



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DA PARAÍBA

PARAHYBA JUDICIÁRIA

PARAHYBA JUDICIÁRIA

Comissão da Revista:

Juiz Federal Substituto Emiliano Zapata de Miranda Leitão – Presidente
Juiz Federal Substituto Sérgio Murilo Wanderley Queiroga - Membro
Juiz Federal Substituto Carlos Wagner Dias Ferreira - Membro

Indexação:

Seção de Biblioteca
Dulcinete Morais Carneiro
Bibliotecária - Secretária da Revista

Foto da capa: Adelino Peregrino Bezerra

Editoração eletrônica e capa: Textoarte Editora

Impressão: Gráfica JB

Tiragem: 500

Endereço: Seção Judiciária da Paraíba
Rua João Teixeira de Carvalho, 480 - Conjunto Pedro Gondim
58031-220 - João Pessoa - Pb

email: parahybajudiciaria@jfpb.gov.br

PARAHYBA JUDICIÁRIA

Seção Judiciária da Parahyba – a. 3, v. 4 (março, 2005).
João Pessoa: ed., 2005

ISSN 1806-6860

1. Direito – periódicos – Brasil
2. Doutrina
3. Jurisprudência
4. Justiça Federal – Paraíba
5. Concurso Literário – Justiça Federal-PB

CDU 340.142(81)(05)

As opiniões emitidas em artigos são da responsabilidade dos respectivos autores

Tribunal Regional Federal – 5ª. Região

Desembargadores Federais

Margarida Cantarelli
Presidente

Napoleão Maia Filho
Vice-Presidente

José Baptista de Almeida Filho
Corregedor Regional

José Maria Lucena – 1ª. Turma

Ubaldo Ataíde Cavalcante – 1ª. Turma

Francisco Wildo Lacerda Dantas – 1ª. Turma

Paulo Roberto de Oliveira Lima – 2ª. Turma

Petrúcio Ferreira – 2ª. Turma

Francisco Cavalcanti – 2ª. Turma

Paulo Gadelha – 3ª. Turma

Ridalvo Costa – 3ª. Turma

Geraldo Apoliano – 3ª. Turma

Luiz Alberto Gurgel de Faria – 4ª. Turma

Lázaro Guimarães – 4ª. Turma

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas – 4ª. Turma

COMPOSIÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DA PARAÍBA

| | |
|---|---|
| Rogério de Meneses Fialho Moreira Juiz Federal Diretor do Foro | 5ª. Vara Privativa das Execuções Fiscais - Juíza Federal Titular Helena Delgado Ramos Fialho Moreira |
| Alexandre Costa de Luna Freire Juiz Federal Vice-Diretor do Foro | |
| Cícero Caldas Neto Diretor da Secretaria Administrativa | 5ª. Vara – Juíza Federal Substituta Cristiane Mendonça Laje |
| 1ª. Vara – Juiz Federal Titular João Bosco Medeiros de Sousa | Diretor de Secretaria Hélio Luiz Pessoa de Aquino |
| 1ª. Vara – Juiz Federal Substituto Emiliano Zapata de Miranda Leitão | 7ª. Vara – Juiz Federal Titular Presidente do Juizado Especial Federal Cível I Rogério de Meneses Fialho Moreira |
| Diretor de Secretaria Rômulo Augusto de Aguiar Loureiro | |
| 2ª. Vara – Juiz Federal Titular Alexandre Costa de Luna Freire | 7ª. Vara – Juiz Federal Substituto Rogério Roberto Gonçalves de Abreu |
| 2ª. Vara – Juiz Federal Substituto Carlos Wagner Dias Ferreira | Diretor de Secretaria Iaponã Fernandes Cortez |
| Diretor de Secretaria Ricardo Correia de Miranda Henriques | FORUM JUIZ FEDERAL NEREU SANTOS CAMPINA GRANDE (PB) |
| 3ª. Vara – Juiz Federal Titular José Fernandes de Andrade | |
| 3ª. Vara – Juiz Federal Substituto Sérgio Murilo Wanderley Queiroga | 4ª. Vara – Juíza Federal Titular Cristina Maria Costa Garcez |
| Diretor de Secretaria Hildebrando de Souza Rodrigues | Diretora de Secretaria Rita de Cássia Monteiro Ferreira |

6ª Vara – Juiz Federal Titular
Subdiretor do Foro
Rudival Gama do Nascimento

Diretor de Secretaria
Marconi Pereira de Araújo

**FORUM DES. FEDERAL
PAULO GADELHA
SOUSA (PB)**

8ª. Vara – Juiz Federal Titular
Subdiretor do Foro
Glêdison Marques Fernandes

Diretora de Secretaria
Maria Tereza Almeida Bezerra

**JUSTIÇA FEDERAL DA
PARAÍBA**

www.jfbp.gov.br

Rua João Teixeira de Carvalho, 480
Conj. Pedro Gondim
58031-220 – João Pessoa/Pb
Tel. (83) 216-4040
Fax (83) 216-4030

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| APRESENTAÇÃO..... | 9 |
| DOCTRINA..... | 13 |
| OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PRESSUPOSTOS DA HERMENÊUTICA E DA APLICAÇÃO DO DIREITO Luciana Vilar de Assis..... | 15 |
| TUTELA PENAL E ADMINISTRATIVA DOS ANIMAIS: UMA ANÁLISE DA CRUELDADE PRATICADA CONTRA A FAUNA BRASILEIRA E DOS MECANISMOS EXISTENTES PARA COMBATÊ-LA Eduardo de Araújo Cavalcanti..... | 31 |
| O ASPECTO GARANTÍSTICO DA TEORIA FINALISTA Felipe Augusto de Negreiros Deodato..... | 55 |
| DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS Renan Paes Felix..... | 73 |
| DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECURSO: O PRINCÍPIO- GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM UMA BREVE ANÁLISE TEÓRICO-DOGMÁTICA Gustavo Rabay Guerra..... | 89 |
| CRISE E TRANSFORMAÇÕES DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA Eveline Lucena Néri..... | 115 |
| SEGURIDADE SOCIAL E CIDADANIA: NOTAS SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO Edílson Pereira Nobre Júnior..... | 135 |
| O ESTUDO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM BRASILEIRO Marcelo Weick Pogliese..... | 151 |

| | |
|---|-----|
| SENTENÇAS | 171 |
| A. O. Nº. 00.0019318-6 – Juiz Federal Substituto da 6ª. Vara Federal Rudival Gama do Nascimento..... | 173 |
| A. O. Nº. 2003.82.00.001206-2 – Juiz Federal Substituto da 1.ª Vara Federal Emiliano Zapata de Miranda Leitão..... | 193 |
| PROCESSO Nº. 2003.82.01.004426-9 – Juiz Federal Substituto da 3ª. Vara Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga..... | 199 |
| PROCESSO Nº. 2004.82.00.010908-6 – Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Federal Carlos Wagner Dias Ferreira..... | 221 |
| | |
| CONCURSO LITERÁRIO - A JUSTIÇA FEDERAL EM CORDEL | 235 |
| CATEGORIAS | 237 |
| | |
| 1) Servidor da Justiça Federal da Paraíba | |
| | |
| UMA ALIADA LEGAL: a Justiça Federal Ítalo Jorge Marinho da Nóbrega – Servidor da SJPB (1º. lugar)..... | 239 |
| | |
| JUSTIÇA FEDERAL FAZENDO HISTÓRIA Marconi Pereira de Araújo – Servidor da SJPB (2º. lugar)..... | 245 |
| | |
| 2) Estagiário da Seção Judiciária da Paraíba e Servidor dos quadros de primeiro e segundo grau da Justiça Federal da 5ª. Região e Tribunais instalados na Paraíba | |
| | |
| A JUSTIÇA FEDERAL EM CORDEL Valdir Soares Fernando – Servidor da SJPE (1º. lugar)..... | 249 |
| | |
| A JUSTIÇA FEDERAL EM CORDEL Aldelita de Oliveira Moraes – Servidora do TRF-5ª. Região (2º. lugar)..... | 255 |

APRESENTAÇÃO

A revista Parahyba Judiciária chega a seu quarto número com um objetivo bem definido: alçar-se à condição de veículo de divulgação, de caráter preponderantemente doutrinário, da produção jurídica no Estado da Paraíba e, também, de instrumento de intercâmbio dessa produção doutrinária com a dos Estados irmãos que lhe fazem vizinhança.

Para cumprir esse desiderato e garantir a maior amplitude de acesso dos operadores e estudiosos do Direito a esse veículo de divulgação científica, foi inaugurada com este número da revista Parahyba Judiciária a sistemática de seleção de artigos através de edital aberto ao público especializado, divulgado na página da Seção Judiciária da Justiça Federal na Paraíba (www.jfpb.gov.br) e encaminhado a entidades de ensino jurídico superior e órgãos com atuação jurídica no Estado da Paraíba, bem como ao Tribunal Regional Federal da 5.ª Região e às Seções Judiciárias a ele vinculadas.

Optou-se, ainda, pela delimitação de temas de interesse jurídico atual em algumas áreas do Direito (Direito Penal e Processual Penal, Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Constitucional e Administrativo) como um dos critérios de seleção, com a finalidade de assegurar à Revista, senão uma unidade temática, uma unidade finalística quanto à relevância dos assuntos abordados nos artigos jurídicos que viessem a nela ser divulgados.

Essas iniciativas têm seu sucesso evidenciado nas páginas de doutrina que se seguem a esta apresentação, principalmente, em face de duas constatações: as questões jurídicas nelas abordadas, além de sua inegável qualidade doutrinária, são fruto da atividade intelectual de estudantes de Direito de graduação e de pós-graduação e de professores de instituições de ensino superior, de advogados e de membro da Magistratura Federal, além de estar representada neste número da revista Parahyba Judiciária produção doutrinária oriunda deste Estado e de seus vizinhos Estados do Rio Grande do Norte e de Pernambuco; os temas são atuais e demonstram a maturidade da produção científica jurídica regional, bem como o interesse despertado nos estudiosos do Direito nessa região pela disponibilização de um veículo para exposição de suas idéias.

Embora, conforme acima ressaltado, busque a revista Parahyba Judiciária uma feição preponderantemente doutrinária, mantém ela uma seção dedicada à divulgação de sentenças de magistrados da Seção Judiciária da Paraíba, cujo critério de escolha, baseado na relevância da matéria decidida e restrito a uma sentença por magistrado federal, teve sua execução deixada a cargo de cada um dos magistrados federais que apresentaram sua contribuição para publicação.

Além disso, tem, também, este número da revista Parahyba Judiciária o orgulho de publicar os textos de literatura de cordel colocados em 1.º e 2.º lugares nas duas categorias do Concurso Literário “A Justiça Federal em Cordel”, promovido nesta Seção Judiciária no ano de 2003, contribuindo, assim, para a divulgação dessa importante forma regional de literatura e para a homenagem ao talento literário dos servidores da Justiça Federal da Paraíba e de Pernambuco que tiveram suas obras literárias premiadas.

A Diretoria da revista Parahyba Judiciária registra os seus agradecimentos, especialmente:

- ao Dr. Rogério de Meneses Fialho Moreira, Juiz Federal Diretor do Foro desta Seção Judiciária, cujo apoio e o dinamismo administrativo foram elementos essenciais à publicação deste seu quarto número;

- aos Drs. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga e Carlos Wagner Dias Ferreira, Juízes Federais Substitutos, respectivamente, da 3.ª e 2.ª Varas Federais desta Seção Judiciária, pela disponibilidade em compor a Comissão da Revista responsável pela escolha dos artigos a serem publicados e pela dedicação e zelo com que levaram adiante essa tarefa;

- à Sr.ª Dulcinete Morais Carneiro (Dulce), Bibliotecária desta Seção Judiciária e Secretária da Revista Parahyba Judiciária, sem cuja participação entusiástica e dedicada, desde as fases embrionárias do projeto de publicação deste número da revista, não teria sido possível a sua realização bem sucedida;

- ao Dr. Cícero Caldas Neto, Diretor da Secretaria Administrativa desta Seção Judiciária, pela inestimável colaboração na fase final de sua publicação;

- ao Sr. Rogério Xavier da Costa, Diretor do Núcleo de Tecnologia da

Informação, e aos demais servidores do referido Núcleo, pela colaboração prestiosa na organização do texto deste número da revista;

- e à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF, cujo patrocínio, prontamente disponibilizado, viabilizou a publicação deste número da revista Parahyba Judiciária.

João Pessoa, março de 2004

Emiliano Zapata de Miranda Leitão
Juiz Federal Substituto da 1.^a Vara Federal
Diretor da Revista Parahyba Judiciária

The background of the page is a grayscale marbled pattern with organic, vein-like shapes. The word "Doutrina" is centered in the middle of the page.

Doutrina

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PRESSUPOSTOS DA HERMENÊUTICA E DA APLICAÇÃO DO DIREITO

*Luciana Vilar de Assis**

Sumário: 1 – Considerações Iniciais; 2 – A Necessidade da Teoria Geral do Direito; 3 – Os Princípios Gerais do Direito, 3.1 - Princípios e hierarquia das normas, 3.2 - A importância dos princípios, 3.3 - A diferença entre princípios e regra, 3.4 - As regras vistas como aplicação dos princípios; 4 - Princípios como Pressuposto da Interpretação, 4.1 - Interpretação e hermenêutica, 4.2 - Importância dos princípios para a interpretação, 4.3 - Os pressupostos políticos-ideológicos, 4.4 - Novos métodos de interpretação; 5 - A Aplicação do Direito, 5.1 - A letra e o espírito, 5.2 - O fato, o direito e a atuação do juiz; 6 – Considerações Finais; 7 – Referências.

Palavras-chave: 1. Hermenêutica; 2. Princípios; 3. Aplicação do Direito.

1 Considerações Iniciais

A hermenêutica é tida, modernamente, como uma teoria ou como filosofia da interpretação, que tem como finalidade buscar o sentido real que vai além das simples palavras que compõem o texto. É uma tentativa de colocar o texto que está sendo interpretado em contato com a realidade, é a exata compreensão da norma jurídica que vai ser aplicada ao caso concreto. Nesse âmbito de interpretação, surgem os princípios, tidos como reveladores de preceitos e de regras, que são fixados para servirem de norma a toda espécie de ação jurídica e capazes de traçar a conduta a ser observada em qualquer operação jurídica.

Absolutamente atuais, a observância dos princípios na aplicação do direito é indispensável para que se possa envolver os fatos com a justiça propriamente dita. Na medida que uma civilização avança, o direito proveniente diretamente de suas relações sociais vai se modulando e estimulando a especulação jurídica nascida das entranhas sociais sendo necessária uma re-elaboração da interpretação para que se possa aplicar o direito ao fato concreto.

* Advogada e mestranda na Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico da UFPB.

Eis a importância dos princípios. Eles são pontos básicos que servem de partida ou de elementos vitais para o próprio Direito; são ao alicerce do direito.

Esse estudo tem o intuito de fazer um aparato, sucinto, da aplicação dos princípios na efetivação do Direito, abordando desde a necessidade de uma Teoria Geral do Direito até o papel do magistrado na sociedade atual.

2 A Necessidade da Teoria Geral do Direito

Para que se possa utilizar o Direito faz-se necessário, antes de tudo, ter conhecimento sobre a sua finalidade e a essência que deve ser preservada quando da interpretação e da aplicação das normas. Outro ponto bastante importante é onde serão utilizados os ditames legais e quais as limitações para essas normas.

Nesse ponto, a teoria geral do direito será indispensável dentro de duas concepções, quais sejam, a conceptual e a prática. Na primeira busca-se a origem, a razão de ser a finalidade do direito. É a chamada percepção substancial do direito. A abordagem formal já de detém mais ao lado da vontade e da ação do Poder Público na observância das normas. Kelsen é quem bem destaca essa aparência “positiva” do direito, reduzindo-o a um encadeamento de normas hierarquizadas, sendo que cada uma delas retira a sua força normativa apenas de sua conformidade com a norma superior.

No plano prático, onde se percebe mais nitidamente a necessidade da teoria geral do direito, o intérprete tem que buscar o sentido da norma, tem que articulá-la de acordo com o seu interesse e deve, acima de tudo, comparar o fato e o direito. É nesse instante que se vale da teoria exercitando diversos métodos de raciocínio. Tenta-se utilizar mais a reflexão jurídica, na maioria das vezes, baseada em princípios, a resolver os impasses apenas baseando-se na letra fria da lei. É nessa experiência buscada para resolver conflitos, para aplicar o direito, que a teoria geral se consubstancia. Não se quer abolir as normas propriamente ditas, mas precisa-se que o intérprete pense mais, reflita mais e se utilize dos princípios para amparar suas decisões.

3 Os Princípios Gerais do Direito

3.1 Princípios e hierarquia das normas

Sistematizando o ordenamento jurídico, Kelsen defende a existência de uma hierarquia entre as normas onde cada uma delas tira sua força obrigatória apenas de sua conformidade com a norma imediatamente superior. Salienta, ainda, que no topo de todas as normas há a constituição e a hierarquia é considerada apenas em relação a problemas de validade. Entretanto, um contraponto a esse pensamento de Kelsen se apresenta no enunciado que afirma que a hierarquia só existe se se referir às normas escritas. Os costumes e a jurisprudência não são balizadas em hierarquia normativa, mas em comportamentos e decisões reiteradas que podem, ou não, apresentarem-se baseadas em texto escrito.

Sendo assim, não convém que se estabeleça importância para certas normas em detrimento de outras uma vez que o direito não é estático e a ordem jurídica renova-se e se transforma a cada dia. Há normas aplicáveis a determinados casos e normas que se destinam a solucionar problemas outros, mas nunca impingidas de validade superior a quaisquer outras¹.

3.2 A importância dos princípios

Destacando-se, inicialmente, o papel essencial que os princípios têm em toda construção jurídica, devemos analisá-los sob o ponto de vista da importância funcional e da importância material. No primeiro aspecto, os princípios são vistos como norteadores das decisões judiciais com finalidades, no mais das vezes, morais e filosóficas.

Observados como imprescindíveis à interpretação do texto legal, os princípios gerais ajudam a esclarecer textos obscuros e ambíguos e possuindo uma grande longevidade no ordenamento, constituindo-se em fator de equilíbrio e estabilidade do direito, mas sempre permitindo a sua evolução.

Sobre a importância material dos princípios é preciso dizer que é difícil distingui-los de simples regras. Não se pode, contudo, elaborar um rol de princípios, pois, estes estão em permanente renovação. O que se pode apontar é a diversidade de princípios e sua importância em cada matéria jurídica.

¹ Bergel (2001, p. 120) afirma que os princípios gerais do direito parecem, assim, ser um dos melhores fermentos da evolução do direito. E apresentando o pensamento de Gény, afirma que este descrevera perfeitamente o processo dessa constante regeneração: “pega-se um texto ou um conjunto de textos; extrai-se deles princípios; deduzem-se desse princípio novas aplicações concretas; consagram-se essas soluções em novas regras de direito... É aí que melhor se expressa a rejeição da rigidez formal dos exegetas e que mais se justifica a famosa ‘livre pesquisa científica’”.

3.3 A diferença entre princípios e regra

De há muito se vem afirmando que princípios e regras são institutos diversos na seara jurídica. Dworkin (apud GRAU, 2002, p. 156) explana que, primeiramente, há uma distinção lógica entre os termos: as regras jurídicas não comportam exceções, são aplicáveis de maneira absoluta. Ao contrário disso, os princípios jurídicos se amoldam às situações e podendo ser utilizados ou não. Um segundo critério de distinção seria o fato de que os princípios são dotados de peso e de certa importância, mesmo que esse aspecto seja discutível na prática, e entre as normas não existe essa importância. Se uma norma conflita com outra, uma delas não é válida.

Canotilho (apud GRAU, 2002, p. 164), da mesma forma que Dworkin, aponta distinções entre regras e princípios. Em seu pensamento, ressalta que os princípios permitem que ocorra o balanceamento de valores e interesses e em caso de conflito entre eles pode haver uma harmonização já que os problemas nessa área dizem respeito à validade e ao peso de cada um deles. As regras, no entanto, são normas imperativas não deixando espaço aberto para a adoção de qualquer outra solução que não a apontada pelo texto legal. Coloca-se, assim, no patamar da validade e não da ponderação: ou são válidas ou deverão ser retiradas do ordenamento.

Enfim, a regra é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos e editada para ser aplicada a uma situação jurídica concreta. Já os princípios, revestidos também do caráter da generalidade, comportam um número indefinido de aplicações e atua, na maior parte das vezes, como instrumento controlador da edição de regras. Apenas diante de um caso concreto é que vai poder saber se o enunciado utilizado se perfaz como regra ou como princípio².

3.4 As regras vistas como aplicação dos princípios

A interpretação e a aplicação das regras jurídicas não podem ser empreendidas sem que se leve em consideração a existência e o conteúdo de

² Sanchís (apud GRAU, 2002, p. 165) expõe uma posição interessante no que diz respeito à diferença entre regras e princípios, senão vejamos: “quem sustenta que dentro do direito existem duas classes de ingredientes inteiramente distintos – as regras e os princípios – deve demonstrar que há alguma diferença estrutural ou morfológica entre ambos, que é possível identificar algum traço que se manifesta sempre que estamos diante de um princípio e jamais nas regras; se alguém sustenta, pelo contrário, que os mesmos enunciados podem às vezes funcionar como regras, às vezes como princípios, mas que a operatividade ou maneira de funcionar é substancialmente distinta, então a diferença qualitativa entre ambos não tem origem no direito, mas na argumentação ou – na dicção de Alexey – no lado passivo do direito; regras e princípios não aludiriam a duas classes de enunciados normativos, mas a dois tipos de estratégias interpretativas”.

determinados princípios. São, portanto, elementos que se completam, não vivem totalmente independentes um do outro. Contudo, os princípios são capazes de tornarem as regras inviáveis e até podem ensejar a exclusão da relevância da noção de discricionariedade judicial. As revoluções políticas e sociais são capazes de gerar novos princípios e sua aparição, em momento como este, é capaz de torná-los mais fortes acabando por traduzir um novo pensamento sobre o direito.

