponderante no âmbito do ordenamento jurídico francês. A evolução deste sistema jurídico sofreu uma objetivação que, diminuindo o seu caráter eminentemente moral, viu o instituto da *faute loude* ser substituído pouco a pouco pela obrigação fundamental nos casos de afastamento de cláusulas de não-responsabilidade.

Com esta consolidação, o instituto da obrigação fundamental passou a ser a principal técnica para reputarem-se não-escritas tais cláusulas, questionando, portanto, a sua validade. A obrigação fundamental também desempenha papel importante no tocante às cláusulas de não-obrigação, acarretando, quando em oposição a estas, a requalificação ou mesmo a nulidade do contrato. Finalmente, a obrigação fundamental cumpre outra função igualmente importante no ordenamento francês hodierno: ela serve de critério para se averiguar a gravidade da obrigação descumprida na resolução contratual, garantindo à parte credora a devida indenização por incumprimento do contrato.

Assim, o entendimento desta figura plena de significações e funções é imprescindível para a compreensão da atual etapa de desenvolvimento do direito civil francês. A obrigação fundamental configura-se, assim, como técnica indispensável para o afastamento de cláusulas que firam a essência do contrato, além de, mesurando a extensão do incumprimento da obrigação, garantir a devida satisfação ao credor que confiou no *pacta sunt servanda*.



BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BEAUDONNAT, Émile. Des Clauses de Non-Responsabilité et de L'Assurance dès Fautes. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, 169 p.

BOUILLENNE, Robert. La Responsabilité Civile Extra Contractuelle Devant L'Evolution du Droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, 244 p.

CAPITANT, Henri. De La Cause des Obligations. Paris: Librairie Dalloz, 1927, 506 p.

DELEBECQUE, Philippe. Les clauses allégeant les obligations dans les contrats. 1981. Thèse - Aix-Marseille. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/natbiblio.html>> Acesso em 27/01/2009.

DELEBECQUE, Phillipe; DUTILLEUL, François. Contrats Civils et Commerciaux. Paris: Dalloz, 1993, 814 p.

DELEBECQUE, Phillipe; PANSIER, Frédéric-Jérôme. Droit des Obligations – Contrat et Quasi Contrat. Paris: Litec, 2001, 351 p.

DEMOGUE, René. Traité des Obligations em Général. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, v.I, t.I.

_____ Traité des Obligations en Général. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, v.I, t.V.

JESTAZ, Philippe. L'obligation et La Sanction: à La Recherche de L'obligation Fondamentale. In: Autour du Droit Civil - Écrits dispersés, Idées Convergentes. Paris: Dalloz, 2005, p.326-346.

JOURDAIN, Patrice. Responsabilité Délictuelle et Responsabilité Contractuelle. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris,n. 3,p. 611-619. juill-sept, 1994.

LALOU, Henri. Traité Pratique de La Responsabilité Civile. Paris: Librairie Dalloz, 1949, 1022 p.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, t. I.

_____ Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, t. III.

PLANIOL, Marcel. Traité pratique de droit civil français. 2. ed. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1952, t.II.

POTHIER, Robert-Joseph. Oeuvres de Pothier Annotées et Mises em Corrélacion avec Le Code Civil et La Legislation Actuelle. Paris: Marchal et Billard, 1890, t. II.

REMY, Philippe. La Responsabilité Contractuelle: histoire d'un faux concept. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, n.2, p.324-355, avril-juin 1997.

RIPERT, Georges. A Regra Moral nas Obrigações Civis. São Paulo: Saraiva, 1937, 415 p.



SAVATIER, René. Traité de La Responsabilité Civile em Droit Français. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t.I.

SEFTON-GREEN, Ruth. La Notion d'obligation Fondamentale: Comparasion Franco-Anglaise. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, 391 p.

TALLON, Denis. L'inexécution du contrat: pour une autre présentation. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, n.2, p.223-236, avril-juin 1994.



A IDEOLOGIA DO PROGRESSO NO PENSAMENTO JURÍDICO DOS SÉCULOS XVIII E XIX

Cutucões Românticos a Partir de Walter Benjamin

Mozart Silvano Pereira¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo expor e contrapor o tema da ideologia do progresso e como este influenciou o pensamento jurídico no século XVIII. Para isso se desenvolverão três eixos principais: o primeiro tratará de uma análise crítica das causas históricas e filosóficas que deram origem à ideologia do progresso, o segundo eixo cuidará de examinar nas manifestações jurídicas do século XVIII e XIX - com ênfase nas tradições do jusracionalismo e do positivismo jurídico – manifestações desta noção idealista de desenvolvimento. No terceiro momento utilizar-se-á da tradição do Romantismo como visão de mundo, e principalmente da posição romântica revolucionária de Walter Benjamin, para apontar no sentido de uma superação da ideologia do progresso.

Palavras-chave: Ideologia do progresso; História do direito; Romantismo; Jusracionalismo; Positivismo Jurídico.

I. O caminho para uma ideologia. A formação da ciência moderna e as razões da razão

Para se aproximar do tema da ideologia do progresso, é imprescindível que façamos algumas considerações iniciais sobre seus maiores porta-vozes: a Ciência, a Tecnologia e a Razão. A seguir analisaremos suas características e, principalmente, como eles trilharam, nos últimos séculos, o caminho que partiu da fundamentação e chegou ao fundamentalismo.

Foi a partir da revolução científica do século XVI que a ciência moderna se constituiu nos moldes que hoje conhecemos e se posicionou no lugar privilegiado que tem na sociedade. O paradigma de racionalidade científica atual se formou, de início, inteiramente no âmbito das ciências naturais: foram a matemática, a física, a astronomia etc. que serviram os fundamentos sobre os quais ele se instaurou. Os estudos de pensadores como Galileu, Kepler, Newton, entre outros, no campo da física e matemática foram fundamentais para consolidar um modo de pensar diretamente diverso das racionalidades que o precederam, marcado por uma toda nova visão de mundo. Segundo esse pensamento a empreitada científica tratava de desvendar por meio da razão as leis da natureza, as regras eternas e universais sobre as quais o mundo existe. Estas são constantes e previsíveis, e por essa razão poderiam ser descritas e deduzidas com precisão, de modo que todo tipo de fenômeno natural pode ser reduzido a formulações matemáticas, seja a órbita dos planetas, a refração da luz ou a gravitação dos corpos.

O papel da matemática é central nessa racionalidade. E não é a toa que ocupa esse lugar. A língua que a natureza fala é a língua da matemática, sendo assim, a tarefa de desvendar os segredos da ordem natural só poderia ser empreendida de um modo que articulasse racionalmente cálculos numéricos e mensurações exatas². Esse modo é o

¹ Estudante de graduação, no 4º ano da Faculdade de Direito da UFPR. Membro Bolsista do PET-Direito UFPR.

² Falar a língua da matemática, para pensadores como Bacon e Descartes, não era apenas desvendar a natureza, mas ter acesso a Deus, pois era ali que ele se revelava. Apesar da ciência ter se desligado, posteriormente, de uma esfera teológica por razões com as quais ela mesma colaborou, ela esteve ligada, de

método científico, garantidor de segurança e veracidade da ciência. O método abriu horizontes que mostravam as fronteiras onde acabava o mito e começava o fato; de onde se findava a opinião e se iniciava a ciência; enfim, de onde se separava a verdade da mentira.

Daqui vem uma das mais notáveis características da ciência moderna, que é a noção da existência de um só saber verdadeiro (aquele assegurado pelo rigor do método) marcado por ser certo e racional, o que excluiu de plano todo tipo de mitologia e superstição da esfera do conhecimento. A certeza da verdade científica como “a” verdade está, de maneira às vezes até arrogante, presente em todos os pensadores citados: o calculável “mundo-máquina” – o modelo de interpretação de René Descartes que vê o mundo como um mecanismo sem vida regulado pela pura matemática³ - não aceita mais de uma explicação para suas engrenagens, ou seja, as regras da ordem natural seguem uma só lógica, cabe apenas desvendá-las.

A conversão dos fatos em número foi a tônica do método, que se mostrava como superior a todas as outras formas de conhecimento. A confiança nele está bem expressa nas palavras de Descartes: “Não admito como verdadeiro o que não possa ser deduzido, com a clareza de uma demonstração matemática, de noções comuns de cuja verdade não podemos duvidar” (DESCARTES apud CAPRA, 1993, p. 53). Essa firmeza epistemológica é um elemento de demasiada importância para a compreensão não só da filosofia cartesiana, mas de toda ciência moderna: não há erro se tudo for submetido à “prova dos números”.

Agora, tendo nas mangas a razão e o método científico, o homem, esclarecido, tem os instrumentos adequados para ser, como disse Descartes, “senhor e possuidor do mundo” (DESCARTES apud GALIMBERTI, 2006, p. 330). Afastadas as crenças a-científicas dos mitos e estabelecendo-se a ciência como representação fiel e exata da realidade, a natureza pode e deve ser submetida às vontades e necessidades humanas. De fato, uma das propriedades mais primordiais do paradigma científico da modernidade é a dominação da natureza, onde o homem, o centro, a utiliza como instrumento a seu serviço. Fritjof Capra mostra como essa característica estava presente em Francis Bacon:

A natureza, na opinião dele [de Bacon], tinha que ser “acossada em seus descaminhos”, “obrigada a servir” e “escravizada”. Devia ser “reduzida à obediência”, e o objetivo do cientista era “extrair da natureza, sob tortura, todos os seus segredos.” (CAPRA, 1993, p. 52)

Dominar a natureza, um ente agora muito bem delimitado em relação ao indivíduo conhecedor, e até escravizá-la, transformando-a em objeto passivo sobre o qual o sujeito cientista vai se inclinar, é um raciocínio que se inscreve no centro do projeto científico. Quanto mais ela é subjugada e utilizada – espremida até que escorram seus segredos - mais técnicas são possíveis e maior os poderes do homem, o que acaba se relacionando com uma sensação de emancipação da humanidade. Eis aqui uma das bases da idéia de progresso. Uma idéia que propõe que o estabelecimento de tudo no plano do cognoscível e

início, à idéia de ser uma mediadora entre Deus e homem, tendo inclusive um tom de tarefa moral religiosa. A seguinte frase de Francis Bacon demonstra bem isso:

“Logo depois do pecado original, o homem decaiu do seu estado de inocência e do seu domínio sobre as coisas criadas. Mas tudo isso pode ser recuperado, pelo menos em parte, nesta vida. O primeiro [estado] mediante a religião e a fé; o segundo, **mediante as técnicas e as ciências**” (grifo nosso). BACON, Francis apud GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e Techne: o homem na idade da técnica*. São Paulo: Paulus, 2006, p. 320-321.

³“Descartes deu ao pensamento científico sua estrutura geral – a concepção da natureza como uma máquina perfeita, governada por leis matemáticas exatas.” CAPRA, Fritjof. *O Ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 56.



a acumulação quantitativa de saberes são capazes, por si só, de dirigir a sociedade para um futuro melhor.

Ao passo que vai desencantando e racionalizando o mundo, a ciência vai encantando todos à sua volta. Criou-se através do tempo uma crença generalizada na perfectibilidade da ciência e da razão, ficando a estes, que têm o poder de conhecer tudo e esmiuçar a realidade até seus menores detalhes, o papel de “iluminar” a sociedade, de acabar com as ignorâncias e de romper através do esclarecimento com o modelo tradicional de sociedade. No século XVIII, o modelo cognitivo científico se mostrou muito adequado às necessidades da burguesia ascendente (SANTOS, 2005, p. 64). Em sua oposição às autoridades do clero e da nobreza, a ciência foi arma fundamental para a secularização do mundo e a demolição dos mitos do *ancien régime*.

O lema *sapere aude* – “ousar saber” - de Kant ilustra não só o fato de que o saber, em sua época, era um atrevimento, mas principalmente a tendência de expandir a razão para todas as esferas possíveis, elevando-a à sua máxima potência. De fato, não tardou para que a racionalidade científica – hegemônica – passasse também a ter seu objeto de estudo na sociedade, deixando de lado a exclusividade dos fenômenos naturais. No século XIX, o método matemático transbordou das ciências naturais para as ciências sociais, culminando na filosofia positivista⁴. O positivismo nada mais é que um desdobramento da mesma lógica moderna de conhecer tudo por meio dos parâmetros dos números, como se esse padrão de conhecimento fosse universalmente válido e, ainda mais, o único válido. O nome de “física social”, que tiveram os primeiros estudos positivistas, mostra bem sua origem.

Entretanto, merece atenção o fato de que, mesmo o positivismo sendo herdeiro da ciência moderna, ele representa um afastamento justamente daquilo que baseou essa concepção de ciência: o estudo da natureza. Essa mudança de objeto, que não é acompanhada, porém, de uma modificação na posição epistemológica representa um prolongamento da mesma racionalidade, só que sem o seu fundamento, ou seja, é um fundamentalismo.

A tradição positivista foi marcada por esforços incessantes de forçar seu objeto de estudo (a sociedade, os homens) para dentro de um horizonte metodológico limitado que é o das ciências naturais. A busca para descobrir uma “ordem natural” da sociedade através de leis sociais; a crença em uma suposta neutralidade axiológica por parte do cientista; a tentativa de um saber contemplativo e desinteressado; a visão da sociedade como objeto estático e a-histórico e todas as outras ações que estavam no núcleo do positivismo mostraram-se não só fruto de uma ingenuidade espantosa, mas, também, como um tipo vigoroso de ideologia conservadora. Partindo dos pressupostos epistemológicos dos quais esta tradição parte – a abordagem meramente descritiva e quantitativa dos fenômenos, a não dinamicidade da sociedade, a interpretação da realidade como não produzida pelo homem, etc. - não há como chegar a resultados que não sejam uma apologia à ordem social estabelecida: o capitalismo aparece como destino natural e inelutável da humanidade. Foi esse raciocínio também que possibilitou que, por exemplo, Emile Durkheim dissesse que a desigualdade entre os homens não poderia ser combatida, pois se trata de uma lei da natureza da qual não se pode escapar⁵.

⁴ “A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista”. SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p.65.

⁵ “Entre as leis naturais da sociedade que seria vão, utópico, ilusório – em uma palavra: *anticientífico* – querer interromper ou transformar, Durkheim situa com destaque a *desigualdade social*”. LÖWY, Michael. As



Enfim, o positivismo compartilha a mesma racionalidade dessa tradição mais ampla que foi exposta até aqui. O que subjaz todos os pensadores citados é esse modelo de ciência moderna vista, sob essa óptica, como uma ciência exata, única, salvadora, necessária e que tudo explica. Nela foi depositada, ao longo da modernidade, uma crença de progresso, a idéia de que ela, a tecnologia, a razão proporcionariam para a humanidade tudo aquilo necessário para sua redenção. Marshall Berman cita a palavra de alguns futuristas italianos do início do século XX que mostram perfeitamente essa “fé científica”. Dizem eles:

“Camaradas, nós afirmamos que o triunfante progresso da ciência torna inevitáveis as transformações da humanidade, transformações que estão cavando um abismo entre aqueles dóceis escravos da tradição e nós, livres modernos, que acreditamos no radiante esplendor de nosso futuro”.
(BERMAN, 2007, p. 35-36)

Essa concepção de progresso, que identifica desenvolvimento tecnológico com desenvolvimento humano, que concebe a ciência como essencialmente neutra e que se apóia numa compreensão vazia da história⁶; tomou dimensões tão grandes que se pode falar em uma ideologia do progresso⁷, uma visão de mundo que fecha seus olhos à realidade, ou melhor, que capta essa realidade, porém apenas parcialmente, de modo que a distorce e perde qualquer noção de totalidade. É ela que analisaremos a seguir.

II. Uma Razão Inocente: A Ideologia Do Progresso

Não é preciso ir longe para descobrir que a modernidade, identificada agora com o modo de produção capitalista, não cumpriu suas promessas de emancipação, liberdade e igualdade. Ela, inclusive, nem podia, por sua estrutura, tê-las cumprido. Mas o que se vê hoje - problemas como guerras, destruição ecológica, fome, injustiça, burocracia, violência etc., que tendem a aparecer sob o discurso dominante como patologias ou desvios de caminho - só mostra que as apostas feitas na Razão, na Tecnologia, na Ciência e na Civilização não deram os frutos esperados. Por outro lado, essas promessas acabaram só alimentando uma fé ingênua na salvação através desses deuses modernos, como se o puro desenvolvimento de cada um deles automaticamente levasse consigo a humanidade em direção a uma utopia.

Boaventura de Sousa Santos, dentro dessa temática, faz uma pergunta crucial:

“como é que a ciência moderna, em vez de erradicar os riscos, as opacidades, as violências e as ignorâncias, que dantes eram associados à

aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 27.

⁶ Vazia porque a percepção do progresso como realidade única e irresistível pressupõe uma interpretação linear da história, onde esta é vista como um autômato que rumo diretamente a um futuro evoluído. Sobra a ela apenas uma temporalidade uniforme com um conteúdo meramente quantitativo, fazendo com que ela perca sua real riqueza.

⁷ Ideologia no sentido de falsa consciência. Assim diz Marilena Chauí: “o ideólogo é aquele que inverte as relações entre as idéias e o real. Assim, a ideologia, que inicialmente designava uma ciência natural da aquisição, pelo homem, das idéias calcadas sobre o próprio real, passa a designar, daí por diante, um sistema de idéias condenadas a desconhecer sua relação real com a realidade”. CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 28.



pré-modernidade, está de facto a recriá-los numa forma hipermoderna?”
(SANTOS, 2005, p.58)

Não há resposta para essa pergunta para aqueles inspirados pela ideologia do progresso, para quem o avanço tecnológico é, por essência, libertador e significa por si só uma melhora. Pois se trata de uma visão do mundo que, segundo Walter Benjamin, “só quer se aperceber dos progressos da dominação da natureza, mas não dos retrocessos da sociedade” (BENJAMIN apud LÖWY, 2005, p. 100). Ora, a característica mais profunda desse pensamento “progressista” é justamente a confusão feita entre o progresso das ciências, do domínio sobre a natureza, das técnicas e o desenvolvimento humano. Há, de fato, uma distância muito grande entre essas duas esferas, de modo que não se pode estabelecer uma relação direta entre uma e outra, ainda menos quando se percebe que a ciência foi responsável não pela emancipação do homem, mas por uma regulação do homem criando, por vezes, mais problemas ainda.

Nesse sentido, Boaventura assevera que

“A hipercientificação do pilar da emancipação prometeu promessas brilhantes e ambiciosas. No entanto, à medida que o tempo passava, tornou-se claro não só que muitas dessas promessas ficaram por cumprir, mas também que a ciência moderna, longe de eliminar os excessos e défices, contribuiu para os recriar em moldes sempre renovados, e, na verdade, para agravar alguns deles.” (SANTOS, 2005, p.56)

Isto torna clara a ineficiência da ciência e da tecnologia em resolver problemas humanos, ainda mais se as tomarmos dentro do contexto de um sistema capitalista, onde a ciência tem papel crucial. Destarte, para superar essa visão

É preciso distinguir entre o progresso dos conhecimentos e das habilidades e o progresso da própria humanidade: este implica uma dimensão moral, social e política que não é redutível ao progresso científico e técnico. O movimento da história é necessariamente heterogêneo (...) e os avanços em uma dimensão da civilização podem ser acompanhados de regressões na outra (LÖWY, 2005, p.116-117)

Apesar de ser uma dimensão fundamental para um desenvolvimento real da sociedade, a esfera política ou moral nunca está presente nesse utopismo automático da ciência. Isto faz parte da própria lógica interna da ciência moderna: não é casual que ela não só não tenha colaborado para resolver nossas mazelas sociais como também tenha criado mais irracionalidades⁸, pois existem na sua estrutura limites dos quais não há como escapar.

A lógica pela qual a racionalidade científica opera é aquela quantitativa, matemática, linear e previsível, de modo que, quando confrontada com um problema social, todas as respostas para resolvê-lo fornecidas por ela estão fadadas a ficar no plano da técnica, empreendendo a redução acima citada nas palavras de Michael Löwy⁹. Dessa não

⁸ “por de baixo de um brilho aparente, a ciência moderna, que o projecto da modernidade considerou ser a solução privilegiada para a progressiva e global racionalização da vida social e individual, tem-se vindo a converter, ela própria, num problema sem solução, gerador de recorrentes irracionalidades” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.34.

⁹ Aqui se trata tanto das respostas científicas dadas por cientistas das áreas das ciências naturais quanto das soluções apresentadas por pensadores positivistas. Como foi mostrado acima os positivistas compartilham com os matemáticos, químicos, etc. o modelo científico moderno, tendo ambos, destarte, a mesma lógica. Rejeitam-se aqui tanto as tentativas de contornar problemas sociais com mais tecnologia (como o aumento da



diferenciação entre homens e números – diferença que remonta à confusão entre ciências sociais e ciências naturais de onde o positivismo nasceu – vem a visão da técnica científica como resposta a quaisquer problemas, sejam eles ético, políticos ou sociais. Isso mostra o curto horizonte do pensar científico (que não vai às raízes dos problemas) e como é enganosa a tentativa de aplicá-lo irrestritamente a todos os campos do saber. É uma possibilidade muito tentadora, logicamente, mas ela se converte em ideologia conservadora assim que resiste a botar em foco o processo social por trás disso, que é o capitalismo¹⁰. As fronteiras da ciência estão dentro da realidade social, o que lhe dá uma relação de conformidade com o modo de produção capitalista e, conseqüentemente, um caráter conservador.

É visível que há uma ligação íntima entre o utopismo automático da ciência e a ordem capitalista. Afinal são a tecnologia e a ciência que fornecem a lógica sem a qual o capitalismo não sobrevive: a lógica do cálculo previsível, do controle racional de meios e fins, do funcionamento mecânico e certo de todas suas engrenagens (a produtividade das empresas, a burocracia do Estado, a formalidade do direito, entre outras), etc.¹¹¹². Em nome do mercado e da eficiência se desenrola o desencantamento do mundo, que necessita ser administrado totalmente e cartesianamente até suas menores partes. Conseqüentemente, a racionalidade instrumental é a que domina. O horizonte científico fica limitado a alcançar cálculo mais econômico ou a técnica mais eficaz, na elaboração mais funcional dos meios para chegar aos fins planejados. Aqui aquela Razão kantiana – redentora e esclarecedora – transforma-se em uma razão dominadora, instrumental, voltada à exploração da natureza e junto com ela, do homem. Sobre isso Barbara Freitag afirma que:

“o saber produzido pelo Iluminismo não conduzia à emancipação e sim à técnica e ciência moderna que mantêm com seu objeto uma relação ditatorial. Se Kant ainda podia acreditar que a razão humana permitiria emancipar os homens dos seus entraves, auxiliando-os a dominar e controlar sua natureza externa e interna, temos que reconhecer hoje que essa razão iluminista foi abortada. A razão que hoje se manifesta na ciência e na técnica é uma razão instrumental, repressiva.” (FREITAG, 2004, p. 37)

Não se pode dizer, então, que a ciência tem um caráter neutro, ou que ela não está envolvida com a política e com relações sociais de poder. É certo que ela é instrumentalizada, mas, logicamente, não abstratamente a favor da humanidade em geral, e sim em torno dos interesses de uma classe, que é a dominante. De tal modo é visível que o

produtividade de alimentos como resposta à fome) quanto as tentativas de tecnicizar a ação humana (como a “física social” de Auguste Comte). Ambas têm seu viés ideológico de conservação do *status quo* na medida em que deixam de lado considerações sobre as condições sócio-econômicas em nome da “Ciência”.

¹⁰ A renúncia do cientista em ter contato com a política e o acriticismo frente ao modo de produção são corroborados pela objetividade da ciência, mas fica evidente que não há como o cientista não ter posições axiológicas, apesar de poder tentar esconder seus valores atrás do discurso da “neutralidade”.

¹¹ “A empresa capitalista moderna baseia-se internamente sobretudo no cálculo. Para existir, ela precisa de uma justiça e de uma administração, cujo funcionamento também possa ser, pelo menos em princípio, calculado racionalmente segundo regras gerais sólidas, tal como se calcula o trabalho previsível efetuado por uma máquina.” WEBER, Max apud LUKÁCS, Georg. História e consciência de classe: Estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.215.

¹² Alan Chalmers também sublinha a relação capital/tecnologia: “Tomemos, por exemplo, o objetivo de aumentar o controle tecnológico sobre a natureza. Este objetivo possui um significado maior nas sociedades capitalistas que nas sociedades feudais que elas substituíram. Dentro de uma economia capitalista o aumento de controle tecnológico é uma necessidade, na medida em que os capitalistas que não o conseguem serão forçados pelos que conseguem a sair do mercado e, conseqüentemente falirão”. CHALMERS, Alan F. O que é Ciência afinal?. 1ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, p.213.



plano de dominação da natureza, que estava no cerne do projeto científico moderno¹³, é correlacionado intimamente com a dominação de classe ou, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos:

*“A concepção instrumentalista e unidimensional da natureza reduz esta a uma matéria-prima sobre a qual o homem soberano inscreve o sentido histórico do processo de desenvolvimento. [...] É verdade que a desumanização da natureza e a consequente desnaturalização do homem criam condições para que este possa exercer sobre a natureza um poder arbitrário, ética e politicamente neutro. Mas não é menos verdade que esse homem desnaturalizado **não é um homem qualquer**, uma entidade abstrata, ainda que seja assim que a filosofia política emergente o conceba. Em termos sociológicos, **esse homem é a burguesia**, a classe revolucionária, que transporta em si o espírito do capitalismo e que vai utilizar a relação de exploração da natureza para produzir um desenvolvimento das forças produtivas sem precedentes na história da humanidade. Daí que **a relação de exploração da natureza seja a outra face da relação de exploração do homem pelo homem**.”* (SANTOS, 1989, p. 66) (grifo nosso)

Logo, torna-se inevitável a seguinte pergunta: como crer na Razão salvadora da tradição iluminista e na Ciência libertadora como agentes de qualquer melhora na sociedade - no sentido de maior liberdade, maior igualdade ou democracia - se estas estão envolvidas em um processo de exploração econômica, funcionando como engrenagem criadora e recriadora de mazelas sociais?

Certamente, por um lado, não se pode afirmar que qualquer progresso técnico ou científico é por essência nefasto. Entretanto, por outro lado, seria falso concluir, após o exposto, que esse “progresso” não faz parte do “cortejo triunfal dos dominantes” de que fala Benjamin (BENJAMIN apud LÖWY, 2005, p. 70), ou seja, componente da constante opressão de classe levada a cabo pela burguesia ao longo dos anos.

Diante disso, não é de se espantar o pessimismo presente na crítica benjaminiana. Ao contrário do otimismo impensado dos seus contemporâneos – presente tanto na corrente positivista quanto no marxismo vulgar dos social-democratas e do stalinismo – Walter Benjamin captou dimensão problemática da ideologia do progresso. Para ele, essa noção de progresso traz uma posição de perigo que está tanto na aceitação conformista e acrítica desse evolucionismo científico - que é identificado como uma evolução geral da sociedade sob o manto do capitalismo sem ser vista a relação complexa de como o progresso da racionalização do mundo é acompanhado por um progresso da dominação e da reificação - quanto na interpretação vazia e uniforme da história que só enxerga um tapete vermelho estendido no tempo e para a qual os retrocessos da barbárie e da injustiça passam ocultos.

No seu texto mais famoso e conhecido – a 9ª tese do ensaio “Sobre o conceito de história”¹⁴ - Benjamin, através de sua linguagem metafórica e indireta, evoca a visão do

¹³ “Mas a missão histórico-universal do processo de civilização que culmina no capitalismo não é conseguir dominar a natureza?” LUKÁCS, Georg. op. cit., p. 429.

¹⁴ “Existe um quadro de Klee intitulado “Angelus Novus”. Nele está representado um anjo, que parece estar a ponto de afastar-se de algo em que crava o seu olhar. Seus olhos estão arregalados, sua boca está aberta e suas asas estão estiradas. O anjo da história tem de parecer assim. Ele tem seu rosto voltado para o passado. Onde uma cadeia de eventos aparece diante de nós, ele enxerga uma única catástrofe, que sem cessar amontoa escombros sobre escombros e os arremessa a seus pés. Ele bem que gostaria de demorar-se, de despertar os mortos e juntar os destroços. Mas do paraíso sopra uma tempestade que se emaranhou em suas asas e é tão forte que o anjo não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o



progresso como catástrofe: uma tempestade que cria “um amontoado de escombros que cresce até o céu”. O autor alemão, que escreveu no início da década de 40 ao mesmo tempo em que afloravam na Europa o facismo e o nazismo – e cabe lembrar que os dois se apoiaram nas conquistas técnicas do século XX, seja através da ideologia tecnocrática ou na racionalização do genocídio - dificilmente chegaria a outra interpretação que não uma tragédia. Sua crítica, que faz uma análise “a contrapelo” da história, é uma denúncia do caminho perigoso que a sociedade trilha. Mas suas palavras são também um alarme para o fato de que se ela continuar a trilhá-lo, prolongando o já existente em uma continuidade progressiva - este estado de exceção permanente -, só vão ser criadas mais irracionalidades.

A necessidade é a de romper com esta linearidade. Se a história, na leitura de Benjamin, está aberta¹⁵, é imprescindível buscar caminhos de superação dessa lógica. E, para isso, não se deve conservar os moldes da Razão, mas dar “um salto para fora do progresso” (HORKHEIMER apud LÖWY, 2005, p.99).

III. A Ciência e a noção de progresso no Direito

Não há como pensar que o direito iria ficar ilhado da tradição da razão moderna, a salvo das influências científicas no campo jurídico. É necessário ressaltar que, com o advento do capitalismo, o direito foi constituindo, ainda mais, um instrumento de controle social e político, desempenhando um papel fundamental para assegurar a ordem social. E, para ajustar-se a este papel, “o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitiva instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico” (SANTOS, 2005, p. 120).

Foi nos séculos XVIII e XIX – palcos das revoluções francesa e industrial, da ruptura com o *ancien régime*, das ações da burguesia em ascensão – o momento em que o espírito racionalista moderno esteve mais presente, forte e ousado. Consequentemente é nessa época onde ele aparece mais clara e vivamente, com suas características afloradas, podendo ser visto tanto na sociedade em geral quanto no âmbito jurídico.

Por esse motivo será no período de tempo referido que serão analisadas as vertentes do direito que herdaram suas bases do modelo de lógica da modernidade. Nessa busca será feito um recorte em relação a duas correntes principais: a do jusnaturalismo racionalista setecentista e a do positivismo jurídico do século XIX. Apesar das diferenças e especificidades das duas correntes, nota-se que ambas são tributárias da mesma racionalidade e, dentre as outras manifestações do pensamento jurídico concorrentes na época, são as que mais se destacam ao buscar-se pela influência da ideologia do progresso no direito.

III.1. No Jusnaturalismo Racionalista Setecentista

futuro, para o qual dá as costas, enquanto o amontoado de escombros diante dele cresce até o céu. O que nós chamamos de progresso é essa tempestade.” BENJAMIN, Walter. apud LÖWY, Michael. idem, p.87.

¹⁵ A abertura da história de Benjamin é uma contraposição à concepção positivista de história. Sua posição crítica frente ao progresso só é possível porque, para ele, a história não está pré-determinada em um sentido único, do qual é impossível escapar (como concluiria uma interpretação que procurasse achar as “leis naturais” da história) havendo espaço tanto para a redenção quanto para a barbárie. Para Michael Löwy a interpretação da história como aberta “dá acesso a um vertiginoso campo dos possíveis, uma vasta arborescência de alternativas, sem no entanto cair na ilusão de uma liberdade absoluta: as condições ‘objetivas’ são também condições de possibilidade”. LÖWY, Michael. idem, p. 147



A sociedade européia na qual estava inserido o jusnaturalismo racionalista, ou jusracionalismo, havia sido lugar de um crescente avanço da secularização, da racionalização, da individualização e do progresso científico (WOLKMER, 2008, p. 121). Estava presente uma tendência de modernização e criação de uma nova cultura emancipatória que assentava em um rompimento com as formas de conhecimento eclesiástica e teológica; no estabelecimento da razão como critério de conhecimento, empregada na dominação da natureza e na busca pela emancipação; e no florescimento de um sujeito burguês, livre e individualista, que se contrapõe à figura do sujeito comunitário de antes.

No centro do jusracionalismo estava a idéia de criar um novo direito todo baseado nas leis da natureza, regras eternas e universais inscritas na ordem natural que devem ser deduzidas pelo homem¹⁶. Porém, ao contrário das posições jusnaturalistas de base teológica, o jusnaturalismo racionalista afastou-se de uma fundamentação religiosa e, sob influência dos exemplos da matemática e da física, se alicerçou na razão como meio de encontrar a ordem natural (HESPANHA, 2005, p. 298)¹⁷. A proposição fundamental de qual se partia era que “uma vez que há uma centelha de logos (razão), na alma dos homens, que ele [o direito] deve basear-se nos comandos da razão” (HESPANHA, 2005, p. 294).

A perseguição da razão insere-se perfeitamente em um ponto central que definiu a inovação do jusnaturalismo racionalista em relação às precedentes correntes teóricas do direito, que é, certamente, a intimidade com a racionalidade científica. Evidentemente, o entusiasmo com o saber de Bacon e Descartes, a valorização do método matemático e os avanços das ciências naturais foram fatores cruciais que contribuíram para promover um encontro original entre direito e a ciência moderna (SANTOS, 2005, p. 126).

O modelo epistemológico que consiste na busca por conhecer as regras do mundo foi transposto inteiramente da esfera das ciências naturais para a do direito - ele, logicamente, visto também como uma rigorosa ciência natural. Essa tendência cientificista fez com que o fenômeno jurídico fosse concebido não como produto derivado do homem e de suas relações sociais, mas como um objeto passivo a ser apropriado neutramente pelo homem, uma essência externa e imutável que poderia ser captada da ordem da natureza por meio da clara evidência racional¹⁸. Na ordem social européia do século XVIII, essa visão “iluminada” do direito dava respostas aos anseios pela segurança e pela certeza jurídica da burguesia ascendente, que se contrapunha aos arbítrios da nobreza e do clero. De fato, para atender a essas necessidades, a fundamentação do direito com base na razão foi uma solução

¹⁶ Como princípios gerais do jusracionalismo na construção de uma *ciência do direito* estão: “a) fundamentação do direito na natureza humana; b) identificação entre Direito natural e Direito da razão; c) existência de direitos naturais inatos, invioláveis e imprescritíveis, que actuam, como princípio de validade do direito; d) possível construção de um sistema completo de Direito natural, mediante o método axiomático-dedutivo; e) invocação do estado de natureza como suposto racional para explicar a origem do estado; f) adoção do contrato social como instrumento jurídico destinado a construir o estado.”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.130-131

¹⁷ Michel Villey ressalta que a escola do jusnaturalismo racionalista se inspira mais na razão da que na natureza sendo, por isso, estranho que ela confisque o rótulo antigo de 'direito natural'. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 606.

¹⁸ “Os juristas que, por outras razões, de há muito tinham em projecto a redução do direito a poucos princípios, necessários e imutáveis, encontram, portanto, nas concepções estóicas sobre uma ordem geométrico-matemática do cosmos, um bom apoio teórico para considerarem estes princípios como verdadeiros axiomas da ciência do direito, a partir dos quais se pudessem extrair, pelos métodos da demonstração lógica, próprios das ciências naturais (então na sua aurora), as restantes regras da convivência humana”. HESPANHA, António Manuel. op. cit. p. 319.



formidável, ainda que esse direito natural racionalista tenha servido de legitimação não só para os ideais burgueses que levaram à Revolução Francesa, mas também para o despotismo esclarecido (SANTOS, 2005, p. 125).

Nessa linha, os princípios do direito e as regras da justiça estavam acessíveis à razão. E mais do que isso: eles apareciam não como opiniões ou volições, mas sim como saber certo e objetivo (em uma palavra: verdadeiro), sendo necessário somente descobri-los. Para exemplificar o pensamento jusracionalista nada melhor do que a asserção de Leibniz:

“A justiça é um termo fixo, com um determinado sentido [...] este termo ou palavra justiça deve ter certa definição ou certa noção inteligível, sendo que de qualquer definição se podem extrair certas conseqüências, usando as regras incontestáveis da lógica. É isto precisamente o que se faz ao construir as ciências necessárias e demonstrativas – as quais não dependem de quaisquer factos – mas apenas da razão, tal como a lógica, a metafísica, a aritmética, a geometria, a ciência do movimento e , também, a ciência do direito. As quais não se fundam nas experiências dos factos, antes servindo para raciocinar acerca dos factos e para os controlar antes de se darem.” (LEIBNIZ apud HESPANHA, 2005, p. 299)

A visão do direito e da justiça como elementos eternos e fixos, que repousam em um mundo abstrato à espera de ser conhecidos pelo homem representa um posicionamento peculiar frente ao funcionamento do direito. É possível ver no raciocínio de Leibniz, e na abordagem jusracionalista em geral, a crença de que para se alcançar os valores da justiça, da democracia ou da igualdade basta descobri-los na ordem da natureza. Pois, se lá a fórmula de cada um já espera pronta, só resta conhecê-la através da “boa razão” (*recta ratio*). E caso a sociedade já não se encontre harmonicamente regulada pelo direito, faz-se mister explorar ainda mais as potencialidades da razão e articulá-las para desvendar as regras do justo.

Encontra-se aqui uma manifestação da ideologia do progresso: a interpretação científico-naturalista do direito impede que sejam avistadas as condições sociais materiais que o envolvem de tal modo que ele se torna idealisticamente concebido como um ente que pode ser usado instrumentalmente pela razão para modificar a sociedade sem que haja qualquer contato com a infra-estrutura social. Ora, em virtude disso, cria-se um mito de que o livre desenvolvimento da ciência jurídica é capaz de trazer, automaticamente, a solução para problemas sociais sem que se coloque em questão noções políticas, éticas ou sociais, reduzindo-se o progresso humano ao avanço das descobertas dos princípios racionais do direito natural.

Michel Villey faz uma análise final dessa aposta de construir um direito fundado na razão:

“Sabemos em que escolho o racionalismo jurídico naufragará: desembocará num sistema de regras jurídicas estáticas e falsamente universais, imutáveis como seriam os princípios da razão pura, inadequadas às situações históricas mutáveis, e que acabarão parecendo inúteis ou inaplicáveis. É perigoso fundar o direito sobre o pensamento puro” (VILLEY, 2005, p. 606-607)

III.2. No Positivismo Jurídico Oitocentista



O juspositivismo eclodiu no século XIX europeu em um contexto singular: apareceu em uma sociedade nova e agitada que assistia, como fruto da crise do *ancien régime* e decorrente das recentes revoluções (francesa e industrial), a consolidação do capitalismo. Esse surgimento do positivismo no âmbito jurídico reflete o grande entusiasmo com o desenvolvimento das ciências naturais presente na época. O positivismo - como tradição filosófica mais geral, resultante “de um longo processo de desenvolvimento das ciências naturais” (WOLKMER, 2008, p. 188) - já aparecia aliado à classe burguesa nos seus tempos revolucionários, mas é com a instauração de uma ordem social liberal, afastada das amarras antigas, que o seu caminho aparece livre para seu progresso.

À semelhança do jusnaturalismo racionalista, o positivismo jurídico pretende-se uma doutrina científica do direito¹⁹ com a possibilidade de se analisar o direito rigorosa e objetivamente como se fosse um objeto distante e separado do sujeito conhecedor. Entretanto, a abordagem juspositivista consiste também em uma veemente oposição à corrente jusracionalista: em uma tentativa de superá-la, o positivismo jurídico procura deter-se na análise empírica da realidade (dos elementos “postos”, “positivos”) e rejeita as especulações filosóficas abstratas como fontes de saber (prática comum nas escolas jusracionalistas). Desse ponto de vista, a análise do direito deve partir da experiência concreta sem sustentar-se em suposições metafísicas (HESPANHA, 2005, p. 374).

Sendo assim, a interpretação juspositivista se inseria em um confronto contra confusão e incerteza do direito tradicional, que aparecia como fragmentado e sem qualquer unidade (HESPANHA, 2005, p. 374). Ela faz uma aposta no fato de que o conhecimento científico do direito daria conta de unificá-lo racionalmente, pois a ele cabe apenas conhecer o fenômeno jurídico como ele de fato é, avalorativamente, devendo o cientista, ao investigá-lo, despir-se de todos seus juízos axiológicos. Para isso, é necessário reprovar toda espécie de subjetivismo ou moralismo dentro do estudo, pois análises que não separam rigorosamente sujeito e objeto, vinculando este a preconceitos ou concepções políticas, representam uma mácula ao método científico. Se o fazem, desvirtuam aquele saber certo e universal criando apenas opiniões pessoais. Faz sentido, então, para Hans Kelsen, importante teórico do positivismo jurídico, que o direito seja meramente “a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária” (KELSEN, apud BOBBIO, 2006, p 142).

É lógico que essa pretensa neutralidade não era, de fato, uma apreciação imparcial do direito. Ela era, sim, um mecanismo de ocultação do viés ideológico da tradição positivista, que esteve sempre ligada ao ideário liberal-burguês. Pode-se ver que o direito idealizado no século XIX sob a forte tendência positivista dedicou-se a realizar, através do movimento da codificação e sistematização, uma verdadeira tecnologia normativa que formava o desenho da ordem social burguesa liberal (HESPANHA, 2005, p. 341). Segundo Antonio Carlos Wolkmer:

“Toda a sua [do direito positivista] validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma administração política burocrática e hierarquizada. A concepção jurídico-normativa tipificada pelo caráter lógico, sistemático e institucionalizado tende a harmonizar os diversos interesses conflitantes no bojo da produção social liberal-capitalista, bem como direcionar e manter as diversas funções do aparelho estatal a serviço de setores hegemônicos

¹⁹ “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 135.



detentores do poder. Esse caráter ideológico, passível de ser detectado na doutrina positivista, não é de forma alguma “reconhecido” pelo dogmatismo jurídico oficializado.” (WOLKMER, 2008, p. 191)

Achando no Estado o lugar privilegiado para a monopolização do Direito, não podendo este ser encontrado em nenhum outro local que não no centro de poder estatal; dotando o direito de certeza e previsibilidade racional (fatores demasiadamente necessários ao desenvolvimento do capitalismo) sendo a organização jurídica controlada pela formalização e pela burocratização²⁰; e identificando-se como tradição que visa impor na esfera do direito um modelo de conhecimento científico, o positivismo jurídico se estabelece como tendência principal do direito no século XIX, emanada diretamente das aspirações da burguesia.

Ele não parte em busca de valores como justiça ou democracia (estes são anti-científicos), mas, por outro lado, ele funda uma noção lógico-sistemática do direito em torno de esquemas mecanicistas, gerando uma verdadeira tecnologia jurídica. Com isso é criada uma fé nas suas certezas acumuladas e no desenvolvimento de suas técnicas, cada vez mais perfeitas. O direito científico é assim visto como o fruto acabado da civilização, que trilha a história no sentido de progresso constante. Ele aparece como mero instrumento técnico a ser colocado em uso para qualquer fim, embora, como salientado acima, seja íntimo da burguesia européia do século XIX. António Manuel Hespanha comenta as consequências das crenças nos resultados da ciência jurídica na expansão colonial européia:

“Convencidos da validade universal da sua ciência jurídica e, ao mesmo tempo, do seu caráter progressista (historicamente mais avançado), o europeus impuseram os seus modelos jurídicos aos povos não europeus. Os direitos locais foram impiedosamente combatidos em nome da civilização e da modernização, o mesmo acontecendo com a organização política e judiciária” (HESPANHA, 2005, p. 375-376)

IV. Conclusão: o resgate do passado como superação

É visível que a racionalidade moderna (e por que não moderna-capitalista?) está falida. A ideologia do progresso foi colocada em xeque pelas recorrentes catástrofes do século XX (para exemplificar, basta ver o problema da fome, ou os episódios de Auschwitz e Hiroshima) deixando a sensação que o progresso foi, na verdade, um retrocesso.

Na área do direito essa sensação também aparece. E é curioso como os movimentos “modernizadores” do jusracionalismo e do positivismo jurídico sofreram, já nas suas épocas, reações contra seus modelos de direito. Estas, ao contrário de serem correntes contra as quais ninguém se opunha (pois carregavam a bandeira do progresso) foram objeto de críticas por parte de pensadores que não sentiam segurança nessa modernização e viam os problemas que ela trazia consigo.

²⁰ No processo de racionalização do direito assinalado por Max Weber a burocracia tem papel fundamental. Sobre ela Katie Argüello ressalta que “o avanço burocrático, por sinal, só pode ser explicado pela sua eficácia técnica superior, em relação a quaisquer outros tipos de organizações, graças a qualidades tais como: rapidez, continuidade, precisão, hierarquização rigorosa, impessoalidade, entre outras. Em síntese, a burocracia tem uma peculiaridade muito bem acolhida pelo capitalismo, qual seja, a de alcançar maior eficiência e desenvolvimento, na medida em que se desumaniza. A racionalização do direito pertence a esse contexto geral de racionalização crescente que ocorre em todas as esferas das atividades humanas.” ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 149-150.



É celebre, por exemplo, a reação romântica da escola historicista ao excesso de racionalismo do jusnaturalismo racionalista. Esta escola é atacada fortemente por pensadores como C. F. v. Savigny e Giambattista Vico em nome do culto à natureza, do sentimento, da liberdade sem regras, geralmente com um sentido de restaurar o passado perdido (WOLKMER, 2008, p. 154). Nessa polêmica é sustentado, como resposta de Savigny, um direito que não seja eterno e universalmente válido, mas que seja um reflexo do “espírito do povo” (*Volksgeist*).

Com este sentimento de infelicidade com o presente, a tradição do romantismo tem um pensamento singular que nos fornece interessantes elementos para vislumbrar uma superação da civilização moderna-capitalista.

O romantismo é um movimento inapreensível e contraditório, que comporta diversas posições dentro dele. Mas, em linhas gerais, podemos dizer que uma de suas características mais fundamentais é “a nostalgia das cidades pré-capitalistas e uma crítica ético-social ao capitalismo” (LÖWY, 1990, p. 12). A visão romântica do mundo sempre remete a um passado, um passado perdido que

“se encontra ornado de uma série de virtudes (reais, parcialmente reais ou imaginárias) como, por exemplo, a predominância de valores qualitativos (valores de uso ou valores éticos, estéticos e religiosos), a comunidade orgânica entre os indivíduos, ou ainda, o papel essencial das ligações afetivas e dos sentimentos – em contraposição à civilização capitalista moderna, fundada na quantidade, o preço, o dinheiro, a mercadoria, o cálculo racional e frio do lucro, a atomização egoística dos indivíduos.” (LÖWY, 1990, p. 13)

Apesar de grande parte do romantismo estar revestido de um reacionarismo – uma posição nostálgica e retrógrada que visa um retorno à sociedade perdida, ou seja, uma volta a uma ordem social anterior ao estabelecimento da sociedade burguesa – Michael Löwy identifica uma outra vertente da tradição romântica que se apropria da crítica à modernidade capitalista sem, porém, defender um retrocesso a algo anterior, articulando essa crítica na construção de uma ordem nova ²¹. Pode-se dizer que a grande peculiaridade da tradição romântica é que ela toma uma distância crítica para ver que muitos elementos positivos do passado foram esmagados pelas rodas da Razão, da Ciência e da Civilização. Entretanto, uma viagem no tempo em direção ao passado (desejada pelo romantismo reacionário) não seria, de fato, uma superação da racionalidade moderna, mas apenas uma fuga para longe dela. Por essa razão, o ideal do romantismo utópico, que se trata de uma superação no futuro que resgata os elementos positivos do passado, parece o mais adequado.

Essa é a posição que adota Walter Benjamin, e com ela podemos entender a ideologia do progresso: a evolução da ciência - na qual foi depositada tanta fé - combinada com o desenvolvimento capitalista, não só criou uma forma de conceber o mundo, mas também rejeitou tudo aquilo que existia no passado. É necessário então recuperar do passado apenas aqueles elementos emancipadores (rememorar a experiência perdida) e construir com eles, mas também com elementos do presente, um projeto de emancipação. Desse modo a moderna dominação da natureza pode vir (ou voltar?) a ser uma *relação* com a natureza, a objetividade do saber pode ser aliada também à subjetividade negada e o mundo pode ser reencantado, fazendo o movimento do racionalismo neutro e frio a uma

²¹ Trata-se do romantismo revolucionário (ou utópico). LÖWY, Michael. *Romantismo e messianismo: ensaios sobre Lukács e Walter Benjamin*. São Paulo: Perspectiva: Editora da Universidade de São Paulo, 1990, p. 16.



razão mais humana, calorosa. Essa seria a tarefa de “despertar os mortos e juntar os destroços” que o anjo da história foi impedido de realizar.

Essa interpretação romântica se presta ao enriquecimento da atividade crítica acerca da tecno-ciência e da ideologia do progresso no contexto do confronto com o “inimigo que não tem cessado de vencer”. Sem dúvida, o rompimento com o estabelecido e a criação de algo novo urge, pois, como falou Benjamin, a verdadeira crise é continuar tudo como está (SANTOS, 2006, p. 45).



V. Bibliografia

- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.
- BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas I: Magia e técnica, arte e política*. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- CAPRA, Fritjof. *O Ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 1993.
- CHALMERS, Alan F. *O que é Ciência afinal?*. 1ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e Techne: o homem na idade da técnica*. São Paulo: Paulus, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- _____. *Romantismo e messianismo: ensaios sobre Lukács e Walter Benjamin*. São Paulo: Perspectiva: Editora da Universidade de São Paulo, 1990.
- _____. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe: Estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- PESCHANSKI, J. A.; JINKINGS, I. (Org.). *As utopias de Michael Löwy: reflexões sobre um marxista insubordinado*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- _____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.



_____. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 11^a ed. São Paulo: Cortez, 2006.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade clássica à modernidade*. 2^a ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.



O FENÔMENO HISTÓRICO DA CODIFICAÇÃO

Mariana Kuhn de Oliveira¹

RESUMO: A codificação marcou profundamente o direito continental. Com a complexização da sociedade, principalmente com o nascimento da burguesia que queria positivar as liberdades, principalmente, econômicas que havia consagrado na prática se tem início o processo que resultará nos códigos modernos. A base ideológica desse processo encontra-se, principalmente, no jusnaturalismo, no jusracionalismo, no iluminismo, na idéia de soberania nacional e na afirmação dos direitos individuais. A unificação do direito em cada estado se deu pela unificação das fontes em uma principal: a estatal. Já a sistematização estava tão implícita no pensamento da época que foi primeiramente aplicada e depois percebida como tal e teorizada, isso, no entanto se deu de forma diferente em cada estado.

Palavras-chave: Codificação. Sistematização. *Code civil*. BGB.

Introdução

O presente artigo versará sobre os códigos sistematizados surgidos na modernidade, bem como sobre o processo que levou a isso. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, tendo por objetivo explorar e desenvolver o tema proposto. O referencial teórico desse artigo está, principalmente, nos textos de Hespanha (2005) em assuntos relativos ao *Code civil*, de Savigny (1970) e de Wieacker (2004) em relação ao BGB, de Martins-Costa (1999) no que se refere à sistematização e de Grossi (2004) no que diz respeito às conseqüências do processo codificatório.

Nossa sociedade e, por isso, também o direito são marcados por idéias amplamente discutidas durante o período. Vivemos reflexos daquilo que se começou a construir na Idade Moderna. Para o direito, a codificação e a discussão relacionada à unidade e à sistematicidade do direito que iniciaram nesse momento foram, provavelmente, de importância uma na formação do moderno *civil law*. A codificação foi, primeiramente, a resposta para um problema prático: a sociedade havia se tornado mais complexa, o estado estava centralizado e burocratizado ou em fase de assim se tornar e, por isso, necessitava de um direito unificado. Além disso havia a burguesia, nova classe social que já havia conquistado o poder econômico, apoiando a codificação, afinal queria positivar direitos como a liberdade e a igualdade para garantir, principalmente, a liberdade econômica e igualdade jurídica.

Os ideais do processo que levou à codificação nasceram já no renascimento com os humanistas. A visão do homem racional como centro do mundo foi definitiva para a base ideológica que propulsionou a codificação. Jusnaturalistas, Iluministas e Jusracionalistas possuíam a racionalidade humana como ponto de partida para defender suas idéias, que, basicamente, eram a construção de um direito racional não divino, fruto da sociedade moderna. Já o conjunto de aspirações sociais que produziram o fenômeno da sistematização permeava as ciências, principalmente as exatas - todavia não deixou de também influenciar as humanas. A lógica matemática, de grande racionalidade havia, desde logo, adentrado no pensamento dos modernos: já se aplicava o sistema no direito quando se

¹ Estudante de Graduação, no 3º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS.

percebeu a sistematicidade desse. E quando se percebeu isso a ordem que era externa passou a ser interna desenvolvendo ainda mais o direito.

Essa comunhão de fatores histórico e ideológicos, presentes apenas na modernidade, é que gerou a codificação. O movimento codificatório só foi possível por haver um estado em vias de centralização ou já centralizado, uma base ideológica forte fundamentada na razão humana e a idéia de sistema, de lógica matemática implícita na forma de se perceber o direito. Ainda relevante para contemporaneidade, o movimento que levou a caracterização dos códigos que utilizamos hoje, torna-se essencial para a compreensão e aplicação do *civil law*.

I O Fenômeno Codificatório

I.1 Precedentes histórico-ideológicos

I.1.1 Precedentes históricos

A codificação é fruto da ideologia moderna, é um fenômeno cultural da modernidade². Não seria possível, pelas diferentes condições históricas – e nem necessário –, visto que as sociedades anteriores não eram tão complexas, que se houvesse codificado o direito anterior àquele que nasceu da modernidade. Há características muito peculiares que durante a evolução histórica do direito só aconteceram nesse período.

A transição da idade média para a moderna na Europa ocidental, sob o ponto de vista da organização social, pode ser vista como um aumento da complexidade das sociedades. Há a transformação de sociedades antes descentralizadas em centralizadas com o absolutismo, o que cria uma máquina estatal mais complexa³, com uma burocracia maior e que muda a relação do estado com a população. Os códigos, como os conhecemos na idade contemporânea, só poderiam ter nascido em sociedades com essas características.

O código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto quase único na história da legislação européia, ele apresenta um plano global da construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade humana. (WIEACKER, Franz, 2004, p. 378)

No entanto, há um longo processo de formação do estado para que se chegue naquele estado centralizado, influenciado pelas ideologias que sugeriam a unificação e a sistematização do direito, idéias básicas para a codificação.

O perfil do monarca até o século XVII foi, na maior parte dos lugares, de arbitrar conflitos, ouvir queixas e estabelecer soluções mais justas, que valeriam, muitas vezes,

² “(...) a Modernidade pode ser compreendida não só como um “fluxo histórico do tempo”, mas como fenômeno cultural que implica “certas características específicas”, vivenciadas pela sociedade em sua estrutura organizacional. Há de se ver a Modernidade como resultante de procedimentos mundializados de racionalização, que ocorreram nas áreas socioeconômica, política e cultural.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante**. Florianópolis: Revista Seqüência, nº 50, p. 9-27, jul. 2005. Acessado em: 25 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/cultura%20jur%EDdica.pdf>> p.14

³ É nesse processo que o estado vai adotando para si tarefas que antes pertenciam a privados e à Igreja, como a garantia de segurança que antes era papel do senhor feudal por exemplo.



também para os casos futuros. Após esse período, o monarca centralizou poderes em suas mãos. Essa vontade unificadora é um resquício cultural romano, afinal Roma se manteve, durante muito tempo, como um estado⁴ unificado. Após a queda do império romano, tentou-se algumas vezes, de diferentes formas⁵ a unificação, no entanto, isso só foi possível com os estados nacionais modernos.⁶

Com a centralização dos poderes nas mãos dos monarcas, a arbitragem de conflitos começou a ser exercida pela “instituição rei/príncipe”, afinal ainda não havia divisão de poderes e tanto o poder de legislar quanto o de julgar eram realizados pela mesma pessoa. Cabe esclarecer alguns pontos:

O direito, porém, não é ainda um direito legislado, já que a legislação desenvolveu-se em primeiro lugar sobre as matérias mais próximas do príncipe: o processo, a organização de seus oficiais e órgãos do governo, a administração e justiça, a polícia dos mercados. (LOPES, 2006, p. 213 – 214)

Assim, o direito relativo às questões administrativas e algumas outras com as quais o monarca tinha contato eram realizado por ele e o direito privado era realizado pelos próprios privados. A Igreja exigia jurisdição sobre o clero e sobre suas famílias, sobre os estudantes, sobre os cruzados, sobre as *personae miserabiles* (pessoas miseráveis: viúvas, órfãos e pobres) etc. Isso além dela ter jurisdição sobre qualquer assunto ligado aos sacramentos, juramentos, pecados, testamentos, bens do clero, dízimos, ou seja, sobre os direitos de família, de herança, de propriedade, penal, de delitos civis (fundamento na jurisdição sobre pecados) e de direito corporativo (a Igreja era responsável pela própria jurisdição). Sem esquecer que qualquer pessoa poderia recorrer, em casos excepcionais, ao direito canônico, o que durante um grande período aconteceu com frequência por esse estar mais organizado⁷.

Não se pensava, então, no direito como uma estrutura harmônica e ordenada de caráter geral, a todos igualmente aplicável, com vigência num determinado espaço em virtude de um comando unitário, de fonte legal. Vários direitos coexistiam contemporaneamente, várias fontes – a maior parte dela com formação extra-estatal – se imbricavam, sem que se pensasse no estabelecimento de laços entre elas. Ausência de ordem e de unidade; presença, contudo, de direitos. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 45)

Não havia um direito unificado, porém uma pluralidade de direitos. O que havia de leis escritas nessa época eram compilações de direito romano-medieval e interpretações, como as feitas pelos Glosadores e pelos Comentadores. As funções desempenhadas pelos juristas dessas escolas eram “uma interpretação despreocupada do texto justinianeus, na

⁴ Aqui, a palavra *estado* não possui o mesmo significado daquele estado moderno conhecido pela nossa sociedade. Alguns autores chegam a discordar que essa expressão possa ser utilizada com o sentido que não relativo ao estado moderno, no entanto, optou-se por seguir Dallari e mantê-la. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵ A própria Igreja Católica tentou unificar a Europa politicamente por meio da religião, no entanto, isso não foi possível. A Igreja possuía grande jurisdição (direito Canônico comparativamente evoluído), o que era um fator unificador. Outra tentativa de unificação também pode ser percebida, primeiramente, com a concessão do Papa Leão III a Carlos Magno do título de imperador (sendo que isso não mudou muito o cenário político descentralizado) e, após, uma briga do poder papal com o poder temporal que só terminaria com a formação dos estados nacionais modernos. Sobre isso ver DALLARI, **Elementos de Teoria...**

⁶ Ver DALLARI, **Elementos de Teoria...**, e também WIEACKER, **História do Direito...**

⁷ Sobre a jurisdição eclesiástica ver: BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.



medida em que sabiam com certeza que se tratava de direito racional.” (LOPES, 2002, p. 134).

Havia também o direito produzido dentro das universidades. As universidades exerceram um papel importante na construção do direito medieval (isso acontece principalmente na Baixa Idade Média). Elas estavam ligadas à Igreja e a produção intelectual era feita, principalmente, por clérigos. A produção era, todavia, científica, não tratando apenas da fé. Há, nessas universidades, uma cultura de valorizar os textos antigos, elemento que fez das universidades do medievo fator importantíssimo na evolução do Direito⁸. Esse direito produzido pela doutrina terá papel importante na interpretação do direito codificado, tendo, inclusive, influenciado, principalmente no norte da Europa, os codificadores⁹.

Com a consolidação dos Estados Nacionais, alguns príncipes passaram a estender seus poderes também na esfera jurídica. Assim, a Igreja foi perdendo poder jurídico primeiramente para o príncipe e depois para o estado.

Na nova cultura secularizada, a convicção na capacidade do novo sujeito de ler a natureza das coisas passa a ser acompanhada por um problema que a velha cultura medieval e pós-medieval pôde ignorar: quem possui legitimidade para ler a natureza das coisas e dessa extrair regras normativas? A nada serve o antigo leitor, único e necessário, a Igreja Romana, já condenada ao sótão das superstições e eliminada da categoria das possíveis fontes de direito. (GROSSI, 2004, p. 112)

A legitimidade foi, primeiramente, concedida ao príncipe¹⁰, o qual, após ter sido gratificado no âmbito da Reforma religiosa com o comando das Igrejas Nacionais, vê-se, agora, honrado e onerado, com uma nova missão inteiramente temporal. O príncipe, assim, centralizava os poderes administrativos do estado, os religiosos e os de legislador. Após esse período, com a ascensão burguesa, a legitimidade foi transferida ao estado personificado no legislador, que será figura presente na codificação do direito.

1.1.2 As idéias por trás do fenômeno

Por trás do movimento como um todo, existiam algumas idéias principais. A primeira era a jusnaturalista moderna¹¹. Os adeptos dessa escola se apoiavam na idéia de razão natural¹², essa ordem natural, no entanto, não provinha de Deus como acontecia

⁸ Ver LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁹ “A codificação, por mais revolucionária que seja, constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida há séculos nas universidades. (...) Porque não realizar, sob o signo da razão que a partir de agora brilha de modo intensivo e governa o mundo (iluminismo), a etapa decisiva, que se impõe de um modo tão evidente depois de ter esperado tanto, e porque não fazer do direito modelo das universidades, completado e clarificado pela Escola do direito natural, o direito positivo, que será aplicado pela prática das diferentes nações?” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano, 1972, p. 72.

¹⁰ Aqui se fala em príncipe, no entanto poderíamos falar também do rei, figura que, em outras partes da Europa, teve o mesmo papel daquele.

¹¹ Sobre a influência do jusnaturalismo moderno na codificação ver LOPES, **Curso de História...**, e CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹² “(essa escola) concebia o direito natural como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria ser diretamente derivado: era um direito natural aplicado”. CAENEGEM, **Uma introdução histórica...**, p. 165.



anteriormente, mas da vontade do homem¹³. Eles também acreditavam que o legislador (figura até então representada pelo rei) deveria ser uma figura universal, isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e lugares. É nesse poder concebido pelo legislador que os soberanos se interessam mais, afinal eles encontraram nessa idéia uma justificativa ideológica para seus interesses de unificação e consolidação dos Estados Nacionais- sendo que alguns também justificaram estados absolutos baseados nessa idéia¹⁴.

A segunda corrente é a Iluminista, que, nesse contexto, se confunde com a jusracionalista por apresentarem idéias bastante parecidas¹⁵. Foi por acreditar na importância que a vontade e a liberdade intelectual humana possuem que os jusracionalistas conceberam o uso da razão como princípio mais importante. Baseados nisso, eles combateram idéias religiosas ou supersticiosas que estavam ligadas ao direito.¹⁶

Os jusracionalistas também queriam ver sua ideologia refletida nas regras e princípios formadores do direito.

Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse a razão. Esse novo direito deveria estar isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. (CAENEGEM, 1999, p. 163)

Os códigos seriam, então, para eles, conjuntos de leis responsáveis pela transformação da sociedade, seriam projetos para uma sociedade melhor, mais racional¹⁷.

Como terceiro elemento, tem-se o princípio da soberania nacional- objeto de desejo dos monarcas, já que isso lhes traria maior poder do que no medievo descentralizado¹⁸. Para que houvesse a soberania nacional seria necessário um direito nacional também. O direito em vigor anteriormente, além do eclesiástico, era o feudal, que se caracterizava por ser descentralizado- cada senhor feudal exercia o poder político e jurídico no seu feudo,

¹³ “Recusando a concepção clássica duma ordem alicerçada na vontade divina e na própria natureza das coisas, relacionando todas as regras ao homem considerado como única realidade existente, a Escola do direito natural, mal denominada recusa o direito como um dado natural; o direito procede, segundo ela, da vontade do homem. (...) A razão humana, de futuro, será, por consequência, o único guia; ela conduzirá ao reconhecimento das regras de justiça dum direito universal, imutável, comum a todos os tempos e a todos os povos.” DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 53.

¹⁴ “(...) estes códigos (jusnaturalistas) pagam caro a simpatia dos legisladores absolutistas por soluções que restringissem o desenvolvimento científico do direito e que vinculassem a interpretação a comissões ministeriais (Prússia) ou a comissões legislativas (França)” WIEACKER, **História do Direito...**, p. 397.

¹⁵ “O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais.” Ibidem, p. 353-354.

¹⁶ A confiança na razão ilustrada significou expressamente o combate à tradição, à religião, à superstição e às sutilezas dos juristas em particular. Se a razão humana é universal, se qualquer um pode fazer uso de sua razão, então o direito deve ter a forma de princípios claros, evidentes, compreensíveis por qualquer um. LOPES, **Curso de História...**, p. 214.

¹⁷ Para os Iluministas, os códigos seriam pré-projetos para uma sociedade melhor. WIEACKER, **História do Direito...**

¹⁸ Ver GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.



fazendo justiça a partir dos costumes (direito consuetudinário). O direito nacional seria um direito único para cada estado, um fator de união.

Outro fator que influenciou o início do processo de codificação foi a afirmação das liberdades públicas em declarações que visavam a garantir liberdades subjetivas do cidadão- como a *Bill of Rights* da Inglaterra (1689) e a de alguns estados dos Estados Unidos da América (a mais importante foi a da Virgínia, 1776) e, obviamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França em 1789.¹⁹

Quanto à sistematização do direito, podemos dizer que foram os humanistas jurídicos os pioneiros ter essa idéia, era a primeira sistemática. Eles criticavam o *Corpus Juris* pela ausência de uma estrutura sistemática e pelo formalismo exagerado. A idéia de sistematização do direito é, então, advinda já do Renascimento. A segunda sistemática será a dos jusracionalistas, que trarão a idéia de sistema fechado por acreditarem num direito natural advindo da razão, eterno e imutável, já a terceira sistemática é advinda da escola pandectista e influenciará a codificação alemã (WOLKMER, julho de 2005, e MARTINS-COSTA, 1999).

Com base nessas vertentes, iniciam-se as tentativas de codificação do direito.

1.2 A codificação

1.2.1 Unificação e sistematização do direito

As sociedades com uma máquina estatal mais complexa necessitavam de organização para continuarem existindo, para isso um direito também sistematizado e organizado se fazia imprescindível²⁰. Para que houvesse essa codificação sistemática do direito, era necessário que ele estivesse unificado, afinal “(...) a idéia de sistema implica também a de unidade.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 41).

A unificação do direito se deu pela unificação das fontes, antes plurais em uma principal: a estatal. Anteriormente, o direito era produzido, em grande parte, pelos costumes, pela religião, pelo monarca, pelo senhor feudal etc. A unificação do direito, assim, só foi possível com a centralização do estado e das fontes.

A necessidade de sistematização era algo que não fazia parte apenas da ordem pública, de organização do estado, mas de um movimento ideológico com grandes dimensões, que influenciou as ciências em geral. Tudo tendia a ser racional, de entendimento mais rápido e lógico, organizado, quase matemático.

A repercussão desse movimento teve maior intensidade nas ciências exatas: o desenvolvimento da matemática, com Descartes e o da Física, com Newton, por exemplo, foram avanços definitivos para todo o desenvolvimento dessas ciências. No entanto, essa sistematização não influenciou apenas as ciências exatas, mas também as ciências humanas, como o direito²¹ – afinal a racionalização do pensamento permitia que se

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Sobre isso ver HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

²¹ “A exigência de sistematização jurídica, assim considerada, coincide com a exigência de sistematização científica, elaborando-se, assim, uma ciência do direito cujos postulados serão fundamentais para compreender a função do direito moderno.” Ibidem, p. 98.



percebesse organização social de uma forma diferente²² e também organizasse a sociedade de modo distinto. Os códigos dessa época se apresentam sistematizados por um método quase matemático²³, dominados por uma ordem intrínseca, “o que lhes dá, aos nossos olhos, um aspecto ‘arrumado’” (HESPANHA, 2005, p. 329).

O processo codificatório foi complicado, pois o implicou em legislar suprimindo o direito tradicional, que possui uma mutabilidade mais freqüente que o direito natural, e determinar pela força política as regras pelas quais se regeriam as atividades privadas, os códigos seriam, assim, perpétuos²⁴, repositórios não do direito “voluntário”, mas do direito “natural”²⁵.

Outro fator que deixou o processo um tanto conturbado foi o “absolutismo legislativo”²⁶: muitos monarcas legislaram partindo de vontades pessoais, causando, por exemplo, nas revoluções inglesa e francesa, processos violentos (um rei inglês- Carlos I- foi julgado e decapitado).

1.2.2 Sobre as conseqüências do processo codificatório

A codificação gerou muitas mudanças na sociedade. Ao mesmo tempo em que ela foi fruto de uma nacionalização, ou seja, da idéia de que cada estado deveria ter seu direito e que esse deveria ser baseado no espírito daquele povo; a codificação também deu força ao movimento nacionalista:

Na realidade, o triunfo dos códigos nacionais trouxe consigo a nacionalização dos sistemas jurídicos, que caracterizou o desenvolvimento jurídico do século XIX. O direito nacional e o cosmopolita direito romano deram lugar a diferentes ordens jurídicas nacionais baseadas em códigos nacionais e na administração nacional da justiça. Esse desenvolvimento acompanhou o dos Estados soberanos nesse mesmo período, assim como o de várias correntes intelectuais. Na França, Montesquieu já havia ressaltado a necessidade de adaptar o direito ao “espírito” dos povos, e numerosos juristas alemães do fim do século XVIII e do século XIX estavam convencidos de que cada povo deve viver com suas próprias leis, adaptadas às suas necessidades particulares. (CAENEGEM, 1999, p. 201)

Esse direito de cada povo, todavia, também se mostrava universal: o fenômeno codificatório foi similar em boa parte da Europa ocidental. Aquelas sociedades haviam sofrido influências muito parecidas anteriormente (principalmente do direito romano) e durante seus processos de codificação (jusracionalismo, iluminismo etc). Isso tornava os direitos que elas haviam positivado, de certa forma, parecidos – sem deixar de ter suas

²² “Clara está que a nascente ciência jurídica moderna (aquela baseada em códigos) não só se revela como produção de uma específica formação social e econômica mas, principalmente, consolida-se no processo de junção histórica entre a legalidade estatal e a centralização burocrática.” WOLKMER, **Cultura Jurídica Moderna...**, p. 15.

²³ “La alternativa racionalista defiende particularmente (...) un ‘método axiomático’ o ‘matemático’; un método jurídico que, partiendo de principios evidentes para la razón humana e iguales, por lo tanto, para todo hombre, desenvuelva un sistema consecuente en todas sus particularidades” CLAVERO, Bartolomé. **História del Derecho: Derecho Común**. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1994, p. 110.

²⁴ A Constituição dos Estados Unidos da América foi constituída nessa idéia e é a mesma- e única- desde 1787.

²⁵ Sobre isso ver HESPANHA, **Cultura jurídica européia...**, e LOPES, **Curso de história...**

²⁶ Sobre o absolutismo legislativo ver LOPES, **Curso de história...**



peculiaridade, afinal eram fruto do nacionalismo. Esses direitos codificados e semelhantes em alguns pontos eram aspectos do mesmo Direito Privado. Há, nesse momento, então, o nascimento do moderno *Jus Commune*.²⁷

Outra consequência da codificação que deve ser mencionada está relacionada com as fontes. Após o processo codificatório, o estado, que antes possuía papel secundário no direito, por meio de um conjunto de leis tornou-se fonte quase absoluta desse²⁸. Dessa forma, lei torna-se sinônimo de direito para algumas pessoas, como nos mostra Grossi nestes dois excertos:

O direito mostra-se para ele (o homem do povo) somente como lei, e lei é comando autoritário que cai do alto sobre a indefesa comunidade dos cidadãos sem levar em conta os fermentos que circulam na consciência coletiva, indiferente à diversidade das situações que pretende regular. (GROSSI, 2004, p. 23-24)

O que o Estado moderno assegura aos cidadãos é somente um complexo de garantias formais (...). Obviamente, a justiça, permanece como objetivo do ordenamento jurídico, mas é um objetivo exterior (...).(GROSSI, 2004, p. 23-24)

Muitas das leis produzidas pelo Estado contemporâneo estão em desacordo com a realidade e necessitam de interpretações que as conecte com a realidade. É a esse distanciamento que Grossi se refere quando fala da percepção do homem do povo, das garantias apenas formais e da justiça como objetivo exterior do direito contemporâneo.

II O Code Civil e o BGB

II.1 O Código civil francês (*Code civil*)

II.1.1 Considerações gerais

A idéia da codificação da França nasceu com a *revolução* de 1789: "(...) já a Assembléia Nacional Constituinte de 1790 tinha concebido o projeto de um código que sintetizasse, de forma acessível a todos, o novo direito revolucionário" (HESPANHA, 2005, p. 377). Isso se deu pela insegurança pós-revolução, era necessário que se instaurasse, juridicamente, ferramentas para o estabelecimento da paz e para a manutenção dos ideais revolucionários – os burgueses precisavam assegurar, entre outras coisas, a liberdade econômica que haviam conquistado.

Foi somente com a iniciativa de Napoleão, em 1800, no entanto, que a idéia foi posta em prática - não que antes não houvessem existido tentativas; essas, entretanto, haviam sido interrompidas por não se tratarem de interesses da classe dominante²⁹. Assim, a codificação francesa não constituiu um resultado do absolutismo esclarecido, mas, nos seus primórdios, a obra de uma nação que instaurou e viveu uma revolução burguesa que influenciaria grande parte do ocidente. Paolo Grossi (2004):

²⁷ "Os vários Códigos e os vários Direitos, especialmente no terreno civil e comercial, constituem faces, aspectos de um só Direito Privado, do moderno *Jus Commune*, universal." MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 131-132.

²⁸ "O direito se faz *lei*, geral e abstrata, e a lei, ou direito, encontra sua forma, o *código*, conjunto unitário de leis providas de uma só fonte, o Estado." MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito...**

²⁹ Ver WIEACKER, **História do direito...**



“... de fato o Código (Code civil) quer ser um ato de ruptura com o passado: não se trata de uma fonte nova ou de um novo modo de conceber e confeccionar com profundidade e amplitude a velha ordonnance³⁰ real; trata-se, ao contrário, de um modo novo de conceber a produção do direito, e, desse modo, o inteiro problema das fontes (monopólio da lei perante a doutrina), assim como o problema primário da conexão entre ordem jurídica e poder político.” (p. 106)

Sendo que após esse trecho ele mesmo faz uma ressalva: aqueles redigiram o código foram educados no regime anterior, sendo, então, portadores inconscientes de costumes já anteriormente enraizados. Há, assim, principalmente nos trabalhos preparatórios, alguns institutos de direito consuetudinário, contudo a mentalidade para se conceber o direito é inegavelmente diferente.

Em relação ao conteúdo, o *Code civil* possui grande influência do jusnaturalismo, a idéia de igualdade jurídica que foi positivada no código pertencia a essa corrente. O código, mesmo que a revolução tivesse caráter individualista, possuía uma tendência igualitária e centralizadora do poder no direito natural e no legislador³¹. Essa ideologia de centrar as fontes do direito no legislador e no direito natural teve como consequência o monopólio da lei perante a doutrina³².