Ressalte-se, ainda, que não existe antinomia jurídica entre regras e princípios, apenas as primeiras operam a concreção dos últimos, ou seja, se um princípio colide com outro, as regras que se apoiavam naquele que foi motivo do embate são afastadas do ordenamento. Todavia, não há colisão entre princípios. Em face de um caso concreto, o intérprete tem o poder de escolher qual dos princípios se adequa ao caso.

4 Princípios como Pressuposto da Interpretação

Levando-se em consideração o que traça a Constituição Federal Pátria expressamente em seu texto, chega-se à conclusão de que apenas através da interpretação dos princípios fundamentais ali contidos se pode chegar a uma verdadeira aplicação do direito. Dantas (1995, p. 79) preceitua que

[...] cumpre-nos lembrar que a eficácia de uma Constituição dependerá não só de sua fidelidade aos valores sociais e políticos consagrados pela sociedade, mas também – e principalmente – de uma correta interpretação daquilo que o texto prescreve.

Em verdade, o que acaba por acontecer é a “interpretação” literal do texto legal pelo aplicador do direito e, em alguns casos, normas que poderiam vir a ser eficazes apenas mantêm a sua vigência, sem aplicação prática. Nesse sentido, faz-se necessário uma explicitação sobre os conceitos, distintos, de interpretação e hermenêutica.

4.1 Interpretação e hermenêutica

Existem doutrinadores que acreditam não ter sentido a distinção feita entre esses dois termos, afirmação esta que paira sobre a maioria dos aplicadores do direito. Entretanto, pode ser adotada uma diferenciação básica entre esses dois institutos: a hermenêutica nada mais é do que um conjunto de princípios

utilizados para orientar e regular a interpretação das normas, enquanto a interpretação propriamente dita refere-se à busca real do significado dos termos utilizados pelo legislador. Advogando em causa contrária a esse pensamento, Reale (1968 apud DANTAS, 1995, p. 82) entende ser desnecessária a distinção dos termos interpretação e hermenêutica, senão vejamos:

parece destituída de significado a antiga distinção entre *hermenêutica*, como conjunto de processos ou regras de *interpretação*, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins.

Maximiliano (1988 apud DANTAS, 1995, p. 83), defendendo posição contrária a Miguel Reale, ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de *Hermenêutica*, *Interpretação*. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A *Hermenêutica* é a teoria científica da arte de interpretar.

Enfim, não há que se travar uma batalha para se tentar chegar a um denominador comum sobre se há ou não uma distinção formal entre interpretação e hermenêutica. O que se deve ter em mente é que na aplicação das normas, não deve o jurista se ater apenas à letra estática, deve sim buscar seu significado no âmbito geral, ora utilizando os princípios de ordem universal, ora buscando o real significado do vocábulo expresso na norma.

Ainda no pensamento de que a interpretação é fundamental para a aplicação do direito, Maximiliano (1994, p. 89) assevera que:

por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, envolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos.

4.2 Importância dos princípios para a interpretação

Os princípios, tidos como indispensáveis à coerência quando da interpretação das normas, estão situados no contexto sistêmico e são considerados elementos internos na dinâmica do processo de interpretação. Constituindo uma importante parte no processo de interpretação, os princípios são tidos como objetos do método interpretativo.

A interpretação do direito, e aqui se destaque que não é levado em consideração apenas o texto escrito, mas também os fatos, tem caráter constitutivo onde o interesse vai produzir normas jurídicas para solucionar determinado caso.

O intérprete, como produtor de normas, esbarra a sua atuação na existência dos princípios, devendo escolher o que vai guiar a sua interpretação, mas tudo conforme o caso concreto que se lhe apresenta. Entretanto, críticas surgem quando da aplicação do direito apenas baseando-se em princípios implícitos. Será que o intérprete não conhece a lei formal? E, nesse caso, supõe-se que o aplicador do direito não impõe certeza ao direito que está sendo aplicado. Ao contrário desse pensamento, insurgem-se àqueles que defendem a interpretação do direito como um todo, pois esse não é composto de normas isoladas, mas de um conjunto harmonioso que preceitua os ditames legais, não podendo ser interpretado por partes.

Um outro ponto destoante que pode ser apresentado é o fato de que o aspecto jurídico é subvertido ao aspecto político. Como toda ação humana é direcionada a um fim, deve-se ter em mente que toda ação perpetrada pelo homem está envolvida de um cunho às vezes político, às vezes jurídico. O fato é que a ordem jurídica sem o respaldo do político torna-se carente de atuação.

Outro fator que influencia na interpretação das normas é o cenário político no qual ela vai ser utilizada. O texto constitucional pode trazer em seu corpo normativo disposições que, em determinada época eram serenamente aplicáveis, mas que com o passar do tempo tornaram-se obsoletas e totalmente dissociáveis do panorama atual. Todavia, o que se tem de destacar é a sobreposição de princípios novos aos já consolidados. Nesse caso, é verificado que a ideologia constitucionalmente adotada em certa época foca a mercê das transformações sociais e políticas de uma nação. E quando ocorre esse “choque” de princípios há o afastamento das regras que davam concreção ao princípio ora afastado. O cuidado maior reside aqui para que não seja instaurada uma anarquia de princípios.

A interpretação da Constituição, vista esta como um estatuto jurídico-político, econômico e social, apresenta-se complexa já que não se pode

estabelecer critérios absolutos de interpretação e, para que se possa ter uma interpretação constitucional é necessária a utilização de vários métodos sobressaindo-se, entretanto, a ponderação dos princípios jurídicos explicitados e implícitos no texto constitucional, devendo ser este analisado como um todo, como um conjunto dotado de coerência e unidade. Ressalte-se, ainda, que o direito existe em função da sociedade e em virtude disso, com a mobilidade da realidade social o direito também se torna mutável para que, apenas dessa maneira, possa refletir a sociedade em que é observado.

Ademais, a Constituição é um agregado de pensamentos ideológicos coordenadamente elencados que se expressam através de princípios norteadores da ordem jurídica, vinculando o intérprete na sua apreciação da norma mantendo indispensável a obrigatoriedade do texto constitucional.

Finalmente, o direito se desenvolve junto com a realidade que o rodeia e se condiciona, constitucionalmente, com a realidade histórica adquirindo, assim, a efetividade que todas as normas devem ter. Não se coadunando com o presente, perde a norma a eficácia perecendo sua força normativa.

4.3 Os pressupostos políticos-ideológicos

A interpretação do direito está sujeita ao período em que é empreendida podendo, na maior parte das vezes, sujeitar-se à ideologia prevalecente naquela época. Entretanto, o operador jurídico, na sua missão de aplicar as normas e na busca de entendê-las, fatalmente, vai se deparar com vários sentidos e idéias preconcebidas que o fazem desviar dos preceitos originais estabelecidos pelo legislador.

Apesar de ser necessária a adequação do direito ao fato em concreto sendo considerado o aspecto social da época, não é menos correto que essa adequação pode distorcer a aplicação do direito dando margem a favorecimentos que se afastam do espírito daquela norma.

O Sistema de Governo Republicano, que é o nosso modelo, pauta-se na estrita legalidade, tão apregoada por Kelsen, e a legislação acaba sendo constituída de um corpo normativo preestabelecido no qual já se pode antever as conseqüências de determinado ato. Em regimes totalitários a interpretação das normas volta-se à ideologia política e aos anseios partidários tendo por base aspectos que se superpõem às leis. É o apego estrito aos ditames de cada época não havendo respeito ao texto em si, mas as forças políticas que atuam naquele momento.

Por fim, o direito é sim um instrumento importante nas mãos do intérprete podendo ser capaz de moldar toda uma sociedade à vontade de alguns poucos. O que se faz necessário para que o direito não se torne ultrapassado, obsoleto, mas que também não se revista de ideologias dominantes presentes na esfera política é que o intérprete se dispça de quaisquer influências, principalmente daquelas estranhas ou discrepantes do sistema e que se afaste de interpretações subjetivas evitando, assim, conclusões sobre o que é útil a si, mas não à sociedade a qual serve.

4.4 Novos métodos de interpretação

Tradicionalmente, os métodos de interpretação mais conhecidos são o histórico, o teleológico, o gramatical e o sistemático³. Com o passar do tempo, novas concepções foram surgindo de forma a aperfeiçoar o entendimento do direito, agora visto não apenas como representante dos anseios legislativos, mas, principalmente, como refletor da sociedade em que existe.

Com o passar do tempo novos métodos de interpretação foram surgindo. O positivismo exacerbado eclodiu, na Alemanha, na época da Primeira Grande Guerra com a derrota daquele país e com o esfacelamento dos preceitos constitucionais daquele ordenamento. Um fator que também influenciou essa mudança foi o fato de que o direito público alemão encontrava-se amparado na separação entre o mundo do ser e do mundo do dever-ser, que motivava a separação absoluta da esfera social da esfera jurídica. Nesse contexto, Smend (1985 apud SILVA, p. 129), que teve sua obra centrada na dissociação da aplicação do direito do positivismo jurídico, desenvolve o método de interpretação denominado de científico-espiritual e começa a estruturar seu pensamento tentando demonstrar que o direito não é apenas fruto de acontecimentos reais, mas também sociais.

Amparando seu ponto de vista, o jurista alemão afirma, que

³ Os métodos de interpretação trazem consigo formas de se obter uma maior aplicabilidade do direito aos casos concretos e podem ser utilizados, *de per si*, sem que ocorra infringência a nenhum preceito jurídico. Os métodos hermenêuticos clássicos remontam à chamada Escola Clássica do Direito e se apresentam sob quatro formas: método gramatical, no qual se tem como referencial básico o texto propriamente dito, ou seja, os signos lingüísticos utilizados pelo legislador sendo, dessa forma, averiguado apenas o sentido semântico utilizado no texto legal; método teleológico, que se limita a transparecer a provável intenção do legislador limitando, no entanto, as fronteiras nas quais o intérprete

[...] o erro da escola positivista reside na tentativa, infrutífera por natureza, de buscar regular uma realidade viva e, portanto ambivalente, através de pressupostos lógicos, mecanicistas e atemporais de um conteúdo ideal, sem levar em considerações as peculiaridades reais do objeto que intenta regular [...].

Enfim, a interpretação defendida por Smend é pautada na aplicação das normas constitucionais como elemento integrador da realidade estatal, não se afastando o direito do cotidiano, mas principalmente aplicando-o para resolver os conflitos do dia-a-dia. Ainda nesse pensamento, a Constituição é observada com uma visão geral e sempre há de ser interpretada através de uma visão global destacando-se que, as normas, formalmente, podem ser as mesmas, mas com o passar do tempo sua aplicação se transveste para dar sentido a novos comportamentos, a novas interpretações frente a novas realidades.

Outro método que merece destaque é o Tópico-problemático no qual a premissa inicial é a apresentação de um problema cuja interpretação busca a solução para esse impasse. O método tópico não é novo e desde a época de Aristóteles já era utilizado onde se buscava resolver os conflitos a partir de dados coletados no seio da desavença. Em verdade, para um determinado problema existem várias soluções e o que se procura fazer é adequar uma delas ao caso concreto criando-se uma espécie de discussão acerca do fato abordando-o, por assim dizer, por vários lados.

Na realidade, o método tópico trouxe consigo várias críticas nas quais se questiona a sua validade já que não acolhe a norma escrita, simplesmente, e parte de premissas para resolver problemas que envolvem direito, chegando até mesmo a desprezar a lei levando em consideração apenas pontos de vista.

Portanto, vários são os pontos de vista adotados pelos pensadores do direito e várias são os caminhos apontados para que se desenvolva a interpretação das normas.

Nenhuma delas está totalmente afastada da aplicação no caso concreto como também quaisquer delas podem vir a se aperfeiçoar diante do tão implacável tempo.

pode “caminhar” na busca do sentido da lei extraíndo, assim, o fundamento racional no qual se amparou o legislador se prestando a uma aplicação evolutiva do direito; método sistemático, que traduz o ideal de que uma norma não pode ser interpretada isoladamente, mas analisada dentro de uma conexão na qual ela se ampara em outras normas traduzindo-se como uma espécie de adequação lógica com outros dispositivos jurídicos; por fim, método histórico no qual o intérprete investida a vontade original do legislador baseando-se no processo histórico referente a criação daquela norma.

5 A Aplicação do Direito

5.1 A letra e o espírito

A lei, fruto do trabalho do legislador, é fonte das mais importantes na solução de conflitos uma vez que traça parâmetros através dos quais o juiz vai se nortear na sua atividade jurisdicional. Contudo, há que se destacar que, da forma como foi elaborada, ou da forma que o legislador a pensou, a lei pode não convergir para solucionar os entraves jurídicos. É nesse ponto que o intérprete surge para dar um sentido diferenciado à norma, não podendo, entretanto, se afastar por demais dos patamares legais ditados pelo legislador ordinário.

A questão essencial nesse sentido é saber se o intérprete deve se guiar pela “letra” da lei ou pelo “espírito” que esta pode trazer consigo, deixando de lado o aspecto puramente gramatical e buscando um sentido mais profundo. De fato, a lei em si, tida apenas como atividade legiferante, não tem vida. Esta lhe é emprestada quando o intérprete, diante de um caso concreto, a traduz em preceitos a serem observados para resolver os casos da vida real⁴.

Todavia, não há uma verdadeira “frouxidão” nessa interpretação. O intérprete, de certa forma, está ligado aos atos jurídicos devendo ser fiel à intenção de seus autores, sob pena de se instaurar a insegurança jurídica e de sobrepor a sua vontade à do legislador. A interpretação é necessária, até mesmo para que possíveis obscuridades e ambigüidades sejam retiradas das normas, mas para que se possa fazer tal aplicação do direito, cumpre, antes de qualquer coisa, observar um dos métodos de interpretação, ou até mesmo combiná-los entre si, para que se possa dar concreção às normas sem ferir as situações já consolidadas pelo tempo e que precisão de manifestação judicial a respeito de sua validade.

Que o direito é dinâmico, todos sabem, mas a sua interpretação não pode ser totalmente livre. Deve, sim, se coadunar com as considerações relacionadas com a *ratio legis* e com os objetivos perseguidos em um determinado sistema de direito.

5.2 O fato, o direito e a atuação do juiz

⁴ Bergel (2001, p. 321) assevera que “ao passo que o direito clássico via na pessoa humana e nos direitos individuais o fim supremo do direito objetivo, as doutrinas ditas ‘do direito social’ viam sua finalidade na própria sociedade e as doutrinas ditas ‘do direito transpessoal’ colocam o direito a serviço da civilização’. Por conseguinte, os comportamentos sociais devem, para ser conformes ao direito, ser conformes aos fins superiores que ele persegue. Não basta que respeitem a letra dos textos. Noutras palavras, quando respeitam a letra dos textos mas ignoram-lhes o espírito ou o do direito inteiro, os comportamentos sociais devem ser punidos”.

Os fatos, diferentemente do direito, são revestidos de acontecimentos imprevisíveis que não se encontram no mundo do dever-ser, mas que devem ser amoldados a regras pré-estabelecidas para que possam figurar no dia-a-dia amparados pelas regras do ordenamento jurídico vigente. O direito, visto como conjunto de normas, entretanto, encontra sua realização nos fatos e é através do direito que o fato se torna concreto. É mediante a análise dos fatos que se chega à aplicação do direito.

O ato humano caracteriza a existência do fato e a partir daí o intérprete busca dentre as regras disponíveis no ordenamento uma que se amolde àquela situação e acabe por resolver o conflito. É essa pesquisa que envolve o acontecimento e a regra aplicável que é desenvolvida no ato de interpretar o direito.

O estabelecimento de fatos não é tarefa tão fácil quanto pode aparentar. Conceituar e classificar normas de acordo com os acontecimentos pode ser uma atividade passível de exageros ou até mesmo de pouca aplicabilidade de preceitos normativos. Deve-se subsumir o fato aos termos da lei e qualificar referida situação ao que se encontra expresso no direito positivo vinculando, dessa forma, o fato a conseqüências jurídicas.

Sobre esse aspecto de subsunção do fato à norma, Bergel (2001, p. 400) assevera que:

Mas, com muita freqüência, a passagem da descrição à qualificação é travada pela complexidade das noções sob as quais devem ser subsumidos os fatos. É o que se dá quando a qualificação dos fatos passa pela determinação de um conceito resultante de uma definição prévia. Assim, como a lei pune mais gravemente o roubo noturno, a questão de saber se um roubo foi cometido à noite será uma questão de fato ou de direito? Ela dependerá de saber se o roubo ocorreu entre o crepúsculo e a aurora ou entre esta ou aquela hora correspondente a uma definição jurídica da noite? É sobretudo a aplicação de *noções qualitativas* que traz dificuldades porque supõe um juízo de valor e uma apreciação subjetiva [...].

Há, entretanto, que se levar em consideração a evolução do direito e tornar maleáveis certos conceitos. A repreensão do comportamento humano, em certas ocasiões, já não é mais tão rigorosa como outrora, senão impunível

diante do avanço da sociedade. Certas atitudes, antes consideradas hediondas⁵, hoje em dia passam a ser objetos apenas de comentários “maldosos”, a exemplo do crime de adultério. Faz-se necessário, portanto, que ocorra um ajuste entre o fato e o direito para que, dessa forma, a atuação do magistrado não se dissocie do contexto social.

A atividade jurisdicional, instituída com o intuito de resolver conflitos entre partes observando seus interesses legítimos e o direito, reveste-se de dois cânones para a correta aplicação das normas: o poder de dizer o direito e, conseqüentemente, de por fim a uma lide (*jurisdictio*) e o poder de mando (*imperium*) consistente em um comando imperativo destinado à execução das decisões. Todavia, apesar de ter a missão de aplicar a lei, muitos magistrados ignoram esse papel e passam a conduzir o processo e a fundamentar suas decisões em ideologias, buscando nas chamadas “brechas da lei”, favorecer a si mesmo encobrendo interesses escusos, quando muito convenientes à parte mais forte do litígio.

Outro ponto que merece destaque na atuação do Judiciário é o exagerado apego às leis, em seu sentido formal. O juiz, como intérprete que é, deve, como foi dito anteriormente, investigar o espírito da lei, não apenas a sua forma gramatical. Para prestar uma boa atividade jurisdicional não precisa necessariamente estar vinculado à letra fria da lei. Não se pode dizer com veemência que o juiz é “escravo da lei” sob pena de se desvirtuar seu papel de aplicador do direito.

Contudo, o que se vê em algumas decisões judiciais são extensas e minuciosas discussões teóricas com fartas citações de autores, às vezes até em outra língua, e jurisprudências com escritas eruditas que acabam não interessando a parte que possui apenas o intuito de ver sua situação resolvida.

A vinculação estrita a lei acaba por fazer prevalecer o legislativo à justiça. O apego Kelseniano à letra da norma esconde, na maioria dos casos, a deformação e o arbítrio de alguns homens que sustentam o pilar da igualdade no fato de que a lei é escrita de forma igualitária, para todos. O legalismo formal acaba por afastar a aplicação do justo e vincula preceitos normativos a fatos que, no mais das vezes, precisam apenas ser

⁵ Aqui expressando o sentido literal da palavra, ou seja, ato repugnante e passível de penas severas.

interpretados à luz da equidade.⁶

Não se diga que a luta é pela ilegalidade das decisões, afinal é a própria Constituição Federal que assegura a todos o direito de ver as decisões judiciais amparadas no ordenamento jurídico. O que se quer defender é que o magistrado, analisando o caso real, utilize-se da hermenêutica e, conseqüentemente da aplicação dos princípios, para aproximar às necessidades atuais aos cânones jurídicos. No sentido de que o magistrado deve observar três pressupostos indispensáveis à aplicação do direito, Rocha (2000, p. 265) destaca como primeiro dever o de “aplicar a Constituição; o segundo dever é não aplicar normas contrárias aos valores, princípios e regras constitucionais e o terceiro é de interpretar o direito infraconstitucional em harmonia com esses valores, princípios e regras constitucionais.”

6 Considerações Finais

Pontos básicos e de apoio a qualquer decisão, os princípios são extremamente importantes para o intérprete do Direito ensejando a inserção das normas no ambiente em que os conflitos são desenvolvidos. Permanecer atual e buscar soluções de acordo com as regras comuns, mesmo que estas não estejam escritas, é tarefa do aplicador do direito e dever para com a sociedade que anseia por soluções mais equânimes.

Os princípios nem sempre estão inscritos na lei. Entretanto, asseveram que servem de base ao Direito e são tidos como preceitos fundamentais para a sua prática e proteção.

Nessa busca de soluções mais justas, há que se destacar a importância da interpretação das normas para que o Direito seja aplicado uma vez que a indeterminação dos textos jurídicos porta, em alguns casos, a possibilidade de

⁶ Dallari (1996, p. 83) discorrendo sobre o papel do juiz na aplicação do direito e a necessidade de uma reformulação do pensamento do magistrado voltando-se mais ao espírito da lei que a sua letra, destaca que “[...] Aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois, de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por este caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça.”

diversos sentidos em seus termos. Outro fator importante na interpretação é a evolução das concepções políticas e sociais. O intérprete não pode se afastar da evolução do mundo. Aplicar normas de forma literal pode afastar o direito da justiça e acabar por não se aplicá-lo em sua forma original.

Enfim, o Direito é visto como fonte de eterna mutação e desperta no homem anseios tornando-o esperançoso de futuras conquistas, todas amparadas nas normas. Para essa total satisfação com a sociedade e consigo mesmo, conflitos com terceiros devem ser resolvidos e na busca dessas soluções emergem as regras jurídicas.

Os princípios conformam as relações político-constitucionais e funcionam como critério de interpretação e de integração já que são eles que impingem coerência geral ao sistema.

7 Referências Bibliográficas

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CAMPAZ, Walter. *Direito, Interpretação, Aplicação e Integração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda., 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, mar. 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro:

Forense, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. Acesso à justiça: direito a uma decisão fundamentada no ordenamento jurídico. In. *O direito no terceiro milênio*. Canoas: ULBRA, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

**TUTELA PENAL E ADMINISTRATIVA DOS ANIMAIS:
UMA ANÁLISE DA CRUELDADE PRATICADA CONTRA A
FAUNA BRASILEIRA E DOS MECANISMOS EXISTENTES
PARA COMBATÊ-LA**

Eduardo de Araújo Cavalcanti⁷

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. O lancinante cenário de crueldade contra os animais e a efetividade da Constituição Federal: ainda há uma luz no fim do túnel. 1. Breve histórico sobre a evolução da legislação de proteção aos animais no Brasil. 2. A violência humana contra os animais: a tortura tolerada pela sociedade brasileira e ignorada pelos Poderes Públicos. 2.1. Considerações preambulares. 2.2. Os matadouros. 2.3. Farra do boi, vaquejada e rodeio: manifestação de cultura popular ou crueldade consentida? 3. As condutas tipificadas na Lei 9.605/1998 referentes à crueldade contra os animais e a responsabilidade administrativa no tocante às atividades lesivas à fauna prevista no Decreto 3.179/1999. 4. O papel do Ministério Público e do cidadão comum no combate à crueldade contra os animais. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O lancinante cenário de crueldade contra os animais e a efetividade da Constituição Federal: ainda há uma luz no fim do túnel.

Os animais sempre despertaram o interesse da espécie humana. Em épocas longínquas, precisamente nas sociedades primitivas, registros arqueológicos de desenhos rupestres evidenciam a fascinação do ser humano por seres de outras espécies. O homem aprendeu a domar alguns animais e percebeu, também, que outros jamais seriam domesticados.

Com a evolução dos agrupamentos humanos e com o surgimento de crenças e várias formas de práticas religiosas e míticas, o ser humano passou a considerar os animais como seres inferiores, pois se acreditava que os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus, devendo, assim, os humanos, exercerem o domínio total sobre o planeta, pois todo aquele que não pertencesse

⁷ Mestrando em Direito Público, com área de concentração em Direito Penal, na Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal no IESP – Instituto de Educação Superior da Paraíba. Advogado.

à espécie humana deveria servir apenas como alimento, força de trabalho e instrumentos de diversão para os seres dotados de inteligência.

Dessa forma, foi graças à difusão de idéias religiosas que se passou a aceitar que a vida humana possui um caráter sagrado especial, colocando-se o homem acima de qualquer outra espécie e, conseqüentemente, o mundo passou a ser antropocêntrico.

No século XX, entretanto, começaram a surgir com mais força, em diversos países, leis de proteção aos animais, mormente no que diz respeito à proibição de práticas cruéis contra os bichos.

No Brasil, pode-se citar o Decreto Federal n.º 24.645, de 10 de julho de 1934, que estabelece medidas de proteção aos animais, o Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), a recente Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que possui um capítulo sobre os crimes contra o meio ambiente, e, finalmente, em um patamar mais elevado na hierarquia das normas, a Constituição Federal de 1988, que no título referente à ordem social, trouxe um capítulo específico sobre o meio ambiente.

Com efeito, no artigo 225, inciso VII, a Carta Magna atribuiu ao Poder Público e à coletividade de modo geral o dever de proteger a fauna e a flora, sendo vedadas, na forma da lei, as práticas que submetam os animais à crueldade.

No entanto, hodiernamente, ocorre no Brasil o mais flagrante desrespeito à Constituição e às normas em vigor, pois se a crueldade contra os animais é vedada pelo ordenamento jurídico, a realidade mostra uma situação completamente diferente.

Os matadouros públicos, que exterminam milhares de animais utilizando-se dos meios mais sanguinários e cruéis, a violência a favor de uma pseudo manifestação cultural, que na verdade consiste em humilhação, dor, sofrimento e morte de animais apenas para deleite humano como, por exemplo, a farra do boi, a vaquejada e os rodeios, os experimentos realizados em animais vivos para estudo de fenômenos fisiológicos – a vivissecção, em nome do desenvolvimento da ciência, são apenas alguns tristes exemplos da crueldade consentida pela sociedade brasileira e, o que é pior, tolerada pelos Poderes Públicos.

Apesar da existência de uma variedade de normas de proteção aos animais, inclusive algumas delas dotadas de força constitucional, o que se observa é o surgimento de leis federais e estaduais que flagrante e deliberadamente violam a Carta Magna, como, por exemplo, a Lei 10.220, de 11 de abril de 2001, que equipara peão de rodeio a atleta profissional, a Lei 10.519, de 18 de julho de

2002, que dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio, além da Lei do Estado de São Paulo n.º 7.705, de 19 de fevereiro de 1992, que estabelece normas para o *abate humanitário* de animais destinados ao consumo, mas que, contraditoriamente, permite a pungente jugulação cruenta de bovinos, por se tratar de “abate regido por preceito religioso”, mas que, na verdade, visa a atender o promissor e rentável mercado da chamada carne branca, exportada para Israel e países muçulmanos. É evidente a inconstitucionalidade de tais diplomas legais.

Diante deste panorama sombrio, é que urge efetivar de vez e sem demagogias o Direito Constitucional pátrio, já que as normas constitucionais possuem sempre eficácia jurídica, sendo imperativas e, caso haja uma inobservância espontânea, abre-se margem para a sua aplicação coativa⁸.

A Constituição Federal é válida e vigente, como não poderia deixar de ser, mas é preciso dotá-la de eficácia no que pertine aos direitos dos animais.

Ora, a eficácia se refere à produção de efeitos. Na lição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos⁹. Conforme será demonstrado ao longo deste trabalho, existem condições fáticas para garantir a eficácia das normas protetoras dos animais, bem como vários são os instrumentos legais, além dos órgãos e Poderes Públicos que podem garantir a aplicabilidade bem sucedida do texto constitucional.

Neste trabalho será realizado um estudo sobre a tutela penal e administrativa dos animais, enfatizando os diplomas legais que protegem a fauna e visam a combater a crueldade. Serão apresentadas também algumas práticas presentes em nossa sociedade tidas como *culturais*, mas que flagrantemente violam a Constituição Federal. Por derradeiro, mostrar-se-á que as nossas leis são bastante avançadas na proteção dos animais, cabendo ao Ministério Público, principalmente, utilizar os instrumentos normativos existentes para dar um basta a esse desnecessário, aberrante, irracional e cruel derramamento de sangue patrocinado pelo homem contra outros sujeitos de direitos – os animais.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 198.

1. Breve histórico sobre a evolução da legislação de proteção aos animais no Brasil

O *descobrimento* do Brasil pelos portugueses em 1500 representa o marco divisório que legitimou a barbárie contra a natureza em nosso território. De fato, com a chegada dos lusitanos, e, posteriormente, com a investida dos bandeirantes sertão adentro, foi-se reduzindo cada vez mais o espaço natural outrora pertencente aos animais¹⁰. A natureza foi atacada para servir aos interesses dos colonizadores e os nativos, por sua vez, caçados e exterminados.

A legislação portuguesa que vigorou no Brasil mesmo após a independência nunca trouxe dispositivos que visassem à tutela da natureza. Os animais eram considerados *semoventes de qualquer valor*. O Código Civil de 1916, inclusive, considerava os bichos como “bens móveis suscetíveis de movimento próprio”.

A Constituição de 1824 não tutelou os direitos dos animais. Da mesma forma, a Carta de 1891. O Decreto n.º 16.590/1924 é considerado como a primeira legislação brasileira editada com fins de combate à crueldade contra os animais¹¹. Tal diploma federal regulamentava as Casas de Diversões Públicas, proibindo as corridas de touros, garraios, novilhos, galos e canários, que causassem sofrimento aos animais.

No entanto, o Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934, que “estabelece medidas de proteção aos animais”, pela primeira vez, insere no ordenamento jurídico pátrio medidas abrangentes de cunho protetivo da fauna nacional. Com efeito, no artigo 1º, o Decreto determina que “todos os animais existentes no país são tutelados do Estado”. No artigo 3º, em extensos trinta e um incisos, o texto traz situações que configuram os maus tratos, tais como “manter os animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz”, “fazer viajar um animal a pé, mais de dez quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de seis horas contínua sem lhe dar água e alimento”, “engordar aves mecanicamente”, “ministrar ensino a animais com maus tratos físicos”, dentre outras.

Para aqueles que pratiquem maus tratos contra os animais o decreto traz a previsão de aplicação de multa e de prisão celular de dois a quinze dias, “sem prejuízo da ação civil que possa caber” (artigo 2º). O parágrafo terceiro desse mesmo artigo determina que os animais devem ser assistidos pelos

¹⁰ LEVAI, Laerte Fernando. *Ministério Público e Proteção Jurídica os Animais*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 27 de novembro de 2003.

¹¹ DIAS, Edna Cardozo. *A tutela Jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 155.

representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras dos animais.

Referido Decreto – n.º 24.645/34, que havia sido revogado pelo Decreto n.º 11 de 1991, voltou a ter vigência por força do Decreto n.º 761 de, de 19 de fevereiro de 1993, através do fenômeno jurídico conhecido como reprivatização¹².

Apesar de um tardio começo, a legislação de proteção aos animais foi ganhando força no século XX. A Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei 3.688 de 03 de outubro de 1941, em seu artigo 64, sob a rubrica *crueldade contra os animais*, dispõe que tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo sujeita o infrator a uma pena de prisão simples de dez dias a um mês, ou multa. Esse dispositivo da Lei de Contravenções Penais encontra-se atualmente revogado face ao advento da Lei dos Crimes Ambientais.

Pode-se citar, a título ilustrativo, a seguinte legislação federal que, de algum modo, tutelou, mesmo que em alguns casos de forma indireta, os direitos dos animais:

- Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal);
- Lei n.º 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna);
- Decreto n.º 221/67 (Código de Pesca);
- Lei n.º 6.638/79 (Visissecção);
- Lei n.º 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente);
- Lei n.º 7.173/83 (Jardins Zoológicos);
- Lei n.º 8.974/95 (Engenharia Genética);
- Lei n.º 9.605/98 (Crimes Ambientais).

Apesar de uma vasta produção de textos legislativos de proteção à fauna, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que se deu um importante passo no país para salvaguardar os animais e o meio ambiente de modo geral.

A Carta Magna, no Título VIII, Capítulo VI, precisamente no artigo 225, inovou em termos constitucionais ao dispor que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. No inciso VII, a Constituição estabelece como dever do Poder

¹² LEVAL, Laerte Fernando. *Ministério Público e Proteção Jurídica os Animais*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 27 de novembro de 2003.

Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade”.

Verifica-se, pois, que no capítulo referente ao meio ambiente, procurou o legislador garantir a efetividade do direito que todos temos de viver em um ambiente saudável¹³, cabendo ao Poder Público o mister de adotar as medidas básicas de sua atuação.

Ressalte-se, também, que a proteção do meio ambiente, nos termos do artigo 23 da Constituição Federal é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Entende-se por competência comum, pois, a atuação simultânea dos entes que compõem a Federação, distinguindo-se, assim, da competência exclusiva, em que cada ente tem seu campo próprio para agir, com exclusão de qualquer outra unidade federativa.

Por ter sido a proteção do meio ambiente qualificada como competência comum, fica evidente que todos os entes federativos podem atuar administrativamente. No entanto, o que fazer se houver choque de atuações entre as unidades da Federação? Nesse caso, o princípio da predominância do interesse deve prevalecer, pois “fica evidente que o conflito de atuações, nessas circunstâncias, é praticamente inafastável. Portanto, impõe-se firmar uma diretriz que seja capaz de solucionar os óbices decorrentes da atribuição de competência simultânea a diversas entidades federativas”¹⁴.

Como tentativa de minimizar as possíveis colisões de interesses, a Constituição estabeleceu no parágrafo único do artigo 23 que lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Conclui-se, destarte, que a competência administrativa para tutelar o meio ambiente, e por inclusão, para combater a crueldade contra os animais, é comum dos quatro entes da Federação, cabendo a eles, antes de tudo, envidar esforços para uma atuação conjunta, produtiva e eficaz na tutela dos animais.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 491.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 750.

2. A violência humana contra os animais: a tortura tolerada pela sociedade brasileira e consentida pelos Poderes Públicos

2.1. Considerações preambulares

Não é de hoje que o ser humano vem se especializando em práticas cruéis contra os animais de outras espécies. Devido à visão antropocêntrica do mundo, consubstanciada no fato de que os bichos devem servir apenas para alimentação, experiências científicas, diversão e trabalho em prol da humanidade, milhares de seres sencientes¹⁵ são humilhados e mortos de maneira dolorosa e, muitas vezes, sádica, apenas para satisfazer os interesses do homem.

Freqüentes são as violações ao dispositivo constitucional que proíbe a crueldade contra os animais. Na maioria dos casos, essas práticas bizarras são justificadas como “manifestação de cultura do povo”, no caso da farra do boi, rodeios e vaquejadas, por exemplo, ou “mal necessário”, para legitimar as experiências científicas e o abate desenfreado.

No entanto, existe uma verdadeira indústria rentável e um mercado promissor por detrás de tais hábitos desumanos. Apenas para citar um exemplo, em cidades mais desenvolvidas do sertão nordestino, a realização de vaquejadas movimenta quantias vultosas e atrai centenas de pessoas para assistir o espetáculo da derrubada do boi. Bandas de forró e cantores populares, prêmios para os vencedores, comida, bebida, segurança (para as pessoas), são apenas alguns atrativos oferecidos pelos organizadores para aqueles que resolverem participar da *feira do vaqueiro*. Sem olvidar que na maioria dos casos as festas são organizadas por políticos, ávidos para se perpetuarem no poder, colocando na prática a secular filosofia do *pão e circo* para o povo.

Na verdade, tais acontecimentos representam a tortura institucionalizada na sociedade brasileira. A Constituição é flagrantemente desrespeitada e poucos são os que têm coragem de tentar mudar a situação.

A seguir, serão analisados apenas alguns exemplos de práticas cruéis contra os animais que já estão incorporadas no nosso país.

¹⁵ O filósofo australiano Peter Singer utiliza o adjetivo *senciente* para designar a capacidade de sofrimento e/ou fruição que todos os seres vivos possuem. Para o polêmico escritor, “se um ser está sofrendo, não poder haver justificativa moral para a recusa a levar em consideração aquele sofrimento. Seja qual for a natureza do ser, o princípio da igualdade exige que seu sofrimento seja igualmente considerado – desde que se possa fazer comparações aproximadas – como o idêntico sofrimento de qualquer outro ser. Se um ser não é capaz de sofrer ou de experimentar fruição ou felicidade, não há nada a ser levado em consideração”. Para maiores detalhes de sua teoria, ver SINGER, Peter. *Vida ética*. Tradução: Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 54.

2.2. Os matadouros

A indústria da carne é um mercado promissor. A cada dia, milhares de animais são confinados, descornados, queimados, degolados, eletrocutados, escapelados e retalhados para atender a demanda mercantilista¹⁶.

Na maior parte dos municípios brasileiros existe sempre um matadouro. Se nos grandes centros ainda é comum o abate sem a prévia insensibilização do animal, a situação na maioria dos matadouros é preocupante.

Mesmo em matadouros-frigoríficos, como os das cidades paulistas de Araçatuba e Bauru, o abate religioso, destinado à exportação, impede que os animais recebam anestesia antes do golpe mortal.

Com efeito, no Estado de São Paulo vigora a Lei 7.705, de 19 de fevereiro de 1992, que “estabelece normas para o abate humanitário (de animais destinados ao consumo) e dá outras providências correlatas”. O artigo 1º desse diploma assim determina: “É obrigatório em todos os matadouros, matadouros-frigoríficos e abatedouros, estabelecidos no Estado de São Paulo, o emprego de métodos científicos e modernos de insensibilização aplicados antes da sangria por instrumento de percussão mecânica, por processamento químico (gás CO₂), choque elétrico (eletronarcole), ou ainda, por outros métodos modernos que impeçam o abate cruel de qualquer tipo de animal destinado ao consumo, com exceção dos abates regidos por preceitos religiosos (jugulação sangrenta), direcionados ao consumo pelas comunidades a que se destinam, mediante solicitação dos matadouros, matadouros-frigoríficos ou abatedouros aos órgãos oficiais, sem prejuízo da observância do que dispõem os artigos 6º, 7º e 8º da presente lei” – destacado.

A jugulação cruenta consiste em suspender o animal em correntes afixadas no alto das salas destinadas ao abate, para, então, sangrá-lo vivo. Como a carne dos animais abatidos dessa forma destina-se à exportação a países de cultura muçulmana, não é difícil imaginar a lucratividade dessa atividade.

Interessante é que a lei do abate humanitário, datada de 1992, não continha nenhuma ressalva referente à jugulação cruenta. Mas, sucumbindo à pressão dos exportadores, a lei foi alterada em 1999 para permitir o *abate religioso*.

Flagrante é a inconstitucionalidade dessa lei, por desrespeito ao artigo 225, inciso VII, da Carta Magna. Permitir o corte com o animal ainda vivo, pendurado de cabeça para baixo, degolando-o, fazendo-o sangrar até morrer, é

¹⁶ LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 25 de novembro de 2003.

um espetáculo dantesco que visa apenas a aumentar os lucros de empresários do setor. A própria denominação “abate regido por preceitos religiosos”, que consta da lei, é paradoxal: nas palavras do doutrinador Laerte Fernando Levai, “nenhum costume desvirtuado e nenhum dogma religioso sanguinolento podem-se legitimar com base na tortura”¹⁷.

O dito abate religioso é apenas uma das facetas do que ocorre nos matadouros do país. Milhares de bovinos, suínos e caprinos são mortos de maneira cruel e sem aplicação de anestesia ou método que minimize ou neutralize a dor. Na verdade, a própria matança de animais para consumo humano deveria ser abandonada, muito mais por questões morais que legais, já que os seres vivos possuem interesses e são capazes de sentir dor, o que torna todas as espécies iguais. Mas esse aspecto filosófico da extensão do princípio da igualdade para todas as espécies, indistintamente, não será aqui analisado devido à complexidade do tema¹⁸.

2.3. Farra do boi, vaquejada e rodeio: manifestação da cultura popular ou crueldade consentida?

A crueldade contra os animais, violando flagrantemente o texto constitucional, não é apenas praticada com o escopo de fomentar e abastecer a indústria alimentícia.

Outra triste realidade ocorre com a denominada expressão da manifestação de cultura popular, de que são exemplos a farra do boi, a vaquejada e o rodeio.

A festa da farra do boi ocorre em alguns municípios do litoral do Estado de Santa Catarina. Foi trazida na época da colonização da região sul por colonos da ilha dos Açores. O evento geralmente ocorre durante as festividades da Semana Santa.

Em termos práticos, a farra do boi consiste em torturar de modo mais cruel possível o animal, que, indefeso e perante uma multidão enfurecida e tresloucada, não tem como escapar das investidas dos festeiros. “Munidos de paus, pedras, açoites e facas, participam da farra homens, mulheres, velhos e crianças. Assim que o boi é solto, a multidão o persegue e o agride incessantemente. O primeiro alvo são os chifres, quebrados a pauladas. Em

¹⁷LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 25 de novembro de 2003.

¹⁸ Sobre o assunto, ver SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

seguida os olhos são perfurados. A tortura só termina quando o animal, horas depois, já com vários ossos quebrados, não tem mais forças para correr às cegas, sendo definitivamente abatido e carneado para um churrasco”¹⁹. Há registros de que em alguns casos o animal, para fugir do flagelo, adentra o mar, onde vem a morrer afogado.

Apesar de praticada em diversas cidades, a farra do boi sempre foi alvo de fortes críticas das sociedades protetoras dos animais e de pessoas contrárias à barbárie. Por outro lado, sociólogos, historiadores, antropólogos e políticos defendem o folguedo com a justificativa de manifestação da cultura popular e também de que a Constituição Federal estabelece como direito fundamental o respeito e o incentivo às tradições culturais.

Com efeito, a Carta Magna determina no artigo 215, *caput*, que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. No parágrafo primeiro desse artigo, está previsto que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Dessa forma, como conciliar os dispositivos constitucionais que de um lado protegem a integridade física dos animais, inseridos que estão na proteção ao meio ambiente, e, de outro, o incentivo e a valorização da expressão de cultura do povo?

Tal questionamento resultou em uma discussão jurídica que chegou até o Supremo Tribunal Federal através de um Recurso Extraordinário, no ano de 1992.

O ministro-relator do recurso, Francisco Rezek, após ultrapassar questões preliminares, entendeu que a brincadeira é, na verdade, uma barbárie, inclusive com repercussão negativa perante a comunidade internacional. Relatou que a festa fere frontalmente o texto constitucional, salientando, inclusive, que há práticas culturais no país em que os bois são representados por bichos de papel, por homens fantasiados de animal, sem a veneração das atrocidades. Os ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira acompanharam o relator, tendo este último, por sua vez, ressaltado que a cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania, e para a construção de uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária²⁰. O voto

¹⁹ DIAS, Edna Cardozo. *A tutela Jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 206.

²⁰ Para maiores esclarecimentos sobre o Recurso Extraordinário n. 153.531 – Santa Catarina, ver MONTEIRO, Fernando. *Festa da “farra do boi”: manifestação cultural ou barbárie?*. Revista do Ministério Público de Alagoas, n. 10. jan./jun. 2003.

contrário coube ao Ministro Maurício Corrêa, no sentido de que a Constituição deve resguardar o patrimônio cultural do povo, cabendo ao Estado de Santa Catarina coibir apenas os excessos decorrentes da festa.