O *Code civil* acabou sendo promulgado em 1804. Napoleão queria realizar, com o *Code*, a primeira etapa de uma codificação totalizante: era a idéia de códigos completos e perpétuos desenvolvida pelos iluministas e pelos jusracionalistas setecentistas³³. Assim, Napoleão Bonaparte também irá colocar o código francês em vigor nos países por ele conquistados:

El Código se aplicará pues, con algunos matices, en aquellos países conquistados por el Emperador. Napoleón verá en ello, a la vez que el símbolo de su grandeza, la manera de llevar a cabo lo que llama el sistema europeo; es decir un sistema político cuyo centro se ubica en París y que permitiría gobernar a toda Europa uniformando todos los territorios mediante el Code civil, por la misma administración, por los mismos tribunales. (...) el Code Civil era la ley particular de los franceses: se ha convertido en la ley común de los pueblos de una parte de Europa. (SOLEIL, 2006, p. 387-398)

Napoleão se proclamou Imperador em 1804, o mesmo ano em que o *Code civil* entrou em vigor. Em 1807, Napoleão mudou o nome de *Code civil* para *Code Napoléon*³⁴, não apenas em virtude do apoio decisivo por ele dado para sua implantação, como também pela sua efetiva participação em muitas das reuniões da comissão redatora e do Conselho, com interferência concreta nos capítulos relativos às partes de família e de sucessões.

II.1.2 A sistematização no Code civil

³⁰ As *ordonnances* eram as normas que expressavam a vontade do príncipe.

³¹ Sobre isso ver WIEACKER, **História do direito...**

³² “Perante essa evolução (da lei como monopólio do direito), à doutrina apenas restava um papel ancilar – o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador (...).” HESPANHA, **Cultura jurídica européia...**, p. 378.

³³ Ibidem.

³⁴ Segundo Gilissen, nesse mesmo ano (1804), como Napoleão havia se tornado Imperador, além do nome do código, ele mudou alguns termos como “república” e “nação” para “império” e “Estado”. GILISSEN, **Introdução histórica...**



A organização do então *Code civil* é precisa, clara e possui um padrão rigoroso, baseado nas Institutas do jurisconsulto Gaius. No entanto, os redatores do Code Civil não o conceberam como sistematizado, todavia, a noção de sistema, por fazer parte do pensamento da época, está implícita ao código. As matérias foram organizadas de forma metódica e sistemática. O sistema é, entretanto, externo, não há comunicação entre a estrutura e o conteúdo, todavia há ordem e unidade: “o sistema, aí, será identificado apenas ao método de organização das matérias componentes do direito privado” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 191). Há uma parte introdutória, no entanto, porém ela é sintética e não dispõe sobre categorias abstratas.

As matérias estão organizadas de forma que reflitam o movimento da vida humana, mais precisamente da vida de um burguês³⁵: no Livro Primeiro, estão o direito das pessoas e gozo dos direitos civis, as regras sobre nacionalidade, os atos do estado civil, o casamento, o divórcio, a filiação e a menoridade e seus efeitos. No Livro Segundo, o direito das coisas: bens e maneiras de modificar a propriedade. Já o Livro Terceiro se ocupa do mundo econômico, é a parte de inspiração plenamente liberal no *Code*: a aquisição e modificação da propriedade, com destaque para os contratos.

A inspiração do Livro Primeiro foi buscada no direito canônico, que antes regulamentava algumas das matérias que o novo código agora dispunha e que, pela tradição, foram mantidas, são elas: o casamento e a filiação. Também no Livro Primeiro há influências do direito consuetudinário com a regulamentação dos regimes matrimoniais. Os outros dois livros são a consagração dos ideais revolucionários burgueses.³⁶

As matérias do *Code* se direcionam para um mesmo objetivo: a regulamentação plena da vida privada burguesa, ele é a “constituição da vida privada” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 189), um código de direito privado, sem exceções. As relações jurídicas mantidas na sociedade francesa da época eram, principalmente, privadas. A vida pública ainda não possuía a relevância de que é dotada hoje, o estado ainda estava em fase de organização e de acumulação de tarefas.

II.2 O Código civil alemão (*Bürgerliche Gesetzbuch*- BGB)

2.2.1 Considerações gerais

O código civil alemão demorou mais para ser promulgado do que o código civil francês, por exemplo, e, por isso, foi precedido por uma bagagem doutrinária de quase um século e por um raciocínio jurídico já diferenciado – isso explica o porquê das diferenças marcantes entre as duas codificações. Há duas razões principais para isso para esse grande espaçamento de tempo entre o BGB e o *Code civil*: uma política e outra ideológica.

³⁵ “Sistema, aqui, é ainda *sistema externo*, mas passa a significar um novo *methodus disponendi*, em que as matérias estão metodicamente organizadas de forma a espelhar o “movimento natural da vida”, as ações do indivíduo burguês do momento de seu nascimento à sua morte, de forma encadeada, que não admite saltos lógicos.” Ibidem, p. 189

³⁶ “O Código civil francês, por exemplo, foi buscar a regulamentação de certas instituições ao direito canônico (casamento, filiação) e de outras ao direito consuetudinário (regimes matrimoniais). Por outro lado, ele renovou profundamente a regulamentação de certas matérias (propriedade, sucessões) consagrando as idéias da Revolução.” DAVID, *Os grandes sistemas...*, p. 94.



A fragmentação política inviabilizava que se houvesse um direito único para todo o povo alemão³⁷. Isso, no entanto, não significava que os reinos, separadamente, não se utilizassem de códigos: algumas regiões, como a Saxônia em 1863, promulgaram seus próprios códigos e outras utilizavam alguns códigos franceses (influência da expansão territorial napoleônica), o que era criticado pelos nacionalistas³⁸. Além disso, a burguesia germânica não estava politicamente organizada como estava a francesa, por exemplo, não tendo, assim, força para fazer valer seus interesses (MARTINS-COSTA, 1999). Isso, no entanto, não significava que o assunto não fosse debatido, como foi por Thibaut e Savigny.

A razão ideológica está, principalmente na Escola Histórica (*Historische Schule*)³⁹, que acreditava que o direito não deveria ser “enclausurado” em códigos, todavia ser baseado na história da nação a que pertencia, ou seja, na alma do respectivo povo⁴⁰. A Escola Histórica não defendia apenas o contexto histórico do direito como tendo grande importância, mas também a visão do direito como ciência⁴¹. Savigny era o maior representante dessa escola. Thibaut era um dos defensores da idéia contrária: a codificação⁴².

Savigny não era completamente contra a codificação do direito alemão⁴³, ele, entretanto, acreditava que os códigos não deveriam ter grande importância prática. Via os códigos como mais um elemento do direito, elemento esse que deveria ser interpretado e corrigido frente ao direito romano e também frente ao caso concreto ou ao costume. Savigny, em *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, nos concede um exemplo relativo ao casamento: “El matrimonio solo pertenece al Derecho en una mitad, y en la otra mitad a la costumbre, resultando incomprensible todo Derecho matrimonial que no sea considerado en conexión con este su complemento necesario” (SAVIGNY, 1970, p. 48-169. p. 81-82).

Thibaut percebeu que a sociedade alemã estava se tornando mais complexa, com uma burocracia maior e mais centralizada. Ele acredita que um código que reunisse todo o direito seria essencial a essa sociedade burguesa nascente.

Si contemplamos ahora la felicidad del ciudadano, no puede experimentarse ninguna duda de que un tal código sencillo para toda Alemania merece ser llamado el más hermoso regalo del cielo. Ya la mera unidad sería

³⁷ Ver CAENEGEM, **Uma introdução histórica...**

³⁸ “¿cómo habría sido posible que nobles juristas alemanes hubieran podido aguantarlo sobre sí, en los tiempos de ignominia y opresión, y, sin embargo, recomendasen con toda seriedad a su patria la recepción del nuevo Derecho civil francés?” THIBAUT, A. F. J. Sobre la necesidad de um derecho civil general para Alemania. In: STERN, Jacques (comp.). **La codificación**: Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970, p. 4-45., p. 17.

³⁹ A Escola Histórica nasceu como uma contraposição aos códigos jusnaturalistas, que, por terem a pretensão de ser eternos, não permitiam que a ciência do direito se desenvolvesse juntamente com a sociedade. Sobre essa questão ver WIEACKER, **História do direito...**

⁴⁰ “O nome (Escola Histórica) proclamava o programa: a ciência jurídica devia ser histórica, e a experiência histórica de um povo devia ser a verdadeira fonte de inspiração para sua prática jurídica. Essa escola acreditava que o direito era uma expressão orgânica natural da vida de um povo. Assim, não podia ser codificado num determinado estágio de desenvolvimento” Caenegem, 198-199, 2000 e “A Escola Histórica descobriu na historicidade do direito a historicidade do próprio povo. Ela viu mesmo no direito, primeiro implicitamente depois expressamente, uma manifestação do *espírito do povo*.” Ibidem, p. 407.

⁴¹ Ibidem.

⁴² “Yo opino (...) que nuestro Derecho civil necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más que cuando todos los gobiernos alemanes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares.” THIBAUT, **La codificación...**, p. 11.

⁴³ Ver CAENEGEM, **Uma introdução histórica...**



inapreciable. Aun cuando es preciso que exista una separación política, porque así debe ser, sin embargo, los alemanes están interesados en que los una para siempre un sentido fraternal de igualdad y en que nunca más una potencia extranjera abuse de una parte de Alemania en contra los demás. Pero las leyes iguales crean usos y costumbres iguales, y esta igualdad ha tenido siempre una influencia fascinadora sobre el amor y la lealtad de los pueblos. Además, el tráfico civil hace de esa unidad casi una hiriente necesidad. Nuestros países alemanes solo pueden mantener su bienestar mediante un tráfico interno recíproco intenso. (THIBAUT, 1970, p. 24)

O perfil do burguês, do novo cidadão, precisava de um direito codificado que garantisse a unificação do direito para que se pudesse negociar em todo território sob as mesmas leis, por exemplo. Além disso, a garantia de igualdade jurídica era, para essa nova sociedade, também uma necessidade. Thibaut se utiliza também da onda nacionalista e ataca a França (*“potencia extanjera”*) que havia dominado parte da Alemanha para defender que o código fosse uma obra nacionalista, de origem puramente germânica.⁴⁴ Além disso, ele via no código uma forma de garantir a homogeneidade do direito e da educação dos juristas, que se tornaria mais fácil⁴⁵:

(...) un sencillo código nacional de este tipo contribuiría también a fortalecer ese sentido práctico, tan importante de nuestros estudiantes. Ahora todo se reduce a aprender de memoria innumerables leyes, definiciones, distinciones y noticias históricas embrolladas. El buen hablar, la destreza en el ataque y la defensa, la formación del talento apropiado para encauzar bien desde el principio una causa jurídica, el arte de tratar con cautela los negocios, la agudeza y la elasticidad dialécticas, todo esto se halla actualmente descuidado, y ningún hartazgo erudito puede resolver ninguna de estas necesidades. (THIBAUT, 1970, p. 22).

A unificação política da Alemanha realizada, principalmente, por Otto Von Bismarck havia evoluído juntamente com a idéia de unificação do direito, afinal para se ter um estado centralizado o direito também necessita assim estar, havendo uma relação de interdependência do estado centralizado para com o direito unificado. No início, cada *Land* (território) conservou sua própria legislação, os direitos penal, das obrigações, comercial e do processo, porém, foram unificados⁴⁶. Isso foi um primeiro passo e, depois dele, foi decidido que seria redigido um código civil completo.

⁴⁴ (...) a todo patriota hay que inculcarle el deseo de adoptar un código sencillo, obra de nuestros propios esfuerzo e actividad, que venga a ser el fundamento sobre el que se asiente de modo adecuado y seguro nuestra situación civil, de acuerdo con las necesidades del pueblo, y a procurar una unión patriótica de todos los gobiernos alemanes que proporcione a todo el Reich los beneficios de un ordenamiento civil común y perdurable en el tiempo. Ibidem, p. 19.

⁴⁵ En el caso específico del derecho, Thibaut demanda la creación de un código que permita a abogados y jueces una cierta homogeneidad en la aplicación de la ley a lo largo y ancho de la confederación de Estados alemanes. De acuerdo con Thibaut, dicha homogeneidad sólo puede garantizarse si la educación de los abogados gira alrededor de un código. Desde este punto de vista, los abogados podrí an ejercer mejor su oficio si hay un código común; este código no sólo facilitaría la aplicación de la ley sino que permitiría a dedicar una porción importante del tiempo de formación en las escuelas de derecho al desarrollo de habilidades y técnicas jurídicas tales como la retórica y la argumentación. BELTRÁN, Isaac De León. **La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno**: comentarios al texto de Thibaut “Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”. Bogotá: Borradores de Método. No 28. Junio 15 de 2004. Disponible en: <<http://www.grupometodo.org/codif.pdf>> Acessado en: 6 nov. 2008, p. 8.

⁴⁶ Ver WIEACKER, **História do direito...**



Nessa decisão houve influência jusnaturalista, que via na lei a expressão da vontade do povo – o que era importante para sociedade que vivia o nacionalismo e o romantismo⁴⁷ e também a vontade burguesa de assegurar legalmente suas conquistas econômicas e de garantir a igualdade jurídica (via-se o direito codificado como um direito que traz o princípio da igualdade jurídica, isso se deve a grande expansão do *Code Civil*)⁴⁸.

Haviam restado, no entanto, algumas coisas a serem discutidas. Foi decidido que o código seria tradicional e não inovador, foi daí surgiu uma das principais discussões relativas ao BGB: em que tradição se basear? Uma opção, defendida pela Escola Pandectista (*Pandektenwissenschaft*), era que deveria se codificar o direito germânico já modificado pela recepção do direito romano, a outra opção era a de positivizar o direito germânico antigo⁴⁹. A segunda opção era a melhor aceita pelo povo alemão, que vivia uma época de nacionalismo exacerbado, a disputa era, no entanto, de cunho também político⁵⁰. Ambos acabaram marcando o código civil, entretanto, há traços mais marcantes da doutrina pandectista, afinal havia muitos juristas teóricos (os professores) influenciados por essa escola desde antes do início da codificação alemã.

Em 1896, começou-se a projetar o novo código⁵¹ e em 1900 foi promulgado o *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB). O BGB é resultado da influência ideológica do liberalismo⁵², o que pode ser visto na consagração da liberdade de contratar (§ 305) e da liberdade da propriedade, especialmente a fundiária (§ 903), por exemplo. Cientificamente, o BGB é um produto do positivismo legalista da Pandectista, que percebia a sociedade como um todo orgânico, a sistematicidade do direito decorria do fato de ele ser uma emanção dessa sociedade⁵³.

2.2.1 A sistematização no BGB

O BGB é fruto da terceira sistemática, a qual corresponde à idéia de sistema como construção, ou seja, da dogmática como elaboração ou construção do sistema – essa é uma contribuição da Escola pandectista (MARTINS-COSTA, 1999). Savigny colaborou muito para essa noção: além de ver na dogmática a base para a sistematização do direito, ele percebe uma unidade imanente ao direito.

Muy temprano encontramos ensayos de una elaboración sistemática de la jurisprudencia (ciência do Direito). Em los tiempos modernos ellos son frecuentes. Tal tratamiento sería de muy poco valor si brindara solo una catalogación, un agregado cómodo de materias, pois seria una mera facilidad

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ “¡pobre nación aquella, cuyos juristas están condenados a aplicar su sagacidad sobre principios tan primitivos e incompletos!” THIBAUT, *La codificación...*, p. 15, falando sobre a inaplicabilidade do direito romano à Alemanha da época principalmente em relação ao conceito de pátria potestas (que não possuía significado na sociedade alemã) e também ao direito de sucessões, que, para ele, também não poderia ser aplicado.

⁵⁰ “(Havia) o interesse dos partidários do Estado de direito numa regulamentação liberal das associações e das corporações; o interesse dos intelectuais liberais num direito matrimonial laico, interesse sobre o qual a questão religiosa, que então dava os primeiros passos, projectava já a sua sombra; e, por fim, o interesse dos promotores de uma ordem económica liberal num direito imobiliário e hipotecário de carácter geral e permissivo.” WIEACKER, *História do direito...*, 536-537.

⁵¹ Houve alguns projetos e muitas discussões acerca do novo código, sobre isso ver Ibidem.

⁵² “(...) resultou um código do liberalismo, modulado por todas as nuances de luz e de sombra desta ideologia. Um código destinado à “burguesia possuidora”. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito...*, p. 232.

⁵³ Ver HESPANHA, *Cultura jurídica européia...*, e WIEACKER, *História do direito...*



para la memoria; en cambio, si quiere tener verdadero mérito, su íntima coherencia debe tener una unidad. (SAVIGNY, 1979, p. 9.)

Ao contrário da codificação francesa, que os responsáveis – despropositais – por revelar o sistema do direito eram legisladores, o sistema foi revelado pela doutrina. Esse não possuía, como havia proposto Savigny, um critério material – o espírito do povo –, porém um critério formal: o de subsunção de um conceito superior com um inferior (MARTINS-COSTA, 1999).

Há, a partir dessa idéia de sistematização e do pressuposto que o código ordena e unifica normas, uma junção das idéias de sistema e de código. Há, então, a idéia de construir um código com sistema não apenas externo, mas com sistema interno, que permita que aquele sistema do direito revelado pela doutrina seja unificado.

Como principal inovação⁵⁴, destaca-se a existência da Parte Geral: um requinte sistemático se comparado com os códigos anteriores, afinal, com essa nova parte, o código quase não precisaria ser modificado, já que nada ali escrito normatizava uma ação específica, porém algo mais amplo⁵⁵. A Parte Geral assegura a unidade do BGB, é ela que permite que o direito seja construído de forma centralizada no código e que assegura o sistema interno (MARTINS-COSTA, 1999).

A Parte Geral regulava as pessoas, os bens e os fatos jurídicos, ou seja, os sujeitos ou titulares dos direitos subjetivos, os objetos desses direitos e os vínculos geradores dos mesmos. Na parte especial, as obrigações se antepõem aos direitos reais, seguindo-se o direito de família e o das sucessões, de forma mais lógica e didática.

Há discussões, no entanto, se o Primeiro Livro do BGB realmente satisfaz a exigência de uma verdadeira Parte Geral: Wieacker afirma que apenas a seção sobre negócio jurídico satisfaz os requisitos, nas outras seções preenche-se os requisitos de forma parcial apenas (WIEACKER, 2004). Essa discussão, todavia, não faz o BGB deixar de ser uma referência quanto à inovação da sistematização, mesmo que essa não seja perfeita.

Outra inovação consistiu no emprego da cláusula geral da boa-fé no comportamento das partes (§ 242), funcionando como válvula que concilia o Código com a evolução do Direito Civil.⁵⁶

Conclusão

A idéia de se ter um código que unificasse e sistematizasse o direito surgiu, entre outras circunstâncias, quando a sociedade estava se tornando mais complexa, com uma tendência unificadora de suas instituições e também mais focada na razão humana. O processo que leva a codificação é muito mais amplo e foi vivido pela sociedade em vários aspectos, dentre eles o direito.

⁵⁴ “A parte geral do BGB levanta um problema completamente diferente. Ela modifica o sistema do direito civil dum modo que compromete seriamente a unidade da família romano-germânica. A parte geral do BGB é a manifestação mais evidente do divórcio verificado no século XIX, entre a ciência jurídica alemã, dominada então pelos Pandectistas, e a ciência jurídica francesa, fundada sobre o estudo do código civil.” DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 100

⁵⁵ Ver AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In Judith Martins-Costa (org.). **A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.**

⁵⁶ Ver MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito...**



O direito, assim, evoluiu com essa idéia e também a aperfeiçoou em alguns aspectos, tanto que em sociedades tão complexas como as nossas talvez não fosse possível administrar o poder judiciário sem que se trabalhasse com o direito unificado e sistematizado. Note-se aqui, entretanto, que um direito unificado e sistematizado não depende unicamente do código, com ele há a positivação dessas idéias já existentes.

A forma escolhida para unificar e sistematizar o direito foi, nos casos dos países de influência romana principalmente, o código. A íntima relação entre direito e código que se tem na contemporaneidade é fruto de um processo iniciado na modernidade. A codificação modificou, de forma bastante intensa, a forma de lidarmos com o direito na prática, principalmente. Se hoje defendemos ou acusamos pessoas baseados em leis positivadas em códigos, é porque construímos, ao longo da história, uma noção de unidade e sistematicidade do direito e a necessidade de positivar isso.

Mesmo sendo inegável seu valor prático, o código ganhou importância, de certa forma, exagerada no direito, chegando, muitas vezes, a ser confundido com tal. A maior crítica é em relação à restrição das fontes a estatal, pois, dessa forma, o direito deixa de ser representativo do povo de que adveio. A solução para esse distanciamento, com algumas ressalvas, já foi sugerida por Savigny nas discussões relativas ao BGB: que o código seja tido como mais um elemento do direito apenas e que a construção histórica e jurisprudencial ganhe importância mais significativa no direito.



Bibliografia

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In Judith Martins-Costa (org.). **A reconstrução do direito privado**: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.

BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BELTRÁN, Isaac De León. **La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno**: comentarios al texto de Thibaut “Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”. Bogotá: Borradores de Método. No 28. Junio 15 de 2004. Disponible en: <<http://www.grupometodo.org/codif.pdf>> Acessado en: 6 nov. 2008.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CLAVERO, Bartolomé. **História del Derecho**: Derecho Común. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano, 1972.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LOPES, J. R. de L., QUEIROZ, R. M. R., ACCA, T. dos S. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Editora Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. In: STERN, Jacques (comp.). **La codificación**: Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970, p. 48-169.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodología jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1979.



SOLEIL, Sylvain. **La formación del derecho francés como modelo jurídico.** *Rev. estud. hist.-juríd.* [online]. 2006, n. 28, p. 387-398. Acessado em 15 de junho de 2008. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100011&lng=pt&nrm=iso.

THIBAUT, A. F. J. Sobre la necesidad de um derecho civil general para Alemania. In: STERN, Jacques (comp.). **La codificación:** Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970, p. 4-45.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante.** Florianópolis: Revista Sequência, nº 50, p. 9-27, jul. 2005. Acessado em: 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/cultura%20jur%EDdica.pdf>



O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-JURÍDICO NO TRATAMENTO DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS

Efeitos da legislação internacional na prática psiquiátrico-legal rio-grandense

Lucas do Nascimento¹
Arthur de Andrade Sehn²

Resumo: Através de resgate do estudo histórico da psiquiatria legal, o presente trabalho procura apontar instrumentos eficazes à modificação positiva das condições de vida dos doentes mentais rio-grandenses. Reconhecendo a rica interface entre direito e psiquiatria, parte-se para metodologia interdisciplinar a partir de método lógico-aristotélico, histórico-comparativo, histórico-contextual e bibliográfico. Assim, possibilitou-se compreensão holística primeira acerca do percurso histórico do tratamento dos doentes mentais no panorama internacional para adentrar-se na análise histórica nacional e estadual. Constatou-se atividade psiquiátrico-legal heterogênea no contexto nacional, destacando-se a rio-grandense, orientada por avançada legislação internacional.

Palavras-chave: História da Psiquiatria Legal, Saúde Mental, Reforma Psiquiátrica, realidade rio-grandense.

Introdução

O presente trabalho, a partir do estudo não só da prática psiquiátrico-legal, mas também da legislação que a envolve do contexto internacional ao rio-grandense, busca destacar as mutações históricas transcorridas nesse campo até a atualidade, no que diz respeito ao tratamento das pessoas com transtornos mentais, assim como relevar a realidade estadual e apontar instrumentos para enfrentar os problemas porventura encontrados.

Como método, adotou-se o lógico-aristotélico, a partir da indução e da dedução; o histórico-comparativo, pertinente a uma compreensão dos fatos a partir de cotejo entre diferentes espaços e tempos; o histórico-contextual, útil na medida em que penetra a realidade estudada, permitindo entendimento desta através da contextualização do momento e local históricos em vista; e, principalmente, o bibliográfico, ou seja, aquele que busca analisar uma determinada sociedade a partir dos documentos naquele ambiente produzidos.

Como forma de exposição, preferiu-se dividir o assunto em três capítulos: a) âmbito internacional; b) âmbito nacional; e c) âmbito rio-grandense, objetivando propiciar uma explanação clara acerca das relações existentes entre a história da psiquiatria legal internacional e a de seus orientandos legislativos, a nacional e a rio-grandense. Assim, tornou-se possível abordar de forma plena, mas sucintamente, o desenvolvimento histórico-legislativo no tratamento dos doentes mentais, com ênfase na realidade do Rio Grande do Sul.

¹ Estudante de graduação, no 5º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS. Tesoureiro do SAJU/UFRGS e assistente jurídico no GEIP (Grupo de Estudos e Intervenção em Matéria Penal). Foi bolsista PIBIC/CNPq em 2008, estagiário no escritório Medina Osório Advogados e no Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (de 11/2008 a 05/2009).

² Estudante de graduação, no 3º semestre da Faculdade de Medicina da PUCRS. Membro da Liga do Transplante PUCRS.

Capítulo I – Âmbito internacional

I.1. História da Psiquiatria Legal no plano internacional

A história da psicopatologia forense remonta ao antigo Direito Romano, que relevava a imputação do delito. O Digesto e os Códigos Justinianeus, inclusive, consolidações posteriores desse direito, já continham a consideração de que a alienação mental acarreta a inimputação (não responsabilização penal, por incapacidade relativa ou absoluta do indivíduo de determinar-se conforme sua vontade) nessa modalidade de ilícito (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 30).

Já na Idade Média, o direito penal acabou por ser colocado a serviço de interesses religiosos. Assim, os transtornos mentais eram geralmente considerados como expressões demoníacas, pensamento que se corporificava nos absurdos tribunais inquisitoriais. Ainda havia, no entanto, considerável harmonia entre razão e desrazão, conforme nos mostra Foucault, (FOUCAULT, 1981) equilíbrio este que vem a ser quebrado paulatinamente com o declínio medievo e a consolidação da mentalidade Moderna.

Durante a Renascença, justamente, toda a sociedade sofreu mudanças, inclusive em sua relação com a loucura. Esta nova postura pode ser exemplificada na imagem de Paolo Zacchia, considerado o inspirador da medicina legal moderna. Diz-se ter ele afirmado que “somente o médico era capaz de avaliar a condição mental de um indivíduo”, (COHEN; FERRAZ; SEGRE, 1996, p. 13) positivismo sociológico sintomático dos posicionamentos comunitários que então ganhavam corpo.

A partir desse pensamento nasce, no século XVII, a chamada internação, em resposta à desorganização social e à crise econômica provocadas na Europa pelas mudanças estabelecidas nos modos de produção. Antes de ser uma questão econômica, a relação entre o internamento e o trabalho era questão moral. Para o racionalismo, então em voga, a mazela moral da pobreza surge da vontade não disciplinada dos indivíduos. Opera-se uma identidade entre a mendicância, a ociosidade e o vício.³ O louco é ligado a essa imagem, já que negligencia os limites sagrados da produção. Portanto, era alvo da política de internação. Viciado, deveria ser tratado (FOUCAULT, 1981).

Em torno de 1830, na França, esse sistema começa a apresentar-se obsoleto na prática, pois os doentes mentais conviviam com os presos comuns, algemados ou presos por correntes de ferro. Apenas em 30 de junho de 1838 foi promulgada, neste país, lei que regulamentou a assistência aos então denominados alienados mentais. Ela representou a consagração dos direitos humanos reivindicados para os doentes mentais pela reforma de Philippe Pinel, essa continuada por seu discípulo Esquirol.⁴ Entretanto, embora a lei fizesse

³ As instituições de internação aparecem então como corpos morais encarregados de castigar, de corrigir uma certa “falha” moral que não merece o tribunal dos homens mas que não poderia ser corrigida apenas pela severidade da penitência, transformando todos os espaços e ações numa frenética busca de vigília em prol do labor. Por motivos de força se exige dos indivíduos que retornem ao movimento de conduta demandado pela sociedade. Cf. FOUCAULT, Michel, **op. cit.**, passim.

⁴ Jean Étienne Dominique Esquirol procurou classificar as doenças mentais em “monomanias”, conceito que criou para descrever transtornos mentais existentes em indivíduos que ainda mantêm outras faculdades intactas, percebendo que a capacidade de raciocínio do homem é subserviente às suas necessidades emocionais. Dessa forma, ele conclui que de uma determinada “monomania” pode resultar ação criminosa, e que este tipo de criminoso não deveria ser punido, mas tratado em um hospital de doentes mentais. Graças aos seus pensamentos, baseado em experiências clínicas com a psiquiatria, foi o maior responsável pela implantação posterior da psiquiatria forense no ocidente. Cf. SOUZA; CARDOSO, **op. cit.**, p. 32.



distinção entre doentes mentais e criminosos, a situação real pouco se modificou: a promiscuidade se manteve (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 30-31).

Em 1860, na Inglaterra, através do Criminal Lunatic Asylum Act, foram instituídos os manicômios criminais, que em 1910 se alastraram aos outros países europeus. Assim, o modelo escolhido foi o inglês, do sistema asilo-especial, em que se instituíam estabelecimentos exclusivamente para doentes mentais que cometeram delitos, passando estes a serem mantidos longe dos criminosos e dos doentes mentais asilados. A França, apesar de precursora na procura por melhoras das condições de tratamento e na introdução da psiquiatria junto ao judiciário, não conseguiu implantar de forma eficaz as reformas necessárias (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 33).

Outro campo que estava em aberto, e que se discutia principalmente na Europa, era o da utilização de conceitos psiquiátricos na justiça penal. Os magistrados e os tribunais opuseram forte resistência à intromissão da psiquiatria. Assim, inicialmente, e por longo período, apenas em alguns casos, como o dos dementes, recebia o agente delituoso com transtornos mentais tratamento diferenciado. Nesses, era considerado, pela justiça, irresponsável.⁵

Foi sob a influência tardia de O tratado dos delitos e das penas, obra publicada já no século XVIII, de Cesare Beccaria, que essa situação foi modificada. Sua doutrina transformou as concepções existentes sobre a punição, cujo caráter deveria ser mais intimidativo, destacando a necessidade de moderação da pena e da prevenção dos delitos (BECCARIA, 1999). A partir dessa já antiga, mas inaplicada lógica penal, passam a se delinear passos importantes em direção à proteção da dignidade das pessoas com transtornos mentais.

1.2. Marcos legislativos internacionais

Acerca do movimento de reconhecimento e defesa dos direitos das pessoas com transtornos mentais que deu origem à situação legislativa internacional atual, resume Taborda:

[...] surgiu, entre outros fatores, da constatação das condições intoleráveis de vida nos grandes hospitais psiquiátricos e de uma política de fortalecimento dos direitos humanos no plano internacional. Sendo alguns destes pacientes cidadãos desprovidos de um dos atributos mais caros aos seres humanos, a razão, nada mais justo que não sejam penalizados por isso e que recebam um tratamento condizente com sua dignidade (TABORDA, 1995, p. 285).

Como resultado destas lutas, no final do século XX foram promulgados documentos oficiais de entidades internacionais e de pretensão normativa, sendo alguns deles considerados marcos legislativos na conquista de direitos às pessoas com transtornos mentais. Seguem, conforme exposto por Taborda, os provenientes:

a) Da Europa: Recommendation R(83)2, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 22 de fevereiro de 1983; Resolution A3-0231/92, do Parlamento Europeu, de 16 de setembro de 1992.

⁵ Importante para modificar tal posição foi o resultado de outro debate, também na Europa, em torno do conceito de medida de segurança, criado por Carlos Stoos no anteprojeto de Código Penal para a Suíça, em 1893. Este tipo jurídico posteriormente foi sendo adotado por legislações de outros países, como Grécia, Itália e Brasil, na década de 1940.



b) Das Américas: Declaração de Caracas, proclamada pela Conferência Nacional da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) e Organização Mundial da Saúde (OMS), de 14 de novembro de 1990.

c) Das Nações Unidas: Resolução 46/119 sobre a proteção de pessoas com doença mental e a melhoria da assistência à saúde mental, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), de 17 de dezembro de 1991 (TABORDA, 1995, p. 285).

Todos eles, como marcos que são, passaram a servir de instrumento para mudanças legislativas localizadas, tais como as que se estudarão no decorrer deste trabalho.

Capítulo II – Âmbito nacional

II.1. História da Psiquiatria Legal no plano nacional

No século XVI, foram instituídas no Brasil as primeiras irmandades da Misericórdia, congregações privadas de caráter religioso que prestavam serviços assistenciais, entre eles o médico. Instalaram no país, entre outros estabelecimentos, hospitais (os hospitais da Misericórdia ou Santas Casas).⁶ Conforme Lycurgo de Castro, “As Santas Casas receberam os padecentes de todas as moléstias, desde os tísicos e os portadores de doenças infecto-contagiosas, até os alienados” (SANTOS FILHO, 1947, p. 342).

Ainda o mesmo autor nos dá elucidativo relato sobre os procedimentos adotados, em relação aos doentes mentais, nos referidos estabelecimentos:

[...] eram os loucos recolhidos às cadeias ou a celas ou quartos gradeados nos hospitais da Misericórdia, onde padeciam terríveis castigos impostos pelos rudes guardas e enfermeiros [...]. Na Santa Casa do Rio, segundo relatório da Sociedade de Medicina, existiam em 1830 doze pequenas celas, onde de mobília apenas havia dois enxergões e mais alguns “troncos”, onde eram aprisionados os doidos e também os escravos do hospital, quando cometiam faltas (SANTOS FILHO, 1947, p. 356).

No Brasil, com a chegada do século XIX, começam a se desenvolver serviços de atendimento aos indivíduos com transtornos mentais. Os que cometessem crimes eram, até então, entregues para suas famílias a fim de serem cuidados ou eram recolhidos às instituições supramencionadas por Lycurgo. Segundo Amarante, justamente, “A loucura só vem a ser objeto de intervenção específica por parte do Estado a partir da chegada da Família Real, no início do século passado” (AMARANTE, 1994, p. 73). Apenas em 1852,

⁶ “As irmandades da Misericórdia instituídas no Brasil a partir de meados do século 16 (a primeira foi a de Santos), uma em cada vila importante, cuidaram de praticar as “obras da Misericórdia” e assim instalaram hospitais (os hospitais da Misericórdia ou Santas Casas) e hospedarias (para náufragos, velhos desamparados, eclesiásticos em viagem e personagens importantes em trânsito); fundaram casas para criação e educação de crianças enjeitadas e abandonadas (as “Casas de Expostos” e “Rodas”), meninas órfãs (os “Recolhimentos de Orfãs”) e guarda de moças transviadas, mulheres adúlteras e mulheres de má vida (os “Recolhimentos do Parto”); criaram ou sustentaram hospícios e lazaretos; instalaram oficinas (para meninos e moços) e construíram igrejas; alimentaram os presos das cadeias e dotaram as mocinhas casadouras dos Recolhimentos de Orfãs; enterraram em terra sagrada os corpos dos enforcados e salvaram a vida dos condenados cujas cordas se partiram na hora precisa do enforcamento, lançando-lhes por cima a protetora bandeira da Misericórdia”. SANTOS FILHO, Lycurgo de Castro. **História da medicina no Brasil**: do século XVI ao século XIX. São Paulo: Brasiliense, 1947, v. 1, p. 339.



devido a uma pressão da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, foi inaugurado um hospital psiquiátrico, o Hospício Pedro II, no Rio de Janeiro.⁷

Em sua fundação, o imperador D. Pedro II proferiu o seguinte discurso, clarificador quanto aos objetivos do ato instituidor em questão:

[...] desejando assinalar o faustoso dia da minha sagração com a criação de um estabelecimento de pública beneficência, ei por bem fundar um hospital **destinado privativamente para tratamento de alienados**, com a denominação de “Hospício de Pedro II”, o qual ficará anexo ao hospital da Santa Casa de Misericórdia desta Côrte, debaixo da minha Imperial proteção, aplicando desde já, para o princípio de sua fundação, o produto das subscrições promovidas por uma comissão da praça do comércio e pelo provedor da sobre dita santa Casa, além das quantias com que eu houver por bem contribuir. Cândido José de Araújo Viana, do meu Conselho, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império, o tenha assim entendido e faça executar com os despachos necessários (SANTOS FILHO, 1947, p. 357).⁸ (Grifo nosso)

Na República, o Código Penal de 1890 pouco se alterou em relação ao Código Penal imperial. Apenas em 1903, a partir do Decreto nº 123, de 23 de dezembro de 1903, (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 34) proibiu-se manter alienados em cadeias públicas ou entre criminosos comuns, sendo o primeiro manicômio judiciário instalado nesse período. De acordo, Souza e Cardoso informam que “Em 1921, instalou-se, no Rio de Janeiro, o primeiro manicômio judiciário. A criação dessa instituição foi fruto da pressão da sociedade da época, da imprensa e da própria comunidade médica e psiquiátrica de então” (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 34).