Assim, a Turma, por maioria, julgou procedente a ação civil pública e condenou o Estado de Santa Catarina a proibir terminantemente a farra do boi, por violar flagrantemente o disposto no artigo 225, VII, da Constituição Federal.

Apesar da decisão do STF, a farra do boi ainda continua a ser praticada no Estado de Santa Catarina, não mais nas ruas das cidades, mas em currais denominados de *mangueirões*. Mudou-se apenas o local, mas a atrocidade continua. O Governo desse Estado, inclusive, criou uma comissão de estudos que considerou a festa como movimento cultural²¹ e, em 4 de abril de 2000, promulgou a Lei 11.365, permitindo a farra do boi, desde que praticada nos mangueirões e que não cause maus tratos aos animais. Difícil imaginar a farra sem que ocorra sofrimento aos animais.

De fato, a Constituição Federal garante que o Estado deve incentivar as manifestações culturais de um povo. Por outro lado, há expresso dispositivo constitucional que proíbe os maus tratos aos bichos. Nesse caso, de aparente choque de dispositivos da Carta Magna, princípios como o da razoabilidade e o da proporcionalidade ajudam a resolver o impasse. A manifestação cultural é livre e protegida pelo Estado. Mas, no momento em que agride e põe em perigo situações que também são tuteladas por normas constitucionais, prevalecem estas últimas.

Outro flagrante desrespeito ao texto constitucional está presente nas vaquejadas do nordeste brasileiro. A festa, tradicional em várias cidades, não se reveste do mesmo teor de violência que a farra do boi possui, mas é notória a prática de atos pungentes contra os animais que participam do acontecimento.

Na vaquejada, que se originou no interior do Estado de Pernambuco, dois vaqueiros, no local apropriado para a corrida, perseguem o boi e devem derrubá-lo no ponto delimitado, perante os jurados. O animal é arrastado pelo rabo e se cair com as patas para cima, a pontuação é maior. Não raro, alguns peões carregam uma lâmina escondida na luva para decepar a cauda do boi, no momento em que o bicho cai ao chão.²² Com a derrubada do boi, o público vibra, o jurados atribuem pontos, os vaqueiros são premiados, o animal padece em silêncio. A festa está garantida.

²¹ DIAS, Edna Cardozo. *A tutela Jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 213.

²² DIAS, Edna Cardozo. *A tutela Jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 202.

É evidente que esse espetáculo de sadismo humano contraria o texto constitucional. Ao proibir a crueldade contra os animais, o legislador não abriu exceções. A justificativa daqueles que defendem a festa é a mesma dos farristas de Santa Catarina, ou seja, o evento é cultural, folclórico e, portanto, garantido pela Constituição Federal.

Esse mesmo argumento é utilizado pelos defensores dos rodeios. Só que nesse caso, há uma agravante. A Lei Federal 10.220, de 11 de abril de 2001, instituiu normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o à atleta profissional.

Os rodeios são realizados em vários estados da Federação, com destaque para São Paulo. Movimentam milhões de reais. As provas de laço submetem os animais à crueldade, pois, “sob o efeito compressivo do sedém – seja ele uma cinta de couro, seja uma corda americana, independentemente do material pelo qual é confeccionado – touros e cavalos alteram seu comportamento normal, pulando na arena para tentar se livrar daquilo que os oprime. A impressionante reação dos animais está associada à inflição de estímulos dolorosos em seus órgãos internos (genitália, sistema digestivo, nervos e glândulas vesiculares). O sedém provoca, portanto, dor e sofrimento, sem necessariamente causar lesões na pele ou esterilidade nos animais. Da mesma forma as esporas, utilizadas para estocar os animais durante a montaria, mediante seguidos golpes aplicados pelo peão no baixo-ventre e no pescoço do animal, implica em maus tratos”²³.

Constata-se que é manifesta a inconstitucionalidade da Lei 10.220/01. A partir do momento em que o espetáculo causa sofrimento desnecessário e injustificado aos animais, a Constituição está sendo violada. A lei deve ser extirpada do ordenamento jurídico pátrio.

Faz-se mister ressaltar que a Lei 10.519, de 17 de julho de 2002, ao dispor sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio, não revestiu de constitucionalidade a prática do evento. Essa lei determina no artigo 4º que os apetrechos técnicos utilizados nas montarias “não poderão causar injúrias ou sofrimentos aos animais”. O rodeio em si já uma atividade que causa dor e sofrimento aos animais, ainda que se utilize sedém macio ou que se proíba a espora. Em vez da aprovação de uma lei que *minimize* o sofrimento, o ideal seria a elaboração de lei que proibisse de vez o evento, em consonância com o texto constitucional.

²³ LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 25 de novembro de 2003.

3. As condutas tipificadas na Lei 9.605/1998 referentes à crueldade contra os animais e a responsabilidade administrativa no tocante às atividades lesivas à fauna prevista no Decreto 3.179/1999.

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, é considerada uma das mais modernas e importantes legislações do mundo relativas à proteção ambiental.

Temas relevantes, e não menos polêmicos, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a desconsideração desses entes, constam da lei.

O capítulo V da lei trata dos crimes contra o meio ambiente, dividido em seções relativas aos crimes contra a fauna (arts. 29 ao 37), crimes contra a flora (arts. 38 ao 53), da poluição e outros crimes ambientais (arts. 54 ao 61), crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 ao 65), e, finalmente, crimes contra a administração ambiental (arts. 66 ao 69).

Por uma questão de pertinência temática com o objetivo deste trabalho, serão analisadas neste tópico apenas as condutas delituosas que se referem à prática de crueldade contra os animais, especificamente as constantes dos artigos 29 e 32 da lei, enfocando-se a responsabilidade penal e administrativa dos sujeitos ativos.

A seção dos crimes contra a fauna engloba os artigos 29 ao 37. Os delitos estão tipificados nos artigos 29 ao 35 da lei. O artigo 36 é norma penal explicativa, pois o legislador definiu o que se considera *pesca* para efeitos legais, enquanto que o artigo 37 é norma permissiva, configuradora do estado de necessidade.

Algumas considerações acerca da Ciência Penal, especificamente sobre o conceito de crime, devem ser feitas, para um melhor desenvolvimento do presente tema.

A primeira dificuldade que a teoria geral do delito encontra é a de fornecer um conceito de crime que abranja todas as características comuns que devem revestir um fato a ser considerado como delituoso e, conseqüentemente, vir a sofrer a cominação de uma sanção penal²⁴.

Diversos são os enfoques a serem observados na árdua e complexa tarefa de definir *crime*. Os pontos de partida são distintos, dependendo da abrangência e alcance que se queira dar à noção. Nem sempre há concordância

²⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría General del Delito*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2001, p. 1.

doutrinária com relação aos predicados do fato punível.

De modo geral, a doutrina costuma conceituar o delito a partir de três aspectos, a saber: formal, material e analítico.

Formalmente considerado, crime nada mais é do que a violação da lei penal a ser castigada por uma pena, ou seja, é o desrespeito ao ordenamento jurídico.

Já o conceito material de delito leva em consideração seu aspecto substancial, de essência. Parte-se, agora, do bem jurídico protegido pela lei penal. Por conseguinte, o crime é entendido como aquela ação ou omissão que contraria os valores ou interesses de determinado grupo social, exigindo, então, sua proibição com ameaça de punição aos infratores²⁵.

Ambos os conceitos acima citados não se mostram suficientes para uma definição dogmática de crime. É necessário verificar, pois, o conceito analítico, que decompõe os elementos que integram a figura delitiva, mostrando-nos sua estrutura e apontando os requisitos que deve conter qualquer conduta humana para que seja considerada penalmente ilícita. Assim, é necessário fazer um juízo de desvalor sobre um fato ou ato humano, como também sobre o autor desse fato ou ato.

O crime, então, aparece como uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, não se incluindo a punibilidade como um dos elementos, já que a imposição de sanção é consequência e não requisito do delito. Pode existir crime e seu autor não ser punido devido à prescrição, por exemplo²⁶.

Dessa forma, nos crimes cometidos contra a fauna, mister se faz analisar, então, se presentes estão na conduta delituosa a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade do agente. Satisfeitos os requisitos, o crime foi cometido, ensejando a aplicação da penalidade prevista na lei.

Ressalte-se que nos tipos penais constantes da Lei 9.605/98 o bem jurídico tutelado é o meio ambiente. O legislador entendeu que a prevenção geral pode e deve ser alcançada com a tipificação penal protetora da

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral, volume 1*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141.

²⁶ Este não é o entendimento de Francisco Muñoz Conde, que define crime como “toda a ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível. Esta definição é sequencial, ou seja, o peso da imputação vai aumentando a partir que se passa de uma categoria a outra”, em CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría General del Delito*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2001, p. 4

natureza, em consonância com a Constituição Federal, que erigiu o meio ambiente à condição de relevante valor da coletividade²⁷, permitindo, assim, dogmaticamente, que o Direito Penal passasse a se ocupar desse setor, sem ferir os princípios que norteiam a ciência da *ultima ratio*.

O artigo 29 prevê como delito “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”. A pena prevista é de detenção de seis meses a um ano e multa.

Trata-se de crime de ação múltipla, pois o tipo traz diversas modalidades de conduta e, ainda que sejam praticadas várias delas, haverá um só crime.

É interessante salientar que algumas condutas previstas no tipo, como *apanhar*, por exemplo, poderiam gerar a figura do crime tentado, com direito a diminuição da pena, caso o agente fosse flagrado logo após ter capturado o animal. No entanto, qualquer uma das ações previstas no tipo, se praticada, é suficiente para a consumação do delito.

São protegidos por esse dispositivo legal todos os espécimes originários dos ecossistemas brasileiros, além dos que aqui vieram do exterior.

Questão importante diz respeito à caça. A Lei 5.197/67, conhecida como Lei de Proteção à Fauna, proibiu, nos termos do art. 2º, a caça profissional. No entanto, essa lei, contraditoriamente, permitiu a chamada caça amadorística, já que do art. 6º, alínea “a”, consta que o Poder Público estimulará “a formação e o funcionamento de clubes e sociedades amadorísticas de caça e de tiro ao voo, objetivando alcançar o espírito associativista para a prática desse esporte”.

Ora, diante da nova orientação constitucional e da proteção ambiental presente na Lei 9.605/98, outra não é a conclusão senão pela inconstitucionalidade da Lei 5.197/67 no que toca à permissão da caça amadorística. Inclusive, difícil entender qualquer modalidade de caça como “esporte”. De qualquer modo, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, a prática da caça amadorística, sem a devida licença do Poder Público competente, configura crime ambiental.

É de bom alvitre mencionar, por oportuno, que o §5º do artigo 29 da Lei 9.605/98 estabeleceu que a pena prevista será aumentada até o triplo se o crime decorre do exercício de caça profissional.

Outra situação configuradora de crueldade contra os animais, tipificada

²⁷ COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e, BELLO FILHO, Ney de Barros, COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais: Comentários à Lei 9.605/98*. 2ª edição ver e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 162.

como crime, aparece no artigo 32 da lei, nos seguintes termos: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção de três meses a um ano e multa”. Este dispositivo revogou tacitamente o artigo 64 da Lei das Contravenções Penais²⁸.

A Lei 9.605/98 tutela, com esse dispositivo, não só a fauna silvestre, como também a doméstica e a domesticável.

O dispositivo, merecedor de aplauso, peca apenas por não definir que tipo de animal está sujeito à proteção legal. Nos termos em que se encontra redigido, conclui-se que foram abrangidos todos os animais, sem distinção. No entanto, fica a pergunta: ferir ou mutilar uma lagartixa constitui crime ambiental?

De acordo com a zoologia, somente aquele ser dotado de sistema nervoso, que lhe permite responder a uma série de estímulos provocados pelo mundo exterior, se enquadra na definição de animal.²⁹ Dessa forma, para que alguém responda por referido crime, é necessário que o sujeito passivo (ou o objeto material da conduta, como querem alguns) se encaixe na definição científica de animal. É na análise do caso concreto e observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que se deve verificar a gravidade da lesão ao bem jurídico protegido.

O parágrafo primeiro do dispositivo reza que nas mesmas penas incorre quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

Proíbe a lei a chamada *vivissecação*, que consiste em realizar a dissecação de bichos vivos com fins de estudo anatomofisiológico. A *vivissecação* é modalidade do gênero experimentação animal, atividade mais abrangente que inclui todo e qualquer procedimento que utiliza animais, independentemente do emprego de anestesia, para fins científicos.

Tais condutas estão proibidas pela lei ambiental. Poderia-se argumentar

²⁸ Art. 64 da Lei das Contravenções Penais: “Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples de 10 (dez) dias a 1 (um) mês ou multa. § 1º. Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo. §2º. Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade em exibição ou espetáculo público”.

²⁹ Conforme a definição do Dicionário Aurélio – Século XXI, animal é o “ser organizado, com a forma do corpo relativamente constante, órgãos na maioria internos, tecidos banhados em solução que contém cloreto de sódio, células revestidas de membranas delicadas, com crescimento limitado, e provido de irritabilidade ou sistema nervoso, que lhe permite responder prontamente aos estímulos”.

que o legislador permitiu esse tipo de atividade científica apenas quando não existirem recursos alternativos. Alguns pesquisadores alegam que tais recursos não existem, e, assim, a experimentação é permitida. É a velha visão antropocêntrica do mundo. No entanto, a ciência já dispõe de várias alternativas que podem substituir a experiência em seres vivos, tão eficazes como se fossem praticadas em animais. Basta boa vontade e interesse dos estudiosos³⁰.

O parágrafo segundo do artigo 32, por sua vez, estabelece que a pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre a morte do animal.

Verifica-se, por conseguinte, que tanto o artigo 29, quanto o 32, estão em plena consonância com o que dispõe a Constituição Federal no que pertine a condutas cruéis contra os animais. Tais práticas constituem crimes e sujeitam o infrator às penas cominadas nos dispositivos legais.

A par da responsabilidade penal acima exposta, merece destaque a responsabilidade administrativa constante do Decreto Federal 3.179, de 21 de setembro de 1999, publicado no Diário Oficial da União em 22 de setembro de 1999. Saliente-se, por oportuno, que a própria Lei 9.605/98 traz um capítulo referente à infração administrativa ambiental, definindo esta, no art. 70, como “toda a ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

O decreto, que “Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, prevê diversas modalidades de sanções, tais como advertência, multas, apreensão de animal, reparação dos danos causados, dentre outras.

Com relação à multa, o decreto estabelece, no artigo 5º, que seu valor será corrigido periodicamente com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Na seção I, capítulo II, o decreto trata das sanções aplicáveis às infrações contra a fauna.

Para a conduta correspondente àquela prevista no artigo 29 da lei 9.605/98, a multa mínima prevista é de R\$ 500,00 (quinhentos reais), podendo chegar a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por unidade de espécie se se tratar de animais

³⁰ Laerte Fernando Levai elenca alguns recursos alternativos: sistemas biológicos *in vitro*; cromatografia e espectrometria de massa; farmacologia e mecânica quânticas; estudos epidemiológicos; estudos clínicos; etc. Para a definição de cada um desses e outros métodos alternativos, ver LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 25 de novembro de 2003.

ameaçados de extinção.

Já para a conduta equivalente à constante do artigo 32 da lei 9.605/98, maus tratos, conforme art. 17 do decreto, a multa é de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com acréscimo por exemplar excedente que pode chegar a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por unidade de espécie nos casos de animais constante da lista oficial da fauna brasileira ameaçada de extinção.

Denota-se que as multas são elevadas e, com isso, o Governo Federal, com a edição do decreto, tenta inibir as práticas cruéis contra a fauna, revestindo-se em uma medida de caráter preventivo, além da responsabilidade penal a que está sujeita o infrator.

4. O papel do Ministério Público e do cidadão comum no combate à crueldade contra os animais

A Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público legitimação para a tutela dos interesses difusos e coletivos, aí incluída a fauna³¹.

No artigo 129, inciso III, a Carta Magna declara ser função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do meio ambiente e de “outros interesses difusos e coletivos”.

Depreende-se do texto constitucional que o Ministério Público conta com dois importantes e eficazes instrumentos de proteção ao meio ambiente, especificamente no que tange ao combate à crueldade contra os bichos: o inquérito civil e a ação civil pública.

Com efeito, as ações de responsabilidade por danos materiais e morais ao meio ambiente estão regidas pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública.

Embora a lei preveja legitimidade ativa concorrente a outras pessoas jurídicas, conforme se depreende da dicção do artigo 5º, o destinatário dos comandos legais foi o *parquet*.

³¹ Justificando a existência do Ministério Público, Bastos assim expõe: “O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhe confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que zele tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis”. Em: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 417.

Além da propositura da ação principal, o diploma legal também prevê a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar, no termos do que dispõe o artigo 4º: “Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Dessa forma, o Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, seja no âmbito federal ou estadual, possui competência legal para ingressar em juízo ou no âmbito administrativo, visando a inibir ou fazer cessar qualquer ato de crueldade contra os animais, bem como solicitar do juiz a imposição de multa nos casos de descumprimento de obrigações de fazer e de não fazer.

A jurisprudência é farta no que diz respeito a ações de tutela da fauna por parte do Ministério Público. Apenas a título ilustrativo, pode ser citada a seguinte ementa: “Trio elétrico. Ação civil pública com pedido de liminar, movida pela Promotoria de Justiça da Comarca de Porto Seguro/BA, em face da exploração comercial e perversa de animais (jegues) para o divertimento humano. Bloco carnavalesco cujo carro de trio elétrico era puxado, dia e noite, por jumento extasiado. Hipótese típica de abuso em animal de tração. Processo nº. 535549/99, Vara Cível da Comarca de Porto Seguro, Bahia”. Há também exemplos de decisões judiciais em processos de iniciativa do Ministério Público referentes a situações de maus tratos a animais de circo, mortandade de peixes, abate cruel em matadouro, fechamento de zoológico, crueldade em rodeio e em vaquejada e matança em canil³².

O Ministério Público pode, assim, atuar em diversas frentes: processando, penal e civilmente, os que praticam crueldade contra os animais; impedindo espetáculos que utilizem animais para fins de diversão pública; exigindo a experimentação de métodos substitutivos à experimentação animal; lutando contra o abate cruel nos matadouros; atuando contra a caça e contra o tráfico de animais; impedindo a matança de cães saudáveis nos centros de zoonoses; impedindo a matança cruel de cães doentes nos centros de zoonoses; ressocializando e reeducando o homem a respeitar o caráter sagrado da vida

³² Os números das ações civis públicas e dos inquéritos civis, bem como o ano de propositura e a comarca em que houve a tramitação, citados no texto, constam do rol apresentado em LEVAI, Laerte Fernando. *Ministério Público e Proteção Jurídica os Animais*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 27 de novembro de 2003.

em todas as suas formas etc.³³

Constata-se, pois, que o Ministério Público é a instituição que dispõe do melhor e mais eficaz aparato legal de tutela dos animais. Ademais do inquérito civil e da ação civil pública, pode o *parquet* instaurar procedimentos verificatórios, celebrar termos de ajustamento de condutas, além da atuação penal pelos crimes por ventura praticados.

O cidadão também pode provocar o poder jurisdicional do Estado visando à proteção ambiental e combate à maldade contra os animais. Instrumento processual que pode servir a esse mister é a ação popular, que tem sede constitucional e está regulada na Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

Com efeito, a Constituição Federal, no inciso LXXIII do artigo 5º, estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas processuais e do ônus da sucumbência”.

Verifica-se, pois que a ação é adequada para reprimir atos lesivos ao meio ambiente, incluindo, assim, a tutela dos animais. O cidadão comum, no gozo de seus direitos políticos, é parte legítima para agir em juízo no combate à crueldade praticada contra os bichos. O Ministério Público, por sua vez, é interveniente obrigatório, agindo como *custos legis* e podendo assumir a titularidade da ação em caso de desistência do autor popular³⁴.

Apesar de um uso freqüente da ação popular em face dos atos ilegais e imorais praticados pela Administração Pública, esse instrumento jurídico não vem sendo utilizado na defesa do meio ambiente e dos animais.

5. Conclusão

A Constituição Federal estabelece expressamente ser dever do Poder

³³ Tais hipóteses são citadas como exemplo em LEVAI, Laerte Fernando. *Ministério Público e Proteção Jurídica os Animais*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 27 de novembro de 2003.

³⁴ Reforçando o entendimento de que a ação popular pode ser utilizada para proteção dos animais, Diomar Ackel Filho aduz que a ação “é cabível para a tutela do meio ambiente. Portanto, qualquer violação dos direitos dos animais, que tenha por supedâneo o meio ambiente poderá ser impugnada pela via popular. Ademais a ação também pode ser exercitada sob o palio da moralidade. Ora, nada mais moral que a defesa dos direitos da fauna e dos animais em geral”, in ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001, p. 124.

Público a proteção da fauna, bem como determina estar vedada qualquer prática que provoque a extinção das espécies ou submeta os animais à crueldade. É dispositivo que possui aplicabilidade imediata.

No entanto, no país, as mais pungentes condutas contra os bichos são praticadas diariamente, aos olhos das autoridades públicas, sendo justificados tais atos sob o pálio da *livre manifestação da cultura popular*, nos casos de rodeios, vaquejadas e da farra do boi, ou sob a desculpa do *mal necessário*, para legitimar o abate desenfreado e as experiências científicas.

Todas as condutas que causem sofrimento, humilhação ou submetam os animais ao ridículo estão abrangidas pelo artigo 225, VII, da Carta Magna, e, portanto, são terminantemente proibidas em todo o território nacional.

Diante dessa realidade sanguinolenta a que está submetida a fauna brasileira, faz-se mister, sem mais delongas, tornar efetivas as normas protetoras dos animais. A norma constitucional, uma vez inobservada, deve ser aplicada coativamente, cabendo aos Poderes Públicos zelar pela aplicabilidade dos dispositivos constantes da Carta Magna.

Apesar desse cenário desesperançado para a fauna brasileira, existe uma farta legislação que protege os bichos de todo e qualquer ato de crueldade. Além de penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, previstas em leis, há ainda instrumentos normativos que regulam a responsabilidade administrativa, com a previsão de aplicação de vultosas multas, para aqueles que submetam os animais a maus tratos.

Dessa forma, para acabar com os atos de crueldade contra os animais em nosso país, necessário se faz, inicialmente, uma mudança de concepção sobre o valor da supremacia da vida humana, ou seja, é forçoso concluir que todos os seres vivos possuem interesses e que, por isso, devem ser respeitados, não havendo justificativa filosófica para se concluir que o homem, por ser dotado de inteligência, é superior às demais espécies. Todos os seres sencientes, capazes de sentir dor, devem ser abrangidos pelo princípio da igualdade.

No entanto, tal mudança de convicção parece um pouco utópica, ou pelo menos longe de ser alcançada hodiernamente, face à visão antropocêntrica do mundo que impera há séculos.

Assim, ao Ministério Público, principalmente, e a todos, de modo geral, cabe o dever inexorável de utilizar os mecanismos legais existentes para combater a crueldade contra os animais. O Poder Judiciário, quando provocado, tem decidido sempre no sentido de coibir as práticas cruéis contra os animais, responsabilizando os autores de tais condutas.

A ação civil pública e a ação popular são bons exemplos de instrumentos legais existentes no ordenamento jurídico pátrio e que podem ser utilizados para evitar que milhares de animais sejam mortos, torturados ou submetidos a tratamento cruel, efetivando-se, assim, os dispositivos constitucionais que tutelam a fauna brasileira.

6. Referências bibliográficas

LIVROS:

ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral, volume 1*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría General del Delito*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2001.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e, BELLO FILHO, Ney de Barros, COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais: Comentários à Lei 9.605/98*. 2ª edição ver e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

DIAS, Edna Cardozo. *A tutela Jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*:

Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção Penal do Meio Ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000. – (Coleção temas jurídicos)

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Vida ética*. Tradução: Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARTIGOS:

LEVAI, Laerte Fernando. *Ministério Público e Proteção Jurídica os Animais*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 27 de novembro de 2003.

_____. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 25 de novembro de 2003.

MONTEIRO, Fernando. *Festa da “farra do boi”: manifestação cultural ou barbárie?*. Revista do Ministério Público de Alagoas, n. 10. jan./jun. 2003, p. 55-70.

O ASPECTO GARANTÍSTICO DA TEORIA FINALISTA

*Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato*³⁵

Sumário: 1-Inserção ao Tema. 2-O Estudo Sistêmico do Direito Penal. O Sistema Como Algo que Passa a Idéia de Ciência. 3-O Pensamento Jurídico Penal. As Escolas Clássica e Positiva. 4-Os Sistemas Teórico-Penais. 5-O Garantismo e a Doutrina Finalista. 6-Considerações Finais.

1. Inserção ao Tema

Falar acerca de “uma teoria” é algo difícil.

Hoje em dia, os operadores se perdem em prática rotineira, preferindo fazer uso da razão meramente instrumental ao invés da razão crítica. É cada vez mais corriqueiro substituir a idéia de uma justiça posta pela natureza das coisas, com a tecnoburocracia advocatícia, de sentido por demais limitado³⁶.

Problema que não parece dever-se tão somente a um desinteresse pela cultura ou ao baixo nível de ensino. É algo mais! O que se observa é um “incremento de uma alienação típica dos métodos e procedimentos quantitativos de conhecimento”³⁷.

O que se vê nos corredores das Cortes? O operador rigidamente atrelado à letra da lei, repetidor de fórmulas burocratizadas, diverso daquele que alcançava, em tempos pretéritos, um distanciamento crítico, mais apto tecnicamente para recepcionar os anseios sociais e possibilitar a evolução desse mesmo direito, que se quer justo.

A classe jurídica, desprezando os movimentos adotados pelo nosso legislador, com a reforma de 1984, continua a enxergar a práxis processual com os olhos de um “causalismo” retrógrado, sem se preocupar com as orientações de *ultima ratio* do direito penal, recepcionada pelo pensamento jurídico brasileiro há duas décadas.

É comum ouvirmos que a análise dos elementos subjetivos do tipo (dolo e negligência) dar-se-á no decorrer de um processo, quando este, quase sempre,

³⁵ Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Coimbra, Portugal. Professor Assistente do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ e da Escola Superior da Magistratura/ESMA, na Paraíba; da Faculdade de Direito de Caruaru/FADICA, Pernambuco; Vice-Diretor da Escola Superior da Advocacia/ESA, Paraíba; Coordenador Estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM e Advogado Militante.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001. p. 14.

³⁷ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 10.

poderia ser evitado. A prática foreira é a de que, havendo indícios, recebe-se a denúncia. O operador não observa os limites postos pelo finalismo, desde o começo do Século passado, em muitas oportunidades.

Welzel, influenciado, de qualquer sorte por Hartmann³⁸, trouxe com o finalismo, os requisitos que precisam ser observados pelo operador, tanto para a constatação do ilícito, como para se legitimar a aplicação da pena. Entretanto, devido à feroz rejeição que sofreu esse método analítico de legitimação de um procedimento estatal (houve uma terrível rejeição à teoria finalista, empreendida por juristas como Nelson Hungria e Aníbal Bruno até a década de oitenta³⁹), somado a aversão natural em estudar de forma mais aprofundada um tema teórico, o operador esquece, quase sempre, de analisar requisitos de segurança jurídica intransponíveis.

Visando a trazer luzes a esse sistema teórico, recepcionado pelo legislador, mas ignorado pelos nossos cursos jurídicos e operadores, em sua discutível rotina, o presente artigo vai descrever a teoria finalista, tecendo alguns aspectos reveladores de seu perfil garantista, comentando acerca do posicionamento da dogmática européia atual, e como se comportam os pensadores, quais são suas opiniões nesse momento de tensão, entre o interesse em preservar direitos plasmados pela norma penal e o desejo de fazê-la prevalecer, ressaltando sua eficiência a todo e qualquer custo.

2. O Estudo Sistemático do Direito Penal. O Sistema como algo que passa a idéia de Ciência

Desde sempre, escuta-se ser o direito penal ramo de uma “ciência”. Ramo da ciência jurídica. Algo que busca defender, através de seu contexto, o chamado *ethos* convivencial⁴⁰.

Na precisa definição de Roxin⁴¹: vertente da “ciência” jurídica que se compõe de todos os preceitos que regulam os pressupostos ou conseqüências de uma conduta cominada com uma pena ou medida de segurança.

³⁸ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal* (tradução de Luiz Regis Prado). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 07.

³⁹ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma Teoria do Crime Culposos*. 2ª ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003. p. 16.

⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo. Manole. 2003. pp. 29-30.

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I (tradução de José Luis Manzanares Samaniego). Madrid. Civitas. 1999. p. 41.

É comum ouvirmos que a “ciência” jurídica se preocupa com os crimes através das regras punitivas impostas pela sociedade, seja, como matizou Goldsmith, as de caráter clássico (dispostas através do Código Penal), de caráter secundário (dispostas pelas leis esparsas, ditas especiais), ou de caráter contravençional, chamadas na Europa, hoje em dia, de contra ordenações⁴².

Conquanto, ao se deparar com a denominada ciência do espírito - *Geisteswissenschaft*, o estudioso faz sempre uma pergunta: é esta uma verdadeira “ciência”? É o direito penal ramo de uma ciência? É algo comparável às chamadas ciências da natureza - *Naturwissenschaft*? É o direito “ciência”? Pode algo atrelado ao comportamento humano, sempre tão inconstante, tão mutável, ser considerado “ciência”⁴³?

Para o conceito “positivo” de ciência, não, eis que apenas fatos comprovados experimentalmente ensinam o conhecimento científico. Tem-se aí, como ponto de partida, o que se sucede com as ciências exatas. O direito, para os positivistas, *v. g.*, só pode ser entendido como ciência, desde que fundado sobre fatos indubitáveis. Nega-se, segundo o positivismo, tudo que for metafísico, tudo que ultrapassar o campo da observação.

Nessa linha de raciocínio, tem-se o positivismo criminológico (que não se confunde com o positivismo jurídico ou *neopositivismo*), gerador de conseqüências, como a negação da cientificidade à dogmática jurídica. Essa corrente de pensamento sugeriu ser a sociologia a verdadeira ciência, que abrangeria o próprio direito (Lombroso, Garófalo e Ferri).

Conquanto, oposto ao positivismo, tem-se a orientação neokantiana, em que as ciências do espírito são diferenciadas como ciências valorativas, marcadas e provenientes de um comando: do “dever ser”; diversas, é verdade, das ciências naturais, postas pelo “ser”, mas algo também considerado ciência.

Ao se falar em ciências naturais, tem-se: “a chuva é”. Estas não são prescritivas, como as do espírito. Só são o “ser” e não o “dever ser”. Com efeito, apesar da diferença, de constituir verdadeiro comando: “dever ser”; as ciências do espírito não deixam de ser, por isso, ou tão só por isso, ciência. Não são, para os adeptos dessa corrente de pensamento, algo em menor grau, mas, sim, algo comparado ao que é de fato observável. Em outras palavras: “ciência”.

⁴² ANDRADE, Manuel da Costa. “Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação”. *Revista de Direito e Economia*. a. VI/VII. Coimbra. 1980-1981. p. 83.

⁴³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico* (tradução de J. Batista Machado). Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1996. p. 08.

A contemplação valorativa e a contemplação ontológica se encontram uma junto das outras⁴⁴, sugerindo que, no fundo, as ciências do espírito são inteligidas da mesma forma que as da natureza. Ambas enfrentam o objeto de seu conhecimento, mediante a formação de conceitos e sistemas. A diferença, em síntese, é que entra em jogo para o operador do direito, considerações axiológicas, não podendo este prescindir de idéias como justiça ou culpabilidade, na investigação de temas atinentes, por exemplo, ao direito penal.

A ciência da natureza, realmente, não considera o mundo dos valores, conquanto para se conhecer a estrutura do átomo não se faz qualquer consideração axiológica, *verbi gratia*. Outrossim, tal qual a ciência da natureza, a ciência do espírito é recepcionada, mediante um sistema dogmático que ordena conceitos, classificações e princípios. Elementos ordenados que passam a idéia teorizada de algo empiricamente observável, enumerados em uma cadeia estruturada, não mediante números, como soe acontecer com a matemática, mas por palavras: através da linguagem⁴⁵.

Dáí se dar um grande valor ao sistema. Ao se expressar por meio de teorias é o direito algo científico, muito embora atrelado ao espírito e não à natureza⁴⁶. O fim da dogmática é apreender conceitualmente o conteúdo e a estrutura dos preceitos penais e colocá-los, mediante um sistema científico incensurável, muito embora tal idéia não passe incólume a críticas (para Viehweg, o pensar jurídico-científico deve ser um pensar tópico e não sistemático, donde seria a tópica, o que retrataria a cientificidade do direito, tal qual o que se passa na ciência da natureza)⁴⁷, trabalhar por meio de lógica e metódica, confere ao conhecimento científico um fundamento firme dentro dos limites das aptidões humanas⁴⁸. É o que iguala natureza e espírito, postas como ciência pela forma em que são recepcionadas, por meio idêntico, de métodos, teorias⁴⁹.

⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. *Introdução a Ciência do Direito* (tradução de Vera Barkow). São Paulo. Martins Fontes. 1999. pp. 02 e ss.

⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral* (tradução de Cláudio Molz). São Paulo. Landy Editora. 2004. p. 21.

⁴⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo. Saraiva. 2002. pp. 53 e ss.

⁴⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. (tradução de J. Batista Machado). Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1996. p. 169.

⁴⁸ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. 3ª ed. São Paulo. Landy Editora. 2003. p. 45.

⁴⁹ Importante sempre destacar que a dificuldade em se discutir ou compreender o direito decorre justamente do seu aspecto científico, senão vejamos uma breve análise acerca do que se difere entre arte e direito: a arte, como o direito, emana do espírito. Interessante, apesar da similitude de gênese; os dois termos são assimilados de forma bastante distintas. É fácil e prazeroso conversar

Não há como contrariar a assertiva, que só de forma corriqueira, quando muito, o estudioso ou cotidiano operador lê ou ouve referências acerca das chamadas correntes de pensamento *clássico, positivo, neoclássico, racional e teleológico*.

Conquanto a real compreensão do pensamento jurídico penal não pode estar dissociada da compreensão do pensamento humano acerca do que se considera justo.

A base da compreensão jurídico-penal é filosófica, bem diferente, por exemplo, da do direito constitucional, donde a sua teoria deita raízes no sistema americano e francês. Quando no direito constitucional, estudam-se os casos práticos e dispositivos normativos, no direito penal, o intérprete se vale de uma análise histórica, para poder compreender, em definitivo, o sistema.

É comum dúvidas do tipo: é o positivismo de Ferri, o mesmo do de Feuerbach? Se é Liszt um positivista, este não enxerga a dogmática como ciência? É a escola Clássica uma corrente de pensamento, que envolve os adeptos da teoria causalista? Ferri é positivista e Liszt é clássico? Mas é dito em alguns textos, que esse não aceita a cientificidade da norma, justamente por ser adepto do positivismo. Enfim, o que é ser clássico e o que é ser positivista? O que é ser finalista e o que é ser causalista? Essas dúvidas são postas em horizonte nebuloso, que a vaidade intelectual impede não só a pergunta do operador, que prefere enumerar tais temas como supérfluos, bem como uma fácil sistematização por parte da doutrina.

A evolução do pensamento jurídico-penal acompanhou os passos da evolução do pensamento jurídico filosófico. Costuma-se, grosso modo, descrever a história do direito penal não apenas diferenciando fases, a partir de certos acontecimentos, tal qual se dá com a história da humanidade, que se matiza através de fatos como: a Revolução Francesa ou a queda do Império Romano.

sobre arte, mas não acerca do direito. Qual o motivo? Mais instigante fica a assertiva e estimulante o desafio da dúvida, quando se constata que se pode até viver sem se estar sob a égide da arte, mas jamais se vive sem se estar sob a égide do direito. A resposta está na diferença que se tem entre os vocábulos: ciência da arte e arte; ciência do direito e direito. Pelo que se sabe, ciência é forma de apreensão de conhecimento. Faz-se arte, sem se fazer uso da ciência da arte. O conhecimento das escolas, das tendências, do que vem a ser *impressionismo*, ou algo que o valha, não impedirá alguém de pintar, de fazer, até, uma grande obra. De outro modo, jamais se conhece o direito, sem se fazer uso da ciência do direito. Eis a diferença. O direito é algo que se apreende através de técnica, método, teorias. A sua linguagem é eminentemente científica, o que a torna difícil e muita das vezes rebuscada. Contudo, o operador do direito não pode fugir dessa realidade, sobretudo aqueles que tem como norte o trabalho de pesquisa. O sistema e sua compreensão facilitarão a absorção das teorias e a solução dos problemas do cotidiano. Permitirão lidar e demonstrar como vem sendo compreendido esse importante ramo, que cuida das liberdades das gentes.

Diferencia-se sua evolução, pelos diversos tipos de leis que as sociedades adotaram ao longo dos tempos, demonstradas quase sempre da forma cíclica e progressiva.

Nos manuais, o comum é se ensinar que o direito penal teve inicialmente uma fase de “vingança”, eis que os textos punitivos, até o século XVII, eram dotados de penas corporais, onde não se obedecia a nenhum parâmetro de ressocialização ou deprevenção para que outros crimes não fossem cometidos (era o tempo que se pensava em verdades absolutas, onde justiça era idéia atrelada a mitos e sagas)⁵⁰.

Em um segundo momento, fala-se em uma fase dita “humanitária”, que surge a partir da adoção pela Europa do tipo de lei definida, pensada e caracterizada pelo Marquês de Beccaria, quando da sua “impressionante denúncia do abissal antagonismo então existente entre as intencionalidades imanentes às luzes da *raisonnante* e a crueldade e desproporção das penas a que eram submetidos os indivíduos”⁵¹. Idéias adotadas a partir do século XVII (cite-se, inclusive, a influência da doutrina de Beccaria junto a Bentham, na Inglaterra, e, na França, com o epílogo das *lettres de cachet*⁵²), quando, passou-se a estudá-las em Universidades.

Por fim, com a recepção do direito penal, como ramo da ciência do direito, e com a absorção de textos legais diferenciados (civil, penal), a partir do Século XIX, teve início a terceira fase, chamada de período científico.

Uma evolução que parece fugir da realidade, desde que a lei penal não apresentou uma continuidade histórica, podendo ser reconhecida, quando sempre, na luta que o homem empreende consigo mesmo. Como uma sucessão de marchas e contramarchas que circundam as idéias postas como melhores para o controle da criminalidade e para proporcionar a paz⁵³.

Idéias que afloram de um direito penal dividido entre momentos, ora de maior teor garantista, ora repressivo. Um Direito posto entre os reflexos libertários da Revolução Francesa e as medidas restritivas e discriminatórias do estado nazista. Entre o acréscimo da razoabilidade trazida por Kant à

⁵⁰ CORREIA, Eduardo. *Curso de Direito Criminal* Coimbra. Almedina. 1999. p. 79.

⁵¹ CÂMARA, Guilherme Costa. “Beccaria e o Pensamento Jurídico Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 11. nº 44. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 301.

⁵² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e Sensibilidade*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2001. p. 125.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul/PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 88.

segurança e rechaço desse mesmo racionalismo, trazido pelo positivismo jurídico sistematizado, tão defendido por autores como Feuerbach, que foi um dos mais relevantes pensadores do chamado *positivismo jurídico científico* (corrente, ressalve-se, que se diferencia dos demais pensamentos positivistas, denominados de *positivismo empiricista* ou *lógico jurídico*, desde que estes não abstraíam totalmente uma idéia valorativa, destacando a pureza ao método de análise do direito)⁵⁴.

Tentando agrupar o pensamento dos mais diversos doutrinadores, criaram-se escolas de pensamento jurídico-penal. Os Séculos XVIII, XIX e XX foram momentos marcados por descobertas sobre o homem, o mundo e a vida. Foi um período em que se especulou bastante acerca da pena, seus fins, seja filosófica, social ou moralmente. Foi dentro desse cenário de acontecimentos que a Europa continental desenvolveu as tendências que iriam se refletir na elaboração dos sistemas jurídicos e nas investigações que estimularam o surgimento dos mais diversos teoremas e correntes, que demarcaram, fundamentalmente, o pensar dos cultores do direito penal.

Ferri ensinava ser necessário para se compreender a evolução histórica desse ramo da ciência jurídica, dividir os mais importantes pensadores em *escolas*, reunindo-os pela similaridade de idéias. Para tanto, lecionava que o pensamento do direito penal poderia ser enquadrado em duas correntes de pensamento, denominadas, por ele próprio, em *clássica* e *positiva*. Correntes que, em verdade, nunca existiram como uma verdadeira forma de sistematização do pensamento jurídico-penal. Dizia-se ser, Beccaria, o autor que melhor representava a chamada *escola clássica*, eis que era preocupado com a culpabilidade, com o caráter subjetivo do crime e com a ressocialização do preso. Seria o pensamento voltado para o direito penal do ato ou da culpa do agente delituoso. O homem, para os adeptos dessa corrente, era visto com autonomia moral e avaliado pelo mal praticado com o agir. O Juiz, diante de um crime, deveria se ater, segundo essa doutrina, a ação e ao mal causado, e, não, aos caracteres físicos do agente delituoso.

O próprio Ferri se dizia representante da *escola positiva*, eis que via o crime não como um ato subjetivo, mas como uma defesa da sociedade. O crime era enxergado pelo aspecto do autor, e a punição deveria, segundo os adeptos dessa corrente, ser medida pelo grau de periculosidade do delinqüente.

⁵⁴ KAUFMANN, Arthur/HASSEMER, Winfried. *Introdução a Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira). Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 77.

Era o chamado direito penal do autor ou de periculosidade. Quando da ocorrência de um crime, o mesmo não devia ser avaliado pela lesão em si, pelo mal causado, mas pelas circunstâncias que envolvem o ilícito, pela figura do criminoso e pelo seu grau de periculosidade.

Foram idéias postas entre o “ato” e o “ser” do criminoso. Para os clássicos, o ato do criminoso será o cerne do julgamento, sendo avaliadas as agravantes e atenuantes daí decorrentes e não a periculosidade, advinda, também, das características físicas do delinqüente. Exemplificando, digamos que um casal pratique um homicídio contra os pais de um dos assassinos, mais especificamente, da assassina. Para um clássico, o ato da agente será motivo para que sofra uma reprovação maior. Para um positivista, se os antecedentes e histórico do assassino forem mais graves, este sofrerá a maior sanção, mesmo que a companheira tenha matado os próprios pais. Para o positivista, o ato não é o fator mais importante para a análise de um crime, mas sim, a periculosidade do “autor”, o seu “ser”.

A Academia, mesmo que pairem críticas a essa classificação grosseira, desde que é difícil se enxergar parâmetros de similaridade entre os adeptos desta ou daquela corrente, abraçou a idéia e passou a dividir opiniões sobre o conceito de crime, pena, culpa e a intitular seus mais destacados juristas como adeptos de diferentes escolas de pensamento jurídico-penal, que, na realidade, ora pendem para preceitos clássicos, ora para preceitos positivos.