Entretanto, enquanto vários países debatiam e encontravam propostas para enfrentar o evidente fracasso do modelo manicomial, o Brasil, no início da década de 60, implantava a prática de internação psiquiátrica como lugar privilegiado da atenção em saúde mental. Em reforço de tal assertiva, Cerqueira, pioneiro da Psiquiatria Social no Brasil, nos relata o seguinte:

Em 1950 tínhamos 0,41 internados por 1000 habitantes; 0,82 em 1970. Enquanto a população geral aumentou 82% em 20 anos, a população do hospital psiquiátrico aumento 213%, apesar do advento de psicotrópicos (...). A prova de que a única alternativa de tratamento ainda é a internação, temo-la no fato de que em 1970 foram internados 18 930 neuróticos (3166 nos

⁷ Sobre esse processo, segue trecho de Lycurgo: “Contra o deshumano tratamento imposto aos alienados protestaram com freqüência os médicos do Rio de Janeiro, principalmente os estrangeiros (como Sigaud e De Simoni) e os nacionais formados na Europa, conhecedores todos dos novos métodos preconizados por Pinel em fins do século 18. E a campanha por eles encetada culminou na ereção do primeiro hospício de alienados no Brasil, efetuada no Rio de Janeiro em 1852. Seguindo o exemplo da Côrte, a Misericórdia manteve em Recife um pavilhão isolado, no Hospital de Pedro II, para o tratamento dos alienados; na Baía fundou-se em 1874 o asilo de São João de Deus e em São Paulo o governo instalou numa casa, em 1852, um pequeno asilo para doentes mentais. Em Niterói, contruiu-se o “Hospício anexo ao Hospital de S. João Batista” (foram médicos desse hospício, entre outros, os drs. João Francisco de Souza e Domingos Jaci Monteiro Júnior). Nas demais cidades e vilas, até o fim do Império, os doidos continuaram sendo recolhidos às cadeias ou às Santas Casas. Apesar da construção desses “hospícios”, manda a verdade que se diga que a neuro-terapêutica continuou, no século passado, limitada à segregação e à coerção. A assistência verdadeira aos psicopatas só teve início, no Brasil, depois do advento do regime republicano”. SANTOS FILHO, Lycurgo de Castro, **op. cit.**, p. 356-357.

⁸ Discurso de S. M. o Imperador, de 18 de Julho de 1841.



hospitais públicos e 15766 nos particulares), estimando-se seu tempo médio de permanência em cerca de 2 meses (CERQUEIRA, 1984, p. 87-88).

Apenas em meados dos anos 80, com a Reforma Sanitária (na qual se enquadra a Reforma Psiquiátrica), orientada pelos programas da Organização Mundial da Saúde (OMS), tal como o Atenção primária e saúde para todos no ano 2000, (GUIMARÃES; TAVARES, 1994, p. 79) inicia-se uma mudança na prática de internação. Essa apresentou a necessidade de reversão da tendência hospitalocêntrica e psiquiatrocêntrica.

Assim, o Ministério da Saúde continuou procurando medidas que reverteressem a situação de falta de estrutura e internações desnecessárias, diversificando os procedimentos remunerados pelo SUS, adotando padrões mínimos para o funcionamento de seus serviços e procurando adotar práticas de assistência extra-hospitalar. Dessa forma, tornou-se possível a existência de uma rede de atenção de saúde mental, o que descaracterizou a internação como único meio existente e para onde era destinado o maior volume de verbas públicas, aliviando em parte o grande número de internações (DIAS, 1997, p. 60-70).

Apesar destes fatores positivos, é preciso, no entanto, ressaltar as conseqüências negativas da política adotada com o movimento de Reforma Psiquiátrica. Prescrevendo a extinção progressiva de leitos em manicômios e hospitais psiquiátricos, a lei corporificadora da Reforma Psiquiátrica (Lei Federal nº 10.216) não previu formas de imposição ao poder público de criação de novos leitos em hospitais gerais, substitutivos daqueles outros que foram extintos, ou de investimentos nas práticas de cunho extra-hospitalar. Assim, foram retiradas centenas de leitos sem haver a contrapartida de investimentos públicos na realização de programas de reinserção social do alienado,⁹ tais como o De Volta Para Casa, que contempla em todo o território nacional apenas 3000 pacientes, ou na criação de novos leitos em hospitais gerais.

Não se supre, portanto, a necessidade de acolhimento da população de doentes mentais com um número adequado de locais para atendimento extra-hospitalar, o que resulta em uma enormidade de pacientes absolutamente sem atendimento. Se os hospitais psiquiátricos são multados pelo não-fechamento de leitos, preconizado na Reforma Psiquiátrica, com certeza o mesmo não ocorre em relação ao governo e à Administração Pública pela não-abertura de leitos em hospitais gerais ou pela falta de investimentos em práticas extra-hospitalares de tratamento dos transtornados mentais. Tal estado de coisas tem levado a conseqüências funestas, entre as quais se pode apontar o aumento expressivo no número de mortes de doentes mentais e comportamentais.¹⁰

⁹ “A economia que o governo brasileiro fez nos últimos 18 anos, ao fechar cerca de 80% dos leitos psiquiátricos — de 120 mil leitos em 1989 para 38,8 mil em 2007 — não tem sido aplicada no atendimento a doentes mentais. Um estudo da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) aponta que, neste período, houve corte de dois terços da verba — o equivalente hoje a cerca de R\$ 2 bilhões por ano. O investimento, que era 5,8% do orçamento do Ministério da Saúde em 1995, caiu para 2,3%, em média, nesta década. Em 2006, a saúde mental recebeu R\$ 943.000, 2,04% do orçamento do ministério”. AGGEGE, Soraya. Em 18 anos, cortes com atendimento a pacientes chegaram a R\$2 bilhões. **O Globo**. São Paulo, p. 15, 9 de dezembro de 2007.

¹⁰ “O dado mais aterrador é do próprio Ministério da Saúde: o número de mortes de doentes mentais e comportamentais cresceu 41% nos últimos cinco anos, como mostram dados inéditos obtidos com exclusividade pelo GLOBO. Foram 9.398 doentes mentais mortos em 2006, contra 6.655 em 2001. No mesmo período, um quarto dos leitos psiquiátricos do país foi fechado, sem que fossem criados serviços substitutos suficientes”. AGGEGE, Soraya. Sem hospícios, morrem mais doentes mentais. **O Globo**. São Paulo, p. 14, 9 de dezembro de 2007.



II.2. Efeitos da legislação internacional na realidade brasileira.

O Brasil, com a implantação dos manicômios, na década de 20, ainda utiliza este sistema de abrigo para os doentes mentais. Desde a década de 40, no entanto, o país adotou o movimento de desinstitucionalização italiano, que teve como principal expoente Franco Basaglia, objetivando:

Eliminar os meios de contenção presentes no tratamento; restabelecer a relação do indivíduo com o próprio corpo; reconstruir o direito e a capacidade de uso da palavra e dos objetos pessoais; produzir relações, espaços e objetos de interlocução; restituir os direitos civis, eliminando a coação, as tutelas judiciais e o estatuto da periculosidade (VASCONCELOS, apud DIAS, 1997, p. 46).

Isso foi positivo para o Brasil, visto que indicou possibilidades de se realizar um tratamento que não reproduzisse as relações manicomiais. No entanto, o movimento italiano influenciou apenas alguns estados brasileiros, tais como Rio Grande do Sul, Paraná, Minas Gerais, Distrito Federal, Espírito Santo, Pernambuco, Ceará e Rio Grande do Norte. Além disso, é apenas com a Reforma Psiquiátrica, orientada pelos programas da OMS, como já afirmado, ou seja, apenas na década de 80, que tal movimento ganha corpo no meio jurídico nacional e regional (MINISTÉRIO da Saúde, 2004).

Primeiro passo nesse sentido, ainda que audacioso demais, foi o Projeto de Lei nº 3.657, assinado pelo deputado Paulo Delgado (PT-MG) e submetido em 12/09/1989 ao Congresso Nacional. Apresentado em 1991 à Comissão de Constituição e Justiça, foi derrotado por 23 votos a 4. No entanto, o texto aprovado em última instância no plenário da Câmara Federal e sancionado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 06 de abril de 2001, teve como base o projeto original e a versão final modificada do substitutivo do senador Sebastião Rocha, resultando na Lei Federal Nº 10.216, que propõe a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e a extinção progressiva dos manicômios no país, em substituição a legislação específica de 1934. Interessante se faz, para os fins deste trabalho, a transcrição de alguns dos artigos da lei de 2001:

Art. 2º, Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, **visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;**

(...)

VIII - **ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;**

IX - **ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.**

Art. 3º É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Art. 4º **A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.**



§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, **será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida**, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

Percebe-se, na leitura dos artigos transcritos, ser característico da Lei Federal em questão, além da regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e do posicionamento contrário ao modelo manicomial, o incentivo à prática terapêutica de reinserção do transtornado “na família, no trabalho e na comunidade” (art. 2º, parágrafo único, II), a ser realizada, preferencialmente “em serviços comunitários de saúde mental” (art. 2º, parágrafo único, IX) “pelos meios menos invasivos possíveis” (art. 2º, parágrafo único, VIII). Assim, ganham força os meios extra-hospitalares de terapia, na busca pela reinserção civil e política dos alienados, na recriação dos laços objetivos e subjetivos que no passado, talvez, o vincularam à comunidade da qual se encontra alheado.

Outra inovação extremamente relevante, e que contraria prática anterior fortemente influenciada pelo positivismo sociológico já abordado (em que se supervaloriza o poder do psiquiatra, sujeito dotado do máximo poder de certeza científica, frente ao “objeto” de seus estudos, a pessoa com transtornos mentais), está em conferir ao juiz poder de interferência para decidir ou não pela internação compulsória, caso essa tenha sido solicitada pelo médico competente. Anteriormente, importante ressaltar, era válido o seqüestro manicomial de qualquer pessoa que tenha sido diagnosticada como portadora de transtorno mental. Em sentido contrário à prática até então vigente, pois, o seguinte dispositivo da Lei Federal 10.216:

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Dessa forma, apesar da Constituição Brasileira de 1988 ter enunciado conquistas de direitos de cidadania de vários segmentos da população, existe certo consenso a respeito do fracasso do modelo manicomial ainda aplicado e da necessidade de conquista de direitos por parte daqueles que padecem um tipo de sofrimento psíquico. É a fim de suprimir tal lacuna de efetividade e de previsão constitucional específica que se promulga a Lei Federal supramencionada. Contudo, para ocorrer a mudança necessária, não basta estabelecer um dever-ser, sendo preciso trabalho no sentido previsto pela norma, no tornar concreto e existente aquilo que foi prescrito pelo atual ordenamento jurídico: despender tratamento condizente à personalidade de que se revestem todos, inclusive aqueles padecentes de transtornos mentais.



Capítulo III – Âmbito rio-grandense

III.1. História da Psiquiatria Legal no plano rio-grandense

No século XIX, a preocupação com a saúde mental não era uma prioridade do estado rio-grandense. A assistência aos doentes era precária e feita na Santa Casa de Misericórdia (DEBRET apud SANTOS FILHO, 1947, p. 348). Os tratamentos eram praticados por leigos e religiosos, visto que os médicos eram poucos e, geralmente, atendiam as classes mais ricas. Assim, muitas vezes a caridade era mais importante do que o próprio tratamento, tanto que uma das figuras com maior destaque era o “capelão da agonia”, personagem que se preocupava majoritariamente em atender as necessidades dos moribundos, (SANTOS FILHO, 1947, p. 339) ainda que médicos altruístas também desenvolvessem atividades nesse sentido.

A história da trajetória do tratamento do doente mental no estado do Rio Grande do Sul segue o mesmo caminho da ocorrida em outros estados. Era recolhido às prisões, mantido em cárcere privado ou recolhido pela caridade pública aos porões das Santas Casas. Segundo Lycurgo, justamente “Hospícios só foram construídos nas maiores cidades, de meados do século XIX em diante” (SANTOS FILHO, 1947, p. 342).

Em 1884, foi inaugurado, mesmo incompleto, o Hospício São Pedro, em Porto Alegre, o que só ocorreu depois de muita pressão por parte da sociedade gaúcha. Seu primeiro diretor, Dr. Carlos Lisboa, permaneceu apenas dois anos no cargo, e os diretores que o sucederam eram figuras de expressão política, os quais também tiveram mandatos curtos. No entanto, diferentemente do ocorrido no Rio de Janeiro, o asilo não ficou sob controle da Santa Casa, pois foi criada uma fundação para administrá-lo. Com a nomeação do Dr. Jacintho Godoy, o Hospício São Pedro recebeu forte influência psiquiátrico-legal francesa e adquiriu características de hospital de alienados, como dormitórios e locais para reuniões e descontração, por exemplo (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 36-37).

Posteriormente, com o decreto nº 3.455, de 4 de abril de 1925, o governo do Estado do Rio Grande do Sul criou o Manicômio Judiciário, o segundo estabelecimento desse gênero a ser fundado no país, tendo sido o primeiro o do Rio de Janeiro. O modelo escolhido foi o inglês, sistema asilo-especial, um estabelecimento exclusivamente para doentes mentais que cometeram delitos, longe dos criminosos e dos doentes mentais asilados. Inicialmente, ele foi inaugurado, provisoriamente, em um pavilhão do então Hospício São Pedro, ainda em 1925. Seu funcionamento iniciou com 13 pacientes idosos, já internados no Hospício São Pedro há muitos anos (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 33).

O Manicômio Judiciário, ao ser criado, era uma estrutura hospitalar autônoma. Mais tarde, com a fundação da Diretoria de Assistência a Alienados, a qual foi conferida à superintendência técnica administrativa dos hospitais São Pedro e Manicômio Judiciário, o segundo ainda continuou a manter sua autonomia. No entanto, em 7 de dezembro de 1937, um Decreto Estadual, de nº 6.880, subordinou o Manicômio Judiciário à chefatura de Polícia, repassando-o a uma seção de presídios e anexos. Assim, segundo o Dr. Jacintho Godoy, este processo retirou o aspecto inicial de hospital judiciário da instituição que por ora abordamos, igualando-o a um presídio de jurisdição policial, prejudicando o doente mental e o transformando em recluso (GODOY, 1955).



Em 1940, no entanto, é criado o Instituto Psiquiátrico Forense Dr. Maurício Cardoso,¹¹ único órgão existente no estado do Rio Grande do Sul que atende integralmente as necessidades exigidas pelo judiciário em relação aos doentes mentais que cometeram delitos (SOUZA; CARDOSO, 2006, p. 39). Encontra-se vinculado, atualmente, à Secretaria de Justiça e de Segurança, sendo, portanto, limitado o seu funcionamento por essa instância administrativa do Estado.

A partir de então, o Rio Grande do Sul caracterizou-se por seu adiantado avanço em matéria de legislação respeitante a direitos das pessoas com transtornos mentais. Vale ressaltar que, enquanto no país instaurava-se o processo para apreciação, pelo Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 3.657, do deputado Paulo Delgado (PT/MG), que data de 1989 e é representativo de movimento nacional antimanicomial que somente resultou em promulgação de lei no ano 2001, com a Lei Federal nº 10.216, no plano rio-grandense já em 7 de agosto de 1992 se legislou sobre o ponto, com a chamada Lei de Reforma Psiquiátrica Estadual (Lei Estadual nº 9.716).

Esta lei versava sobre a mesma matéria que posteriormente veio a ser corporificada na Lei Federal supramencionada, ou seja, “reorientação do modelo assistencial em saúde mental, deslocando a assistência do hospital psiquiátrico para uma rede de serviços de atenção integral à saúde mental, de base comunitária”,¹² passando a vigor aproximadamente 9 anos antes do que o análogo diploma nacional, já devidamente analisado em capítulo anterior. Desta forma, conforme Nardi e Ramminger:

[...] o Rio Grande do Sul foi a primeira unidade federativa brasileira a ter uma lei com esta finalidade, sendo seguido por outros sete estados em sua iniciativa, até que o processo fosse legitimado nacionalmente com a aprovação, somente em 2001, da Lei Nacional (NARDI; RAMMINGER, 2007, p. 267).

III.2. Orientações legislativas nacionais e internacionais e realidade prática estadual

Atualmente, a legislação do estado do Rio Grande do Sul pertinente ao tratamento dos doentes mentais está passando por um processo de transformação. Isto se deve ao fato da aplicação da Lei de Reforma Psiquiátrica Estadual (LRP), promulgada no ano de 1992 no estado. Essa lei teve alguns de seus princípios baseados, a nível internacional, em uma das diretrizes da Declaração de Caracas, a qual define que: “as legislações dos países devem ajustar-se de modo a assegurar o respeito dos direitos humanos e civis dos doentes mentais”.¹³ Todavia, a LRP também se baseou no Princípio das Liberdades Fundamentais e Direitos Básicos,¹⁴ documento já citado anteriormente.

Um dos principais pontos desta Lei, de nº 9.716 e de 7 de agosto de 1992, se refere ao modelo de assistência em saúde mental que deverá ser integrado na rede de saúde pública, superando um modelo centrado no hospital psiquiátrico. Inclusive, nela consta que:

¹¹ Godoy é convidado para inaugurar as recentes instalações do Manicômio Judiciário, inscrevendo o nome de Maurício Cardoso, famoso jurista, como patrono da nova casa.

¹² NARDI, Henrique Caetano; RAMMINGER, Tatiana. Modos de subjetivação dos trabalhadores de saúde mental em tempos de Reforma Psiquiátrica. In **Physis**: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: IMS-UERJ, 2007, p. 266-267.

¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, *Declaração de Caracas*, 14 – 17 de novembro de 1990.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Princípios para a proteção de pessoas com enfermidade mental e para a melhoria da assistência à saúde mental**, 17 de dezembro de 1991.



[...] dispõe sobre a reforma psiquiátrica no Rio Grande do Sul, determina a substituição progressiva dos leitos nos hospitais psiquiátricos por rede de atenção integral em saúde mental, determina regras de proteção aos que padecem de sofrimento psíquico, especialmente quanto às internações psiquiátricas compulsórias, e dá outras providências.

Nesse sentido, importante transcrever alguns de seus dispositivos. O primeiro deles, o art. 1º, prevê claramente a impossibilidade de internações psiquiátricas sem o devido processo legal, com todas as suas garantias processuais, para que se possa julgar devidamente pela necessidade ou não de internar-se aquele apontado como transtornado mental. Segue:

Art. 1º - Com fundamento em transtorno em saúde mental, **ninguém sofrerá limitação em sua condição de cidadão e sujeito de direitos, internações de qualquer natureza ou outras formas de privação de liberdade, sem o devido processo legal** nos termos do art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal.

Ainda é importante transcrever outro dispositivo, desta mesma lei, de igual inovação em território estadual e nacional:

Art. 2º - **A reforma psiquiátrica consistirá na gradativa substituição do sistema hospitalocêntrico de cuidados às pessoas que padecem de sofrimento psíquico por uma rede integrada e variados serviços assistenciais de atenção sanitária e social**, tais como ambulatórios, emergências psiquiátricas em hospitais gerais, leitos ou unidades de internação psiquiátrica em hospitais gerais, hospitais-dia, hospitais-noite, centros de convivência, centros comunitários, centros de atenção psicossocial, centros residenciais de cuidados intensivos, lares abrigados, pensões públicas comunitárias, oficinas de atividades construtivas e similares

Entretanto, embora esta orientação tenha o intuito de estabelecer um melhor atendimento ao paciente com transtornos mentais, está longe de ser concretizada na prática, devido à insuficiência de recursos destinados pelo poder público para efetivação das prescrições analisadas. O dispositivo encontra, por isso, uma barreira nos donos de hospitais e corpos clínicos, muitos dos quais acreditam que o sistema manicomial é a melhor alternativa de tratamento, consideradas as circunstâncias, como também na falta de leitos em hospitais gerais e de preparo médico nesses espaços.

Assim, faz-se necessário estabelecer um equilíbrio entre as orientações da LRP e o sistema ainda vigente na prática, objetivando adequar o padrão atual e, fundamentalmente, propiciar a melhora das condições de vida dos doentes mentais rio-grandenses e sua reinserção na sociedade. Isso se torna possível na medida em que ocorra uma inter-relação entre o sistema institucional e extra-institucional. Neste sentido, um exemplo é o Acompanhamento Terapêutico (AT), fundamentado na idéia de que o doente mental necessita de auxílio não só quando inserido em uma instituição psiquiátrica, mas também quando em contato com a comunidade, na tentativa de propiciar-lhe novamente uma relação saudável com a cidade. Esclarecendo, segue Palombini:

O AT, referenciado na psicanálise, surge como modalidade clínica de interesse, na medida em que possibilita acompanhar o sujeito na sua circulação pela cidade, colocando-se como alternativa para a construção de um espaço transicional, uma zona de intermediação entre a referência institucional para esse sujeito e seu acesso à via e aos lugares públicos (PALOMBINI, 2004, p. 17).



Finalizando, e corroborando a linha do presente trabalho, ainda Palombini:

(...) a clínica da psicose, na atualidade, tem implicado uma transposição do espaço imóvel e fechado do hospital para o terreno vivo, múltiplo e cambiante da cidade, impondo à prática profissional em saúde mental o esforço de buscar pontos de articulação entre os modos de experiência social do espaço e do tempo e a constituição espaço-temporal própria à condição psíquica da psicose. A hipótese formulada é de que a modalidade clínica do AT pode favorecer o surgimento de pontos de contato entre a referência institucional para o psicótico e o seu acesso à via e aos lugares públicos (PALOMBINI, 2004, p. 23).

Conclusão

A LRP se traduz como um momento de ruptura com a forma de tratamento secular ao doente mental, no intuito de reverter o processo de exclusão social que este padece. Uma das formas de tornar essa transformação real é através da legislação, que no caso do Brasil é adequada à internacional, esta convencionada principalmente por organizações supra-estatais, como a ONU,¹⁵ além de por tratados interestatais. O Rio Grande do Sul é uma exceção dentre os Estados-membros da nação, visto que apresenta leis modernas e conformes às diretrizes nacionais e internacionais.

Entretanto, apesar do avançado ordenamento jurídico, ainda não se concretizou o que prescrito está nas normas estaduais em questão, pois, como se viu no decorrer da explanação, apresenta o dito estado sérios problemas de ordem prática. É considerando tal circunstância que se faz necessária a busca por alternativas terapêuticas extra-institucionais de custo razoável, adequadas às diretrizes internacionais e de evidente caráter dignificante da pessoa humana. Interessa valorizar, neste sentido, as modalidades de atendimento previstas na LRP, como o AT, complementares aos hospitais psiquiátricos e que vêm a decompor a lógica manicomial na tentativa direta de reinserir o alienado na comunidade humana da qual se desgarrou.

Tudo isso, contudo, não se faz possível sem políticas públicas destinadas à promoção dos objetivos previstos na LRP, daí o porquê de entender-se a resistência daqueles médicos que, dignamente, preferem a aplicação do modelo manicomial à atual concreção pura da lei. Essa não realiza prescrição suficiente para que o poder público efetive a reinserção social do alienado, já que nela não estão previstas punições pela inércia do governo e Administração Pública em investir o necessário para modificação dos métodos de tratamento dos doentes mentais e para a criação de novos leitos em hospitais gerais, em substituição aos leitos que vêm sendo gradualmente fechados em hospitais psiquiátricos e manicômios.

Com a falta de interesse governamental e de tutela jurídica na defesa das pessoas com transtornos mentais, nada mais esperado do que a negação, a essas, de qualquer espécie de tratamento, o que as levaria à marginalidade e produziria um quadro de indiferenciação dos doentes mentais que cometem ilícitos em relação aos criminosos comuns, trazendo a volta de uma antiga prática através da qual loucos e criminosos eram presos indiscriminadamente. Essa, aliás, já vem se tornando uma realidade.

¹⁵ Entre outras decisões, a ONU, em 1991, adotou os *Princípios para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental*, explicitando no *Princípio das Liberdades Fundamentais e Direitos Básicos*, que toda pessoa com uma enfermidade mental terá o direito de exercer todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.



Bibliografia

AGGEGE, Soraya. Em 18 anos, cortes com atendimento a pacientes chegaram a R\$2 bilhões. **O Globo**. São Paulo, p. 15, 9 de dezembro de 2007.

_____. Sem hospícios, morrem mais doentes mentais. **O Globo**. São Paulo, p. 14, 9 de dezembro de 2007.

AMARANTE, P.. **Psiquiatria social e reforma psiquiátrica**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev., trad. de J. Cretella Jr. e de Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CERQUEIRA, Luiz. **Psiquiatria Social: problemas brasileiros de saúde mental**. São Paulo: ATHENEU, 1984.

COHEN, C; FERRAZ, F. C.; SEGRE, M.. **Saúde mental, crime e justiça**. São Paulo: USP, 1996.

DIAS, Míriam Thais Guterres. **Os (des)caminhos da política de saúde mental no Rio Grande do Sul: uma análise da implantação da lei de reforma psiquiátrica**. Porto Alegre: PUCRS, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A história da loucura na época clássica**. São Paulo: Graal, 1981.

GODOY, J. , **Psiquiatria no Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: edição privada, 1955.

GUIMARÃES, Reinaldo; TAVARES, Ricardo. **Saúde e sociedade no Brasil: anos 80**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

MINISTÉRIO da Saúde. **Legislação em saúde mental: 1990-2004**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2004.

NARDI, Henrique Caetano; RAMMINGER, Tatiana. Modos de subjetivação dos trabalhadores de saúde mental em tempos de Reforma Psiquiátrica. In **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: IMS-UERJ, 2007, p. 265-287.

SANTOS FILHO, Lycurgo de Castro. **História da medicina no Brasil: do século XVI ao século XIX**. São Paulo: Brasiliense, 1947, v. 1.

SOUZA, Carlos Alberto Crespo de (Org.); CARDOSO, Rogério Göttert (Org.). **Psiquiatria forense: 80 anos de prática institucional**. Porto Alegre: Sulina, 2006.

TABORDA, José Geraldo Vernet. Psiquiatria legal. In: José Geraldo Vernet Taborda; Pedro Prado-Lima; Ellis D'Arrigo Busnello... [et al.]. **Rotinas em psiquiatria**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 280-296.



INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO: A INFILTRAÇÃO POLICIAL

Letizia Casaril¹

Resumo: O trabalho tratará de uma das formas legais previstas de investigação das organizações criminosas, qual seja, a infiltração policial. Será abordada a definição de “crime organizado”, o conceito de “agente infiltrado” e se há necessidade do emprego desta técnica. O estudo passa pela análise ética da possibilidade de afetação de direitos fundamentais para garantir a efetividade da investigação e sua constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. Após, tratar-se-á das características e pressupostos do agente, quem pode executar essa tarefa, quando ela pode ser aplicada e por quanto tempo, e quem a controlará. Finalmente, a pesquisa encerra-se abordando a responsabilidade penal do agente por crimes que cometa no exercício desta função.

Palavras-chave: Crime organizado. Infiltração Policial. Direitos Fundamentais. Responsabilidade do agente.

.....

Introdução

A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 com modificações introduzidas pela Lei nº 10.271, de 11 de abril de 2001, no seu artigo 1º, dispõe que tratará sobre meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (BRASIL, 1995).

O conceito de quadrilha ou bando consta do artigo 288 do Código Penal “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes” (BRASIL, 1940), assim como o conceito de associação criminosa para fins de tráfico está elucidado no artigo 35 da Lei de Drogas “associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 desta Lei” (BRASIL, 2006). Entretanto, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, definição do que seja organização criminosa. Esta falha impede, em tese, a aplicação de todos os dispositivos referentes às organizações criminosas, uma vez que não se poderia aplicar a lei sem a precisa definição do seu objeto.

O princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito, está assim previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República:

¹ Estudante de graduação, no 9º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS. Secretária Geral do Grupo de Pesquisa Ciência Penal Contemporânea, coordenado pelo Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo. Secretária de Eventos Acadêmicos do Centro Acadêmico André da Rocha.

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ou seja, não há crime se não houver uma lei que o determine desta forma, bem como não há pena que não seja cominada legalmente. A única maneira de se proibir uma conduta e atribuir-lhe uma sanção é por meio de lei, excluídas quaisquer outras fontes normativas, atendido, por consequência, o então chamado princípio da reserva legal. No campo do Direito Penal, tudo o que não é proibido é permitido, logo, se não há previsão do que seja crime organizado, impossível persegui-lo. É uma garantia do cidadão não ser punido se não houver a tipificação legal de sua conduta criminosa, pois não poderia ele adivinhar o que o Estado considera crime.

Conforme ensina ROGÉRIO GRECO, uma das funções do princípio da legalidade é exatamente proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). E explica que, em conformidade com o princípio da reserva legal, não basta apenas a existência de uma lei anterior ao fato que defina a infração penal. Há que existir, no preceito primário do tipo penal incriminador, uma definição precisa da conduta proibida ou imposta. Assim, com base neste princípio, é vedada a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos, devendo a lei ser taxativa e a sua interpretação restritiva (GRECO, 2007, p. 96).

Dessa forma, em nome do princípio da legalidade, e em consequência, da reserva legal, não seria conveniente deixar para o Poder Judiciário a tarefa de definir o que é crime organizado. Melhor seria tivesse a lei conceituado o fenômeno, para que doutrina e jurisprudência apenas o lapidasse, conferindo, assim, mais segurança ao tipo penal.

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA ensina que, no direito da União Européia, para um organismo ser considerado uma organização criminosa, busca-se identificar as seguintes características: **1)** mais de duas pessoas; **2)** divisão de tarefas entre elas; **3)** permanência; **4)** controle interno; **5)** suspeitas do cometimento de um delito grave; **6)** atividade internacional; **7)** violência; **8)** uso de estruturas comerciais ou de negócios; **9)** lavagem de dinheiro; **10)** pressão sobre o poder público e; **11)** ânimo de lucro. Segundo a autora, a exigência é que ao menos seis dessas características estejam presentes, sendo que as de número 1, 5 e 11 são obrigatórias (BARBOSA, 2008, p. 68).

A Declaração Política e Plano de Ação Mundial de Nápoles contra a Delinquência Transnacional Organizada, constante na Resolução 49/159 de 23 de dezembro de 1994 da Assembleia Geral das Nações Unidas, assinalou como possíveis manifestações de criminalidade organizada: **1)** a formação de grupos para dedicarem-se a delinquência; **2)** os vínculos hierárquicos ou as relações pessoais que permitam o controle do grupo pelos seus chefes; **3)** o recurso à violência, intimidação ou corrupção para obter benefícios ou exercer o controle de algum território ou mercado; **4)** a lavagem de dinheiro de



procedência ilícita para os fins de alguma atividade delitiva ou para financiar alguma atividade econômica legítima; **5)** o potencial para introduzir-se em alguma nova atividade ou para estender-se além das fronteiras nacionais; **6)** a cooperação com outros grupos organizados de delinquentes transnacionais (BARBOSA, 2008, p. 68).

Por sua vez, a Interpol define crime organizado como qualquer empresa ou grupo de indivíduos que participem engajados em uma contínua atividade ilegal cujo objetivo principal seja gerar lucro, além das fronteiras nacionais (MONTROYA, 2007, p. 188).

Para o FBI, crime organizado é aquele executado por qualquer grupo que apresente alguma forma de estrutura, com a finalidade principal de obter lucros por meio de atividades ilegais, tendo por características o uso da violência física ou moral, da corrupção e da extorsão, com certa influência sobre a população de um determinado lugar, região ou país (MONTROYA, 2007, p. 189).

No Brasil, o Decreto n.º 5.015/2004 promulgou a Convenção da ONU contra o crime organizado transnacional, internalizando no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de organização criminosa constante no artigo 2º da Convenção de Palermo de 15.12.2000 como sendo um

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (BRASIL, 2004)

Embora a delimitação feita não seja a mais precisa, deixando de considerar várias das características anteriormente mencionadas, fato é que existe um conceito no ordenamento jurídico brasileiro para o que seja “organização criminosa”. Assim torna-se possível passar à análise da Lei n.º 9.034/1995. Desse modo, o presente trabalho, versando sobre o tratamento legal do crime organizado, buscará dar um enfoque específico à figura do inciso V do artigo 2º desta Lei, o agente infiltrado.

1. O Agente Infiltrado: conceito e necessidade de sua utilização

Utilizada nas chamadas operações *undercover*, a figura do agente infiltrado é tratada no inciso V do artigo 2º da Lei n.º 9.034/1995, cuja redação reza que um dos procedimentos de investigação e formação de provas é a “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial” (BRASIL, 1995). Para RAFAEL PACHECO, o “agente infiltrado é um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa



forma, desmantelá-la” (PACHECO, 2007, p. 109). Já de acordo com GARCÍA, explanando especificamente sobre a organização criminosa para o tráfico de drogas, a técnica de investigação do agente infiltrado consiste na penetração encoberta de funcionários da polícia judiciária no cotidiano da organização com o objetivo de obter provas para delimitar a estrutura da organização, a área em que atua, as formas de distribuição das drogas e do lucro obtido, de modo que permita a apreensão da droga e do dinheiro e a detenção dos autores. (GARCÍA, 1996, p. 69).

Embora perigoso o procedimento – por colocar em risco a integridade física do agente, e por suprimir direitos fundamentais dos investigados –, para GARCÍA, faz-se necessário o uso deste recurso em função da complexidade de organização desses núcleos criminosos, quase que impossíveis de serem desmantelados pelos meios tradicionais de investigação (GARCÍA, 1996, p. 69). Não se trata apenas de investigar um bandido ou uma quadrilha, mas sim um núcleo criminoso complexamente organizado, com hierarquia rígida (não raro mantido esse respeito à hierarquia por constrangimentos físicos e morais), muitas vezes estruturado sob a forma de empresa, com grande influência nas organizações sociais e estatais, ingerência internacional, acesso facilitado à informação e recursos financeiros abundantes. É a criminalidade própria da globalização, a qual não consegue ser combatida com as técnicas investigatórias tradicionais. Nesse sentido, continua a autora, é impossível chegar aos verdadeiros chefes da organização valendo-se dos meios usuais de investigação, vez que estes seriam insuficientes diante do aparato de que dispõe o órgão criminoso.

A Juíza portuguesa FÁTIMA MATA-MOUROS pondera que “para combater práticas excepcionais, exigem-se meios excepcionais” (MATA-MOUROS apud PACHECO, 2007, p. 129), acrescentando que “para meios excepcionais há que tomar cautelas excepcionais” (MATA-MOUROS apud PACHECO, 2007, p. 129). Diante desta afirmativa da magistrada, caberia a reflexão: a utilização deste modo de investigação, apesar de parecer bastante eficaz, abre espaço à violação de direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, mas o fim de desmantelar as organizações criminosas justificaria essa violação?

2. Eficácia da investigação e garantias individuais

Para contextualizar tal problematização, PACHECO escreve que este

[...] é o cíclico retorno do dilema ético, da velha discussão sobre meios e fins, na qual o Estado, neste caso, ao fazer uso da infiltração policial sob a égide de elucidar e evitar crimes, ainda que não deseje, se arrisca a praticá-los. (PACHECO, 2007, p. 109 e 110.)



Discutindo esta questão, entende CIRINO DOS SANTOS que o uso do agente infiltrado para investigação e formação de provas infringe o princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade (CIRINO DOS SANTOS apud PACHECO, 2007, p. 110). Isso porque alguns direitos fundamentais podem ser violados pela atuação do agente infiltrado, tais como a intimidade, a inviolabilidade das comunicações, das correspondências, e do próprio domicílio. Também para os doutrinadores portugueses FERNANDO GONÇALVES e GUEDES VALENTE a infiltração policial é uma técnica de investigação de moral duvidosa, na qual o suspeito produz a prova de sua condenação involuntariamente, atuando em erro sobre a qualidade do agente infiltrado (GONÇALVES; VALENTE apud PACHECO, p. 110). No mesmo sentido, MONTROYA vê este meio como técnica imoral utilizada pelo Estado para a repressão do delito, pois se utiliza da mentira e da traição (MONTROYA, 2001, p.310).

Pois bem, para esta corrente doutrinária, o desmantelamento das organizações criminosas não é fim que justifique a violação de direitos fundamentais. O Estado estaria abusando do seu monopólio do poder punitivo relativizando garantias individuais do cidadão, as quais não admitiriam essa forma de tratamento em um Estado Democrático de Direito como é o nosso.

Por outro lado, PACHECO, ao criticar CIRINO, GONÇALVES e VALENTE, qualifica a opinião destes doutrinadores como “precipitada” uma vez que a infiltração no Brasil não prescinde de ordem de juiz competente², assim como outros institutos que restringem garantias e direitos constitucionais (PACHECO, 2007, p. 109 e 110). Anota COSTA que se demonstrado, ainda que indiciariamente, ser o crime perpetrado por organização criminosa – fato que, normalmente, dificulta a obtenção de provas – não há nada que impeça o juiz de autorizar o uso da infiltração, desde que determinada a sua utilização com base em decisão fundamentada (COSTA In: BALTAZAR JÚNIOR; MORO, 2007, p. 142). Assim, não parece haver imoralidade no uso da infiltração policial, pois, ainda que atinja direitos fundamentais do investigado, a adoção desta técnica não se dá de modo arbitrário, sendo submetida ao controle judicial competente que decidirá fundamentadamente com base em prova robusta, mesmo que indiciária. A estrita legalidade constitucional afastaria a alegada imoralidade.

Compartilha desta opinião ROCHA, inclusive indo além, quando defende que a soberania estatal, implementada pelos postulados filosóficos que inspiraram a formação dos estados contemporâneos, admite a possibilidade do Estado determinar com que rigidez controlará as perturbações sociais, desde que seja observada a legalidade. Qualquer Estado Democrático de Direito, segundo o autor, admite restrição de direitos fundamentais em caráter

² Conforme o artigo 2º, inciso V da Lei 9.034/95 é preciso a “circunstanciada autorização judicial”.



excepcional se houver máximo controle de sua execução. Ainda que a Constituição Brasileira não faça ressalva expressa à inviolabilidade desses direitos fundamentais (como faz com a inviolabilidade do domicílio ou com o sigilo das comunicações), essa restrição pode ser levada a cabo pelo uso do agente infiltrado, desde que a alternativa se mostre idônea, necessária, esteja prevista em lei e seja implementada mediante decisão judicial motivada, atendendo aos critérios da proporcionalidade (ROCHA, 2002, p. 55 e 56).