Destaca-se Liszt e a sua *escola neoclássica*, no fim do Século XIX (que resgatou as idéias de Beccaria, em uma visão causalista, desenvolvida por Frank); Welzel, em meados do Século XX, que foi um dos pais de nosso atual Código Penal, fundador da chamada *escola finalista*; e, Roxin, expoente da chamada *escola teleológica-racional*.

Em verdade, o pensamento de Beccaria predominou e o direito penal foi concebido como algo que tutela o ato; a culpabilidade das pessoas.

A visão criminológica de crime, posta por autores italianos, como Ferri, não prevaleceu, muito embora a influência sofrida pelos alemães e italianos, em pleno século XIX, tenha sido a mesma.

Os alemães, questionando o racionalismo kantiano, aderiram ao *positivismo jurídico científico* (não confundir com o positivismo criminológico de Ferri, Garófalo e Lombroso, que se debruçavam às questões próprias do direito penal), tendo como prócer Feuerbach e seu discípulo Liszt. Ambos adotaram o normativismo como parâmetro de segurança jurídica e passaram a enxergar o direito penal através de um sistema rígido - dogmático - de conceitos,

princípios e classificações (adotaram-se as idéias de Hartmann, sobremaneira para a conceituação normativa do crime)⁵⁵.

4. Os Sistemas Teórico-Penais

Os manuais padronizam três sistemas teórico-penais: causalista, finalista e funcionalista. Contudo, como ensina Luís Greco⁵⁶, dentre o chamado sistema causalista, destaca-se o “naturalista”, mais adrede às concepções newtonianas e o “neokantista”, que abraçou o normativismo e a previsibilidade.

Em outras palavras, mediante classificação mais rígida, teríamos quatro sistemas teóricos: naturalista, neokantista, finalista e funcionalista.

O primeiro sistema-teórico teve como expoente Liszt, que, ao retirar o conceito de conduta do mundo fenomênico dos fatos, colocou-a como um elo de ligação entre os demais elementos do crime (nexo e resultado), possibilitando a sistematização desses ditos elementos. Este pensamento foi uma conquista de nossa sociedade, eis que dantes se puniam animais e coisas, o que hoje é inconcebível.

Seguindo seu raciocínio a conduta criminosa pode se dar através de um agir e de um não agir e a compreensão do que vem a ser esse agir criminoso, a partir do Século XIX, teve forte evolução. Liszt viveu em uma época em que a ciência jurídica estava impregnada das idéias do positivismo, de uma imensa vontade de se fugir do arbítrio do racionalismo, adotando-se ao direito as mesmas idéias e metodologia das ciências da natureza, donde, ao invés de se compreender, buscávamos explicar a relação jurídica.

Vivíamos uma fase de deslumbramento com as invenções e rápida industrialização e é neste panorama que surge o sistema causalista-naturalista de Liszt. Nesta época, os teóricos viam tudo com base em uma lei de causa e efeito, não se preocupando em se compreender o direito, mas, tão somente, explicar os fatos, diante de um resultado, fruto de uma conduta, de um ato de volição.

Para Liszt, influenciado pelas idéias de Isaac Newton, o crime seria fruto de um movimento corpóreo e voluntário que causou uma modificação

⁵⁵ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo. RT. 2003. p. 36.

⁵⁶ GRECO, Luís. “Notícia do Direito Brasileiro Nova Série”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB*. 7. 2000. pp. 307 e ss.

lesiva ao mundo exterior, posta em uma relação de causa e efeito. Uma conceituação fincada em três elementos: vontade, modificação do mundo exterior e nexa de causalidade⁵⁷.

Para esse teórico, o conteúdo da vontade não devia ser analisado na ação, mas na culpabilidade, vista no decorrer do processo. A culpabilidade envolveria o dolo e a culpa e este vínculo psicológico seria o fator preponderante para a análise do Juiz.

Ele teve como mérito afastar a responsabilidade objetiva (*versari in re ilícita*), em voga nos textos antecedentes, conquanto, ao expor o ilícito como conduta, nexa e resultado, não percebeu a incongruência do seu raciocínio com a recepção pura e simples de um conceito de imputação preso tão somente a uma técnica de eliminação global, adotada pelo Alto Tribunal do Império Alemão. Entendia que o nexa era fruto de uma causa atrelada a uma ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Foi apenas com Frank que se deu um contributo relevante a esse pensamento. Ao trazer para os elementos constitutivos do ilícito (conduta, nexa e resultado) a idéia de previsibilidade, Frank salientou que o sistema naturalista imputava responsabilidades até aqueles que não tinham como imaginar um resultado danoso. Liszt dizia que o crime era uma conduta que provocava um resultado danoso, sendo causa tudo aquilo, sem o qual o resultado não teria ocorrido. Como ponderou Frank, caso se seguisse esse raciocínio seria incriminado até aquele que convidou um amigo para caminhar no parque e o viu ser atingido por um raio. Sem o convite, o raio não teria atingido o amigo (é como o caso da mãe do assassino, se ela não tivesse tido o filho não teria ocorrido o assassinato). Isso não é suficiente, nem razoável para se falar em uma incriminação. O parâmetro da previsibilidade, com Frank deu um toque de racionalidade para o sistema causal-naturalista, que passou a ser denominado de sistema causal-neokantista (é causa tudo aquilo que é essencial para o resultado lesivo, tudo aquilo que tem que ocorrer para acontecer a lesão, desde que seja um ato previsível).

Outrossim, foi Hans Welzel⁵⁸ quem trouxe mudanças consideráveis, com o seu sistema-teórico finalista.

A partir de meados do Século XX, rompeu-se com o causalismo. Welzel, fundado nos trabalhos de Beling, com relação ao tipo, Mayer, Mezger, Graf Zu

⁵⁷ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I. Campinas. Russel. 2003. p. 113.

⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo. RT. 2003. pp. 11 e ss.

Dohna e outros, reestrutura a forma de procedimentalização sistêmica do direito penal, mantendo os preceitos do causalismo, mas adequando-os à nova realidade, que surgia com o princípio da incerteza e a teoria da relatividade, idéias postas por Einstein e Max Planc.

Passa-se, com ele, a se enxergar o homem por um parâmetro existencialista, donde a sua intenção tem que ser levada em consideração, desde logo para a correta adequação típica por parte do julgador.

Dolo e negligência passam a ser objeto do tipo e não mais liame psicológico, vistos no decorrer de um processo. Surge aí a visão de um direito penal, realmente de *ultima ratio*.

Para Welzel e sua teoria finalista a vontade dirigida a um fim, rege a causalidade, diversamente do causalismo, que não enxerga na ação o conteúdo da vontade do agente. Para os causalistas, o resultado é o fator preponderante.

Após o finalismo, sem mudar conceitos, redistribuiu-se o ângulo de análise, passando a se estudar o crime a partir da conduta e não da conseqüência do ato. Welzel retirou o dolo e a culpa da culpabilidade, levando esses elementos para o tipo penal, incubindo o intérprete de enxergá-los, desde já, quando do enquadramento da ação ou omissão ao dispositivo incriminador.

Com efeito, Welzel, visando a um maior grau de racionalidade, objetivou a culpabilidade, colocando-a como um terceiro requisito a ser analisado pelo operador para a constatação da existência ou não de um crime. Para Welzel, seria a culpabilidade a potencial consciência da ilicitude, exigência de uma conduta diversa e a prática do ato por quem seja imputável. Visualizando-se isso, mais o enquadramento típico e a inexistência no ordenamento jurídico de circunstâncias que autorizem a prática de uma conduta típica (excluindo a antijuridicidade desta), tem-se o crime, segundo a maioria dos doutrinadores que adotam o conceito de crime analítico, calcado sob a égide desses três requisitos.

Segundo Welzel, essa seria a melhor conceituação, eis que o elemento antecedente, nesse raciocínio será sempre pressuposto do elemento conseqüente, gerando, como diz Juarez Tavares⁵⁹, uma jurisprudência ponderada e contrastável.

No direito brasileiro, contudo, não há um acordo, com relação a inclusão da culpabilidade no conceito de crime. Damásio de Jesus, Júlio Fabrini Mirabete e Celso Delmanto enxergam a culpabilidade como pressuposto da pena, vendo apenas uma definição bipartida⁶⁰. Hoje em dia, contudo, a maioria dos

⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte. Del Rey. 2000. pp. 127 e ss.

⁶⁰ DOTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. São Paulo. Forense. 2002. pp. 45 e ss.

doutrinadores adotam, ao lado do brocárdio *nullum crimen nulla poena sine lege* o brocárdio *nullum crimen sine culpa*⁶¹. Em respeito, sobremaneira, a um perfil mais garantista, que a proliferação de leis atentatórias à dignidade humana exige.

O processo para se constatar a existência de um crime, por parte do operador, seria constituído de três fases: primeiro, verificar-se-ia a tipicidade; posteriormente, observar-se-ia se a conduta não se enquadraria em um tipo permissivo; e, em seguida, questionar-se-ia acerca da culpabilidade, que seria uma análise mais atinente ao autor, a sua consciência, imputabilidade, condições de agir de modo diverso.

Comenta-se acerca de ter ou não, nosso legislador, adotado o finalismo com a reforma de 1984, diz-se que o legislador brasileiro realmente acatou o finalismo, porém recusou, diante do conceito analítico, posto por Welzel, elevar a culpabilidade a condição de requisito sistêmico para a configuração de um ilícito. Fala parte da doutrina (atualmente minoritária), que esta seria mero pressuposto de pena. Isso, porém, é discussão rasteira, como se ter o crime, praticado por quem não tinha consciência do ilícito? A tese posta em cima do artigo 26 do nosso Código Penal é argumento rasteiro, quando o legislador fala, diante de um excludente de culpabilidade, ser o agente isento de pena, não quer dizer que há crime. Pelo contrário, se é isento de pena é porque não há crime.

5. O Garantismo e a Doutrina Finalista

Ao sugerir uma percepção analítica por parte do operador, Welzel, entre tantos pontos da teoria do crime, fez ver a necessidade de se evitar processos criminais, quando patente e clara a atipicidade de uma conduta. Hoje, Roxin fala de critérios de imputação diante de uma sociedade de risco, contudo, as teorias de hoje são releituras, de certa maneira, do que foi posto nos anos vinte e trinta do Século passado.

Desenvolveu-se na Alemanha desde os anos setenta um sistema racional final de direito penal. Muito embora Roxin, após a morte de Welzel, tenha dito que não enxerga a palavra sistema, como a que foi sugerida por Luhmann (como algo fechado em conceitos e classificações), mas sim como um todo

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. (tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo. RT. 2002. p. 30.

ordenado, que envolve a teoria do delito, fundando-a em bases principiológicas, como a lecionada por Habermas; e, político-criminais (com reflexo dogmático sob dois enfoques: a teoria da imputação objetiva e a idéia de uma culpabilidade valorada, presa a um caráter utilitário dos fins das penas); tais comentários, quando em sempre, pendem-se as idéias ontológicas dispostas pelo finalismo⁶².

Fala-se na Alemanha de hoje, segundo a ótica da imputação objetiva, que o ilícito não mais seria possível de ser estabelecido pela causalidade ou finalidade, mas sim, através de uma análise valorativa de riscos sócio-politicamente, intoleráveis. Fala-se de uma finalidade, não ontológica, mas reitera da própria sociedade político-criminal, posta através de uma idéia de culpabilidade presa à necessidade preventiva da pena.

Pretende-se superar o entendimento do direito enquanto sistema de regras, infiltrando um ordenamento de princípios, que permitiriam sua operacionalização. O crime não mais seria uma conduta causal ou final (que não abarca situações de omissão ou negligência⁶³), mas que teve realmente ofensividade.

Segue-se um raciocínio de que nenhum problema jurídico poderia ser solucionado por conceitos prévios ao próprio direito. Alguns autores chegam até a radicalizar essa tão decantada visão crítica, como Jakobs, que leciona ser o direito penal um mero ordenamento funcional posto para manutenção e confirmação da sociedade.

Chegam a entender a sociedade como a construção de um contexto de comunicação e não como algo meramente dado. Algo construído por regras de confirmação, por normas e não por bens, que foram encontrados na “natureza”.

As normas não seriam postas para a defesa de “bens jurídicos”, mas para a sua própria construção. Visão interessante, eis que não se teria, a partir daí, a idéia de bem jurídico, vida, propriedade, como parâmetro de legitimidade, mas sim - como referência - a garantia de expectativas imprescindíveis para o funcionamento da sociedade, como algo que daria legitimidade ao operador realizar sua política de intervenção.

Visões críticas, mas que não se afastam das sólidas idéias finalistas. Por mais que se tente racionalizar o direito penal, esse não pode ser compreendido

⁶² CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal. Embates de Perspectivas Dogmáticas Decadentes*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2004. pp. 45 e ss.

⁶³ O Brasil é o único país onde se usa o termo culpa. Esse elemento subjetivo do tipo que serve de gênero as espécies: negligência, imprudência ou imperícia, é comumente, denominado de negligência. Esse vocábulo evitaria dúvidas e contradições, com a palavra culpabilidade, que no finalismo abrange situações atreladas à pessoa do autor, como a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigência de conduta diversa.

como algo fora de um contexto fundamental: a conduta humana. É um direito posto a um querer fazer mal, limitado, de forma, por demais racional, a idéia de bem jurídico.

Mezger quando lançou a teoria dos elementos subjetivos do tipo⁶⁴, ao sugerir uma idéia de *ratio essendi* lançou as bases do que hoje Zaffaroni chama de tipicidade conglobante ou Juarez Tavares sugere como vista circular ou global do fato. Figueiredo Dias fala em analisar o crime desde o ilícito e partir daí para o tipo. Uma leitura ao inverso dos pontos do injusto sugerido por Welzel, mas de alguma forma já discutido por Mayer. Hoje se fala em se ver o ilícito a partir da antijuridicidade e daí se partir para o tipo⁶⁵. Tudo isso são idéias que tem como origem a sistematização finalista sugerida e acatada por todos os países atrelados ao pensamento jurídico penal alemão. Como se sabe, o finalismo sugeria uma ponderação do tipo, posta pela tipicidade, para daí se ir para a observância dos elementos excludentes de antijuridicidade.

A adequação de uma conduta ao tipo, por sinal, foi o ponto mais marcante do finalismo. Sua noção foi formulada há aproximadamente um Século. Beling a escreveu em 1906, desenvolvendo-a até os idos de 1930. De início, considerávamos o exercício de adequação como algo não passível de valoração, donde o direito penal seria um mero catálogo de tipos, sendo a tipicidade uma adequação a esse catálogo. Beling foi muito criticado, eis que os penalistas não deram valor e importância ao estudo do tipo penal, entendendo que esse instituto era próprio da disciplina de processo penal. Foi só na primeira década do Século passado, que com seu Tratado, Mayer referendou a idéia e mostrou a importância de se estudar o tipo penal, como forma de construir regras claras para o operador na hora dele visualizar se a conduta a sua frente se insere ou não dentre aquelas catalogadas pela regra punitiva.

Mayer viu o tipo como um preâmbulo da antijuridicidade e da culpabilidade, que segue a constatação da existência desta. Idéia que findou absorvida pela maioria dos doutrinadores e seguida pela jurisprudência.

Na década de trinta, Beling lança outro trabalho e difere o tipo de delito do que ele denominou de *Tatbestand*, ou tipo reitor. Beling com essa obra absorveu figuras externas ao tipo, mas presas a uma idéia de vontade reitora. Surgiu daí a tentativa como figura típica que se amolda a qualquer conduta ilícita.

⁶⁴ MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos Subjetivos do Injusto*. Belo Horizonte. Del Rey. 2001. pp. 51 e ss.

⁶⁵ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal. Embates de Perspectivas Dogmáticas Decadentes*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2004. pp. 45 e ss.

Foi com base nessa idéia que Welzel lançou a sua tese finalista, em que o tipo aparece como uma figura complexa, donde há uma parte objetiva, de cunho descritivo e outra subjetiva, presa ao dolo e a culpa do agente. Welzel defendeu a tese de que o dolo e a culpa não são elementos da culpabilidade, vistos em uma última fase, quando se vai fazer um Juízo do autor do ilícito, mas sim, quando já se inicia o estudo da adequação, inserida na análise da conduta em si.

Segundo Welzel o juízo que se faz e deve fazer do autor é tão somente objetivo, ponderando-se a potencial consciência da ilicitude, possibilidade de se exigir uma conduta diversa e imputabilidade do agente.

Essa a idéia dominante atualmente, muito embora, como lembra Roxin, a culpabilidade não está totalmente afastada da idéia de dolo e culpa, eis que essa é vista, quando da fixação da pena em muitas legislações, inclusive a nossa.

Surge com essa nova roupagem da teoria do crime uma função de garantia, com método de análise envolvendo três planos: valorativo, linguagem e realidade. O primeiro levando em conta o bem jurídico, excluindo-se aí as condutas ditas insignificantes; o segundo, as expressões lingüísticas, que com menor ou maior grau de acerto, tentam descrever com as devidas notas de abstração e generalidade a conduta proibida; e, por último, os diversos elementos do fato incriminado, seu objeto, sujeito ativo, passivo, elementos objetivos e subjetivos da conduta.

Tal função de garantia visa evitar que se volte ao tempo das responsabilizações objetivas, sem análise da culpa do acusado; época em que o agente respondia pelo resultado danoso provocado, mesmo que esse não fosse sua intenção.

6. Considerações Finais

As sociedades hiper-complexas se caracterizam pela progressiva absorção da idéia de trabalho pela idéia de labor.

Na antiguidade, o trabalho era atividade solitária, donde o artesão dominava o seu processo e o levava a termo.

A indústria trouxe a produção em série, a atividade contínua, incessante, donde cada produto não é obra acabada, mas meio para nova produção.

Enquanto o trabalho do artesão transforma, o resultado alcançado pela indústria, através do labor, é mero bem de consumo, de valor utilitário, que

serve para a simples sobrevivência.

No mundo de hoje, tudo passou a ser alcançado para o consumo (que o digam os cursos jurídicos, que muitas das vezes esquecem sua função de preparar líderes, faz massa ao invés de gente digna de sua humanidade) e aí se inclui o direito, que é produzido pelo legislador para atender objetivos utilitários, substituível na medida das exigências das situações do dia a dia.

Vê-se hoje uma erosão de bases éticas, em nome de um suposto valor utilitário da sobrevivência, que exige do operador análise mais apurada dos sistemas teóricos, postos para conferir, diante da vagueza das normas, um fundamento que legitima os atos de intervenção⁶⁶.

O sucinto artigo descreveu o mote da teoria finalista, que apesar dos comentários na Europa, de uma possível superação, ainda precisa ser compreendida na sua totalidade, em nosso país e de uma vez por todas aplicada pelos nossos operadores, que, sem o cuidado e respeito à idéia de um direito penal de *ultima ratio*, ainda continuam a aceitar denúncias, sem a análise exaustiva dos requisitos permissivos à um enquadramento típico.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *O Problema da Legitimidade no rastro do Pensamento de Hanna Arendt*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1989.

_____. *Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo. Saraiva. 2002.

_____. *Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. 3ª ed. São Paulo. Landy Editora. 2003.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal. Embates de Perspectivas Dogmáticas Decadentes*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2004.

⁶⁶ ADEODATO, João Maurício. *O Problema da Legitimidade no rastro do Pensamento de Hanna Arendt*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1989. pp. 10 e ss.

CORREIA, Eduardo. *Curso de Direito Criminal* Coimbra. Almedina. 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. São Paulo. Forense. 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico* (tradução de J. Batista Machado). Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. (tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo. RT. 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e Sensibilidade*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2001.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral* (tradução de Cláudio Molz). São Paulo. Landy Editora. 2004.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo. Manole. 2003.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo. RT. 2003.

KAUFMANN, Arthur/HASSEMER, Winfried. *Introdução a Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira). Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I. Campinas. Russel. 2003.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos Subjetivos do Injusto*. Belo Horizonte. Del Rey. 2001.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo. RT. 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução a Ciência do Direito* (tradução de

Vera Barkow). São Paulo. Martins Fontes. 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I (tradução de José Luis Manzanares Samaniego). Madrid. Civitas. 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte. Del Rey. 2000.

_____. *Direito Penal da Negligência. Uma Teoria do Crime Culposos*. 2ª ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal* (tradução de Luiz Regis Prado). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul/PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001.

Artigos

ANDRADE, Manuel da Costa. “Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação”. *Revista de Direito e Economia*. a. VI/VII. Coimbra. 1980-1981.

CÂMARA, Guilherme Costa. “Beccaria e o Pensamento Jurídico Criminal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 11. nº 44. São Paulo. Revista dos Tribunais.

GRECO, Luís. “Notícia do Direito Brasileiro Nova Série”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB*. 7. 2000. e *Direito Penal Mínimo*. São Paulo. RT. 2003. p. 36.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

*Renan Paes Felix**

Sumário: 1. Introdução; 1.1. Breve Histórico sobre os Direitos Fundamentais; 1.2. Relações entre Estado e Indivíduo; 1.3. Questão de ordem: Eficácia; 2. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares; 2.1. Considerações preliminares; 2.2. Doutrinas; 2.2.1 Teoria da Eficácia imediata (direta); 2.2.2. Teoria da eficácia mediata (indireta); 2.2.3. Análise conjunta; 2.3. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 3. Jurisprudência brasileira; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

1.1. Breve Histórico sobre os Direitos Fundamentais

A preocupação do homem em garantir seus direitos data de muitos séculos atrás. Desde que o Estado começou a se delinear, os direitos individuais passaram a ser requeridos, pois a “liberdade é uma condição essencial à vida da personalidade humana. Se não se pode conceber a sociedade sem autoridade (Estado), não se pode concebê-la também sem liberdade”⁶⁷.

Um dos primeiros símbolos dessa busca incessante pelas liberdades públicas foi a Magna Carta inglesa, de 1215. Foi na Inglaterra que a igualdade civil e a liberdade política se manifestaram no mundo moderno como condições indispensáveis à vida social, consolidando-se com a famosa Revolução Gloriosa, ainda no século XVII. Posteriormente, tivemos a Declaração de Virgínia, nos EUA, em 1776, com o escopo de estruturar um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes, já influenciada pelas ascendentes doutrinas de Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu. Seguindo essa orientação, surge, em 1791, a Declaração Norte-Americana, *Bill of Rights*, em que se asseguravam os direitos fundamentais do povo ianque, já independente.

Mas foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa, que os direitos fundamentais ganharam um contorno universalizante e consagraram os princípios da liberdade, igualdade, propriedade, legalidade e as garantias individuais liberais, que influenciaram e

* Acadêmico do 2º ano da Faculdade de Direito da UFPB

⁶⁷ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo, 1988. p.152.

continuam a influenciar as constituições contemporâneas.

Finalmente, a recém-criada ONU edita, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que consubstanciou, além dos direitos e garantias individuais, também os direitos sociais, isto é, as prestações positivas do Estado a fim de garantir condições dignas de vida para cada indivíduo. Atualmente, estas normas adquiriram o caráter de normas jurídicas positivas constitucionais, subjetivando-se em direito particular de cada povo.

A consagração desses direitos fundamentais tornou-se algo tão relevante na estrutura estatal que passou a integrar o próprio conceito de constituição como elemento essencial⁶⁸. É isso mesmo que já rezava o art.16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*.

Dessa forma, conforme lição do jurista Perez Luño, podemos entender direitos fundamentais, numa perspectiva atual, como o *conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretam las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*⁶⁹.

1.2. Relações entre Estado e Indivíduo

Como se sabe, o Estado de Direito surgiu sob uma orientação liberal e tinha como princípios basilares: a submissão ao império da lei; a divisão de Poderes; e o enunciado e garantia dos direitos individuais⁷⁰. O que interessa em nosso estudo é esta última característica, que desponta para limitar o poder coercitivo do Estado em relação ao indivíduo, era o também chamado direito de defesa. O ser humano e o respeito à sua dignidade passou a ser visto como *princípio e fim da sociedade e do Estado*, em outras palavras, como primeiro valor social e político na escala dos bens da existência merecedores da tutela pública e privada⁷¹. Mas, para que se chegasse a esse ponto de entendimento, foi necessário um longo e tortuoso caminho.

⁶⁸ Para maiores detalhes sobre o assunto, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. pp. 149 e ss.

⁶⁹ LUÑO, Perez et al. *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*. apud SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.* p.175.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.* pp. 112-113.

⁷¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas*, in: Revista da OAB-CE n° 07 (2002). p.92.

O conflito entre liberdade individual e Estado é histórico e foi exatamente em virtude dessa opressão do *Leviatã* Hobbesiano que emergiu o pensamento liberal e “reduziu o papel do Estado a de mero árbitro, que só deveria intervir para dirimir conflitos, *deixando à iniciativa individual campo livre de ação*”⁷² (grifo nosso). É por isso que, como leciona Darcy Azambuja, “as constituições modernas aumentaram sem cessar a lista dos direitos do homem; a simples enunciação deles não podia entravar a marcha incoercível do Leviatã”⁷³.

Várias teorias surgiram, principalmente nos séculos XVIII e XIX, a fim de analisar como se davam essas relações entre o Estado (ações coletivas) e os indivíduos (ações individuais). Um desses estudos, que deu origem à sociologia evolucionista, foi o de Herbert Spencer. Segundo ele, não seria mais necessário apenas ações coletivas que subordinassem as ações individuais para uni-las em um esforço comum, pois “a ação coletiva remanescente (Estado moderno) tem por objetivo proteger as ações individuais contra todas as ingerências que sejam necessárias devido às limitações recíprocas dos direitos individuais”⁷⁴. Pelo mero de fato de existir, o homem “possui uma nomenclatura de direitos que tanto o Estado quanto a sociedade devem respeitar, como condição do progresso individual e coletivo”⁷⁵.

Entretanto, como propugna Paulo Dourado de Gusmão, é mister que haja o equilíbrio entre a autoridade do Estado e a liberdade dos indivíduos, e para que isso aconteça, “as liberdades individuais, indispensáveis ao desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico, não devem ser (...) transformadas em castelo, onde o indivíduo se feche diretamente ao que lhe passa ao redor, da mesma forma que o Estado não deve levar longe demais a sua missão pacificadora e garantidora da ordem, sufocando-as. Os excessos de liberdade podem provocar os excessos de autoridade, bem como os excessos de poder às vezes conduzem às revoltas. Indivíduo e Estado devem coexistir, respeitando-se reciprocamente, ambos submetidos ao bem geral e à lei”⁷⁶.

1.3. Questão de ordem: Eficácia

Em sentido geral, entende-se eficácia como a *qualidade daquilo que produz o efeito que se espera*, capacidade de produzir efeitos ou atingir

⁷² GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 430-431.

⁷³ Ob. cit. p.145.

⁷⁴ SPENCER, Herbert. *Principi di sociologia*. apud TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004. p.47.

⁷⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siquiera. Ob.cit. p.91.

⁷⁶ Ob. cit. p.431.

objetivos previamente fixados⁷⁷. Dentro do espectro jurídico *lato sensu*, podemos afirmar que o termo *eficácia* não é unívoco. A expressão pode ser vista sob dois prismas distintos, é dividida em *eficácia social* e *jurídica*.

Conforme magistério do eminente professor José Afonso da Silva, “a *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma, refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada. (...) É o que tecnicamente se chama *efetividade da norma*”⁷⁸. Já a *eficácia jurídica* é a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita⁷⁹; diz respeito, nesse sentido, à possibilidade de sua aplicação jurídica, ou seja, a realização dos ditames jurídicos objetivados pelo legislador.

Quanto à *eficácia jurídica* e aplicabilidade, a doutrina ensina que existem três características as quais as normas podem ter, conseqüentemente, surgindo três categorias: normas de *eficácia plena*; normas de *eficácia contida*; e normas de *eficácia limitada*. “Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua *eficácia*

contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os

seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”⁸⁰. Dessa forma, podemos concluir que as normas de *eficácia plena* são de aplicabilidade direta, imediata e integral, as de *eficácia contida* são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral e as de *eficácia limitada* são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

⁷⁷ Ob. cit. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.66.

⁷⁸ Idem., pp.65-66. Nesse sentido também, sobre *eficácia social*, conforme citação de José Afonso da Silva, entende Norberto Bobbio: “Il problema dell’*eficacia* di una norma è il problema se quella norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta e, nel caso in cui sia violata, sia fatta valere con mezzi coercitivi dall’*autorità* che l’ha posta” (*Teoria generale del Diritto*, p.25).

⁷⁹ Ob. cit. p.66.

⁸⁰ Ob. cit. pp.82-83.

Apesar de esta temática não ser objeto central do nosso trabalho, a explanação acima foi necessária para melhor situar a disposição do § 1º, art. 5º, da Constituição Federal: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Por regra, as normas que consagram os direitos fundamentais são de eficácia contida e aplicabilidade *imediata*, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Isso evidencia que a mera declaração constitucional não resolve todas as questões, mas o disposto no § 1º do art. 5º, quando declara que todas as normas do artigo tem aplicação imediata significa, conforme Afonso da Silva, que elas são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento; significa também que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes⁸¹, o *mandado de injunção* é uma delas, por exemplo, para tornar todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente.

Na pesquisa em tela, faz-se mister frisar que o termo *eficácia* presente no título do artigo se refere ao plano social, já acima apontado, sem, no entanto, excluir a eficácia jurídica, pois, como se sabe, apesar dos sentidos diferentes, são termos conexos.

2. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares

2.1. Considerações preliminares

A problemática relativa à vinculação dos atos de particulares aos direitos fundamentais, ou seja, sua eficácia no âmbito das relações privadas, tem sido objeto de discussões doutrinárias desde o terceiro quartel do século XX nos E.U.A, sob a denominação de *state action doctrine* e, principalmente, na Alemanha, onde a questão foi inicialmente suscitada.

A evolução da doutrina levou à transformação do próprio conceito de Direitos Fundamentais, apesar de eles terem surgido, historicamente, como direitos de defesa, oponíveis ao Estado, incorporando-se o pensamento de que era necessário considerar que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas em face do Estado, mas também frente a agressões oriundas de particulares. O fenômeno da sociedade contemporânea demonstrou que a opressão pode

⁸¹ Ob. cit. p.165.

ser tanto público (Estado e seus órgãos) quanto privada (mídia, sistema financeiro, poder patronal, banditismo). Por isso, ampliou-se o pólo de infratores potenciais, cujas ações podem violar direitos fundamentais dos indivíduos e do conjunto da sociedade.

O objeto das discussões jurisprudenciais e doutrinárias passou a ser até que ponto pode o particular recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros

particulares, sabendo-se que o destinatário também é titular de direitos fundamentais? Esse questionamento assume peculiaridade quando se percebe que ambos envolvidos em determinada relação jurídica são titulares de direitos fundamentais, enquanto que nas relações entre particulares e entidades estatais, o poder público não pode, em regra, opor direito fundamental aos primeiros. Essa é a chamada “eficácia vertical”, ou seja, a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais em face de suas relações com particulares. De outra banda, temos a chamada “eficácia horizontal”, que cuida da problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, e é exatamente esse o objetivo do nosso despretensioso estudo.

2.2. Doutrinas

Em face do caráter conciso da pesquisa, não nos aprofundaremos nas discussões doutrinárias, apenas citaremos as teorias existentes e nos ocuparemos mais a fundo nas mais aceitas atualmente, portanto partiremos do pressuposto da superação das teorias que negam uma vinculação das entidades privadas⁸², esboçando desde já ao leitor atento⁸³, o nosso ponto de vista. Nosso objetivo não é questionar o “se”, mas o “como” essa vinculação deve ocorrer, isto é, o *modus vinculandi*.

Nos Estados Unidos prevalecia a tese liberal segundo a qual “os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos apenas vinculam o Estado e são invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal (*state action*) presumidamente ilícita, de tal sorte que as condutas eminentemente privadas encontram-se imunes a este tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição”⁸⁴. Consoante explanação de Bernard Schwartz: “*The state, not the private individual, is the addressee of the equal protection clause. It*

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p.136.

⁸³ Como diria o ilustre e polêmico Rousseau, “ignoro a arte de ser claro para quem não quer ser atento”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.63.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit. p. 134.

erects no shield against merely private conduct, however discriminatory; it does not forbid a private party to discriminate on the basis of race (or sex) in the conduct of his personal affairs as an expression of his own personal predilections”⁸⁵. Então, para que o impedimento a esse tipo de discriminação alcance as relações interindividuais, essa teoria entendia necessário que o legislador constituinte, ele próprio, proibisse o discrimine ou então exigisse do legislador ordinário a edição da regra proibitiva da conduta discriminatória, por isso essa norma deveria ser auto-aplicável (*self-executing*).

Essa é a doutrina da *state action* que, apesar de bastante dogmática, vem sendo bastante relativizada na jurisprudência norte-americana, acabando por dilatar o leque de sua aplicação nas relações entre particulares.

Porém é na Alemanha que encontramos correntes doutrinárias em sentidos diferentes e que merecem bastante atenção. Mesmo após afirmada pela doutrina dominante, em princípio, a existência de uma vinculação dos particulares, ou eficácia em relação a terceiros (*Drittwirkung*, na terminologia alemã), é preciso analisar qual é o modo e alcance dessa vinculação, se é *direto* ou *indireto*. É necessário recorrer ao Direito Comparado, ou seja, às experiências dos tratadistas germânicos a fim de obter

melhores conclusões e projeções para o direito pátrio, no concernente ao tema em questão.

2.2.1 Teoria da Eficácia imediata (direta)

Esta teoria, que tinha como principais propugnadores Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner, defendia uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais sob o fundamento de que os direitos fundamentais constituem normas que expressam valores *erga omnes*, isto é, aplicáveis para todo o ordenamento jurídico (princípio da unidade da ordem jurídica) e, ainda, em virtude da supremacia formal e material da Constituição, seria errôneo afirmar que o Direito Privado, como legislação infraconstitucional, não se submetesse à Lei Maior do Estado. Por isso, não haveria como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais.

Essa corrente de pensamento encontrou bastante aceitação, inclusive nos Tribunais, conforme percebemos na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho alemão: “*Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade*

⁸⁵ SCHWARTZ, Bernard *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Ob. cit. p. 88.

em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública”⁸⁶.

Os críticos da doutrina afirmaram que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo e que não se poderia igualar o tratamento das relações Estado-indivíduo e indivíduo-indivíduo.⁸⁷ É preciso lembrar, porém, que os conflitos entre particulares são levados ao Poder Judiciário para serem dirimidos e o Judiciário, como poder público, está vinculado diretamente ao respeito dos direitos fundamentais, evidenciando que, de uma forma ou de outra, as normas de direitos fundamentais precisam encontrar máxima efetividade.

Encontramos, no magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, exemplo para ilustrar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais: *Uma empresa industrial estabele como condição de admissão a renúncia a qualquer actividade partidária ou a filiação em sindicatos*⁸⁸. Nesse caso, a dita empresa está tolhendo o direito de livre associação sindical como requisito para admissão em seus quadros de funcionários. Os defensores da doutrina em questão entendem necessária “a imposição da observância directa dos direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida civil, implica que eles se apliquem nas relações privadas em que fica em perigo o mínimo de liberdade que os direitos fundamentais devem garantir como elementos da ordem objectiva da comunidade”⁸⁹. Então, em última análise, os direitos fundamentais dos trabalhadores deveriam prevalecer sobre as regras impostas pela empresa, eles poderiam acionar o

Poder Judiciário, se necessário, para requerer a admissão na empresa, nos termos estabelecidos, sem o tolhimento dos direitos fundamentais.

⁸⁶ BAGE 1, 185 (192) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: Eficácia das Garantias Constitucionais nas Relações Privadas – Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*. p.17.

⁸⁷ HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 142. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Ob.cit.* p.18.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1980. p. 573.

⁸⁹ *Ob. cit.* p.574.

2.2.2. Teoria da eficácia mediata (indireta)

A teoria da eficácia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) teve como seu defensor Günther Dürig e foi bastante acolhida pela doutrina germânica. Ele propõe uma *eficácia irradiante*, ou seja, “em várias direções que não apenas a dos poderes públicos”⁹⁰. Seria realizada de forma indireta, por meio da interpretação e integração das “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais⁹¹.

Os direitos fundamentais, segundo essa teoria, não têm por função precípua solver conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico. Destarte, cabe ao legislador, principal destinatário das normas de direitos fundamentais, realizar a aplicação dessas normas às relações jurídico-privadas. Seria uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado⁹². Na ausência do legislador, o magistrado deveria limitar-se a interpretar o direito infraconstitucional à luz das normas de direitos fundamentais.

Esta teoria evolui, com novos autores, para um entendimento no sentido de que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais um dever de proteção dos particulares contra ofensas aos bens jurídicos fundamentais assegurados na Lei Maior, inclusive quando os ofensores forem particulares. Então, o Estado continua sendo o destinatário precípua dos direitos fundamentais, admitindo-se o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas somente em casos excepcionais e devidamente justificados⁹³.

2.2.3. Análise conjunta

O que se pode concluir de uma análise sucinta de ambas as teorias é que, apesar dos sentidos opostos, elas possuem alguns pontos em comum, tais como:

1) superação da concepção liberal-burguesa segundo a qual os direitos fundamentais só são oponíveis contra o Estado, pois esses direitos existem para garantir ao indivíduo liberdade e autonomia e devem ser invocados sempre que houver lesão ou ameaça em seus bens jurídicos, seja ou não o Estado o autor da ofensa;

⁹⁰ Ob. cit. p.570.

⁹¹ SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.* p.123.

⁹² Ob. cit. p.124.

⁹³ Ob. cit. pp. 126-127.

2) os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, é a chamada “eficácia irradiante”, decorrente do princípio da unidade da ordem jurídica;

3) em regra, aceita-se uma vinculação direta quando se tratar de entidades particulares detentoras de poder social, ou seja, quando se configurar uma clara relação de desnível (como ocorre no Direito do Trabalho brasileiro), capaz de afetar a paridade da relação jurídica, nesse caso seria uma relação semelhante ao âmbito das relações particular-Estado⁹⁴.

No Direito Constitucional pátrio não há disposição expressa que vincule os particulares aos direitos fundamentais como percebemos no art. 18/1 da Constituição portuguesa (*os preceitos constitucionais relativos a direitos, liberdades e garantias vinculam entidades privadas*). A Carta Magna brasileira, no entanto, assegura o direito à liberdade e à autonomia privada em seu art. 5º caput e inciso II, respectivamente: *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 (...); ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Contudo essas assertivas não respaldam o particular para, sob o argumento da autonomia privada, adotar critérios para contratação de empregados em uma empresa que privilegiasse determinada categoria de pessoas, os brancos ou mulheres de melhor aparência, e discriminassem negros, por exemplo.

É preciso que haja um equilíbrio entre princípios do direito privado (liberdade de ação, autonomia) e os direitos fundamentais, prevalecendo, segundo nossa ótica, estes últimos pela própria supremacia da norma constitucional, ressalvando-se, é claro, as circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Deve-se primar pela ponderação de valores e busca de equilíbrio de modo que nenhuma das partes sacrifique por completo seus direitos, visto que, no caso em questão, ambos são particulares e titulares de direitos fundamentais, os quais devem ser respeitados a todo custo.

2.3. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Para determinarmos qual é o alcance e intensidade dessa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, precisamos delimitar o tema. Assim, excluem-se da discussão todos aqueles direitos que, por natureza, têm por destinatários diretos e exclusivos os órgãos estatais, por exemplo, os direitos

⁹⁴ Ob. cit. p.140.

políticos (arts. 14 a 16, CF), direitos de asilo e não-extradicação. Por outro lado, parece-nos correto também afirmar que inexistem divergências quanto à vinculação quando os direitos fundamentais incidem diretamente aos particulares, como o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art.5º, IV, V, XI, CF) e, especialmente em relação aos direitos dos trabalhadores (art. 7º, CF).

A problemática começa a tomar forma quando passamos a analisar o grupo de direitos fundamentais que não tem por destinatário exclusivo as entidades públicas e a vinculação não transparece de forma clara, somando-se ao fato de que a Constituição não contém norma expressa que vincule entidades privadas aos direitos fundamentais.

Segundo lição de Vieira de Andrade, existem dois aspectos a serem observados na questão em estudo: primeiramente, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada; e, finalmente, a necessidade de se protegerem os particulares contra atos atentatórios aos direitos fundamentais providos de outros indivíduos ou entidades particulares⁹⁵. Acolhemos estas hipóteses aventadas pelo ilustre professor e passaremos a verificar como ocorre essa vinculação.

Quanto aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, podemos evidenciar: as relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre os indivíduos e os detentores de poder social e as relações entre particulares em geral, caracterizadas, em princípio, por igualdade. No concernente à primeira alternativa, percebemos que existe consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios de vinculação para a esfera privada por se tratar de situação semelhante à que se verifica no caso dos órgãos estatais, relações desiguais, e por isso, existe a máxima do Direito do Trabalho: *in dubio pro misero*, é uma forma de proteger os menos favorecidos.

Já quando não há relações indivíduo-poder, no segundo caso acima citado, deverá, em princípio, prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos individuais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal, como assinala Ingo

⁹⁵ ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais*. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do advogado, 2001. p.340.

Wolfgang Sarlet em seu brilhante magistério⁹⁶.

Por derradeiro, entendemos que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação dessas normas infraconstitucionais conforme os princípios e parâmetros axiológicos inerentes às disposições dos direitos fundamentais, constantes na Constituição Federal brasileira.

3. Jurisprudência brasileira

No intuito de exemplificar melhor a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, iremos, brevemente, analisar alguns casos para verificar qual foi o entendimento majoritário do nosso Pretório Excelso.

Inicialmente, apreciaremos o Recurso Extraordinário nº161.274-3, cujo relator foi o eminente Ministro Carlos Velloso. Tratava-se de recurso impetrado por trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira de aviação (Air France). Ao recorrente, por não ser francês, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos funcionários, simplesmente por não ser de nacionalidade francesa. O STF entendeu que era caso de ofensa ao princípio da igualdade (CF, 1988, art.5º, caput), pois qualquer discriminação que se baseie em atributo ou qualidade do indivíduo, como o sexo, a raça, ou a nacionalidade, é inconstitucional. A lei só pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso se houver traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos e se, além disso, houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Para aclarar melhor a explanação, vale a pena transcrever parcialmente o voto vencedor do eminente relator:

“Aqui, deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, ora recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens aos empregados, ao argumento puro e simples de que ele não seria aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira. Não se considerou, todavia, que a prestação de

serviço realizava-se no Brasil, sujeita às leis brasileiras, convindo registrar que na empresa havia empregados franceses e brasileiros, todos empregados da mesma empresa, certo que não se reservava aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros. Noutras palavras, os empregados franceses não exerciam tarefas típicas, em relação aos brasileiros.

⁹⁶ *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p.343.

Brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa sujeita às leis brasileiras, não exerciam, uns em relação aos outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros. Não há, aliás, nos autos, uma só palavra a esse respeito. O fator desigualizador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade”⁹⁷.

Como se vê, após a explanação do Ministro, o Poder Judiciário interveio, ao ser acionado, e determinou que os direitos fundamentais (no caso, o princípio da igualdade) incidissem diretamente em relações privadas. O RE foi conhecido e provido, pois se concluiu que “iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república”⁹⁸.