Com efeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao interpretar o artigo 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950, diz que é justificada a ingerência do Estado na vida privada do cidadão toda vez que estejam presentes três requisitos concorrentes: **(a)** que a interferência seja prevista em lei (legalidade); **(b)** que a ingerência tenha uma finalidade legítima (legitimidade do fim – como é legítimo o fim de combater a criminalidade organizada); **(c)** que em uma sociedade democrática essa alternativa seja necessária para atingir o fim, relacionando-se os custos jurídicos e os benefícios sociais em conflito (necessidade) (PACHECO, 2007, p.117).

No Brasil, já existe a previsão legal, tanto na Lei 9.034/1995, artigo 2º, inciso V, quanto na Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil, a qual também prevê o instituto da infiltração policial.

A legitimidade do fim deve ser demonstrada no caso concreto, quando solicitado ao juiz autorização para implementação da medida. Assim, havendo suspeita fundamentada de cometimento de delito por organização criminosa, com robusta prova indiciária, estaria demonstrada a legitimidade da infiltração.

A necessidade da medida deve ser aferida da mesma forma. A infiltração só deve ser realizada se a investigação não puder ser exercida por outro meio. No entanto, tendo em conta que as suspeitas são de crime perpetrado por organização criminosa, com toda a complexidade a ela inerente, a necessidade da medida é hialina.

Logo, conforme os preceitos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas que interferem na privacidade de pessoas, a infiltração policial pode ser uma interferência aceita em um Estado Democrático de Direito, servindo a um fim legítimo, protegendo a segurança coletiva e preservando direitos dos demais cidadãos.

Na mesma linha foi a decisão exarada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades



legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros [...] (STF, 1999).

Do voto do relator do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, Ministro CELSO DE MELLO, ainda vale a pena ressaltar o seguinte trecho:

[...] Torna-se essencial enfatizar, neste ponto, uma vez mais, não obstante a posição eminente que as liberdades públicas assumem em nosso sistema constitucional, que não devem elas – considerado o substrato ético que as informam – “proteger abusos nem acobertar violações”, eis que os direitos e garantias individuais expõem-se a naturais restrições derivadas “do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Liberdades Públicas e Processo Penal”, p. 251, 2ª Ed., 1982, RT; LUIS FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, “Provas Ilícitas”, p. 152, item n. 5.1, 1995, RT; EDOARDO GIANNOTTI, “A Tutela Constitucional da Intimidade”, p. 89, 1987, Forense) [...].

A Primeira Turma da Corte Constitucional Brasileira também se manifestou a respeito do tema ao apreciar Habeas Corpus, cujas bem lançadas palavras do Ministro Relator MOREIRA ALVES merecem ser aqui transcritas:

[...] estando, portanto, afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também, conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita [...].

Evidentemente seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo de seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa [...]. (STF, 1997)

Há a necessidade de interpretação das normas que tratam dos direitos fundamentais, devendo ser dado a elas alguma flexibilidade quando em conflito com outras, ou, de outra forma, como diz CANOTILHO “deve haver máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição



compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa” (CANOTILHO apud PACHECO. 2007. p. 122). Utilize-se o exemplo da prova ilícita. Ela é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro, conforme artigo 5º, LVI da Constituição da República ³. Não obstante, jurisprudência e doutrina, ponderando esta norma com a que dá direito à liberdade, insculpida no caput do mesmo artigo, têm admitido a prova ilícita pro reo, porque entendem que a teleologia da norma é vedar a utilização de provas ilícitas, pelo Estado, para punir o particular. Assim, não poderia esta garantia prejudicar o indivíduo, sendo justificável sua flexibilização, já que em favor daquele a quem visa tutelar.

Dessa forma, pode-se afirmar com segurança que é perfeitamente constitucional a restrição a alguns direitos fundamentais pela implementação da infiltração policial, pois a investigação atende a razões de relevante interesse público, visando a dar efetividade ao princípio da convivência harmoniosa das liberdades, protegendo a integridade do interesse social, de acordo com os critérios da proporcionalidade.

O que se defende aqui não é a irrestrita aplicação da técnica investigatória do agente infiltrado, pois isto seria uma espionagem despida de qualquer legalidade. O que se quer demonstrar é que em casos excepcionais, quando a infiltração (assim como outros institutos que afetam direitos fundamentais) seja idônea, necessária, com finalidade legítima, prevista em lei, com autorização judicial fundamentada e atendidos os critérios de proporcionalidade, sua implementação é constitucional e está em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

A aplicação do artigo 2º, inciso V, da Lei nº 9.034/1995, dessa forma, não se mostra como imoral. Consabido que não há direitos absolutos quando há vários direitos fundamentais reconhecidos, inclusive em relação à intimidade e outras garantias individuais passíveis de violação com a adoção do agente infiltrado, mostra-se amparada esta técnica de investigação no ordenamento jurídico brasileiro, quando utilizada segundo critérios de proporcionalidade, mediante decisão fundamentada.

Com razão, portanto, RAFAEL PACHECO ao afirmar que os meios mais eficientes para obtenção de provas vulneram alguns direitos e garantias fundamentais. Mas é preciso trilhar-se um caminho difícil para identificar o ponto de equilíbrio quando do conflito entre esses direitos e o fim buscado pela investigação (PACHECO, 2007, p. 120).

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.



3. O agente propriamente dito

Superada a discussão ética acerca da adoção do agente infiltrado como técnica de investigação, passa-se a analisar as características e pressupostos da pessoa do agente. Não se pode colocar em prática tal forma de investigação sem antes delimitar com certa precisão quem pode executar essa tarefa, quando ela pode ser aplicada, quanto tempo ela pode durar, como será controlada e qual a autoridade competente para tanto.

Em primeiro lugar, para atender à necessidade de neutralidade daquele que examina o pedido de infiltração policial, quem deve examiná-lo não pode ser alguém ligado aos quadros policiais, sob pena de comprometimento da isenção do exame. Nos países com tradição de investigação impulsionada por autoridade judicial, é ela que detém o poder de apreciar todos os pressupostos de implementação da medida. Na Espanha, a Ley Orgânica 5/1999 dispõe que, em casos de urgência, pode também o Promotor de Justiça autorizar a polícia a intervir em uma organização criminosa por meio de um agente infiltrado, tendo a obrigação de comunicar imediatamente ao juiz. Nos países com tradição da Common Law ou naqueles em que a autoridade responsável pela investigação prévia do delito é o Ministério Público (como na Itália, França e Alemanha), é dado a ele o poder de autorizar e controlar a atuação do agente infiltrado, de forma exclusiva ou concorrente com outra autoridade (ROCHA, 2002, p. 57). No Brasil, quem tem o poder e autoriza o emprego desta técnica é o juiz, mediante autorização circunstanciada. Segundo ROCHA, a qualidade de “circunstanciada” significa que deverá fixar o objeto e conteúdo da atividade do agente infiltrado (ROCHA, 2002, p. 57). Em acepção mais ampla, deve ser a fundamentação minuciosa, para que não deixe brechas ao desvirtuamento do uso da técnica. Complementa o autor que essa decisão deve referir os instrumentos de proteção cabíveis, como falsidade de identidade e domicílio, quem serão os intermediários para os contatos, quais os veículos e armas empregados, o marco inicial e o tempo de duração da medida, bem como, principalmente, os direitos fundamentais que poderão ser violados no curso das investigações, com a gravação de imagens ou conversações, “grampos” telefônicos, violação de correspondência, entre outros (ROCHA, 2002, p. 57 e 58).

Quanto à pessoa do agente, o dispositivo legal em apreço menciona expressamente a possibilidade de infiltração por agentes de polícia ou de inteligência. Para ROCHA, houve má elaboração do texto legal, uma vez que a atuação dos agentes de inteligência se ajusta mais à captação e interceptação ambiental prevista no inciso IV da Lei, pois são intervenções menos invasivas nos direitos fundamentais (ROCHA, 2002, p. 53). PACHECO é mais incisivo quando duvida da constitucionalidade da permissão para agentes de inteligência atuarem como infiltrados, visto que estes não possuem funções de polícia judiciária, desse modo não estando legitimados a coletar provas



voltadas às futuras utilizações em processo penal, tendo em conta o artigo 144 da Constituição da República, o qual prevê as instituições policiais e sua atuação (PACHECO, 2007, p. 114 e 115). Isso porque a coleta de provas para futuro processo criminal é a única causa que legitima a violação a direitos individuais, pois é preciso que exista um motivo jurídico razoável para que seja deferida autorização legal de interferência nesses direitos. E quem tem poder constitucional para proceder à coleta dessas provas são os agentes da polícia judiciária. Além disso, ainda entende o autor que, analisando-se a lei posterior, Lei n.º 11.343/2006, relativa ao tráfico de drogas, (que também fala da infiltração, mencionando apenas agentes de polícia e não mais os de inteligência), em conjunto com o artigo 4º do Código de Processo Penal, o qual estabelece que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais, e, embora não exista vinculação da posterior à anterior, seria de bom alvitre tê-la em conta, assim como os outros dispositivos mencionados (PACHECO, 2007, p. 115-117). No entanto, entende ROCHA que se a atuação dos agentes de inteligência como agentes infiltrados for prevista em lei, a qual tenha instituído procedimento para a formalização do respectivo conteúdo, pode o resultado da investigação ser legitimamente aproveitado pelos órgãos de polícia judiciária (ROCHA, 2002, p. 54).

O parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.034/1995 prevê que a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração, com o objetivo claro de proteger o agente, sua identidade bem como sua integridade física e moral. Por ser uma medida cautelar, o pedido de infiltração deve correr em autos apartados, com total sigilo durante todo o seu deslinde, o que é bastante razoável, dadas as características da medida. Pelos mesmos motivos, a doutrina entende que o agente não pode ser obrigado por dever de função a desempenhar esta tarefa. Devido aos riscos que são impostos à sua integridade física e moral, e, da mesma forma, à de sua família, a tarefa deve ser executada mediante voluntariedade do policial. A eles também deve ser dada toda a proteção disponível, em semelhança aos mecanismos disponibilizados para testemunhas. É que quando se trata de uma organização criminosa complexa, movida por um sentimento de honra e respeito absoluto à lei do silêncio, aquele que é descoberto como violador dessa regra pode ser perseguido por bastante tempo. A Lei argentina nº 23.737 (bastante semelhante à lei americana), em seu artigo 9º, estabelece que o agente cuja segurança esteja em risco devido à revelação de sua identidade real, pode requerer a sua aposentadoria, independente do tempo de serviço prestado. Por outro lado, a Lei espanhola nº 9.807/1999 estabelece a proteção de agentes com caráter provisório, sendo extinta ao término do processo, só admitindo exceções em casos excepcionais. Por isso esta lei é alvo de críticas que sustentam que mecanismos de proteção como esse impossibilitam o emprego eficaz dessa técnica. Já a lei brasileira, por sua vez, não prevê nenhum mecanismo para proteção do agente infiltrado, sendo este um dos



grandes obstáculos para a eficácia da medida (ROCHA, 2002, p. 62). Resta a possibilidade de normas administrativas estabelecerem alguns mecanismos protetores, como manutenção da identidade falseada e sigilo da identidade original nos registros públicos, mudança de local de prestação de serviço após a conclusão da operação, entre outros.

Outro pressuposto importante quanto à infiltração é saber quando o agente poderá entrar em cena. A lei não fez menção à execução desta medida, mas a doutrina entende que quando está demonstrada a execução de crimes por organização criminosa (ou seja, que a atividade delitiva é extremamente grave e requer meios de prova especiais) e não há outra forma de proceder à elucidação dos fatos, o juiz pode, por decisão circunstanciada, autorizar o procedimento⁴. COSTA ainda coloca como requisito inafastável para autorização da infiltração a prévia oitiva pelo juiz, em caráter sigiloso, do agente que se dispõe a cumprir a diligência de infiltração (COSTA, 2007, p.143).

Importante ainda delimitar por quanto tempo a infiltração pode estender-se. A lei também não faz menção a este aspecto. JOSÉ TOURINHO afirma que “dependendo e de acordo com a orientação de cada caso concreto, sobressaindo nesse aspecto a questão da prescrição, causa extintiva de punibilidade, não pode a investigação perdurar tanto tempo a ponto de levar à impunidade dos autores das infrações investigadas” (TOURINHO apud PACHECO. 2007, p. 119)

Propõe ARAÚJO DA SILVA valer-se de analogia com a Lei 9.296/1996, que disciplina as interceptações telefônicas em sistemas de informática e telemática, sendo o prazo máximo, para duração da infiltração, de 15 dias, renovável por igual tempo se comprovada sua indispensabilidade (artigo 5º), devendo ser cientificado o representante do Ministério Público. Porém, por critérios de razoabilidade, este período pode ser exíguo para atingir os objetivos da medida e ainda pode colaborar para aumentar os riscos à integridade física do agente. A saída abrupta da organização, em momento inesperado, despertaria suspeitas e incitaria vingança. Mas este autor apresenta outra solução, encontrada pela doutrina espanhola, que considera o prazo da medida de seis meses sem prejuízo de eventual prorrogação, mediante decisão motivada sobre a necessidade de estender a duração da medida, indicando ainda que o juiz deverá observar o tempo mínimo imprescindível e necessário para a realização da diligência, podendo o Ministério Público ou o juiz solicitar informações periódicas sobre o desenvolvimento da investigação (SILVA, 2003, p. 88).

Essa corrente mostra-se mais adequada, pois o Ministério Público, cumprindo a função de fiscal da lei, garantirá o desenvolvimento liso da investigação durante todo o seu desenvolvimento. A fiscalização, portanto, se

⁴ Neste sentido: COSTA, p. 142; ROCHA, p. 57 e PACHECO, p. 119.



dará principalmente pelo Parquet, pois essa é uma de suas funções primordiais, sem prejuízo do controle feito pelo juiz, através de relatórios e informações emitidas pelos superiores hierárquicos do agente.

3.1. Responsabilidade penal do agente infiltrado.

Muitos autores, ao tratarem do tema da infiltração policial, afirmam ser necessário que o agente pratique atos ilícitos para fazer parte da organização criminosa. A sua aceitação dependeria dessas provas de fidelidade ou de castidade e, sem elas, não seria possível atingir o objetivo da investigação. Sustentam, por conseguinte, que não existiria a possibilidade de alcançar êxito com a execução da medida senão pelo deferimento de autorização ao agente para praticar delitos. PACHECO discorda parcialmente desta corrente, pois entende que grande parte das organizações criminosas está estruturada sob a forma de empresa, podendo o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma das suas faces lícitas, não sendo obrigatória a consumação de crimes para cumprir seu dever e adentrá-las, mas somente para inserir-se nas organizações tradicionais, tipo mafiosas ou as de extrema violência (PACHECO, 2007, p. 126).

Fato é que a Lei nº 9.034/1995 não faz qualquer previsão acerca dos limites de atuação do agente. Tampouco há notícias de caso que trate de responsabilidade penal de agente infiltrado que tenha sido levado à apreciação do Judiciário, para que daí fosse possível extrair dele uma forma de interpretação.

Preliminarmente, há que se dizer que não há sentido algum em imputar ao agente o crime de formação de quadrilha ou bando, já que a própria lei permite ao policial que ele adentre nesses grupos, agindo ele, dessa forma, no exercício regular de direito.

Destarte, havendo a possibilidade de o agente precisar cometer algum ilícito, é preciso determinar sua responsabilidade sobre estes atos. LUIZ FLÁVIO GOMES é incisivo ao manifestar-se no sentido de que o agente infiltrado deve ser responsabilizado por todos os delitos que cometa, pois a lei não lhe permite que os pratique (GOMES apud ROCHA, 2002, p. 59).

Da mesma forma entende ISAAC SABBÁ GUIMARÃES, afirmando que a infiltração de agentes no Brasil não possui o condão de autorizar a prática delituosa (GUIMARÃES apud PACHECO, 2007, p.130). Diverso é o posicionamento de ROCHA, na medida em que apresenta duas formas de encarar a exclusão de responsabilidade penal do agente. Sua proposta é a de, ou considerar a conduta como escusa absolutória que reconhece o crime sem aplicar a pena por razões de política criminal, a qual não aproveita aos co-partícipes integrantes da organização criminosa, pois é uma causa de exclusão de pena de caráter subjetivo; ou a de considerar como causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, caracterizada pelo estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, ou



obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal, aproveitando aos co-partícipes, excluída também para eles a sanção (ROCHA, 2002, p. 59).

Ainda em corrente diferenciada, CAPEZ entende que o agente é sempre responsável pelos crimes de que participar, pois não há permissivo legal para que assim proceda. Não obstante, segundo ele, a conduta pode ser considerada atípica quando desempenhada em estreita relação com o princípio da proporcionalidade e de acordo com a adequação social, o que excluiria a materialidade do crime. Poder-se-ia, assim, afastar a sanção sob a alegação de existência de estado de necessidade, em vista de o bem jurídico lesado ser de menor valor caso comparado ao benefício que resulta do afastamento do perigo representado pela organização criminosa. Ou ainda, o agente poderia ter sido obrigado a adotar aquela conduta por estar sob coação moral irresistível, sendo-lhe inexigível conduta diversa (CAPEZ, 2006, p. 246 e 247).

A lei espanhola que prevê a infiltração policial traz como regra geral a isenção de responsabilidade criminal do agente, desde que os atos sejam consequência direta e necessária da investigação, não haja excesso e guarde a devida proporcionalidade com o escopo investigatório (PÉREZ, 2001, p. 90)⁵, e, com relação às condutas que possam afetar direitos fundamentais, deverá o agente solicitar ao órgão competente as autorizações que, sobre a matéria, estabeleçam a Constituição e a lei, assim como cumprir as demais provisões legais aplicáveis (ROCHA, 2002, p. 61).

As normas estadunidenses, em especial as ligadas ao tráfico de drogas, apenas conferem uma imunidade geral aos policiais que, no exercício das competências que lhe são próprias e legalmente atribuídas e com autorização devida, pratiquem atos de posse, importação, exportação, fabricação e outros atos que, em outro caso, seriam ilegais (GARCIA, 1996, p. 73 e 74).

A Argentina optou pela escusa absolutória, positivando na Lei nº 23737, artigo 31, que não será punível o agente infiltrado que, como consequência necessária do desenrolar da infiltração, tenha sido compelido a cometer delito, desde que este não ponha em perigo a vida ou integridade física de outra pessoa, ou desde que não imponha grave sofrimento físico ou moral a outrem (PACHECO, 2007, p. 134).

Na França, a legislação trata do tema apenas com relação a entorpecentes, anistiando delitos passados e excluindo as penas para os delitos futuros, com o único limite de que tais atos estejam relacionados com a finalidade da investigação (GARCIA, 1996. p. 72 e 73).

O legislador português descreveu, na Lei 45/96, as condutas de funcionário em investigação criminal, ou de terceiro atuando sob o controle da

⁵ No mesmo sentido: SILVA, p. 90 e 91.



polícia judiciária na condição de agente infiltrado, que não são puníveis. Assim excluiu de sanção as condutas de acertar, deter, guardar, transportar ou, por consequência e por solicitação de quem se dedique a estas atividades, entregar substância psicotrópica ou outros produtos químicos suscetíveis de desvio para fabricação ilícita de droga ou precursor (PACHECO, 2007, p. 133).

Os italianos excluíram de sanção somente a compra simulada de substâncias entorpecentes que objetive coletar provas de delito já cometido, submetido a controle administrativo e judicial, não excluídos de pena quaisquer outros crimes (GARCIA, 1996. p. 73).

Já a lei alemã possui no seu código de procedimento penal artigos que regulam os requisitos, pressupostos e formas de proceder do agente infiltrado, proibindo o cometimento de delitos (GARCIA, 1996. p. 74 e 75).

A omissão legislativa brasileira de tratar do tema da responsabilidade criminal do agente torna quase que inviável a aplicação do diploma legal, pois, se situação ocorresse em que um agente infiltrado cometesse crime no exercício da sua função, o judiciário, não podendo deixar de pronunciar-se, ainda que na ausência de normatização, tornar-se-ia legislador ao apreciar o caso concreto. Ademais, haveria imprudência por parte da polícia ao empregar a técnica sem o delineamento necessário para a boa execução da investigação. Finalmente, o prejudicado seria o agente que se submeteu à situação de risco, tendo, ainda, que enfrentar processo eivado de incertezas, o que contribuiria muito para a insegurança jurídica⁶.

Conclusões

A figura do agente infiltrado, sem dúvida, é de grande valia para o elucidamento de crimes de grande impacto social, como os praticados pelas organizações criminosas. É uma técnica aparentemente muito eficaz para o desmantelamento desses núcleos criminosos, todavia, faz-se necessário ponderar se os benefícios que ela produz superam os seus efeitos maléficos.

Certo é que a investigação por meio da infiltração pode afetar direitos fundamentais, como inviolabilidade das comunicações, do domicílio e a intimidade. Contudo, não há direito absoluto em um Estado Democrático de Direito. Assim, quando em colisão vários direitos fundamentais, alguns precisam ser relativizados para se garantir os outros. Essa ponderação, feita através do exame de proporcionalidade, leva em conta os direitos fundamentais em colisão bem como outros princípios e regras constitucionais,

⁶ Caberia ainda, no tema do agente provocador do delito, a discussão acerca do crime impossível (uma vez que o investigado não teria cometido o crime caso não fosse incitado pelo agente infiltrado) e da validade da prova por ele colhida. Porém, tal questão transborda o objeto do presente trabalho.



resultando na possibilidade de implementação da infiltração em alguns casos. A adoção da técnica do agente infiltrado, portanto, não se mostra, de antemão, atentatória ao ordenamento, mesmo porque amparada em controle judicial rígido.

Por fim, quanto à responsabilidade do agente por eventuais crimes cometidos no exercício da função, não obstante rica discussão existente na doutrina, o tema carece de normatização. Até o momento, o policial infiltrado não está autorizado a cometer nenhum delito. Todavia, o tema deve ser criteriosamente estudado pelos legisladores e, em tempo, ser positivado, pois se mostra necessário à evolução do sistema investigatório e judiciário.



Referências Bibliográficas

BARBOZA, Paula Andrea Ramírez. Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito. In: CALLEGARI, André Luís (Org). **Crime Organizado: Tipicidade, Política Criminal, Investigação e Processo – Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-104.

BRASIL, **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>. Acesso em 17.05.2008.

BRASIL, Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). **Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Penal**. 7ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 503-504.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23452/RJ**, Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999 (julgamento). Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21/05/2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 4: legislação penal especial.. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Jorge Gustavo Serra de Macedo. Os modernos métodos de investigação: a interceptação das comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática; a quebra do sigilo bancário; a infiltração e a captação ambiental; cooperação jurídica internacional. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo e MORO, Sergio Fernando (Orgs.). **Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.131-144

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA, Maria Dolores Delgado. El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Dir.). **La Criminalidad Organizada ante la Justicia**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996. p.69-84.



MONTOYA, Mario Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. **Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Crimonología**. Mendoza, v.1, n.2, p. 291-337, 2001.

_____. **Máfia e Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007. (PACHECO, 2007)

PÉREZ, Carlos Granados. Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia. In: PÉREZ, Carlos Granados (Dir.). **La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgânicos**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p.88-95.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente Infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 3, nº 5, p. 49-68, janeiro/abril 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.



CRÍTICA À TEORIA DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão?

Raquel Lima Scalcon¹

Resumo: A teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização tem crescido em importância na doutrina e na jurisprudência constitucional do Brasil. Desse modo, incontestemente a urgência do estudo de sua estrutura básica, composta: pela teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy, pela teoria constitucional do bem jurídico-penal e ainda pelo “princípio” da proibição de proteção deficiente de Claus-Wilhelm Canaris. Após, necessário verificar a consistência de suas premissas em relação à conclusão, qual seja, a limitação da discricionariedade do legislador ordinário penal. Em determinados casos, inclusive, a redução da sua liberdade de configuração seria tal, que apenas a utilização do Direito Penal na tutela dos direitos fundamentais tornaria a opção legislativa constitucionalmente legítima.

Palavras-chave: Constitucional. Direitos Fundamentais. Direito Penal. Liberdade do Legislador. Juízo de Proporcionalidade.

Introdução²

“Mandado constitucional implícito de criminalização” é um conceito jurídico usado frequentemente para justificar - e ordenar - a criminalização de condutas, especificamente aquelas que ameacem ou lesem direitos fundamentais. Se ausente a tipificação da conduta como crime, argumenta-se que estará o Poder Público – precisamente, o Poder Legislativo – a incorrer em violação ao dever de proteção *eficiente* de direitos fundamentais e/ou de bens jurídicos constitucionais, omissão essa que estaria viciada pela inconstitucionalidade material³.

A palavra “mandado” será, nesse estudo, definida estipulativamente⁴, como caracterizadora de um discurso jurídico prescritivo – ou seja, como enunciado deôntico⁵ componente do ordenamento jurídico, o que enseja a sua qualificação como *norma jurídica* -, que não visa, portanto, a descrever - a expressar informação ou conhecimento -, mas sim a modificar, influenciar e dirigir o comportamento. Por sua vez, aquele cujo comportamento

¹ Estudante de graduação do 9º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS. Técnico Judiciário do TRF da 4ª Região desde agosto de 2007, onde exerce a função de assistente adjunto no gabinete do Desembargador Federal Luis Alberto D’Azevedo Aurvalle.

² Importante registrar que este artigo é construído a partir de conclusões parciais da Monografia de Conclusão de Curso, ainda inacabada, e sob orientação do Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo, a quem se agradece desde já.

³ Utiliza-se a expressão inconstitucionalidade material, no caso, como oposta à inconstitucionalidade formal, entendendo-se aquela como *desconformidade* à constituição, ou seja, como vício do *conteúdo* do ato/omissão, tratando-se de efetivo limite substancial à atividade normativa do poder político, e esta, como mera questão de *incompatibilidade* com a constituição, leitura, portanto, eminentemente mais atrelada à forma, ou ao procedimento legislativo.

⁴ Portanto, como proposta de utilização do vocábulo com um sentido determinado, com preferência sobre outros. Adianta-se que, da mesma forma, se procederá quanto aos vocábulos “constitucional”, “implícito” e “criminalização”, a fim de explicar o significado ora conferido ao conceito jurídico “mandado constitucional implícito de criminalização”, que é o elemento central do presente estudo.

⁵ Conforme Alexy, os enunciados deônticos, independentemente de serem jurídicos ou não, podem ser classificados em *mandados*, *proibições* e *permissões*. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.37.

será conformado é, especificamente no caso dos mandados de *criminalização*, o Poder Legislativo. Por fim, a determinação denominada de “mandado”, a qual ora se analisa, é uma norma jurídica que qualifica uma ação como obrigatória.⁶

Já o vocábulo “constitucional” adjectiva o mandato quanto à sua fonte no ordenamento jurídico, ou seja, de qual Poder emana a obrigação da ação. Trata-se, pois, de norma criada pelo Poder Constituinte, a qual é fundante da própria ordem jurídica, não apenas por ocupar a hierarquia máxima dentre as normas jurídicas que compõe o ordenamento, porém também porquanto indisponível aos Poderes Constituídos. Essa característica é nevrálgica para a compreensão da eficácia de tais mandados como determinações heterônomas⁷ - e vinculantes - perante o Poder Legislativo, o qual tem o dever de compatibilizar e de conformar o exercício da função legislativa com os limites e as determinações decorrentes das normas constitucionais, sob pena de viciá-lo pela inconstitucionalidade.

Ressalta-se, contudo, que a característica da indisponibilidade perante o Poder Legislativo pertence, de forma mais clara, apenas às Constituições rígidas, que são aquelas cujo processo de reforma constitucional é agravado – com mais requisitos e empecilhos – em relação ao processo legislativo propriamente dito, devendo a Constituição ocupar o topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico. Salienta-se, no entanto, que, em certos casos, a própria Constituição transfere ao legislador ordinário a competência para a qualificação do interesse público - com liberdade de conformação -, não estando, pois, submetido a mandados ou proibições, como, por exemplo, na hipótese de cláusula de restrição indiretamente constitucional, como é o caso do art. 5º, inc. XIII, do art. 5º, inc. XV e do art. 5º, inc. LVIII, todos integrantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por sua vez, a ação que o mandato qualifica como obrigatória é a *criminalização* de uma conduta, o que acarreta consequências muito particulares com relação à vinculação do Poder Legislativo, visto que a dependência da efetivação da obrigação perante tal poder é imensa. Isso porque, diversamente do problema que decorre das normas constitucionais que reconhecem uma série de direitos a prestações (fáticas ou jurídicas) do Estado sem estrutura de regra estrita, aos quais, ainda é juridicamente possível conferir eficácia diretamente da constituição, assim não ocorre em relação às normas constitucionais que determinam a criminalização de uma conduta. Isso se explica a partir da compreensão de que não existem criminalizações originárias de uma constituição, porque obrigatória a *interpositio legislatoris*.

Tal diferença existe porque, em se tratando de norma incriminadora, o sistema jurídico é regido pelas regras consubstanciadas nas garantias fundamentais do *nullum crimen sine lege praevia* e do *nulla poena sine lege praevia*, reconhecidas no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por conseguinte, a própria norma constitucional transfere ao legislador ordinário a competência de expedir norma tipificadora, competência essa de que as normas da constituição carecem, sendo inconstitucional qualquer interpretação de uma criminalização “originária” a partir da

⁶ Os conceitos de mandato como norma que qualifica um comportamento como obrigatório, e de proibição como norma que qualifica uma omissão como obrigatória podem ser vistos em GUASTINI, Riccardo, Norma: una noción controvertida. In: GUASTINI, Riccardo. **Distinguindo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Gedisa editorial: Barcelona, 1999. p. 96.

⁷ O conceito de determinantes heterônomas como elementos, fatores ou decisões que se impõem externa e de forma substantiva e material às autoridades, no caso, ao Poder Legislativo, encontra-se magistralmente explorado em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 2.ed. p.247.



Constituição. Isso não significa, é verdade, que ela não possa antecipar-se e reconhecer determinadas condutas como crime (como faz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos art. 5º, inciso XLI, art. 5º, inc. XLIII e XLIV, dentre outros), mas sim que o delito somente restará configurado em havendo norma ordinária tipificando-o. Assim, tais determinações da Constituição apenas podem ser compreendidas como meros mandados constitucionais explícitos de criminalização, dirigidos ao legislador ordinário, mas de modo algum como tipos penais propriamente ditos.

Por fim, quanto ao vocábulo “implícito” que adjetiva o mandato constitucional de criminalização, está-se a utilizá-lo a fim de diferenciar o objeto analisado nesse estudo dos mandados constitucionais *expressos* de criminalização, que estão, frise-se desde já, alheios ao objeto da investigação. Enquanto estes foram expressamente positivados no texto constitucional, ou seja, pertencem, por inequívoca determinação, à Constituição Penal Dirigente *formal*, aqueles pertenceriam apenas à Constituição Penal Dirigente *material*.

Tais mandados implícitos decorreriam, em síntese introdutória, de duas premissas básicas: (a) a de que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão, exigindo não apenas uma atuação negativa, mas também uma atuação positiva do Estado, o qual teria dever de protegê-los de agressões de terceiros, o que poderia ser realizado através de normas penais e (b) a de que essa proteção exigida do Estado não pode ser ineficiente, mas, muito ao contrário, a atuação Estatal estaria vinculada ao princípio da proibição da proteção deficiente, o que tornaria, muitas vezes, não apenas *possível*, mas *obrigatória* a realização da proteção *unicamente* por meio de normas incriminadoras⁸. Desse modo, restariam configurados os mandados constitucionais *implícitos* de criminalização.

I - Antecedentes dos mandados implícitos de criminalização

Foi a partir do surgimento, na incipiente década de 60, da notável obra de Peter Lerche, a qual denominara de *Habilitationschrift – Übermass und Verfassungsrecht* (LERCHE, 1961) – que a doutrina constitucionalista deparou com um novo e complexo paradigma, que rompia – ou possibilitava romper, dada a inegável resistência com que o respectivo tema ainda é analisado – com uma estrutura sólida da relação entre Poderes Constituídos e, da mesma forma, entre esses e a Constituição. Estava-se a questionar se o Poder Legislativo continuava, afinal, a ser um poder livre nos fins, ou se, pelo contrário, diante do estágio do Estado Social e Democrático de Direito, seria possível – e adequado – o desenvolvimento de uma doutrina “dos limites da liberdade de conformação ou, até, de uma doutrina da discricionariedade legislativa” (CANOTILHO, 2001, p. XII).

Tratava-se de Cartas emancipatórias, analíticas, programáticas ou, na expressão cunhada por Canotilho, *dirigentes*: buscava-se, pois, conformar a realidade fática – quase um “refazer o mundo” - por meio das normas constitucionais, as quais, além de terem eficácia imediata, vinculavam o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário de maneira antes nunca experimentada na Ciência e na Prática Jurídica. Rejeitava-se o mundo em que se vivia: era preciso mudá-lo, torná-lo mais igualitário, justo e humano, não apenas elevando os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, mas também ordenando, constitucionalmente, a sua realização e, da mesma forma, elegendo, *a priori*, com a competência do Poder Constituinte, políticas públicas, as quais restariam determinadas nas normas da Constituição (como a criação do Sistema Único de Saúde, consubstanciado na determinação do art. 198 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

⁸ Sobre o tema, ver estudo realizado por CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, 2ª tiragem. *passim*.



Quanto às consequências do novo paradigma Constitucional no Direito Penal, observou-se, em Constituições e inclusive em Tratados Internacionais sobre Direito Humanos, uma curiosa contradição: a coexistência – de forma inédita – de normas garantidoras de direitos e normas de cunho autoritário⁹. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou no cenário brasileiro essa experiência: ainda que tenha, inegavelmente, fixado limites ao poder repressivo do Estado, não deixou de apresentar normas que formavam um sistema constitucional *criminalizador*, pois essas determinavam que certas condutas fossem obrigatoriamente criminalizadas pelo legislador penal ordinário.

A passagem do sistema constitucional criminalizador - ou dos mandados *expressos* de criminalização - para os mandados *implícitos* de criminalização foi *veloz*, haja vista a tendência de expansão do Direito Penal¹⁰, a qual é de clara e inegável verificação em diversos países da *Civil Law*, realidade da qual não se afasta o Brasil. E assim ocorreu. Na Alemanha, país precursor de tal construção dogmática (com origem jurisprudencial), a decisão paradigmática foi a “Schwangerschaftsabbruch I” (ALEMANHA, 2005, 266 p.ss.), do Tribunal Constitucional Alemão, em 25-02-1975. Nela, julgou-se inconstitucional o § 218a, introduzido ao Código Penal Alemão pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal de 1974 (5. StrRG), o qual criava uma dirimente especial¹¹ no aborto, sempre que realizado por um médico, com a concordância da grávida e desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção. Se assim configurado, estaria excluída a antijuridicidade da conduta dos eventuais agentes.

Quando questionada a constitucionalidade da “Solução de Prazo” (a denominação faz menção ao período de 12 semanas a partir da gravidez em que seria lícito abortar) por 193 membros da Câmara Federal e por certos governos estaduais, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BverfG*) passou à sua análise, sustentando, de forma inaugural, a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização¹². Isso restou muito claro no argumento de que “em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador ordinário é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal”, (ALEMANHA, 2005, 271) a fim de proteger e garantir a vida em desenvolvimento.

1.1. As primeiras manifestações jurisprudenciais e doutrinárias brasileiras sobre a Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização

No Brasil, foi a doutrina constitucionalista-penal, anteriormente a qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal, quem encampou a teoria alemã acerca dos

⁹ Um bom exemplo é o Estatuto de Roma – aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002 e promulgado internamente através do Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 – o qual, conquanto se trate de ordenamento cuja finalidade seja tutelar os Direitos Humanos, estabelece, em seu art. 77, 1, alínea b, entre as penalidades aplicáveis aos crimes sujeitos ao Tribunal Penal Internacional a “pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem”, o que é, inegavelmente, uma grave contradição.

¹⁰ Como, por exemplo, a ampliação dos poderes investigatórios da polícia, a redução das garantias, a “aceleração” e “antecipação” dos tipos penais, com um Direito Penal de “diferentes velocidades”, bem como o aumento das penas e, ainda, as tentativas de redução da maioria penal.

¹¹ Esta dirimente ficou conhecida como “Solução de Prazo” (*Fristenlösung*) in SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, op. cit., pág. 267.

¹² Salienta-se, contudo, que tal expressão, especificamente, não fora cunhada naquele julgamento, mas apenas a expressão “obrigação constitucional de sancionar penalmente”, a qual, como se depreende da leitura da decisão, foi utilizada em referência ao mesmo conceito e ao mesmo objeto que aquela.



Mandados Constitucionais de Criminalização. Inclusive, sua defesa realizou-se, pela primeira vez, por Ingo Wolfgang Sarlet, quando da apresentação ao Congresso Internacional do IBCCRIM de 2003, cujo conteúdo foi posteriormente adaptado ao artigo “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”¹³. Posteriormente, outros juristas passaram a defender tal teoria em suas obras, especificamente Douglas Fischer (FISCHER, 2006), Luciano Feldens¹⁴ e Lênio Luiz Streck¹⁵. Não se pode deixar de frisar que, embora não sejam tais juristas, atualmente, os únicos no Brasil a defenderem tal teoria ou sobre ela escreverem, foram eles, sem dúvida, os pioneiros no seu estudo (enquanto teoria de origem Alemã) e na sua adaptação ao Direito brasileiro.

Já o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, pela primeira vez, acerca do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS¹⁶. Discutia-se, em apertada síntese, se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento, para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos “crimes contra os costumes”, consubstanciada no art. 107, VII do CP¹⁷, ocasionava uma violação ao art. 226, § 3º, da CRFB de 1988. Este, por sua vez, determinava que o Estado brasileiro deveria proteger, de modo especial, a família, e que, para efeitos de tal proteção, a união estável era reconhecida como entidade familiar da mesma forma que o casamento. O acórdão, por maioria, negou provimento ao Recurso

¹³ Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, vol. 12, e também na Revista Brasileira de Ciências Criminais (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, mar-abr. 2004, págs. 60-122) e, em versão alterada, na Revista da Faculdade de Direito de Coimbra (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 81, p. 325-85). Posteriormente, o autor apresentou algumas limitações às propostas antes defendidas, consoante se depreende da leitura de SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade**. Notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2008.

¹⁴ Especialmente em FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, bem como em FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e, ainda, em FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de Direitos Humanos. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2008.

¹⁵ Inicialmente e especialmente em STRECK, Lênio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004, págs. 243-84. Ressalta-se, contudo, que o autor já reviu, em artigos posteriores, determinadas posições então apresentadas, principalmente quanto ao Princípio da Proporcionalidade (como em STRECK, Lênio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o idealismo liberal-individualista-clássico**. Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 15 out. 2008. Ainda, importante a análise de um de seus mais recentes artigos acerca do tema: STRECK, Lênio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?** Disponível em : <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 10 jan. 2009.

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=proibicao%20de%20protecao%20deficiente&base=baseAcordaos>> Acesso em 11 dez. 2008.

¹⁷ Art. 107, *caput* – “Extingue-se a punibilidade”; inc. VII – “pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos 1, 2 e 3 do Título VI da Parte Especial deste Código”.



Extraordinário, afastando o reconhecimento da união estável, bem como ressaltando que, inclusive, tal hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei n. 11.106/2005.

Ao mesmo tempo, o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista cujo argumento principal estruturava-se – de forma até então inédita na Corte – na proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais. Assim, sustentou inicialmente que era preciso indagar, afinal, qual seria o bem jurídico tutelado pela norma constitucional em tela, tendo defendido tratar-se da instituição da família. Prosseguindo na tese, aduziu que, no caso,¹⁸ o reconhecimento de união estável e, por conseguinte, de incidência de hipótese normativa do Código Penal que ensejaria a extinção da punibilidade do agente, permitiria blindar, através de norma penal benéfica, uma situação de fato repugnada pela sociedade, “caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”.¹⁹ Após, referiu que a doutrina já vinha apontando para a existência de uma espécie de garantismo positivo, como outra face da proporcionalidade, de forma que a proibição de proteção deficiente era muito importante na aplicação dos direitos fundamentais *de proteção*, especificamente naqueles casos em que “o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”.²⁰

1.2. Uma dúvida incessante

A partir do exposto, já é possível a formulação dos primeiros questionamentos acerca da teoria sob análise. Pode-se afirmar, inclusive, que dentre as dúvidas surgidas, a mais importante seja a seguinte: a teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, a partir da interpretação de normas constitucionais declaratórias de Direitos e Garantias Fundamentais, é consistente e suficientemente justificada pela doutrina “constitucionalista-penal” brasileira que a sustenta? Ou ainda, consoante a metáfora do título deste artigo, ela legitima tamanha limitação da liberdade de conformação do legislador penal?

A importância da resposta é imensa, uma vez que o seu objeto está incluído naquilo que se convencionou denominar de crise de modernização do Direito Penal (SILVA SANCHES, 2000. P. XI), entendida como a conjuntura do Direito Penal – no mundo ocidental por inteiro – nas duas últimas décadas, caracterizada por alterações estruturais em tal ramo do Direito que, de tão profundas, acabaram por comprometer sua própria identidade – até o presente momento, eminentemente liberal. Tais mudanças decorrem da momentânea prevalência de uma *afirmada* – mas não demonstrada – necessidade de expansão da atuação penal em relação àquele Direito Penal pautado pela forte *limitação* da utilização do *ius puniendi*, prevalência essa que é consequência, sem dúvida, da tentativa de afrontar com êxito uma criminalidade que recrudescer quantitativa e qualitativamente.

¹⁸ Estas as peculiaridades do caso: tratava-se de estupro cometido pelo tutor da vítima, a qual, desde os 9 anos de idade, era abusada sexualmente pelo autor, tendo dele engravidado aos 12 e, após, segundo afirmado no Recurso Extraordinário em tela, mantido com ele união de fato.

¹⁹ Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688. In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=proibicao%20de%20protecao%20deficiente&base=baseAcordaos>> Acesso em 11 dez. 2008.

²⁰ Idem, ibidem.



Seria, afinal, o Direito Penal, tal como construído sob o paradigma liberal, “insustentável, por sua inadaptação ao atual estado de desenvolvimento sócio-econômico; insustentável, por seu idealismo ingênuo; insustentável, por seu arcaísmo, seu formalismo, sua lentidão, suas irritantes limitações práticas” [trad. livre] (SILVA SANCHES, 2000, p. XII)? Essa é uma importante questão, pois a aceitação da consistência jurídica e filosófica da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização significará o acolhimento de mudanças ainda mais profundas, especialmente na política criminal, diante de criminalizações pré-determinadas por uma Constituição penal dirigente, com relação às quais caberia ao legislador ordinário apenas acatar, realizando-as de forma eficiente. Portanto, necessário questionar se seria, afinal, essa a interpretação mais adequada e que promove com mais justiça a realização dos Direitos e Garantias Fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A resposta à questão, ou seja, a aceitação - ou não - de tal teoria, significa, sem dúvida, ter de escolher, previamente, entre *romper* ou *manter* com um Direito Penal até então estruturado com base em uma ética liberal.

II - Estruturas inconsistentes?

II.1. Os três alicerces da teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização

A teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, tal como idealizada pela doutrina penalista brasileira, está estruturada em três premissas fundamentais: 1ª) um conceito de direito fundamental construído a partir da Teoria de Direito de Robert Alexy; 2ª) uma relação entre Constituição e Direito Penal com base na qual é incontestado a necessidade de fundamentar na Constituição a formulação de normas penais incriminadoras, considerando como elenco previamente erigido a bem jurídico-penal os constantes no texto constitucional²¹ e 3ª) um Estado com deveres *positivos* de conduta, dentre eles e em especial, o dever de proteção dos Direitos Fundamentais, cuja realização está vinculada à proibição de um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção.²² Nesse ponto, a influência de Claus-Wilhelm Canaris²³ é fundamental.

Dada a brevidade da exposição, este trabalho limitar-se-á a tecer pequenas explicações dos pontos para a compreensão da crítica a seguir. Iniciando-se pelos conceitos fundamentais que a teoria sob análise buscou em Alexy, tem-se que o de maior relevância para os fins deste estudo é o entendimento segundo o qual direitos fundamentais são princípios (e, portanto, apresentam as suas características). Desse modo, poderiam ser concebidos como: 1º) normas jurídicas; 2º) graduáveis; 3º) que determinam ao aplicador e ao intérprete a sua otimização; 4º) que constroem um dever ser ideal e 5º) que apresentam caráter *prima facie*.²⁴ Dessas, destaque merecem as características da gradualidade (possibilidade de uma maior ou menor satisfação do princípio/direito fundamental, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas) e a do dever ser ideal (*Ideales Sollen* (FIGUEROA, 1998, p. 192), *ou seja*, aquele dever ser que “não pressupõe que o devido seja

²¹ Em outras palavras, que as normas constitucionais atuam como limite negativo e, principalmente, positivo do direito penal, ditando deveres de incriminação de condutas, bem como a expansão da tutela penal. Da mesma forma, os bens jurídico-penais seriam os próprios bens jurídicos constitucionais, construindo-se uma relação de fortíssima identificação e reflexo, a qual poderia ser metaforicamente sintetizada idéia da colocação dos bens constitucionais em frente a um espelho, cuja imagem refletida seria a de bens jurídico-penais.

²² Ou vinculada ao conhecido Princípio da Proibição de Proteção Deficiente e/ou Princípio da Proibição da Insuficiência (*untermassverbot*).

²³ Especialmente em CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**, op. cit., p. 101-28.

²⁴ Quanto às últimas quatro características, ver a obra de FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios y positivismo jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. P. 186 ss.



possível jurídica e faticamente em sua totalidade, mas que exige na maior medida possível o cumprimento aproximado”) (ALEXY, 2007, p. 194).

Quanto à teoria constitucional do bem jurídico, a sua aceitação pela doutrina penal decorreu, em grande medida, da necessidade de construir um conceito material de crime – e, portanto, material de bem jurídico-penal – que tivesse por pressuposto uma teoria tanto externa ao Sistema Penal, quanto interna ao Sistema Social. Isso significaria, pois, não apenas limitar o legislador, mas também tornar mais concreto o conceito próprio de conduta merecedora de sanção penal (porque a abstração acabaria por aumentar o poder do legislador, pela dificuldade de critérios de controle). Refere Figueiredo Dias que o alcance da concretude somente foi viável a partir da sua relação de referência com a Constituição, ou seja “[...] quando se pensa que os bens jurídicos do sistema social se transformaram e se concretizaram em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional” (DIAS, 2001. p. 47). E prosseguiu o penalista português:

[...] bem jurídico político-criminalmente tutelado existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência. (DIAS, 2001. p. 47-8)

Por conseguinte, essa teoria veio a realizar a árdua tarefa de limitar externamente o Direito Penal, o que cumpre, tendo em vista o dever de conformidade material e formal do legislador penal com a Constituição (ao menos, em se tratando de Constituições rígidas²⁵). Da mesma forma, possibilitou uma maior concretude – e, portanto, um maior controle do legislador penal – do que pode, ou não, ser considerado bem jurídico-penal, isto é, do que é merecedor de tutela penal, a partir da noção de que a Constituição positivou os valores supremos ou fundamentais de uma dada sociedade²⁶.

Por fim, no que tange ao que se denominou “Princípio” da Proibição de Proteção Deficiente, os doutrinadores previamente elencados sustentam a teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, em grande medida, nas lições de Claus-Wilhelm Canaris. Trata-se da idéia baseada na distinção das “funções” dos direitos fundamentais como *direitos de defesa* e *imperativos de tutela* contra terceiros (também denominados deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado). Quando do cumprimento de tais deveres, realizar-se-ia um controle de constitucionalidade a partir do que se nomeou de “proibição da insuficiência” (*Untermassverbot*). Esse controle afirmaria o descumprimento ao imperativo de tutela “sempre que detectado um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos fundamentais na relação jurídica em causa” (SARLET; MOTA PINTO In: CANARIS, 2006, p. 10). Inclusive, Canaris

²⁵ Constituições rígidas, ou seja, àquelas cujo processo de reforma constitucional é agravado – com mais requisitos e empecilhos – em relação ao processo legislativo propriamente dito, devendo a Constituição ocupar o topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico.

²⁶ Alheia a este trabalho é a discussão sobre a existência, ou não, de uma ordem de valores na Constituição. É bem verdade que a conclusão de tal discussão influencia a teoria dos bens jurídicos constitucionais, embora não pareça ser decisiva para a sua existência, pois para tanto basta que se concorde que a Constituição positivou valores, mas não necessariamente que a Constituição positivou valores vigentes em uma dada sociedade em *ordem hierárquica*.



defende que tais juízos são subsequentes, sendo que primeiro se questionaria a *existência* do dever de proteção e, somente depois, verificar-se-ia a eficiente satisfação, pelo direito ordinário, do dever de proteção (CANARIS, 2006, p. 123)²⁷ Dito isso, ressalta-se que, para os fins da análise da presente teoria, resta pressuposto que ela corretamente verifica a existência dos imperativos de tutela, de modo que apenas se criticará eventuais equívocos posteriores a tal análise.

II.2. Alguns equívocos no juízo de proporcionalidade

A partir da análise dos conceitos que compõem a Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, torna-se possível e devido realizar o caminho inverso: verificar como se chegou a essa síntese. Primeiramente, os direitos fundamentais decorrentes da Constituição brasileira, por serem entendidos (pela mencionada teoria) como princípios, podem ser concretizados em vários graus (característica da gradualidade dos princípios). A sua realização, ademais, não dependeria tão somente da omissão estatal, mas também da atuação do Estado enquanto garantidor da fruição de tais direitos: tratar-se-iam dos deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado contra agressões de terceiros, os quais devem ser realizados de forma eficiente pelo Estado (Proibição de proteção deficiente). Acrescenta-se a essas premissas a idéia de que o Direito Penal somente se legitima quando tutela bens jurídico-penais (ou seja, bens merecedores da tutela penal). Tal condição é concretizada a partir de uma teoria constitucional acerca dos mesmos, a qual exige “[...] que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência” (DIAS, 2001, p. 47-8).

Assim, propõe a teoria, em exame, a seguinte construção: em se tratando de uma agressão “Y” de grande monta (com respeito às exigências do princípio da ofensividade da conduta a bem jurídico) que atinja um direito fundamental “X” (bem jurídico-penal, merecedor de tutela penal, nos termos da teoria constitucional do bem jurídico), o Estado deve atuar de forma a proteger esse direito da referida agressão (dever – positivo - de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado). Em determinados casos, pela gravidade da agressão e a insuficiência e ineficácia dos outros meios legítimos juridicamente e menos gravosos, a proteção somente será realizada de forma eficiente, ou, minimamente suficiente (proibição de proteção deficiente), através de normas penais. Portanto, não possuiria o legislador penal qualquer liberdade para escolher outro meio de proteção, já que, do contrário, estaria ele a violar a proibição de proteção deficiente, tornando sua medida escolhida viciada pela inconstitucionalidade. Assim, se a única opção constitucionalmente conferida ao legislador ordinário, em tais casos, é a realização da proteção pela norma penal, tratar-se-ia, em realidade, da existência de um *mandado constitucional implícito de criminalização*. Essas, em brevíssima síntese, as argumentações dos defensores da teoria.

Isso posto, importa destacar que as características da relação do Direito penal com a Constituição da República Federativa do Brasil são – ao menos formalmente – propícias para a construção apresentada, dada a abertura normativa quanto às possibilidades de criminalização de condutas. Afinal, o que pode vir a ser objeto de criminalização? Diversamente de outras características do Direito Penal, as quais a Constituição dispôs por

²⁷ Para fins didáticos, por exemplo, pode ser utilizada a decisão da Alemanha previamente citada: tendo o legislador descriminalizado o aborto em determinadas circunstâncias, estaria ele a violar o imperativo de tutela que o direito fundamental à vida exige do Estado, porque a ausência da norma penal ocasionou a sua insuficiente proteção.



meio de regras estritas, muitas delas, inclusive, integrantes do art. 5º (como as “regras”²⁸ da anterioridade, da tipicidade, da legalidade, da irretroatividade das normas penais etc), deixou-se em aberto – porque dificilmente seria possível o contrário, é bem verdade – a questão referente ao objeto da criminalização. Ao mesmo tempo, temendo-se a ausência de limites ao legislador ordinário, doutrinariamente foram construídas exigências para limitar o conjunto daquilo que poderia constituir seu objeto: (a) a conduta criminalizada deve ofender a um bem-jurídico penal (a “regra”²⁹ da fragmentariedade da incidência do Direito Penal, que coliga a idéia de bem jurídico-penal e de ofensividade da conduta) e (b) os outros meios menos gravosos para a proteção de tal bem devem ser insuficientes na promoção da proteção (a “regra”³⁰ do Direito Penal como *ultima ratio*)³¹.

Da mesma forma, os requisitos supracitados também serviram para dividir a legitimação da intervenção penal em dois momentos subsequentes: a) *merecimento da tutela penal* (que seria correspondente ao requisito “a” antes referido, ou seja, a necessidade de que se trate da proteção contra *ofensa grave a bem jurídico-penal*) e b) *necessidade da tutela penal* (que corresponderia ao requisito “b” precitado, ou seja, a inexistência de meios legítimos menos gravosos que tutelem o bem de forma eficaz). Por conseguinte, sobre o direito penal pesa a exigência de intervenção mínima, cujos critérios de controle – ausentes, especificamente nesse tocante, na Constituição do Brasil - foram os antes mencionados.

A teoria sob análise, ao menos *prima facie*, não violaria tais critérios: busca tutelar bens jurídico-penais de agressões severas, contra as quais, inclusive, não existam meios menos gravosos que sejam capazes de prestar suficiente tutela. Então, em que poderia residir a sua inconsistência? Defende-se que o problema está na justificação utilizada por essa teoria para a *necessidade* da tutela penal. Quando visa, pois, a legitimar não apenas a sua *necessidade*, mas um verdadeiro dever de criminalização por parte do legislador (daí porque *mandados* de criminalização), utiliza-se ela do postulado aplicativo normativo (muito chamado de *princípio*) da Proporcionalidade³² de maneira – ora entendida – *equivocada*.

A proporcionalidade trata da relação concreta de um meio com um fim (estado de coisas desejado), verificando se aquele se presta à promoção deste, ou ainda, conforme afirmou Ávila, “o exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida

²⁸ Diversamente do que costuma denominar a doutrina penalista, entende-se que tais determinações são *regras* sobre produção normativa (no caso, sobre a produção das normas penais), que vinculam, de forma estrita e sem qualquer possibilidade de descumprimento, sob pena de inconstitucionalidade, o legislador: a anterioridade e a irretroatividade determinam “quando” pode incidir a norma penal; a tipicidade e a legalidade, como devem ser dispostos os crimes etc.

²⁹ Vide nota n. 40.

³⁰ Vide nota n. 40.

³¹ Sobre o ponto, muito valiosos são os apontamentos de José de Faria e Costa, “[...] o direito penal é, todos dizem e reafirmam, a *ultima ratio*. Mas uma *ultima ratio* em um duplo sentido. Vale por dizer: ele é *ultima ratio* porque só quando, de todo em todo, os outros ramos do direito não conseguem responder às necessidades de tutela dos bens jurídicos necessitados de proteção é que, então, se devem empregar os mecanismos de tutela repressiva que cabem ao direito penal. Mas o direito penal é também *ultima ratio*, agora numa perspectiva de diferente radical, porquanto ele representa o último, o derradeiro poder a ter “poder” legítimo para ofender o corpo-próprio” (In: FARIA COSTA. José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. P. 89).

³² Tanto Alexy quanto os doutrinadores da Teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização denominam a proporcionalidade de “princípio”. Contudo, é importante ressaltar o entendimento de que mais acertada é a compreensão da proporcionalidade enquanto *postulado normativo aplicativo*, consoante sustentado por Humberto Ávila. E prosseguindo em seu raciocínio, o autor afirma que postulados normativos aplicativos são normas de segundo grau, que estabelecem a estrutura da aplicação de outras normas, situando-se, pois, em nível distinto daquelas (In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 4.ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p). Ademais, a proporcionalidade não se trataria de um princípio porquanto suas determinações não configuram nenhum dos requisitos da definição estipulativa de princípio do próprio Alexy.



concreta destinada a realizar uma finalidade” (ÁVILA, 2005, p. 113). No caso da criminalização de condutas atentatórias a bens jurídico-penais, o fim é a proteção do bem (e principalmente, a proteção dos direitos fundamentais) e o meio, o direito penal, ou seja, a criminalização de condutas. Aduzem os doutrinadores da teoria analisada que, às vezes, somente *um* meio poderá ser escolhido pelo legislador ordinário - o direito penal - o que ocorre sempre que os meios menos gravosos sejam incapazes de conduzir a proteção de um direito fundamental a um patamar que respeite o princípio da proibição de proteção deficiente, quer dizer, a um patamar “minimamente necessário”.

Dois equívocos de plano podem ser apontados contra as premissas e as conclusões da teoria dos mandados implícitos de criminalização: primeiramente, a confusão entre norma penal e bem jurídico ou direito fundamental tutelado; em segundo lugar, a incomensurabilidade da comparação dos meios que promovem a proteção de direitos fundamentais. O primeiro dos problemas mencionados ocorre ainda na primeira fase da aplicação do “Princípio” da proporcionalidade: a adequação do meio à promoção do fim. Nos termos defendidos por Ávila, “a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim” (ÁVILA, 2005, p. 116), aduzindo, em trecho subsequente de sua obra, que para definir o que significa ser um meio adequado a um fim, é preciso “[...] analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover. Pode-se analisar essa relação em três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)” (ÁVILA, 2005, p. 117).

Dito isso, torna-se notório que a teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização deixa de lado a análise concreta – empírica – das consequências da criminalização, algo essencial para que se possa afirmar a *adequação* de um meio na persecução de um fim, o que não se coaduna com um juízo meramente hipotético. Ademais, exige a teoria sob análise que a promoção do fim seja *eficiente*. Em realidade, tal doutrina, do modo como foi estruturada, acaba pressupondo uma série de presunções para a sua construção, quais sejam: (a) que outros meios de tutela não-penais de direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais (e, portanto, nos termos da teoria constitucional do bem jurídico, também de bens jurídico-penais) são ineficientes na promoção do fim; (b) que a utilização da tutela penal promoverá uma proteção eficiente e (c) que essa proteção pela tutela penal será mais eficiente e promoverá melhor a realização do direito fundamental do que a utilização de meios não-penais para a mesma finalidade.

Contudo, em nenhum momento a doutrina que defende a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização fez qualquer ponderação quanto à possibilidade de, na prática, o meio não ter a eficácia que se supôs, ou mesmo quanto à questão da eficácia da norma penal enquanto meio de dissuadir a realização da conduta criminosa. É como se houvesse o dogma de que o Direito Penal fosse capaz de proteger um direito fundamental de forma mais adequada – porque mais provável, intensa e com qualidade – do que quaisquer outros meios não-penais. No entanto, “nada prova que a lei penal tutele um bem jurídico, tendo em vista que apenas é possível se verificar que ela confisca um conflito que o lesiona ou que o põe em perigo” [trad. livre] (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002. p. 128).³³

Ocorre, em realidade, uma notória confusão. Conforme defendeu Zaffaroni, “o conceito de bem jurídico é nuclear no direito penal para a realização do princípio da lesividade, mas imediatamente se procede a equiparar bem jurídico lesionado ou afetado

³³ No original: “[...] nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro”.



com bem jurídico tutelado” [trad. livre] (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002. p. 128) ³⁴. Contudo, continuam a afirmar que a existência de uma lei penal que sanciona a realização de determinada conduta tem como eficácia a tutela do bem jurídico-penal que a legitima. Mais uma vez, Zaffaroni supera a questão, apresentando a crítica certa no sentido de que

a afirmação de que isso implica uma tutela corre por conta da agência política criminalizante, mas sua verificação não pode se dar através da lei, senão na realidade social: o direito penal só verifica a criminalidade primária e a pretensão discursiva tutelar da agência política; a tutela (como verdadeira ou falsa), verifica a sociologia. Por outro lado, é muito difícil sustentar uma tutela do bem ofendido, porque é obvio que no homicídio não se tutela com a pena a vida do morto, mas que, ao menos, a tese “tutelista” deveria admitir que não se trata da vida concreta, senão de uma idéia abstrata de vida. [trad. livre] (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002. p. 128) ³⁵

Importa ainda ressaltar que não se está defendendo que a existência de normas penais somente é legítima quando efetivamente se mostrar de grande eficácia preventiva, impedindo que lesões ou perigos atinjam os bens jurídico-penais, o que é questão outra e de grande complexidade, alheia à proposta deste artigo. O ponto ora defendido é, pois, diverso: a partir do momento em que a proporcionalidade é utilizada como forma de legitimação da necessidade de tutela penal, não se pode escapar das exigências próprias de tal postulado aplicativo normativo.

Assim, se aqueles que encampam a doutrina atacada afirmarem a prescindibilidade de dados empíricos sobre o quanto o meio promove o fim, para que tal meio seja legítimo e constitucional, então, em primeiro lugar, não podem se apropriar da proporcionalidade, que pressupõe - nos termos de suas etapas de aplicação - essa análise concreta³⁶. Em segundo lugar, estão apenas preocupados com a função retributiva e punitiva da aplicação da norma penal, no sentido não de proteção do ordenamento contra agressões futuras (embora o discurso seja esse, ainda que pareça estar desvirtuado), mas sim no de produzir confiança no sistema jurídico estatal. Essa crença no Estado dar-se-ia pela *reafirmação da norma violada*, a fim de fortificar no imaginário dos cidadãos a idéia de segurança (simbólica, porque repressiva e não preventiva) realizada através do Direito Penal (informação verbal) (ZAFFARONI, 06 mai. 2009). Ora, é de todo inaceitável entender que um Direito Fundamental pode ser considerado protegido por um meio jurídico cuja eficácia preponderante é retribuir a ofensa a esse direito com uma pena, mas que, para fins preventivos, acaba sendo completamente inútil.

Ainda que superado o problema concernente à eficácia concreta do meio escolhido, seja pela confirmação efetiva da sua atuação, seja por entender que tal exame é alheio ao problema – porque pertinente apenas à sociologia –, novo questionamento deve ser feito na segunda etapa da aplicação da proporcionalidade, qual seja, quando da verificação da

³⁴ No original: “el concepto de bien jurídico es nuclear en el derecho penal para la realización de este principio, pero inmediatamente se procede a equiparar bien jurídico lesionado o afectado con bien jurídico tutelado”.

³⁵ No original: “La afirmación de que esto implica una tutela corre por cuenta de la agencia política criminalizante, pero su verificación no puede tener lugar a través de la ley sino en la realidad social: el derecho penal sólo verifica la criminalización primaria y la pretensión discursiva tutelar de la agencia política; a la tutela la verifica (como verdadera o falsa) la sociología. Por otra parte, es muy difícil sostentar una tutela del bien ofendido, porque es obvio que en el homicidio no se tutela con la pena la vida del muerto, sino que, por lo menos, la tesis *tutelista* debiera admitir que no se trata de la vida concreta, sino de una idea abstracta de la vida”.

³⁶ Tanto é assim, que Humberto Ávila refere que “se a avaliação do administrador revelou-se equivocada em momento posterior, e com informações disponíveis mais tarde, ela deverá ser anulada” (In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**, op. cit., p. 119).



“necessidade” da utilização do meio. Inicialmente, quanto ao seu conceito, Humberto Ávila definiu o exame da necessidade como aquele que verifica a “existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido [...] e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados” (ÁVILA, 2005, p. 122). Refere o jurista, ainda, que a verificação da necessidade demanda dois outros exames: o de “igualdade da adequação dos meios” e o do “meio menos restritivo” (ÁVILA, 2005, p. 122). Dessa maneira, a pergunta que deve ser feita quando são comparados os meios possíveis e disponíveis ao legislador para a promoção do fim almejado, é: em que medida são eles comensuráveis?

A doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, nesse exame, aduz que, em determinados casos, os outros meios disponíveis ao Legislador, que não o meio penal, são insuficientes na promoção do fim (proteção dos Direitos Fundamentais). Por conseguinte, *necessariamente* é a criminalização da conduta a única medida legitimada a ser escolhida pelo Poder Legislativo, cuja liberdade de configuração resta ausente, pois, repete-se, se tratariam de *mandados* implícitos de criminalização, com relação aos quais caberia ao legislador ordinário somente acatar.

A crítica que ora se propõe relaciona-se com o fato da ausência de critérios por parte dos doutrinadores dessa teoria para determinar como se realiza essa comparação. Não se vislumbra, pois, qualquer explicação que justifique por que os meios extrapenais promovem menos o fim almejado e por que a utilização de qualquer meio diverso da tutela penal significará uma promoção da proteção dos direitos fundamentais de forma insuficiente. Esse apontamento não pode ser ignorado, pois a conclusão de que somente o meio *mais restritivo* de direitos que pode o Estado legitimamente se valer – o direito penal – é cabível na persecução de determinados fins estatais tem grande peso no âmbito de liberdade das pessoas.

Conforme previamente referido, o exame promovido na necessidade é de (a) igualdade de meios e (b) menor restrição de outros direitos. Naquele, está-se a questionar se outros meios não promovem da mesma forma o fim, não se exigindo – diversamente do que parece pressupor a teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização – que a escolha busque o meio que *mais* promove o fim, mas sim um que *promova* o fim (não haveria, pois, dever de maximização). Até porque, caso se entendesse devida a maximização do resultado, um meio tornar-se-á necessário sempre que não haja outro com a mesma eficácia e ainda que a sua aplicação ocasione a restrição intensa de muito outros direitos fundamentais. Tal abertura seria realmente perigosa, porque capaz de justificar a adoção, pelo Estado, de uma ética consequencialista (que é aquela na qual as eleições e os meios eleitos não tem valor em si, mas apenas como instrumentos para obter os fins a que se destinam, maximizando-os).

De todo modo, e esse era o ponto, há grandes dificuldades teórico-práticas na realização da comparação de meios que podem promover fins: “a dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico)” (ÁVILA, 2005, p. 122), considerando-se ainda que “um meio não é, de todos os pontos de vista, igual ao outro” (ÁVILA, 2005, p. 122). Contudo, a busca da proporcionalidade e da comensurabilidade das escolhas é antiga, principalmente com a métrica de Platão (GUERRA FILHO, CAMARGO, 2007. P. 89). A ciência da medida, tanto naquela época, quanto na atual, revela o desejo de simplificar e dominar o desconcertante problema da escolha entre alternativas heteronômicas na moral privada (na Antiguidade), e, hoje, principalmente, na atuação do Estado na realização de seus fins (NUSSBAUM, 2005. p. 116).



No entanto, parece necessário reconhecer a existências de meios e fins plurais incomensuráveis, que podem conduzir, naturalmente, a conflitos contingentes irreconciliáveis entre si (NUSSBAUM, 2005. p. 129). É por isso que a intensidade do controle dos outros poderes pelo Poder Judiciário, quanto à escolha dos meios, não pode ser um controle – ao menos, não em todos os casos – forte. Ademais, é fácil comparar meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, mas um deles restringe mais direitos e/ou fins contrapostos do que o outro meio, a escolha se torna fácil e controlável. Diversamente ocorre quando um dos meios promove o bem de forma mais rápida, ou em maior quantidade, enquanto o outro, de forma mais certa (mais provável), mas em menor quantidade e assim por diante (ÁVILA, 2005, p. 122).

Não se está a defender uma ausência total de parâmetros para o controle da atividade legislativa, muito menos a impossibilidade – insuperável – de comparar meios que promovam fins. A questão é mais singela, embora não pouco importante: o exame de necessidade não é simples, de modo que, em certos casos, essa comensurabilidade não existirá, sendo substituída por conflitos irreconciliáveis. Nesses momentos, o exame de constitucionalidade ao qual estará legitimado o Poder Judiciário será *fraco*, o que também deve ocorrer sempre que o resultado da aplicação da lei é duvidoso, ou quando se tratar de matéria técnica ou, ainda, quando se trabalha com uma competência de concretização de um direito fundamental aberta e pertencente ao Poder Legislativo (ÁVILA, 2005, p. 126). Portanto, na prática, pouquíssimas vezes seria possível defender a existência de *mandados* constitucionais implícitos de criminalização.

Conclusão

Intentou-se, nessas breves linhas, apresentar o panorama atual da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, expondo a sua origem, a construção doutrinária brasileira e o ainda tímido acolhimento por parte da jurisprudência do STF. Após analisadas as estruturas componentes dessa doutrina, questionou-se a sua consistência para justificar a retirada – de forma tão acentuada – da liberdade de configuração do legislador ordinário. Assim, verificou-se que tal teoria não analisa questões importantes, como o efeito concreto de tutela (ou da sua ausência...) que uma norma penal pode apresentar, realizando apenas um exame de prognose sem critérios claros que justifiquem a conclusão pela adequação desse meio à tutela do fim. Da mesma forma, observou-se que os problemas de incomensurabilidade parecem ser ignorados pelos defensores da doutrina em foco, conquanto ocorram com grande frequência quando da comparação de meios que podem ensejar o fim buscado.

Esses dois pontos, se assim mantidos, podem retirar a aceitação dessa teoria, já que ela se estrutura em premissas inconsistentes, que seriam incapazes de sustentar a conclusão apresentada, que é a da configuração de Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização. Ressalta-se, contudo, que não se nega que o legislador ordinário, por vezes, esteja limitado a apenas um meio do qual possa legitimamente se valer. Ora, isso ocorre, principalmente quando a Constituição já fez a escolha por ele (seria uma determinante heterônoma) (CANOTILHO, 2001, p. 247 e ss.) e, mesmo quando aparentemente livre a configuração do legislador, existam argumentos consistentes para tanto. Por exemplo, no que se refere à criminalização do homicídio – que não consta expressamente na Constituição – mas que pode ser explicada pela ofensividade da conduta (reprovabilidade) e por atingir a um bem jurídico, qual seja, a vida humana.



Da mesma maneira, acredita-se ser possível defender que o apelo ao direito penal seja a única opção do legislador ordinário, mas não pelos argumentos da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização. Ora, se a tutela da vida humana fosse mais efetiva por meio da utilização do Direito Administrativo Sancionador, ainda assim, não seria aceitável a sua descriminalização, o que parece ir de encontro às premissas da teoria analisada neste trabalho. Ademais, a ausência de critérios fáticos para verificar a efetividade da medida, bem como a descon sideração da existência de casos em que não é possível comparar meios que podem tutelar os direitos fundamentais – chegando-se, sim, a conflitos irreconciliáveis, decorrentes da incomensurabilidade – poderiam permitir a retirada autoritária da liberdade do legislador, bem como a imposição de criminalizações injustificadas.

Do exposto, defende-se a inconsistência da teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização. A proposta de que, por vezes, não há liberdade de escolha do Poder Legislativo, embora defensável e recorrente, não se justifica pelos argumentos dessa doutrina. Assim, necessário, por ora, manter o legislador ordinário penal em liberdade, porquanto, do exposto, injustificada a sua “prisão”.



Bibliografia

ALEMANHA. BverfG. Urteil v. 25/02/1975 – 1 BvF 1-6/74. Disponível em: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Traduzido por Beatriz Henning et al. Leonardo Martins (Org.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p. 266 ss. Tradução de: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 4.ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\"proibição%20de%20proteção%20deficiente\"&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\)> Acesso em 11 dez. 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. De Damians a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de Direitos Humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Principios y positivismo jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Gedisa editorial: Barcelona, 1999.

_____. Norma: una noción controvertida. In: _____. **Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Gedisa editorial: Barcelona, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da



proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional – Direitos fundamentais**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LERCHE, Peter. **Übermass und Verfassungsrecht**. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit. Köln/Berlin/München/Bonn, 1961.

NUSSBAUM, Martha Craven. **El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía e literatura**. Madrid: Mínimo Tránsito, 2005.

_____. El discernimiento de la percepción: una concepción aristotélica de la racionalidade público y privada. In: _____. **El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía e literatura**. Madrid: Mínimo Tránsito, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, mar-abr. 2004, pp. 60-122.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, vol. 12.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 81, pp. 325-85.

_____. Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. **La insostenible situacion del derecho penal**. Traduzido por: Benlloch Petit, Guillermo. et al. Granada: Comares, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004, pp. 243-84.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 15 out. 2008.

_____. **O dever de proteção do Estado (Shutpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 10 jan. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Outras referências



ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria do delito e política**. Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, 06 mai. 2009. Ciclo de debates sobre: Dogmática e política criminal. Homenagem ao Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni. Palestra proferida no evento.



CRIMES FISCAIS E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO: DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE DA ORDEM TRIBUTÁRIA

Samuel da Silva Jobim¹

“A veces la protección de ciertos derechos fundamentales – y, más en general, de determinados valores constitucionalmente relevantes – sólo puede ser efectiva si se hace por vía penal”.

Luis Maria Díez-Picazo

Resumo: Partindo dos pressupostos de que se legitima o Direito Penal em função da proteção de bens jurídicos e de que a Constituição Federal brasileira consagra o modelo de Estado Social e Constitucional de Direito, busca-se demonstrar a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade dos crimes fiscais em virtude pagamento dos débitos tributários. Observa-se que há parâmetros constitucionais de política criminal que exigem, em determinados casos, a criminalização de condutas. Em tais circunstâncias, não detém o legislador liberdade de conformação. Avalia-se que crimes fiscais, por protegerem a ordem tributária, são figuras jurídicas com dignidade constitucional, concluindo-se pela inconstitucionalidade, por proteção deficiente, das normas que autorizam a extinção da punibilidade pelo pagamento.

Palavras-chave: Constituição, bem jurídico, crimes fiscais, extinção da punibilidade, proibição de proteção deficiente.

.....

Introdução

Superada a idéia de punição como um direito absoluto do soberano, a noção de bem jurídico passou a ocupar papel central na teoria do crime. Nesse sentido, a partir da perspectiva do bem jurídico como pressuposto e legitimação da aplicação de penas, são impostos limites ao Direito Penal, entendido como o mais rigoroso e contundente mecanismo de controle social, delineados, substancialmente, pelos princípios da ofensividade, da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Não decorre, porém, da noção de bem jurídico tão-somente a limitação da intervenção penal. Delineiam-se, também, com base no que se tenha por bem jurídico, os parâmetros e os fundamentos para a criminalização de condutas impregnadas de manifesta danosidade social. O bem jurídico-penal representa e evidencia uma necessidade de tutela em razão de sua relevância e de sua indispensabilidade à vida em sociedade. Partindo de tal pressuposto, a Lei Suprema nacional – que “constitui” um Estado Constitucional e Social de Direito – estabelece a necessária incriminação de determinadas condutas quando contrárias a certos bens jurídicos. Consubstanciam-se mandados de criminalização. Aliás, algumas determinações constitucionais são tão expressas que configuram um verdadeiro início de descrição típica.

A dirigente Constituição Federal da República do Brasil traça valores e estabelece diretrizes de política criminal a serem, necessariamente, seguidas quando da edição de leis

¹ Bacharel em Direito pela UFRGS, com obtenção de láurea acadêmica, Assessor Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

penais no exercício da atividade legiferante. Com base em tal premissa, o legislador não é dotado de absoluta liberdade na eleição das condutas que serão alvo de incriminação e, tampouco, na escolha dos bens jurídicos que serão objeto de proteção penal. Em decorrência, também não pode o Poder Legislativo deliberar sobre a descriminalização de normas protetivas de bens jurídicos com manifesta dignidade constitucional.

Entretanto, em que pese o reconhecimento constitucional da importância do bem jurídico *ordem tributária* e da evidente ausência de meios extrapenais para a sua proteção, procedeu o legislador ordinário pátrio a descriminalização indireta de delitos fiscais. Ao se consagrar, no ordenamento jurídico, a extinção da punibilidade pelo pagamento dos débitos tributários decorrentes de impostos e de contribuições sociais aos crimes de sonegação fiscal e assemelhados, bem como aos crimes previdenciários de apropriação indébita e de sonegação de contribuições, o legislativo criou uma situação de deficiente proteção. Restou a ordem tributária sem proteção penal, institucionalizando-se, como regra, a impunidade nos crimes fiscais.

1. Da previsão legal de extinção da punibilidade.

O artigo 34 da Lei 9.249/95 restabeleceu ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do valor sonegado quando realizado em momento anterior ao recebimento da denúncia, nos crimes tributários previstos na Lei 8.137/90, hipótese esta que fora expungida do sistema em razão da revogação do artigo 14 desta lei, pela Lei 8.383/91. Consagra o artigo 34 da Lei 9.249/95, a exemplo do que estabelecia o artigo 14 da Lei 8.383/91 que *“extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”*

Não bastasse a situação de desproteção da ordem tributária, o artigo 9º da Lei 10.684/03², passou a estender aos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, a extinção da punibilidade quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos tributários e contribuições sociais, incluindo os acessórios. Além disso, como não há, na lei de 2003, qualquer referência ao momento processual em que deva ser efetuado, os tribunais têm decidido, para a extinção da punibilidade, pela possibilidade do pagamento a qualquer tempo, ainda que após recebimento da inicial acusatória.³

Ambas as disposições apresentam vícios de inconstitucionalidade por implicarem proteção deficiente aos crimes contra a ordem tributária.

² Lei 10.684/03, Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

³ Veja-se, por todos, o emblemático julgamento de Marcos Valério – Recurso Especial nº 942.769 - MG (2007/0046519-5), de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido – em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela extinção da punibilidade do acusado pelo crime de sonegação fiscal pelo pagamento das parcelas não recolhidas em momento posterior ao recebimento da denúncia, consagrando, com isso, o entendimento de que o pagamento do tributo a qualquer tempo enseja o fim da possibilidade de responsabilização penal.



2. Da natureza do bem jurídico protegido

Manifesto que os crimes fiscais protegem precipuamente a ordem tributária. Não se promove, com a incriminação de condutas lesivas a tal bem jurídico, a simples proteção contra o não-adimplemento; previne-se o Estado (leia-se a sociedade como um todo) contra a conduta predeterminada à obtenção de vantagem indevida em detrimento dos cofres públicos. Resta evidente tal constatação quando da análise legal dos preceitos penais protetivos da ordem tributária, os quais condicionam a reprimenda penal à conduta dolosa dirigida a reduzir, a suprimir (ou a eximir-se/exonerar-se de) obrigação tributária. Inexistente o ardil, a conduta não tem conseqüências na esfera penal (BALTAZAR JUNIOR, 2006, p. 343).⁴

Protege-se, por óbvio, nos crimes contra a ordem tributária, o erário, mas de forma mediata, como decorrência da proteção da integridade e honestidade no tratamento dos tributos. Nesse sentido, vale mencionar o esclarecimento de José Paulo Baltazar Junior:

[...] a conduta de deixar de pagar tributo, por si só, não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, cumpre todas as obrigações tributárias e acessórias e tem escrita contábil regular, mas não paga o tributo, não está cometendo nenhum crime, mas mero inadimplemento. O crime contra a ordem tributária [...] pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que poderá estar consubstanciada na omissão de alguma declaração, na falsificação material ou ideológica de documentos, no uso de documentos material ou ideologicamente falsos, na simulação, etc. As condutas fraudulentas estão descritas nos incisos dos arts. 1º e 2º da lei nº 8137/90. **Eis aí a distinção entre inadimplência e sonegação: a fraude.** Não procede, portanto, a argumentação de que a incriminação da sonegação fiscal recai sobre o mero inadimplemento. Na verdade, a sonegação pressupõe, além do inadimplemento total ou parcial da obrigação tributária, também a fraude. Sem um ou outro desses elementos não há sonegação fiscal.⁵ (grifo nosso)

Dessa distinção entre sonegação e inadimplência ou, dito de outro modo, entre ilícito penal e ilícito tributário (LOVATTO, 2003, p. 88), decorre a inviabilidade da solução apresentada pelo ordenamento de extinguir a punibilidade pelo pagamento com fins de arrecadação em curto prazo. O dano causado pela sonegação não é, simplesmente, pecuniário ou patrimonial. O Direito Penal tributário não pode ser reduzido a um mecanismo arrecadatário de cobrança de tributos ou a um instrumento de coação para o inadimplente quitar seus débitos perante o Fisco. Diferem, por conseqüência, responsabilidade tributária e responsabilidade penal tributária de acordo com a natureza penal ou extrapenal do bem jurídico protegido.

De uma forma geral, é possível dizer que se tutela, nos artigos 1º, 2º, e 3º da Lei 8.137/90, a veracidade da ordem tributária, em razão de sua sistemática assentada no lançamento por homologação. Tal sistemática de cobrança de tributos depende da veracidade das declarações e da documentação, bem como do correto lançamento feito pelo

⁴ Cf. MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 119-121.

⁵ Cabe aqui a distinção doutrinária entre Direito Tributário Penal e Direito Penal Tributário. Afirma-se que aquele se ocupa das sanções e das infrações administrativas, enquanto este, dos crimes contra a ordem tributária e de suas penas. Cf. SCHOERPF, Patrícia. **Crimes contra a ordem tributária**: aspectos constitucionais, tributários e penais. Curitiba: Juruá, 2004, p.83-91.



próprio sujeito passivo do tributo. O registro incorreto das operações, com a finalidade de redução ou supressão de impostos, implica fraude que causa danos à ordem tributária e, em um segundo momento, ao erário público. Os crimes fiscais incriminam a conduta fraudulenta. A arrecadação é consequência. Plenamente pertinente, nesse sentido, a lição de Lovatto:

[...] deduz-se que não é, em si mesmo, o pagamento, a arrecadação, o objeto primeiro de proteção da Lei 8.137/90. O que se protege, antes de tudo é a ordem tributária, a qual somente funciona, em nosso sistema, se houver veracidade das declarações, da documentação, dos lançamentos por homologação. No campo dos tributos, há que se preservar a verdade. Somente por reflexo, de forma indireta, é que exsurge protegida a arrecadação.⁶

O bem jurídico especificamente protegido é, pois, a ordem tributária em sua autenticidade, havendo, porém, também a tutela de bens jurídicos genéricos: um deles, próximo, consistente na arrecadação; o outro, remoto, relativo à garantia ao Estado dos meios necessários para a promoção do bem comum (BALTAZAR JUNIOR, 2006, p. 346). Enquanto bem jurídico, a ordem tributária engendra em si, de acordo com o que ensina Baltazar Junior, a proteção da arrecadação para promoção de fins estatais – entendida nesse sentido como bem transindividual –, da Administração Pública, da fé pública e da livre concorrência.

O bem jurídico protegido é a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Cuida-se de bem macrossocial, coletivo. Secundariamente, protegem-se a Administração Pública e a fé pública, a livre concorrência, consagrada pela Constituição Federal como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), uma vez que o empresário sonegador poderá ter preços melhores do que aquele que recolhe seus tributos, caracterizando uma verdadeira concorrência desleal.⁷

3. Da necessária proteção efetiva da ordem tributária enquanto bem jurídico-penal e da conseqüente proibição de proteção deficiente

Nesse ponto, mostra-se necessária referência à adoção, em 1988, de um modelo de Estado Social promovedor de políticas públicas – em uma noção de justiça distributiva – como garantia de condições necessárias à existência dos indivíduos. Assim exige a Constituição Federal brasileira. E diante dessa necessidade, apresenta-se plenamente justificada a proteção da ordem tributária como bem jurídico-penal. A fuga de impostos consiste em infração a um dever fundamental de cidadania (BALTAZAR JUNIOR, 2006, p. 346), dever este que, conquanto não previsto expressamente pela Constituição Federal, pode ser dela extraído a partir da previsão dos “objetivos de construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I) e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), além do princípio da capacidade contributiva, objeto do § 1º do art. 145 da Constituição Federal”.(BALTAZAR JUNIOR, 2006, p. 346) A partir de tais premissas, conclui, com grande perspicácia, Baltazar Junior que “há

⁶ Cf. LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários**: aspectos criminais e processuais. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92.

⁷ Cf. LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários**: aspectos criminais e processuais. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92.



merecimento ou dignidade de pena, por se cuidar de bens jurídicos protegidos constitucionalmente, e necessidade, pela insuficiência de outras sanções”.⁸

Em crimes econômicos, como um todo, há a tutela de bens jurídicos transindividuais (FELDENS, 2005, p. 208). Da conduta de não-pagamento de impostos resta um Estado impossibilitado de promover suas tarefas econômico-sociais; incapacitado, em última análise, de garantir direitos fundamentais. Na síntese de Luciano Feldens, “não se faz a tributação um objetivo em si do Estado, mas sim o meio que possibilita ao Estado cumprir os objetivos constitucionalmente programados” (FELDENS, 2005, p. 206). Adverte o autor que:

Expressando a Constituição brasileira, portanto, de maneira explícita ou implícita, um rol de deveres – mínimos que sejam – cuja nota de essencialidade decorre da própria necessidade de manutenção dos valores cunhados por esta mesma ordem constitucional, afigura-se-nos de todo recomendável que reconheçamos nessa categoria jurídica dos deveres fundamentais um relevante e legítimo paradigma para o exercício (positivo e negativo) da atividade legislativa incriminadora, notadamente quando os bens jurídicos protegidos (v.g., a ordem econômica e tributária) em face da imposição desses deveres (v.g., dever fundamental de pagar impostos) postam-se de forma a identificar-se aos próprios fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, presente a noção que se vem de sustentar de um Direito Penal funcionando como um instrumento de proteção de valores essenciais. (FELDENS, 2005, p. 136-137)

Inviável, portanto, em consideração aos argumentos lançados, não compreender a ordem tributária como um bem jurídico-penal. A proteção penal decorre, senão da expressa disposição constitucional de proteção de direitos fundamentais, da exigência de proporcionalidade entre os bens protegidos, conforme uma escala hierárquica de valores. E aos bens que prevalecem nessa escala de valores, erigidos a bem jurídico-penais, não pode faltar tutela penal. Nesse sentido, a lição de Feldens:

Caracterizando-se o Direito Penal como o ramo do Direito que, dentre uma escala de valores, tutela aqueles tidos como os mais essenciais, punindo as condutas mais graves do ponto de vista ético-social com as sanções mais pesadas, é natural que, dentre os bens essenciais, os mais essenciais só fiquem suficientemente protegidos com a tutela penal.⁹

Essa noção de exigência de proteção penal por parte do Estado é concebida com certa dificuldade quando encarada sob um prisma liberal-iluminista. Ocorre que o moderno constitucionalismo impõe um Estado não simplesmente absenteísta, mas promovedor. E a Constituição da República Federativa do Brasil descreve um Estado Democrático de Direito. Disso decorre um inderrogável compromisso de atuação positiva do Estado.

Muito apropriado, nesse contexto, o entendimento de Lenio Streck no sentido de que decorre do próprio modelo de Estado Social Democrático de Direito uma função transformadora, que aproxima o Estado da sociedade de forma a aplacar a dicotomia

⁸ Anota Raul Cabrera, acerca da preocupação com bens jurídicos transindividuais, que “indudablemente la génesis histórica y consolidación de los bienes jurídicos supraindividuales es obra del intervencionismo estatal. No era dable contemplar la ‘espontaneidad’ ni solazarse con el ‘fluir natural de la economía’”. Cf. CABRERA, Raul Peña. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, n. 11, jul.-set. 1995, p.43-45.

⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 97, 2005, março de 2005, p.201.



derivada da teorização, elaborada por Hobbes, que contrapunha o Leviatã à sociedade.¹⁰ A Constituição Federal condiciona as atividades do Estado à promoção do bem comum:

Tais considerações, à evidência, acarretam compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação e aplicação das leis. Para tanto, parto da premissa – e não há nenhuma novidade em dizer isto – de que a Constituição de 1988 é dirigente e compromissária, apresentando uma direção vinculante para a Sociedade e para o Estado. Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm eficácia*, e as assim denominadas normas “programáticas” – como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. – *comandam a atividade do legislador* (inclusive e logicamente, do legislador penal), buscando alcançar o objetivo do constituinte.

Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do Direito Penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual *o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas*.¹¹

A Constituição Federal brasileira é, pois, dirigente e impõe determinados limites ao legislador, o qual fica vinculado ao conteúdo material da Lei Suprema. Há a obrigação de proteção de certos bens jurídicos e, se necessário, por via penal. Decorrem, pois, de exigências materiais constitucionais os limites do Direito Penal, disciplina que se apresenta – ainda mais em um Estado promocional – como um dos instrumentos mais eficazes de proteção (STRECK, março de 2005, p.176-177). Daí a necessária e pertinente conclusão de Lenio Streck de que a violação de encargo constitucional de tutela decorre inconstitucionalidade por proteção deficiente.

Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*) (SARLET, mar.-abr. de 2004, p. 98)

Nesse sentido, também Ingo Sarlet admite que:

O Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*. (STRECK, março de 2005, p.179-180)

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 97, 2005, março de 2005, p.175-176.

¹¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. 3.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 53.



Daí porque Lenio Streck e Luciano Feldens falam em dupla face do princípio da proporcionalidade. Se de um lado incontroverso, desde o Estado liberal-iluminista que o Direito deve conter a atuação do Estado, proibindo o excesso; de outro, o Direito deve impulsionar determinadas medidas desse mesmo Estado para a proteção dos indivíduos que o compõe, proibindo a proteção deficiente. Configura-se, assim, uma espécie de garantismo positivo (contraposta a uma noção de garantismo negativo de proteção contra os excessos do Estado), “momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face [...] de ‘proibição de proteção deficiente’ (*Untermassverbot*)” (STRECK, março de 2005, p.179-180).

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.¹²

E nessa conjuntura de deficiência de proteção por meio do Direito Penal encontra-se a ordem tributária. Os crimes tributários protegem interesses constitucionais, que configuram, ainda, bens jurídicos transindividuais e, em decorrência, de extrema relevância

¹² Luciano Feldens, citado por Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 97, 2005, março de 2005, p.191, nota 28.) “*desnuda com acuidade o problema, demonstrando facilmente o contrário: a Secretaria da Receita Federal diagnosticou que, no ano de 1998, 11,7 milhões de pessoas e 464.363 empresas não declararam imposto de renda. Todavia, tiveram capacidade financeira suficiente para movimentar nas instituições financeiras (bancos) R\$ 341,6 bilhões,*¹² *valor esse que escapou integralmente ao fisco.*” Naquele exercício (1998), o Produto Interno Bruto brasileiro, índice que registra toda a produção de bens e serviços do País e representa, em termos monetários, o porte da economia nacional, alcançou o patamar de R\$ 899,8 bilhões. Em face desses dados, o Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul, atuando em paralelo à Receita Federal, procedeu a uma minuciosa investigação, por meio da qual houve por identificar, a partir de lançamentos efetuados nas contas correntes a título de Contribuição Provisória de Movimentação Financeira (CPMF) verificados no ano de 1998, que naquele período transitaram pelas contas correntes de apenas **15** (quinze) **pessoas físicas** o montante astronômico de **R\$ 10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), sem que R\$ 1,00 (um real) tenha sido recolhido aos cofres públicos.** Em um cálculo virtual, supondo-se que esse dinheiro houvesse sido tributado na pessoa física (IRPF), o resultado da operação oportunizaria pagar, durante 35 (trinta e cinco) anos, um salário mínimo para **1.410.000** (um milhão, quatrocentos e dez mil) trabalhadores do Brasil. Acaso retornemos ao quadro nacional, ainda que venhamos a admitir que em face de uma aplicação financeira determinada os valores manejados possam espelhar o retrato de uma segunda ou terceira tributação havida sobre o mesmo numerário, verificaremos que no universo das contas correntes de 9.873.564 (nove milhões, oitocentos e setenta e três mil, quinhentos e sessenta e quatro) pessoas físicas que **declaram** uma renda de **R\$ 314.350.000,00 (trezentos e quatorze milhões, trezentos e cinquenta mil reais),** houve uma **movimentação financeira de R\$ 1.321.532.000.000,00 (um trilhão, trezentos e vinte e um bilhões, quinhentos e trinta e dois bilhões de reais).** À margem dessa questão, ainda caberia mencionar a evasão de divisas provocada por meio das conhecidas contas CC-5, as quais, além de ativos lícitos, propuseram-se, durante longo período, a subsidiar a remessa internacional de dinheiro ilegalmente obtido, fazendo a primeira “perna” de um processo de lavagem de capitais. Basta referir que apenas entre os anos de 1992 e 1998, saíram do país, por meio dessas contas, R\$ 124.000.000.000,00 (cento e vinte e quatro bilhões) de reais.” (grifos constam do original)



social. Partindo de tal pressuposto, não abre o sistema a possibilidade de serem afastadas do ordenamento as normas penais destinadas à proteção de tão relevante bem jurídico, salvo se por outra via possa ser eficientemente protegido, ou, em hipótese de descriminalização material, se inexistente danosidade e, por conseguinte, relevância social.

E isso não ocorre nos crimes sob exame: precedentes não há – com mais de 10 anos de vigência da “norma despenalizadora” da extinção da punibilidade – de que a simples exigência do pagamento do valor sonegado tenha como resultado a contenção da criminalidade econômico-tributária. Não há, por outro lado, como se desconsiderar a importância e a relevância – sempre em grau elevado – do bem jurídico e as danosas consequências fáticas de sua violação.¹³

Necessário frisar ser inconcebível, diante da conjuntura brasileira, entender-se dispensável o tratamento penal das questões relativas a fraudes tributárias. Mostra-se evidente a necessidade de um Direito Penal tributário diante da alta lesividade das condutas tipificadas, que atentam contra as condições essenciais de funcionamento da sociedade. Refira-se, por oportuno, a insuficiência das sanções administrativas e das demais respostas extrapenais para impedir tais modalidades delitivas¹⁴, salientando, mais uma vez, a importância do bem jurídico para a coletividade. Ou seja, a ordem tributária não pode ser relegada a uma posição abaixo da que ocupa na escala hierárquica de valores constitucionais. Além disso, não pode ter a ordem tributária desmerecida a tutela penal ao mesmo tempo que outros bens jurídicos de hierarquia semelhante ou inferior são protegidos severamente pelo Direito Penal. Cabe aqui a observância, nos limites da presente abordagem, à proporcionalidade ordinal delimitada pela teoria proporcionalista de Hirsch.

Em verdade, ao se admitir a extinção da punibilidade – mesmo com a perfectibilização fática do tipo penal – pelo pagamento do valor sonegado e, a contrário senso, a não-extinção-da-punibilidade-pelo-não-pagamento, configura-se uma situação insustentável de incoerência interna no sistema, que não admite, por um lado – como regra – a prisão civil e que não dispensa, por outro lado, tratamento análogo extintivo da punibilidade a crimes assemelhados. O arrependimento posterior é, em crimes cometidos sem violência ou ameaça – consoante dispõe o artigo 16 do Código Penal –, causa de

¹³ Não é outro o entendimento de Luciano Feldens, para quem “a penalização das fraudes fiscais, quando de significativas proporções, encontra justificativas esparsas pelo ordenamento jurídico: a partir de uma perspectiva penal, em face da própria danosidade social da conduta (ao que já se designou danosidade social inequívoca), a traduzir um juízo de necessidade de criminalização quando evidenciada a falência de medidas alternativas menos lesivas; desde um enfoque constitucional, tal legitimidade decorre do tema dos deveres constitucionais, os quais, por representarem-se como situações de sujeição (posições jurídicas passivas) do cidadão frente ao Estado, autorizam uma intervenção estatal em determinados setores da vida privada, impondo limitações legais ao exercício de direitos individuais. FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206.

¹⁴ Não escapou a Lenio Streck essa reflexão: “[...] deveria causar espanto à comunidade jurídica o fato de o legislador não abrir mão do direito penal para combater delitos menos relevantes – no que pertine a sua danosidade social - como o furto e apropriação indébita, e, nos casos de crimes mais graves como os crimes fiscais, agir de outro modo, oferecendo a possibilidade de o sonegador efetuar o ressarcimento do valor amealhado dos cofres públicos. No limite, poder-se-ia propor, na medida em que a fórmula adotada pela Lei 10.826 (pagamento do valor sonegado – portanto, de forma indireta, subtraída) se mostre eficaz para a proteção do bem jurídico, ‘a extensão dessa fórmula aos demais crimes contra o patrimônio, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça...!’ Ou seja, poder-se-ia também permitir que o ladrão e o estelionatário devolvessem a ‘res furtivae’ – até em suaves prestações (espécie de REFIS da patulêia) – extinguindo-se, ipso facto, a punibilidade, nos mesmos termos dos crimes fiscais!” Cf. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 97, 2005, março de 2005, p. 192.



diminuição de pena e não de extinção da punibilidade. Além disso, crimes como estelionato, falsidade material e falsidade ideológica, muitas vezes crimes-meio para o fim de evasão fiscal.

Daí a ilegalidade, por inconformidade proporcional da aludida previsão (de extinção da punibilidade pelo pagamento do valor sonegado) com relação aos crimes delineados pelo sistema penal não privilegiados pela extinção da punibilidade pelo arrependimento posterior.¹⁵

A Constituição Federal restringe o legislador, que, por vezes, classifica de forma inadequada e seletiva – conforme o sujeito ativo e não em razão da danosidade social da conduta – os crimes. Sustenta Lenio Streck – em passagem extensa, mas que dada a sua precisão crítica merece ser transcrita – que o crime de sonegação é indevidamente tratado com benevolência pelo Estado e pelo legislador (STRECK, 1988, p. 61-62):

Chega às raias do absurdo saber que, em um país em que os tributos deveriam ser usados como meio de distribuição de riqueza e fator de justiça social, as 460 pessoas mais ricas do Brasil detêm, juntas, um patrimônio de 26,7 bilhões de dólares, maior que a soma dos PIBs do Uruguai, do Paraguai e da Bolívia. Ou 6% do PIB brasileiro. Selecionado-se os 50 mais ricos deste grupo, descobre-se que seus patrimônios somam 12 bilhões de dólares. Estes 50 ricos pagam de imposto de renda apenas 32,5 milhões de dólares. *Dados da Receita dão conta de que, enquanto a classe média paga 1 real de imposto para cada 10 reais de patrimônio, o clube dos 460 recolhe somente 1 real para cada 821.* Outro dado: os 460 contribuintes em questão respondem por apenas 0,25% do total da arrecadado pela Receita Federal. E então? O que dizer sobre isso? O que dizer sobre a descoberta feita no âmbito de uma CPI do Congresso Nacional de que a sonegação de impostos chega ao montante de 82 bilhões de dólares? Mais ainda: Estudo sigilosos (*sic*) da Receita Federal, obtido pelo jornal O Estado de São Paulo, *indica que cerca de US\$ 490 bilhões – aproximadamente 30% do montante que circula anualmente no mercado financeiro brasileiro – escapam da tributação.* Esse valor equivale a 60% do PIB do País... O valor é decorrente do contrabando, tráfico de drogas, sonegação de impostos, caixas dois e corrupção! Parte desse dinheiro é remetida para paraísos fiscais, onde é “lavada” para retornar legalizada ao Brasil!

Qual a resposta do *establishment* para toda essa problemática (sonegação, etc.)? Resposta pronta, simples e “eficaz”, através da concessão de um *regalo natalino*. Explicando: no dia 26 de dezembro de 1995, foi sancionada a Lei n. 9.246, pela qual, consoante o disposto no art. 34, o pagamento do tributo ou da contribuição social, objeto do crime de sonegação, antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade... Vê-se, pois, como é (bem) tratado o sonegador e como é (mal) tratado, p.ex., um ladrão de bicicleta ou de galinha, para o qual, se devolvida *sponte sua* a res, antes do recebimento da denúncia, restará, tão-somente, uma diminuição na pena (art. 16 CP). Por que isto? *Porque no Brasil têm leis que são feitas para os que aparecem na Revista Caras e leis que são feitas para os que aparecem no Notícias Populares...*¹⁶

¹⁵ Em que pese a desatualização dos dados (década de 1990), vale a referência como indicativa da importância do bem jurídico, posto de lado pelo legislador ordinário.

¹⁶ Cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 346.



Determina a Constituição Federal ser objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem qualquer forma de discriminação (artigo 3º, Constituição Federal). E o que se pretende, com a vedação de proteção deficiente aos crimes fiscais, é a proteção dessa sociedade (justa e solidária), bem como a efetiva igualdade de todos perante a lei, desinstitucionalizando, com isso, a consagrada idéia de impunidade aos “macro-delinquentes”.¹⁷

Bem pondera Alexandre Kern (mesmo atentando à chamada “cifra negra”, muito comum em crimes tributários) (KERN, 2002, p. 36), com base em relatórios fornecidos pelo Ministério da Justiça, sobre esse desinteresse legislativo e mesmo judicial em apenar condutas relativas à “alta criminalidade”:

Nos cerca de um milhão de crimes praticados ao ano no País (dados do Conselho Nacional de Política Criminal, em pesquisa realizada em 1993), não há qualquer registro de presos cumprindo pena pela prática de crimes contra o sistema financeiro; crimes de sonegação atingem a cifra de 0,0004%, de contrabando e descaminho 0,006% e de estelionato 2,15%.¹⁸

E de onde decorre essa dificuldade de incriminação de um fato tão lesivo a coletividade? Aqui, mais uma vez, mostra-se pertinente a teorização de Edwin H. Sutherland, desenvolvida a partir de 1939, sobre os crimes de colarinho branco (*white collar crimes*) – expressão cunhada a partir da termo *white collar* já utilizado, à época, pela criminologia industrial para contrapor trabalhadores não manuais aos operários manuais, usuários de vestimentas com colarinho azul (*blue collar*) (SANGUINÉ, 1991, p. 18-29). Desmistificou-se a idéia de que a criminalidade consistia em um fenômeno produzido apenas pelas classes inferiores, e lançadas foram as bases para análise criminológica da criminalidade econômica.¹⁹

Deduz-se, quando da análise da teorização de Sutherland, que o crime não é um fenômeno exclusivo das classes pobres. Pelo contrário, ocorre de forma equivalente em todas as classes sociais. Não haveria uma diferença ontológica: a distinção residiria na forma do tratamento dispensado pelo Estado, isto é, formas de reação social diferentes a condutas que são essencialmente iguais.²⁰ Ou seja: ambas – “alta” e “baixa” criminalidade – igualmente consubstanciam fatos típicos, antijurídicos e culpáveis.

¹⁷ Reflete o autor que “a constatação da existência da criminalidade oculta fez emergir as inconsistências do conhecimento erigido com base nas estatísticas criminais pela Criminologia tradicional. Os delitos registrados, hoje sabe-se, constituem um mostra não representativa da delinquência. É notório, por exemplo, que não aparecem nas estatísticas os delitos cometidos por pessoas de alto status econômico-social, a menos que tenham sido excepcionalmente escandalosos, e, portanto, também não aparecem as formas delitivas características dessa classe social.” Cf. KERN, Alexandre. **O controle penal administrativo nos crimes contra a ordem tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 36.

¹⁸ Cf. SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal. **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre, n. 2, ano 4, v. 4, abr.-jun. 1991, p. 18.

¹⁹ Sintetiza Odone Sanguiné que “a conduta criminal das classes abastadas não está submetida à punição ou à estigmatização na mesma medida em que o está a criminalidade tradicional, ou seja, existem bolsões ou círculos de imunidade que protegem ‘de fato’ a certas atividades, não obstante sua evidente e elevada danosidade social ou estarem formalmente penalizados pelas leis”. Cf. SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal. **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre, n. 2, ano 4, v. 4, abr.-jun. 1991, p. 18.

²⁰ Nesse sentido, Alexandre Kern sintetiza razões da impunidade relativa à criminalidade econômica. Define o autor 03 categorias: “as características da conduta, a reação social e as dificuldades na criminalização primária e secundária. Citam-se, por exemplo, o forte poderio econômico e social dos autores, a cumplicidade das autoridades, a privacidade que caracteriza a vida e as atividades dos autores, a complexidade das leis especiais, manipuláveis por hábeis assessores, a interposição de pessoa jurídica, tornado difusa a responsabilidade penal e dificultando a aplicação da lei no caso de empresas multinacionais, estratégias



Ao mesmo tempo em que afrontam bem jurídico de insofismável relevância ao sistema, detêm os criminosos de altas classes sociais privilégios do ordenamento jurídico. Dada a nocividade da lesão (manifesta gravidade e intensidade do ataque) e do reiterado desrespeito às regras, inconcebível – seja qual for a política criminal – o tratamento diferenciado dispensado à criminalidade econômica (LOVATTO, 1992, p. 35). A extinção da punibilidade pelo pagamento anterior ao recebimento da denúncia consagra a impunidade; e a impunidade institucionalizada fomenta a criminalidade.

Hoje, a consciência social exige uma ação mais incisiva do Ministério Público e do Judiciário em relação aos crimes de “colarinho branco” e à macrocriminalidade. Isto decorre do princípio constitucional de que “todos são iguais perante a lei”. Se, pois, todos são iguais perante a lei, esta impõe ao Ministério Público, nas ações públicas incondicionadas, o dever de denunciar independentemente do interesse de Estado arrecadador, ou da posição social do contribuinte, sob pena de se continuar a disseminar a idéia de que a impunidade continua a imperar em nosso país. (LOVATTO, 2003, p. 14/15)

Necessário compreender os crimes contra a ordem tributária como decorrentes de mandados constitucionais de criminalização. A sonegação fiscal, entendida aqui em sentido amplo, impõe conseqüências nas políticas públicas do Estado – que é social por natureza constitucional – e na promoção de direitos tidos como fundamentais. E, conforme se depreende do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal (Parte I, item 2.1) “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Na lição de Lovatto:

Se os tributos existem como essenciais à sobrevivência do Estado, especialmente para minorar o desequilíbrio social, fundamental para que se invista na educação, na saúde, no transporte, etc., torna-se evidente a necessidade de o poder público zelar para que não haja sonegação fiscal e inadimplência.²¹

A lógica – conforme se tem insistido – dos crimes fiscais reside sempre na proteção da ordem tributária: o dano ou resultado penal não se restringe à falta de pagamento. Dito de outro modo, a conduta vem carregada de desvalor em si, cujos efeitos não se limitam à diminuição da arrecadação, razão pela qual – mesmo efetivado o pagamento – necessária a reprimenda penal.

Admitir-se o contrário seria, em verdade, a aceitação, em um raciocínio por analogia, de uma nova modalidade – além das hipóteses previstas na Constituição Federal – de prisão por dívidas no Direito brasileiro. Explico: se quem pratica fraude visando à redução ou à supressão de tributo é descoberto pela receita – que inicia um procedimento técnico-investigatório de apuração do ilícito, que será encaminhado ao Ministério Público para a propositura da ação penal – tem a oportunidade de pagar o montante suprimido para ter

*publicitárias para conservar a aceitação do público e manter boa imagem, a complexidade do mundo empresarial, que lhe confere aura de licitude, o distanciamento entre autor e vítimas, geralmente mediados por pessoa jurídica, especialização profissional e domínio funcional dos meios tecnológicos, débil reação social, o prestígio, honorabilidade e influência do autor, que lhe conferem imagem favorável frente à comunidade, temor da vítima frente ao poder da corporação e a incredulidade a respeito da eficácia da administração da justiça, técnicas de neutralização, deficiente regulação jurídica etc.” Cf. KERN, Alexandre. **O controle penal administrativo nos crimes contra a ordem tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.37.*

²¹ Nesse sentido ensina Francisco de Assis Toledo que “o objeto de tutela são valores ético-sociais, não apenas as coisas materiais sobre que recai a ação criminosa”. Cf. ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.20 e PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.47.



extinta a punibilidade, só será punido quem não tiver condições financeiras de promover o pagamento. Seleciona-se o criminoso.

E mais: com tal medida o ordenamento legitima e protege a fraude. Há uma anuência tácita com a sonegação. Ao se desproteger a ordem tributária – dando plena eficácia ao arrependimento posterior – legitima-se a tentativa de crime e banaliza-se o sistema protetivo, bem como a teoria do bem jurídico. Dá-se à fraude o caráter de simples atraso no pagamento. Pode-se falar, em tese, em incentivo da criminalidade desta espécie, pois ao agente é dado calcular os riscos da sonegação e reservar o valor que deveria, de qualquer forma, ser pago ao Fisco – dinheiro sonegado – para ter, em caso de descoberta da fraude, quando deflagrada e encaminhada a ação fiscal ou ainda em qualquer fase do processo penal, extinta a punibilidade pelo pagamento. Dito de outro modo, o sistema acaba por incentivar a conduta impregnada de malícia: calcula o sonegador, sem quaisquer ameaças de punição penal, o risco de não pagar o tributo devido: acaba por se transformar a sonegação em investimento.

De afastar-se, portanto, qualquer sustentação no sentido de que – com a extinção da punibilidade – permanece ilibado o bem jurídico, porquanto a proteção penal produziria seus efeitos na promoção da reparação do dano. Entender o pagamento do valor sonegado como reparação do dano significa confundir bem jurídico e objeto material do crime (BETTIOL *apud* PRADO, 1997, p. 42). Despiciendo referir que a restituição do objeto material não representa, necessariamente, a recomposição do bem jurídico. Este concebe um valor, que consiste no núcleo de proteção da norma. Em pertinência com o tema, a irrepreensível a lição de Bettiol no sentido de que o bem jurídico “é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo de matéria, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência”.²²

Diante disso, em crimes fiscais, quando do pagamento, há a restituição do objeto material, inexistido, porém, efetivamente, a reparação do dano. O bem jurídico – ordem tributária entendida em seu conjunto – segue ofendido, reclamando a sanção penal. Não há, pois, recomposição (a previsão objetivando o ressarcimento ao erário não restaura o bem jurídico violado; pelo contrário, enfraquece-o), nem reparação do dano, tampouco.

Além disso, nunca é demais lembrar que – com o que se entende por reparação do dano – perde a pena parte de sua natureza reprovativa, senão que também parte de seu conteúdo preventivo. Permanece sem repreensão a conduta portadora de um desvalor tal

²² Oportuna, a propósito, a conclusão de Luciano Feldens – em manifesta crítica ao processo de “civilização” do Direito Penal, o qual perde sua identidade, que reclama sanções mais severas (até porque protege os bens jurídicos mais valiosos contra os ataques mais repulsivos) que a mera responsabilização civil, como obrigação de indenizar – a partir de uma análise integrada dos artigos 44, I e do artigo 45, § 1º, ambos do Código Penal, no sentido de que a sanção penal perde a sua finalidade, porque absorvida pela condenação civil indenizatória, tanto que abatida aquela quando do pagamento desta. Explica o autor que “o dispositivo em questão (art. 45§ 1º, do Código Penal), a par de pitorescamente tratar as vítimas do delito como beneficiários, provoca situação inusitada: se, por exemplo, numa hipótese de crime de sonegação fiscal (art. 1º da Lei nº 8.137/90), a União, atuando em paralelo na tentativa de recuperar o seu crédito, promover ação de execução fiscal (demanda cível) contra a empresa da qual o condenado é o diretor-responsável (por meio da qual sonegou os tributos), poderá o réu abater do quantum devido o valor pago a título de prestação pecuniária, ou seja, a título de sanção ‘penal’. Em se concretizando a hipótese, a sanção que se quer de natureza criminal simplesmente esvair-se-ia na demanda cível, porque abatida seria do pagamento da dívida civil, que nada mais é do que o próprio valor indevidamente apropriado pelo acusado (ou seja, o produto do crime), acrescido dos consectários legais. Ou seja, a sanção penal aplicada ao réu, uma prestação pecuniária dedutível, seria paga com o dinheiro público sonegado, e ainda com limitação máxima (360 salários mínimos), o que demonstra seu indistigável cunho ressarcitório; cível, por conseguinte.” Cf. FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130-135.



que a alçou à categoria de crime (ilícito penal em contraposição ao ilícito civil). De salientar, ainda, que a obrigação de reparar o dano (indenizar) já é efeito direto da sentença penal condenatória, conforme preconiza o artigo 91, I, do Código Penal e que, pela nova sistemática, introduzida pela Lei 11.719/08, a sentença deve, conforme determina o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, fixar *valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido* (CASARIL, 2002).

4. Da justificação da invalidade dos dispositivos que consagram a extinção da punibilidade pelo pagamento

Reside, portanto, em 03 planos a inadequação sistêmica da extinção da punibilidade pelo pagamento, seja ele anterior ou posterior ao recebimento da denúncia. Num primeiro momento, inconstitucional porque implica desproteção de bem jurídico relevante, merecedor de tutela penal, porquanto necessário à efetivação – por meio da fórmula do Estado Social – de direitos fundamentais. Refira-se aqui, ainda, a contrariedade aos objetivos – constitucionais fundamentais – da República de construção de uma sociedade solidária, de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais. Veja-se, ademais, que não há qualquer ressalva que justifique a isenção de resposta penal: por não configurarem hipóteses de inobservância aos princípios da ofensividade, da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal, resta plenamente legitimada a cominação de sanções desta natureza aos crimes contra a ordem tributária.

Em um segundo momento, a punição dos crimes fiscais mostra-se necessária por uma questão de proporcionalidade e de coerência lógica do sistema penal: a coerência ordinal exige soluções semelhantes para afrontas equivalentes, e tratamento jurídico-penal proporcional à gravidade da ofensa e ao valor axiológico do bem jurídico. Ainda, partindo dessa necessidade de coerência endonormativa (relativa), inviável a extinção da punibilidade do crime-fim quando o crime-meio (que restou absorvido) não teria semelhante favor legal. Nada razoável – e, portanto, insustentável, para não dizer inconstitucional – que as condutas de falsificação documental com o fim de sonegar tributos ou de obtenção de vantagem ilícita contra a Fazenda Pública, por exemplo, tenham o privilégio da extinção da punibilidade enquanto as mesmas condutas, quando praticadas em detrimento de interesse particular, são punidas com veemência pelo sistema penal.

Em um terceiro plano, por mais controvérsias que possa ensejar a questão atinente aos fins e funções da pena, a solução mostra-se inadequada por ignorar as necessidades retributivas e preventivas da sanção penal consagradas em nosso ordenamento, conforme a lição de Casaril²³, pelo duplo binômio normativo “*necessário e suficiente*” para “*reprovação e prevenção*” insculpido no artigo 59 do Código Penal.

Também a legitimar o caráter retributivo da coerção penal, que não é, de forma alguma atingido com a extinção da punibilidade pelo pagamento, Ferrajoli, partindo do axioma *nulla poena sine crimine*, deduz o princípio da retribuição como uma verdadeira garantia do Direito Penal (FERRAJOLI, 2006, p. 339), de forma a evitar um sistema de

²³ Ferrajoli, explicando a natural conexão existente entre o caráter de retribuição da pena e sua função de prevenção geral, destaca a importância garantidora do princípio retributivo no sentido de afastar incriminações preventivas abstratas ligadas ao direito penal do autor, “*de forma que serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitaris, a punição do inocente, ainda quando seja considerado ‘de per se’ mau, desviado, perigos, suspeito ou propenso ao delito [...]*.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Vera da Costa e Silva et. al. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 339-340



repressão puramente preventivo: “graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva *post delictum*”.²⁴

Não se nega, por fim, que a carga tributária brasileira é por demais onerosa, configurando situações fáticas em que, insuportável, enseja a sonegação. A criminalização de condutas relativas a ofensas de bens jurídicos fiscais deve vir – por certo – acompanhada da devida política tributária de direcionamento dos tributos para os fins próprios do Estado. E incumbe, necessariamente, a essa política observância aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Diante disso, o Direito Penal, quando da proteção da ordem tributária, deve respeitar também a essas questões, compatibilizando-os com os seus preceitos basilares.

Portanto, questões relativas a sonegações de menor vulto, com o comprovado intuito de preservação da empresa, bem como de seu aparato produtivo e da manutenção seu efetivo de trabalhadores devem ser interpretadas conforme princípios gerais do Direito Penal, podendo ser absorvidas, conforme o caso, pelo princípio da insignificância – tendo como consequência o afastamento da tipicidade – ou, ainda, pela tese da inexigibilidade de conduta diversa – com o decorrente afastamento da culpabilidade. Ambas as hipóteses impedem a punição Estatal, sem, contudo, subverter a lógica do sistema penal. Não configuram benesses do ordenamento a atitudes delitivas de determinados estamentos da sociedade, mas situações que, de fato, seja por ausência de lesividade, seja por falta de culpabilidade, desclassificam a conduta dos parâmetros exigidos pelo Direito Penal: afastam dela a qualidade de crime.

Enfim, fraudes fiscais, quando de significativas proporções, não podem escapar à esfera penal, seja porque não encontrou o sistema alternativas menos lesivas do que a coerção penal para a proteção da ordem tributária, seja porque tributos (compreendidas aqui também as contribuições sociais) configuram – em uma concepção de Estado Social, comprometido com a efetivação de direitos fundamentais – condição essencial para a promoção de políticas públicas de erradicação da pobreza, de eliminação da marginalização, de redução das desigualdades, de prestação de saúde, educação e, dentre outros, de seguridade social, compreendida aí assistência e previdência.

E, porque inconstitucional a extinção da punibilidade pelo pagamento dos débitos oriundos de tributos, inaplicáveis – e se mostra até mesmo dispensável enunciar que a não-aplicação independe de declaração da inconstitucionalidade por meio de controle concentrado –, por inválidos, os dispositivos que a consagram.

Conclusão

Seja qual for o conceito que se tenha de bem jurídico, incontroversa a sua importância ao Direito Penal, porquanto residir na proteção daquele a legitimação deste. Assim exige o Estado de Direito. Invasões na esfera de liberdade do indivíduo só se justificam quando necessárias e indispensáveis ao controle social organizado. Bens jurídicos limitam e fundamentam a reprimenda penal estatal.

²⁴ Cf. FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206-210.



Em verdade, quando da análise das funções dos bens jurídico-penais em nosso ordenamento, transparece que (1) servem como limite e orientação do *ius puniendi*, direcionando a política criminal do Estado (criminalização e descriminalização); (2) atuam como forma de sistematização de leis, como ocorre, v.g. na parte especial do Código Penal, em que os crimes são agrupados e distribuídos em conformidade com o bem jurídico tutelado; (3) indicam a finalidade e os valores protegidos pela norma; e, por fim, (4) configuram critérios balizadores da pena – conforme a intensidade da lesão ao bem jurídico será estabelecido o *quantum* da reprimenda, em uma manifesta expressão do princípio da proporcionalidade.

Pois bem, a partir da consagrada importância da noção de bem jurídico como parâmetro de criminalização e de descriminalização, possível deduzir uma dúplici operacionalidade: em um sentido negativo, o sistema impede a penalização de condutas não ofensivas a bem jurídico relevante ou já eficientemente protegido de forma extrapenal; e em uma perspectiva positiva, o bem jurídico orienta o legislador à incriminação das condutas que sejam efetivamente ofensivas à sociedade. E a Constituição Federal, por reconhecer como manifesta a danosidade social da afronta a determinados bens jurídicos, institui mandados constitucionais de penalização. São traçados, assim, constitucionalmente, fundamentos de política criminal a que necessariamente deverá se adequar a atividade legislativa: nada mais do que a exigência de uma relação de adequação material entre a Lei Maior e a legislação ordinária.

Há limites, pois, à atividade do legislador penal ordinário traçados pela Constituição e que permeiam a noção de bem jurídico: ao mesmo tempo que tem o Legislativo a restrição de não lhe ser permitida a proteção de bem jurídico irrelevante, não pode, discricionária ou mesmo arbitrariamente, deixar desprotegidos valores, interesses e necessidades decorrentes de mandados constitucionais de penalização. Em razão da violação de determinado bem jurídico considerado penal por força constitucional, necessária a reprimenda estatal. Não pode o legislador operar a descriminalização. Configura-se inconstitucional tal medida por proteção deficiente ou, dito de outro modo, por insuficiência na proteção de bem jurídico-penal.

Daí a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade pelo pagamento dos débitos tributários anterior ao recebimento da denúncia: não competia ao legislador ordinário a deliberação acerca de sua, mesmo que indireta, descriminalização. Sendo a ordem tributária bem jurídico com força constitucional (seja em decorrência de uma noção de mandato de criminalização para uma mediata proteção de direitos individuais fundamentais, seja em decorrência do dever constitucional de pagar impostos, decorrente de um Estado comprometido com as obrigações de erradicação da pobreza, de redução das desigualdades e com a promoção de políticas públicas como a saúde, educação e seguridade social) necessária a sua efetiva proteção, sendo inconstitucional o seu desamparo.

Ademais, entendido sistematicamente o ordenamento penal, indispensável a coerência interna desse sistema e a congruência de critérios quando da imposição de penas e sanções. Nesse sentido, sendo delimitados os crimes fiscais por uma complexidade de condutas – como elementos estruturais típicos – que são autonomamente puníveis pelo ordenamento, não poderia o sistema dispensar tratamento diferenciado para as mesmas condutas quando dirigidas especificamente à supressão ou redução de tributo. A sonegação fiscal traz um desvalor em si – encerra uma conduta fraudulenta – e, por isso, deve ser punida, independentemente do pagamento posterior à descoberta da manobra ardilosa.



Inegável, por outro lado, que é necessária a proteção da sociedade em face dos crimes contra a ordem tributária, considerada a danosidade de tais crimes. E mais: indiscutível a desproporcionalidade da isenção de pena quando em comparação com crimes de menor repercussão e de menor dano social. Sendo assim, inconcebível tratamento privilegiado. Mais uma causa, portanto, de invalidade da criticada previsão descriminalizadora: a incompatibilidade lógica e a escancarada afronta à proporcionalidade quando em cotejo com as demais regras incriminadoras de condutas análogas sem o benefício de extinção da punibilidade pelo arrependimento posterior.

Ocorre, porém, que, mesmo que exista, no sistema, a exigência de criminalização, não se pode negar que o legislador, em decorrência do próprio modelo de Estado Democrático, tem ampla discricionariedade em sua atividade precípua (sempre lembrando que discricionariedade não é um poder à margem da lei, não se confundindo, por isso, com arbitrariedade). A compreensão de deveres de criminalização e de mandados constitucionais não pode, portanto, implicar o “engessamento” da atividade legislativa em matéria criminal; o que deve ocorrer, e isso não é novidade alguma, é a sua conformação aos limites mínimos e máximos delineados pela Constituição Federal.

Evidente que há pontos nebulosos, razão pela qual que há um parâmetro absoluto de controle. Por isso, incumbe ao Poder Judiciário o controle da atividade legislativa nas hipóteses de completa incompatibilidade com o sistema ou de notória inversão de valores. Não se quer aplicar – e a referência é necessária – a Constituição Federal como se fora o Código Penal; apenas corrigir o que se mostra manifestamente desproporcional no ordenamento. Para tanto, somente as medidas legislativas que se mostrem absolutamente inadequadas e incongruentes com a lógica do sistema punitivo – e que, por isso, lhe retirem a credibilidade, a isenção e, em consequência, sua legitimidade – devem ser jurisdicionalmente sindicáveis.

Nessa esfera controlável pelo Judiciário encontra-se a previsão da extinção, nos crimes fiscais, da punibilidade pelo pagamento do valor sonegado. Isso porque a inversão de valores para aplacar a proteção da sociedade em detrimento de determinados estamentos ou classes sociais não é valor, diretriz ou política criminal de atuação legislativa. Mostra-se, sim, uma desvirtuação ou corrupção do sistema. Por isso deve ser banida; ou, ao menos, não aplicada.



Referências Bibliográficas

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos** – a terceira via. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de Direito Penal**. 2. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1986.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CABRERA, Raul Peña. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p.36-49, jul.-set. 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASARIL, Agenor. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal Brasileiro**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 145.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas S.A., 1994.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Vera da Costa e Silva et. al. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e com critério de política criminal. Tradução Heloisa Estellita Salomão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 776, p. 109-139, jun. 2000.



FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito**: uma teoria à luz da constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius penale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

KERN, Alexandre. **O controle penal administrativo nos crimes contra a ordem tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários**: aspectos criminais e processuais. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOVATTO, Alécio Adão. Dos crimes contra a ordem tributária ou sonegação fiscal. **Revista do Ministério Público-RS**, Porto Alegre, n. 28, p. 35-48, 1992.

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

MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. vol.1. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1978.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. vol.4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Direito penal econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sagra – D C Luzzato, 1996.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. et. al. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998.

SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal. **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre, n. 2, ano 4, v. 4, p. 17-43, abr.-jun. 1991.

SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.



SCHORPF, Patrícia. **Crimes contra a ordem tributária**: aspectos constitucionais, tributários e penais. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006.

STOCO, Rui. Sonegação Fiscal e Crimes Contra a Ordem Tributária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 675, p. 335-353, jan. 1992..

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 97, p.171-202, mar. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. 3.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



REGIMENTO INTERNO DA REVISTA

RES SEVERA VERUM GAUDIUM

REVISTA CIENTÍFICA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UFRGS

CAPÍTULO I

Da Revista

Art. 1º - A Revista *Res Severa Verum Gaudium* é a Revista Eletrônica do Centro Acadêmico André da Rocha, entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS, criada em 17 abril de 2009 pela Gestão *Construindo o Caminho*.

Parágrafo único – A Revista *Res Severa Verum Gaudium* é de responsabilidade da Diretoria Executiva do CAAR, contudo os trabalhos nela publicados e assinados não necessariamente representam a opinião da Gestão, sendo de inteira responsabilidade de seus autores.

Art. 2º - A Revista *Res Severa Verum Gaudium* é um periódico de caráter científico e sua administração passa a ser regida por este Regimento.

CAPÍTULO II

Dos Objetivos e das Finalidades da Revista *Res Severa Verum Gaudium*

Art. 3º - São objetivos e finalidades da Revista *Res Severa Verum Gaudium*:

I – Contribuir para o aprimoramento da Faculdade de Direito da UFRGS, da Universidade e da educação nacional como um todo;

II – Incentivar o estudo do Direito e o aperfeiçoamento cultural dos estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS, almejando o progresso do ensino jurídico comprometido com a proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como com a preservação dos demais valores tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil;

III – Colaborar na formação de estudantes preparados para o exercício consciente e responsável da cidadania e da política;

IV – Instigar entre os estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS e demais estudantes debates de natureza política, educacional, jurídica, social, econômica, cultural e humanitária, buscando a compreensão e a solução dos problemas;

V – Publicar e difundir trabalhos (artigos acadêmicos, pesquisas e ensaios) produzidos por estudantes, principalmente os estudantes de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais e de ciências afins, tanto na pesquisa, quanto na extensão;

VI – Publicar e difundir demais artigos acadêmicos, pesquisas e ensaios que dialoguem com as Ciências Jurídicas e Sociais e de ciências afins;

VII – Incentivar a iniciação científica na Faculdade de Direito e fomentar a criação e crescimento dos Grupos de Pesquisa.

CAPÍTULO III

Da Administração da Revista *Res Severa Verum Gaudium*

Art. 4º - A administração Revista *Res Severa Verum Gaudium* é composta por:

- I – Coordenador-Geral;
- II – Conselho Administrativo;
- III – Conselho Editorial.

Parágrafo único. Os membros da administração da Revista exercerão suas funções durante o período de vigência de cada gestão do Centro Acadêmico André da Rocha.

Art. 5º - O Coordenador-Geral da Revista é o seu Editor, exercendo a sua chefia imediata, sempre se reportando à Diretoria Executiva do CAAR, cabendo-lhe, entre outras funções:

- I – Convocar as reuniões do Conselho Administrativo;
- II – Presidir as reuniões do Conselho Administrativo;
- III – Coordenar a publicação da Revista;
- IV – Escrever, em nome do Conselho Administrativo, texto de apresentação da Revista, em cada edição.

§ 1º - O Coordenador-Geral será escolhido pela Gestão do Centro Acadêmico André da Rocha dentre os seus membros.

§ 2º - O Presidente do CAAR não poderá exercer o cargo de Coordenador-Geral da Revista.

Art. 6º - O Conselho Administrativo da Revista é o órgão executivo, responsável direto pela sua publicação, cabendo-lhe tomar todas as providências necessárias para que a Revista seja publicada, conforme disposto neste Regimento.

Parágrafo único. Também cabe ao Conselho Administrativo, sem prejuízo de demais atividades:

- I – Reportar-se à Diretoria Executiva do CAAR sempre que solicitado;
- II – Elaborar relatório de atividades a ser encaminhado à Diretoria Executiva do CAAR após a publicação de cada número da Revista;
- III – Diligenciar perante as instâncias competentes para que todos os números da Revista sejam mantidos na *Internet*;
- IV – Coordenar os trabalhos de editoração, produção e divulgação da Revista;
- V – Manter contato permanente com o Conselho Editorial;
- VI – Elaborar e publicar amplamente Edital para seleção de trabalhos com, no mínimo, um mês de antecedência da data estipulada pela Diretoria Executiva do CAAR para publicação;
- VII – Captar os trabalhos enviados para publicação e encaminhá-los ao Conselho Editorial;
- VIII – Deliberar a respeito dos casos omissos neste Regimento.

Art. 7º - O Conselho Administrativo será composto por cinco estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS, sendo um deles o Coordenador-Geral, nomeados pela Diretoria Executiva do CAAR.

Parágrafo único. Obrigatoriamente, pelo menos um destes cinco membros a que se refere o *caput*, deve ser estudante da Graduação que não esteja exercendo nenhum cargo na Gestão do CAAR.

Art. 8º - O Conselho Editorial da Revista é o seu órgão acadêmico, responsável direto pela seleção dos trabalhos a serem publicados, conforme disposto neste Regimento.

Parágrafo único. Também cabe ao Conselho Editorial, sem prejuízo de demais atividades:

- I – Avaliar os trabalhos enviados e emitir parecer pela



a) *Aprovação sem restrição* – para que o trabalho seja encaminhado, de imediato, para a publicação na Revista;

b) *Aprovação com restrição* – para que o trabalho retorne ao(s) autor(es) para revisão e/ou reformulação e retorno para inclusão em um número posterior da Revista;

c) *Não aprovação* – não aceitação do trabalho para publicação.

II - Reportar-se ao Conselho Administrativo da Revista sempre que solicitado;

III – Manifestar-se sobre eventuais recursos apresentados pelos autores de trabalhos que receberem parecer pela “não publicação”;

IV – Auxiliar na divulgação da Revista no meio acadêmico;

Art. 9º - O Conselho Editorial será composto de dois a cinco professores, sendo, pelo menos, um deles necessariamente doutor e vinculado à UFRGS, convidados pela Diretoria Executiva do CAAR.

CAPÍTULO IV

Da Periodicidade e da publicação da Revista *Res Severa Verum Gaudium*

Art. 10 – A Revista *Res Severa Verum Gaudium* terá publicações eletrônicas periódicas, no mínimo, duas publicações anuais, sendo, preferencialmente, a primeira ao final do primeiro semestre letivo da UFRGS e a segunda ao final do segundo semestre letivo da UFRGS.

Parágrafo único. Cabe à Diretoria Executiva do CAAR, quando da nomeação do Coordenador-Geral da Revista, estabelecer data limite para a sua publicação.

Art. 11 – A Revista *Res Severa Verum Gaudium* será publicada eletronicamente, em *link* próprio, no site do CAAR, hospedado no site da UFRGS (www.ufrgs.br/caar).

§ 1º – a numeração da Revista seguirá a ordem crescente, em números arábicos, e a anuidade, em algarismos romanos;

§ 2º – haverá publicação impressa da Revista Eletrônica do CAAR, pelo menos para fins de armazenamento e disponibilização aos acadêmicos de Direito, tanto na sede do CAAR, quanto na Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS;

§ 3º - o Conselho Administrativo da Revista, quando julgar pertinente, poderá requisitar à Diretoria Executiva do CAAR a impressão de outros volumes além dos citados no §2º para distribuição;

CAPÍTULO V

Do Edital para a Chamada de Trabalhos para a Revista *Res Severa Verum Gaudium*

Art. 12 – Compete ao Conselho Administrativo elaborar e publicar amplamente Edital para seleção de trabalhos com, no mínimo, um mês de antecedência da data estipulada pela Diretoria Executiva do CAAR para publicação.

§ 1º – ao Edital deve ser dada ampla divulgação, publicando-o no site do CAAR e afixando-o em sua sede.

§ 2º – o Edital se refere apenas a um número da Revista, devendo ser publicado novo Edital a cada número a ser publicado.



Art. 13 – Poderão ser publicados, no máximo, dois trabalhos em língua estrangeira em cada número da Revista, a critério do Conselho Editorial.

Art. 14 – Não serão publicados mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo número da Revista.

Art. 15 – Não serão publicados trabalhos do Presidente do CAAR, do Coordenador-Geral da Revista ou dos membros do Conselho Administrativo e do Conselho Editorial, exceto aqueles previstos para a Seção III e IV da Revista.

CAPÍTULO VI

Das Seções da Revista Eletrônica do CAAR

Art. 16 – Os números ordinários da Revista *Res Severa Verum Gaudium* serão compostos por até sete seções e terão, por volume, um mínimo de cinco e no máximo dez trabalhos científicos, nestes termos:

I – Seção I: Expediente da Revista, onde constará o nome do Coordenador-Geral da Revista, os nomes dos membros do Conselho Administrativo e do Conselho Editorial da Revista;

II – Seção II: Nominata da Diretoria Executiva do CAAR;

III – Seção III: Texto de apresentação do Presidente do CAAR, facultativo, aos critérios da Diretoria Executiva do CAAR;

IV – Seção IV: Texto de apresentação do Coordenador-Geral da Revista;

V – Seção V: Entre seis e dez trabalhos de estudantes de graduação (elaborados enquanto cursavam a graduação);

VI – Seção VI: No máximo três trabalhos de estudantes de pós-graduação (elaborados enquanto cursavam a pós-graduação) ou de ex-alunos da Faculdade de Direito da UFRGS;

VII – Seção VII: No máximo um trabalho de professor convidado pelo Conselho Editorial da Revista.

§ 1º - Em relação à Seção VI, serão aceitas monografias de conclusão de curso para publicação, desde que adaptadas à forma estabelecida pelo Edital;

§ 2º - Em relação à Seção VII, o trabalho poderá ser substituído por tradução, entrevista, mensagem, ou qualquer outro tipo de publicação de relevância para as Ciências Jurídicas e Sociais ou para os estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS.

§ 3º - Os trabalhos apresentados nas seções V, VI e VII devem ser preferencialmente gerados a partir de pesquisas originais, não divulgadas em outras publicações.

Art. 17 – As edições especiais da Revista poderão fugir ao estabelecido nos incisos V, VI e VII.

CAPÍTULO VII

Das Disposições Finais e Gerais

Art. 18 – Após aprovado e assinado, este Regimento será publicado no site do CAAR, afixado e arquivado em sua sede e publicado no primeiro número da Revista, como anexo.



Art. 19 – Casos omissos neste serão resolvidos pelo Conselho Administrativo da Revista, ouvida a Diretoria Executiva do CAAR.

Art. 20 – Este Regimento entra em vigor na data de sua assinatura.

Porto Alegre, 17 de abril de 2009.



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO:

Área do Direito¹

1 INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista publica artigos relacionados às Ciências Jurídicas e afins, em Português, Espanhol e Inglês, ficando a critério da Comissão Editorial a aceitação de outros idiomas.

O artigo deverá ser original ou poderá ser derivado de dissertação e tese, texto completo de trabalho apresentado em congresso, desde que tenha sido publicado apenas abreviadamente, na forma de pôster ou de painel. Nestes casos, o fato deverá ser informado em nota de rodapé, bem como a referência da publicação vinculada.

O texto, ou parte dele, não poderá ser submetido à outra revista durante o processo de apreciação, bem como após sua publicação. O autor será comunicado oficialmente, através de parecer, nos casos de: aprovação para publicação; aprovação com reformulações; reprovação. O autor terá 30 dias para providenciar as reformulações solicitadas, havendo exclusão do artigo, no descumprimento do prazo. Identificando a necessidade de solicitar uma errata, o autor deverá enviá-la à Revista igualmente em 30 dias após a publicação do artigo, e esta decidirá sua relevância e possível publicação e/ou distribuição.

O Conselho Editorial poderá, sempre que julgar necessário, reservar e deslocar originais, aprovados, para edições especiais, fascículos comemorativos e temáticos, suplementos. A ordem da publicação dos artigos aprovados ficará a critério do Conselho Editorial, não sendo, necessariamente, cronológica ao recebimento dos originais. A Revista poderá, ainda, publicar artigos de autores convidados, mas não assume a responsabilidade por conceitos emitidos nos artigos e nas citações, e ficará a seu critério decidir sobre correções e modificações, inclusive quanto a quaisquer equívocos gramaticais.

2 FORMATAÇÃO DOS ORIGINAIS

Os textos devem ser digitados em *Word 7.0 for Windows* 1995 ou superior, letra *Tahoma* tamanho 12, espaçamento 1,5 cm, em até 20 páginas, com margens superior e

¹ Elaboradas por Celina Leite Miranda, bibliotecária, CRB-10/837.

esquerda de 3cm, inferior e direita de 2cm. Devem ser encaminhados à Revista por meio eletrônico, seguindo as etapas que o sistema automatizado da Revista solicitar. Símbolos e abreviaturas devem ser explicitados na primeira vez em que forem mencionados. Na seção de Referências, utilizar espaço simples e alinhamento à esquerda para cada uma delas.

Os originais devem ser redigidos de acordo com as recomendações da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas):

NBR 6022 - Artigo em publicação periódica científica impressa;

NBR 6023 – Referências;

NBR 6024 - Numeração progressiva;

NBR 6028 - Resumos;

NBR 10520 - Citações;

NBR 10522 - Abreviação na descrição bibliográfica; e

NBR 14724 - Trabalhos acadêmicos.

2.1 Título

Informar, no topo da primeira folha, o título do artigo, o qual deverá, clara e sucintamente (em até 15 palavras), identificar o conteúdo do trabalho.

2.2 Autoria

Alinhada à direita, a autoria poderá ser de até 3 componentes. Listar o nome completo de cada autor (sem suprimir ou abreviar), salientando em maiúsculas o sobrenome paterno. Informar em nota de rodapé: local e data de nascimento; credenciais, local de atividades, endereço postal e eletrônico. Opcionalmente, poderão ser informados os números de telefone e fax.



2.3 Resumo

O Resumo deverá ser apresentado em três versões, iniciando pelo idioma do próprio artigo. Serão obrigatórias as versões em Espanhol (*Resumen*) e Inglês (*Abstract*), mas poderão ser adicionadas versões em outros idiomas.

Do tipo informativo, o resumo deve ser conciso (até 100 palavras), destacando os pontos relevantes do texto, em parágrafo único, na terceira pessoa do singular com o verbo na voz ativa. Para artigos de revisão, o Resumo deve conter: objetivos, fonte dos dados, resultados e considerações finais. Para outros tipos de artigos (pesquisas e relatos de experiências), devem conter: objetivos, metodologia (com sujeitos da pesquisa, local e período da realização da pesquisa), resultados e conclusões. O resumo não poderá conter citações de obras, pois é seção que não possui vínculo com Referências, Anexos, ou qualquer outra seção do artigo;

Ao final de cada versão de Resumo (*Resumen* e *Abstract*), apresentar os respectivos Descritores (*Descriptores* e *Descriptors*), e equivalência do Título (*Título* e *Title*). Proceder da mesma maneira para as versões em idiomas adicionais.

2.4 Citações e depoimentos

Utilizando sistema autor-data (SOBRENOME DO AUTOR, ano) para identificar as obras citadas; e (SOBRENOME DO AUTOR, ano, página) em caso de transcrição de frases de outro autor. Citações de até 3 linhas devem ser mantidas no texto, salientadas por aspas duplas. Quando ocuparem mais de 3 linhas, adicionar uma margem de 4cm em toda a citação, sem aspas.

Quanto aos depoimentos, frases ou parágrafos ditos pelos sujeitos da pesquisa, utilizar as mesmas regras de margem adicional dos 4cm, aspas e linhas, porém utilizando o itálico para diferenciá-los de citação de obra. A codificação adotada para substituir a verdadeira identidade do sujeito da pesquisa será codificada a critério do autor, entre parênteses.

Tanto em citações quanto em depoimentos, indicar supressões e intervenções ao que foi dito, com reticências entre colchetes [...].



2.5 Notas de rodapé

Reservadas para credenciais dos autores, notas explicativas (que complementem o texto e compreensão de palavras), e para citações de citações, indicadas pela expressão em Latim "*Apud*" (que significa "citado por"). Nesse caso, informar em nota de rodapé a referência da obra citada indiretamente, e, na seção de Referências, informar a obra efetivamente utilizada. As notas deverão ser utilizadas o mínimo possível e identificadas numérica e seqüencialmente para todo o trabalho.

2.6 Ilustrações e tabelas

Fotografias, desenhos, gráficos e outras ilustrações, acompanhadas das legendas que se fizerem necessárias, devem ser citadas no texto como Figura, numeradas consecutivamente em algarismos arábicos. O título deve constar abaixo da figura.

As tabelas devem ser numeradas consecutivamente, em algarismos arábicos, encabeçadas por seu título, o qual deve ser constituído de: tema principal, localização geográfica e período de abrangência dos dados (data). As tabelas devem conter todos os dados que permitam sua compreensão, com explicações sobre símbolos e abreviaturas através de nota ou de legenda. A fonte dos dados deve figurar abaixo da tabela conforme Normas de Apresentação Tabular da Fundação IBGE, bem como a nota supra citada, se houver.

Figuras e tabelas devem figurar imediatamente antes ou depois do parágrafo em que forem citadas.

2.7 Referências, Apêndices, Anexos e Agradecimentos

As referências devem ser ordenadas alfabeticamente ao final do artigo, em seção própria denominada Referências, devem estar alinhadas à esquerda e não devem ser numeradas. Tal seção deve conter todas e somente as obras citadas no texto em um único



conjunto (sem separá-las por tipo de obra, ou por data). Os dados componentes das referências não podem ser traduzidos, com exceção de abreviaturas, tais como: v., n., p., f., respectivamente, volume, número, página e folha. Na composição de cada referência, indicar os autores na exata ordem em que estiverem na publicação utilizada. Conforme a ABNT, observar: até 3 autores, indicar todos; 4 autores ou mais, indicar o primeiro seguido da expressão *et al.* Informar ainda: título da obra, cidade de edição, responsabilidade editorial, ano de publicação e páginas totais. Para capítulos, trabalhos de congressos e verbetes de dicionários, informar as páginas iniciais e finais (ou folhas, caso a obra – normalmente um trabalho acadêmico - seja impressa de um lado só). Ex.: f. 15-19.

Evitar a utilização de Apêndices (elaborados pelos autores), Anexos (apenas incluídos, sem intervenção dos autores) e Agradecimentos (por apoio financeiro, assistência técnica e outros auxílios). Estes, quando se fizerem necessários, deverão ser mencionados no final, como última seção.

Seguem alguns exemplos de referências:

para 1 autor No texto: (ENGISCH, 2004), (RIO GRANDE DO SUL, 1999) e (SILVA JUNIOR, 2002). Sendo na mesma citação: agrupá-los entre parênteses, ordená-los cronologicamente, e separá-los por ponto e vírgula. Ou seja, (RIO GRANDE DO SUL, 1999; SILVA JUNIOR, 2002; ENGISCH, 2004).
ENGISCH, Karl. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Granada: Comares, 2004. 457 p. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 599075496. Relator: Breno Moreira Mussi. Porto Alegre, 1999. 1 p. SILVA JUNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 38, p. 168-191, jan./mar. 2002.
para 2 ou 3 autores, ponto e vírgula entre eles No texto: (ZUCCHERINO; MORENO RITHNER, 2006).
ZUCCHERINO, Ricardo Miguel; MORENO RITHNER, María Josefina. Derecho municipal argentino y comparado. Buenos Aires. La Ley, 2006. 409 p.
para mais de 3 autores, Utilizar <i>et al.</i> para substituir os autores, do segundo em diante. No texto: (BOBBIO <i>et al.</i>, 1984). No texto: (ISHIZAKI, 2003).
BOBBIO, Norberto <i>et al.</i> Curso de introdução à ciência política: política e ciência política. 2. ed. Brasília, DF: UNB, 1984. 68 p.



ISHIZAKI, Tatsuro <i>et al.</i> Active life expectancy base don activities of daily living for older people living in a rural community in Japan. Geriatrics and Gerontology International , Tokyo, v. 3, suppl. 1, p. s78-s82, Dec. 2003.
para autor de sobrenome espanhol (o sobrenome paterno antecede o materno).
TRUYOL Y SERRA, Antonio. Los derechos humanos : declaraciones y convenios internacionales. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1979. 160 p.
para organizadores (sem indicar plural) No texto: (DE LIRA TAVARES; LACOMBE CAMARGO; CAVALCANTI MAIA, 2005). No texto: (GARCIA ROCA, 2003).
DE LIRA TAVARES, Ana Lucía; LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria, CAVALCANTI MAIA, Antonio (Org.). Direito público romano e política . Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 204 p.
GARCIA ROCA, Javier. El tribunal constitucional como tribunal de conflictos: los conflictos constitucionales. <i>In</i> : CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coord.). Derecho procesal constitucional . Lima: Jurista, 2003. 561 p. p. 201-268.
Sem autoria definida Primeira palavra do título em maiúsculas, nada em negrito. No texto, citar, por ex.: (DESCENTRALIZAÇÃO..., 2004, p. 334) e (VADEMECUM ..., 2009).
DESCENTRALIZAÇÃO e centralização. <i>In</i> : BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política . Tradução: Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 5. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. 2 v. v. 1 p. 329-335.
VADEMECUM Saraiva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1904 p. Contém 1 CD-ROM.

para título, em negrito; subtítulo, sem negrito; série, entre parênteses
BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil : 1988. Brasília, DF: Ministério da Educação, 1988. 292 p.
DÁVILA PUÑO, Julio. Perú : gobiernos locales y pueblos indígenas. Lima: IWGIA, 2005. 176 p.
SOREL, Georges. Réflexions sur la violence . Paris: Librairie de "Pages Libres", 1908. xliii, 257 p. (Études sur le devenir social, 4).

para dados de tradução

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: HEMUS, 1975. 310 p.

SOMMA, Alessandro. **Introducción crítica al derecho comparado**. Traducido por Carlos Agurto Gonzáles, Paúl Abanto Marino, Sintia Pandora Allca, Humberto Campodónico Macazana, Franklin Sierra Vásquez. Lima: ARA, 2006. 260 p.

para dados de edição

A edição é, obrigatoriamente, informada, a partir da 1. ed. (em minúsculas).

Datas de impressão ou reimpressão não devem ser utilizadas.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 311 p.

para partes de uma obra

(capítulos de livros, trabalhos de congressos, verbetes de dicionários e enciclopédias).

É obrigatório informar, ao final, o intervalo de páginas correspondentes à parte.

No texto: (BECK, 2001).

No texto: (EUDEMONISTA, 2004).

No texto: (GUTIÉRREZ, 1995).

No texto: (MÔNACO; GUIMARÃES, 1999).

BECK, Ulrich. Vivir nuestra propia vida en un mundo desbocado: individuación, globalización y política. *In*: GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will (Org.). **En el límite**: la vida en el capitalismo global. Barcelona: Tusquets, 2001. p. 233-245.

EUDEMONISTA. *In*: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 845.

GUTIÉRREZ, Ignacio. Introdução. *In*: HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. p. 22.

MÔNACO, Felipe de Faria; GUIMARÃES, Valeska Nahas. Gestão da qualidade total e qualidade de vida no trabalho. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS DO TRABALHO, 6., 6-8 out. 1999, Belo Horizonte. [Anais...]. Belo Horizonte: ABET, 1999. p. 1-25. Disponível em: <<http://www.race.nuca.ie.ufrj.br/abet/vienc/ST11C.doc>>. Acesso em: 31 ago. 2007.

para dissertações e teses

A primeira data é de distribuição e a segunda, de defesa.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação**: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense. 2004. 248 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.



para publicações na Internet

Informar o *site* exato onde se localiza o texto citado. Caso o publicador (editora) seja o mesmo informado na autoria, não será repetido após a cidade.

BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO. **Câmara de Arbitragem do Mercado**. São Paulo, 2002. 36 p. Disponível em: <<http://www.interfloat.com.br/pub/arquivos/regulamentonv07012002.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso especial eleitoral RESPE-24564**. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT1026409§ionServer=TSE>>. Acesso em: 6 jun. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. Porto Alegre, [2006?]. Disponível em:

<http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=760&isPopUp=true>. Acesso em: 4 nov. 2007.

PERU. Congresso da República do Peru. **Ley de indias**. Lima, 2009. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível**: pedido de habilitação de casamento: pessoas do mesmo sexo: ausência de suporte legal [processo n. 70025659723]. Relator: Claudir Fidélis Faccenda. Porto Alegre, 2008. 86 f. Disponível em: <http://tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 20 maio 2009.

para artigos de periódico

(cidade, volume ou fascículo, página inicial e final do artigo, e ano, são obrigatórios). O título em negrito será do periódico, e não do artigo.

BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 41, n. 162, p. 287-310, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-22.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2008.

BRASIL. Lei nº 10.973/2004, de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, n. 232, 3 dez. 2004. Seção 1, p. 2. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/login.html/textos/visualizarTexto.html?idNorma=534975&seqTexto=21531&PalavrasDestaque=>>. Acesso em: 18 nov. 2008.



SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Concubinato: uma visão alternativa. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 18, n. 53, p. 305-314, 1991.

RODRIGUES, Narcio. Lei de inovação: grande passo. **Jornal da UNICAMP**, Campinas, v. 17, n. 202, 16-22 dez. 2002. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/dezembro2002/unihoje_ju202pag2b.html>. Acesso em: 21 nov. 2008.

para autoria e ano coincidentes

Ordenadas as referências alfabeticamente, adicionar uma letra minúscula ao lado do ano, iniciando pela letra a. Em seguida, voltar ao texto e adicionar a letra na citação correspondente. Assim, (BOBBIO, 1995b) poderá ser mencionado no texto antes da citação de (BOBBIO, 1995a), tanto quanto (ZUCCHERINO; MORENO RITHNER, 2006) poderá ser citado antes de (BRASIL, 2004).

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995a. 173 p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995b. 239 p.