O segundo caso é o Recurso Extraordinário nº 158.215-4, do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio. Os recorrentes impetraram recurso contra a Cooperativa São Luiz Ltda em virtude da exclusão deles do quadro de associados sem que houvesse o devido processo legal e o direito de ampla defesa. O fundamento do recurso, que foi provido pelos ministros, foi o descumprimento do disposto no inc. LV, art. 5º da Constituição Federal: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.

O Supremo entendeu que na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa, além da observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa, que foi descumprido. Os recorrentes foram excluídos do quadro de associados da cooperativa em caráter punitivo, porém incumbia à cooperativa dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados, independente do ato infracional que eles tenham cometido.

Destarte, em conformidade com o posicionamento da maioria dos Ministros, o relator comunicou sua decisão: “fulmino o ato da assembléia da Recorrida que implicou a exclusão dos Recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, com os consectários pertinentes e que estão previstos no Estatuto da Recorrida”⁹⁹.

Esses precedentes evidenciam a orientação jurisprudencial do STF,

⁹⁷ STF – Pleno – RE nº 161.274-3/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ STF – Pleno – RE nº 158.215-4, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*.

Guardião da Constituição (art.102, caput, CF/88), que sempre prima pelo efetivo cumprimento dos direitos fundamentais e de qualquer outro preceito constitucional, inclusive nas relações entre particulares.

4. Considerações finais

Esperamos, em nossa modesta explanação, ter aclarado um pouco o entendimento sobre este tema tão interessante e atual, mas que, salvo alguns exemplos de destaque, não tem merecido a devida investigação no direito pátrio pelos juristas. O problema está longe ainda de alcançar contornos dogmáticos claros, por isso a discussão é relevante e absolutamente necessária para que os operadores do direito brasileiro possam melhor aplicar o direito, buscando dirimir as lides e trazer plena efetividade aos direitos fundamentais.

A chamada “eficácia irradiante” estabelece um dever geral de proteção dos direitos fundamentais, pois a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, deve ser respeitada a todo custo e esta é a missão de todos aqueles que são titulares de direitos fundamentais e detentores de poder, seja social ou público.

Não estamos em condição para defender a existência de soluções uniformes para o problema, pois, balizados no que advoga Sarlet, *o adequado manejo da eficácia direta nas relações entre particulares e a intensidade da vinculação destes aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as circunstâncias do caso concreto*¹⁰⁰. A questão é bastante delicada e deve ser tratada com a devida diplomacia, pois se trata de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, por isso, propugnamos o equilíbrio e o máximo de concordância, para que nenhuma das partes seja obrigada a sacrificar totalmente o direito a ela inerente, ao menos a essência deve ser preservada.

A questão não deve se tornar um conflito entre privatistas e publicistas que, obviamente, gostam de defender seus campos de atuação, pois o objetivo é algo maior, acima de qualquer dicotomia, é, como diria o insigne Pontes de Miranda, uma questão de *adequação*. A única conclusão a que se pode chegar no momento é que o tema precisa ser bastante

¹⁰⁰ Ob. cit. *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p.157.

investigado e debatido a fim de que surjam premissas mais palpáveis e o direito possa evoluir para melhor satisfazer os reclames sociais.

5. Referências

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1980.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos Direitos Fundamentais às relações privadas, *in*: Revista da OAB-CE, nº 07, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: Eficácia das Garantias Constitucionais nas Relações Privadas – Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã.

Disponível em: <br.geocities.com/profpito/direitosfundamentaisgilmar.html>. Acesso em: 10 ago. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A constituição concretizada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

_____. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Martin Claret,

2003.

TREVES, Renato. Sociologia do Direito. Tradução de Marcelo Branchini.
São Paulo: Manole, 2004.

DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECURSO

O PRINCÍPIO-GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM UMA BREVE ANÁLISE TEÓRICO-DOGMÁTICA

*Gustavo Rabay Guerra**

Sumário: 1. Colocação preliminar do problema - 2. Hierarquização da jurisdição e essência do direito ao recurso - 3. Caráter absoluto ou relativo do Duplo Grau de Jurisdição? - 4. Identificando a disposição constitucional do Duplo Grau de Jurisdição - 5. A previsão do recurso com fator proibitivo à efetividade do processo: segurança jurídica, celeridade e completude processual - 6. Limitações ao Duplo Grau de Jurisdição: análise conclusiva do caráter relativo do Princípio na dogmática processual - 7. Referências.

1. Colocação Preliminar do Problema

O duplo grau de jurisdição, enquanto princípio já foi objeto de análise quando estudado ao lado dos mais representativos princípios constitucionais aplicáveis ao processo.

Por tal razão, apresenta-se como tal e responde parcialmente à principal questão que sonda esse tópico especial: *o direito ao recurso é uma garantia constitucional de cunho absoluto?*

No entanto, a questão não é tão simples como pode parecer prefacialmente.

Pode-se afirmar que a principal justificativa do duplo grau de jurisdição é a proteção à integridade jurídica e ao bom desempenho da função jurisdicional, com esteio no próprio postulado de segurança das relações jurídicas, ínsito ao Estado Democrático de Direito. Assim, o sistema recursal pressupõe a existência de uma dualidade de instâncias jurisdicionais, no propósito de possibilitar análise por um órgão jurisdicional superior de uma causa decidida pela instância originária.

Com efeito, a absorção do princípio nos sistemas democráticos dos últimos

* Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito (UFPE). Professor do IESP e da Faculdade de Direito de Caruaru. Ex-professor da UFPB e UEPB. Advogado.

séculos, como conseqüência direta da assunção de exigibilidade do *devido processo*¹⁰¹, radica, enfim, numa opção de natureza jurídico-política, onde se propugna pela máxima segurança nas relações jurídicas.

Desse modo, com respeito ao conteúdo jurídico e efetivo alcance do postulado, é recorrente, na ciência processual, suscitarem-se questionamentos sobre o desenvolvimento da jurisdição estatal face à possibilidade de reexame das decisões proferidas, em uma mesma relação jurídico-processual, tomando lugar diversas repercussões sobre a própria estrutura do sistema processual.

O caráter garantístico do duplo grau de jurisdição é uma questão emblemática tem despertado atenção daqueles que defendem a efetividade do processo, rótulo genérico que abriga o movimento pela reformatação do modo-de-ser do processo, calcada sobre tudo na agilização e otimização do sistema processual.

Porquanto garantia do processo, a previsão do duplo grau consiste em importante salvaguarda dos interesses jurídicos de uma comunidade. Entretanto, face à existência de um complexo sistema de recursos, a procrastinação do resultado definitivo da causa, pelo decurso temporal necessário ao julgamento do recurso, acaba tornando-o instrumento de iniquidade nas mãos de litigantes e procuradores jurídicos mal intencionados.

Não raras vezes, aquilo que deveria ser a mola mestra de um sistema justo e equitativo, transmuta-se em fator proibitivo à obtenção da jurisdição de qualidade, partindo do pressuposto que o processo deve desenvolver-se e entregar o produto da jurisdição ao seu real destinatário em um tempo razoável.

No intuito de esclarecer se o duplo grau de jurisdição pode ser considerado uma garantia real e absoluta, com previsão constitucional indeclinável, perfilam-se algumas idéias fundamentais.

2. Hierarquização da Jurisdição e Essência do Direito ao Recurso

Chiovenda avaliza o princípio do duplo grau, sob três aspectos:

(I) *na medida em que um reiterado julgamento torna possível a correção de erros;*

(II) *porque os dois julgamentos são confiados a juízes diversos; e*

(III) *uma vez que o segundo juiz se apresenta como mais autorizado*

¹⁰¹ Nery Junior, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43.

que o primeiro, pela hierarquização convencionada na estrutura judiciária¹⁰².

Mas quanto à terceira invocação do mestre italiano, suscitam-se algumas controvérsias.

Afigura-se fácil perceber que o princípio do duplo grau jurisdicional prende-se ao permissivo de reforma de qualquer decisão de 1º grau por instância superior. O juízo inicial, que conhece ordinariamente do processo, detém a competência originária desse¹⁰³. Em geral, trata-se de autoridade judiciária singularizada, que decide monocraticamente, ou seja, de maneira individual.

Uma vez interposto o recurso cabível, ou através de sucedâneo legal, tal qual o reexame necessário (art. 475, do CPC¹⁰⁴), o exame se dará em segundo grau, ou seja, através do respectivo tribunal, existindo, entretanto, recursos de retratação e recursos de revisão recíproca.

Excepcionalmente, os tribunais podem exercer a competência originária, tomando aí lugar a jurisdição inferior.

Como já afirmado anteriormente, **a expressão duplo grau de jurisdição é tecnicamente incorreta porque jurisdição é uma só**, tratando-se de uma projeção da soberania e o correto seria referir-se a um “*duplo grau de cognição e julgamento*”, pois temos pluralidade de instâncias e não de graus de jurisdição¹⁰⁵.

Em perspectiva prática, o sistema do duplo grau dirige-se ao controle dos próprios atos da atividade jurisdicional, sendo esse *exercício* hierarquizado, a despeito das garantias de independência e livre convencimento do julgador de primeiro plano, pois o envio dos autos ao órgão investido do poder de desembargo, em si, significa a prevalência do novo julgamento sobre o primeiro¹⁰⁶.

Ademais, o órgão superior possui competência administrativa, que, a par da respectiva organização judiciária específica, estabelece normas internas e decide casos particulares relativos aos demais órgãos e componentes da estrutura que gerencia. Assim, falar-se em não hierarquização das funções judicantes é algo infrutífero.

¹⁰² Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p. 282, v. 3.

¹⁰³ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; e Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 147.

¹⁰⁴ Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11.02.1973.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 142.

¹⁰⁶ Laspro, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

A doutrina italiana refere-se ao duplo grau como uma idéia hierárquico-autoritária, historicamente construída, da jurisdição estatal¹⁰⁷. Na França após a Revolução Liberal de 1789, o recurso era considerado um instrumento elitista, ou seja, uma simples demonstração de poder dos juízes superiores (uma espécie de “aristocracia judiciária”)¹⁰⁸ sobre os magistrados de primeiro grau, razão pela qual os novos detentores do poder, logo após a dita revolução, a estabelecerem que as decisões da justiça civil eram definitivas, por força do Ato Constitucional de 24.6.1793¹⁰⁹.

Tal observação leva ao problema da possibilidade do duplo grau se operar pela atividade do mesmo juízo que prolatou a decisão atacada.

Salvatore Satta destaca a impossibilidade de tal revisão, pois o seu julgador deve ser diverso daquele que proferiu a sentença recorrida, uma vez que dificilmente estaria disposto a reconhecer seu próprio erro¹¹⁰. Contudo, essa não é a posição mais acertada.

De modo contrário e incisivo, destaca-se o tirocínio de Fábio Konder Comparato, para quem o princípio do duplo grau de jurisdição “*não representa uma manifestação de hierarquia funcional, mas sim um reforço da impessoalidade de julgamento*”.¹¹¹ Fazendo prevalecer tal entendimento, concluir por afirmar que competência em grau de recurso pode ser atribuída a magistrados situados no mesmo nível da carreira, tendo em vista que o que se pretende assegurar é um segundo julgamento da causa por parte de outro magistrado ou grupo de magistrados, jamais a revisão da sentença por uma autoridade superior.

Carnelutti já assinalou que o novo exame do processo poderia ser feito por juízes de igual hierarquia funcional, o que ocasionaria aquilo que denomina “dupla conformação”¹¹², que se coaduna com a autorizada lição de Perfecto

¹⁰⁷ Pizzorusso, Alessandro. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 33, Série II, 1978, p. 33-34. Em verdade, esclarece o autorizado doutrinador, o próprio efeito devolutivo é a síntese da idéia de uma aristocracia do judiciário: a causa é devolvida ao Tribunal porque sempre a ele pertenceu, tendo sido apenas momentaneamente deferido ao juiz de primeira instância, subordinado, o papel de proferir uma decisão inicial.

¹⁰⁸ Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas. Dos princípios processuais na ciência processual contemporânea. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, v. 6, 1993, p. 374.

¹⁰⁹ Nery Junior, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37-38.

¹¹⁰ Satta, Salvatore. *Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Fernando de La Rúa. Buenos Aires: EJEA, 1971, p. 424-425.

¹¹¹ Comparato, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. *Ajuris*. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/fmundialj/Preview/artigo10.html>>. Acesso em: 15 mar. 2002.

¹¹² Carnelutti, Francesco. *Lezione di diritto processuale civile*. v. 4. Pádua: Cedam, 1926, p. 201.

Andres Ibañez, Juiz do Supremo Tribunal da Espanha: “*En definitiva, no hay ninguna razón plausible para que existan de jueces superiores e inferiores. No puede haber más que jueces igualmente independientes por razón de estatuto, que se diferencien únicamente por actuar en distintos momentos procesales.*”¹¹³

Com essas inflexões, seria até possível se explanar sobre a existência de um duplo exame, em uma mesma instância apreciativa, de alguns casos, como, à guisa de exemplificação, na oportunidade em que ocorre o juízo de retratação previsto no art. 526 do CPC, ou mesmo o pedido de reconsideração que é dirigido ao mesmo juiz prolator da decisão que se pretende desconstituir, muito embora não seja esse último exemplo uma forma recursal típica, mas um possível sucedâneo do princípio do duplo grau de jurisdição.

Mas não se configura, nessas hipóteses, o trânsito entre jurisdições diferentes, ínsito ao direito de recorrer dogmaticamente erigido. Com relação ao injustificável destacamento hierárquico sugerido pelos referenciados autores, se admite, no exercício das funções jurisdicionais, a convocação, pela instância superior, de magistrados da instância inferior para integrarem colegiados, momentaneamente, por motivo de afastamento de membro titular. No entanto, tal prática não corresponde ao equiparamento do julgador inferior àqueles que compõem o tribunal, posto que há tão somente providência administrativa para assegurar a produção judicante do órgão desfalcado. Esse magistrado convocado irá revisar, como membro do órgão superior, as decisões tomadas por outros juízes pertencentes ao mesmo grau hierárquico a que permanece atrelado, sem nenhuma afronta ao princípio de inamovibilidade ou qualquer outra norma de organização judiciária pertinente, pois se encontra investido provisoriamente na função jurisdicional de segundo grau.

De outra sorte, no subsistema recursal dos Juizados Especiais, instituídos pela Lei nº 9.099, de 26.9.1995, os recursos interpostos contra as decisões proferidas pelos juízes togados podem ser reexaminadas por uma turma composta por três juízes do mesmo nível hierárquico daquele responsável pela primeira cognição (um juiz de direito, portanto), sublevados tão somente por força do dispositivo em análise, qual seja, o § 1º do art. 41, da lei destacada.

Tal hipótese normativa é, sem prejuízo de opiniões divergentes, exceção ao primado do direito ao recurso expresso pela existência de uma dualidade de instâncias. Entretanto, se o conceito de efeito devolutivo é a exteriorização do

¹¹³ Ibañez, Perfecto Andres. Independência Y garantías de la Magistratura. *Ajuris*. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/fmundialj/Preview/artigo39.html>>. Acesso em 2 abr. 2002.

princípio do duplo grau de jurisdição, tem-se aí uma espécie desse instituto.

Advoga Nelson Nery Junior a não exigência, no modelo jurisdicional vigente, de um julgamento hierarquizado, *in litteris*:

Mas qual vem a ser o alcance dessa locução “duplo grau de jurisdição”? O que, exatamente, significa? Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior a daquele que realizou o primeiro exame.¹¹⁴

Clarifica, ainda mais, Silvânio Covas, considerando despendida a idéia de verticalidade pressuposta na estrutura jurisdicional, tratando-se de mera *referência que se faz à hierarquia na organização judiciária*, que outorga à jurisdição superior o poder de reformar as decisões da jurisdição inferior, não consistindo, assim, “*nenhum poder de mando entre os diversos órgãos que compõem a jurisdição*”, pois do contrário, sucederia grave violação do princípio da independência da magistratura.¹¹⁵

Com a clarificação de Marinoni, ao invocar Chiovenda, repelem-se quaisquer dúvidas sobre o assunto, *ipsis litteris*: “(...) não é possível a pluralidade das instâncias fundar-se, no direito moderno, na subordinação do juiz inferior ao superior, por não dependerem os juizes, quanto à aplicação da lei, senão da lei mesma”.¹¹⁶

Firme entendimento demonstra Armindo Guedes, para quem a hierarquia judiciária é inconfundível com a hierarquia administrativa; **na hierarquia judiciária existe tão somente a relação de coordenação**, de regulação da dinâmica de seus agentes administrativos, **desconhecendo os órgãos jurisdicionais o princípio da subordinação**, posto que, “*a todos os magistrados – juízes e ministros – devem ser reconhecidos, a par da jurisdição, poderes normativo e administrativo, a fim de que eles se afirmem como órgãos independentes*”.¹¹⁷

¹¹⁴ Nery Junior, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43.

¹¹⁵ Covas, Silvânio. O duplo grau de jurisdição. In: Alvim, Eduardo Pellegrini de Arruda; Nery Jr, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 591.

¹¹⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. In: Paula, Jônatas Luiz Moreira (org.) *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2000, p. 14.

¹¹⁷ Silva, Armindo Guedes da. *Tribunais de duplo grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 30.

Enfim, é lícito concluir que não existe qualquer superioridade hierárquica entre diferentes graus jurisdicionais, posto que a chancela funcional estatal é uma só, ocorrendo, no entanto, atribuições diferenciadas, observando-se critérios de índole estritamente organizatórios, onde se distribuem competências exclusivas, como é o caso dos órgãos fracionários dos tribunais, que não se situam em grau inferior ao Tribunal Pleno da respectiva corte a qual pertencem.

3. Caráter Absoluto ou Relativo do Duplo Grau de Jurisdição?

Em trabalho de destaque sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni afirma que o **duplo grau não está assegurado na Constituição Federal de 1988**, nem de maneira frontal, nem implicitamente, pois, se fosse a intenção do legislador constitucional, que fez constar da Constituição a previsão de eventuais recursos aos tribunais superiores, garantir o direito à apelação, “*não teria ele aberto a possibilidade da interposição de recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau de jurisdição*”.¹¹⁸

No entanto, na trilha do que escreve Sarlet, mister recordar que o Decreto nº 678, de 6.11.1992, incorporou ao direito pátrio a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José, Costa Rica) de 22.11.1969, que assegura a toda pessoa o “*direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”¹¹⁹ e, hierarquicamente, os dispositivos da Convenção Americana colocam-se no mesmo nível das regras constitucionais por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ao dispor: “*(...) 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*”.¹²⁰

Indubitavelmente, o confronto da situação jurídico-constitucional do princípio parece importante para a visualização da premência de recorribilidade no processo civil e, em especial, no que concerne ao reexame necessário, apesar

¹¹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Tucci, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 214-215.

¹¹⁹ Sarlet, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 131, jul-set. 1996, p. 24.

¹²⁰ Cf., precedentemente, Grinover, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 198, 1994, p. 40; e Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.82.

de ressalvas da doutrina de que esse instituto – na forma prevista no art. 475, do CPC – não se inclui na proteção do duplo grau, nem mesmo o caracteriza¹²¹.

Como ressalta Júlio Ricardo de Paula Amaral¹²², a doutrina diverge no que diz respeito ao caráter principiológico do duplo grau, pois a previsão constitucional atinente ao reexame encontrar-se-ia resumida no disposto no inciso LV do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, que infere estarem assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

Por essa conceituação, seria plausível ter-se o duplo grau de jurisdição como mero corolário do princípio do devido processo legal, em seu aspecto procedimental (*procedural due process of law*).

Mas, com relação, exclusivamente, ao sentido procedimental, e o seu suposto corolário, pode e deve haver, entre eles, **independência**¹²³, e, até mesmo, **prejuízo**, como ressalta Luiz Guilherme Marinoni¹²⁴, *mitigando-se um desses valores para que o bem jurídico processualmente tutelado seja conservado com maior propriedade*.

Analisando a “razão de ser” do princípio entelado, Djanira Radamés de Sá indica que aquela seria a “*persecução da segurança como elemento ínsito da Justiça*”.¹²⁵ Daí, ser possível também se enquadrar o duplo grau de jurisdição como **derivação necessária do devido processo em sentido substancial**, na medida em que sua factibilização é consagradora do princípio da segurança das relações jurídicas e da efetiva proteção da confiança dos cidadãos.

De tal sorte, sendo o reexame um **prolongamento da ação** – com afirma Silvano Covas, “*com a sentença que imprima incorreta aplicação do direito à causa, nasce uma nova lesão ao direito, um gravame subjetivo, não sendo possível sua subtração ao conhecimento do*

¹²¹ Sá, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109.

¹²² Amaral, Júlio Ricardo de Paula. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. Infojus. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em: 1 mar. 2001.

¹²³ Laspro, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 197.

¹²⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 218.

¹²⁵ Sá, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86.

*Judiciário, sob pena de grave violação do due process of law”.*¹²⁶

Ingo Sarlet também considera a possibilidade de uma interpretação do duplo grau de jurisdição como direito-garantia albergado no art. 5º, XXXV, da CF, “*que garante a revisão pela Justiça dos atos de particulares e dos agentes públicos*”.¹²⁷

Aponta, nesse sentido, a dogmática alemã, fulcrada na jurisprudência da Corte Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), que, apesar de inexistir, também, naquele ordenamento jurídico-constitucional, previsão de acesso ao duplo grau como direito fundamental (ou garantia), adota interpretação que abrange o duplo grau enquanto **direito à proteção jurídica efetiva e razoavelmente eficaz**¹²⁸.

Aliás, Pontes de Miranda já afirmava se tratar o recurso de **uma etapa da postulação em juízo**, pois quem recorre pratica ato de provocação do impulso processual e articula (*postula recursalmente*) contra a decisão indesejada¹²⁹.

Conforme explicitam as opiniões reunidas, forçoso concluir-se que o cotejo dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal – empregado em suas duas acepções fundamentais – revela a plúrima fundamentação do primeiro, porquanto pode ser analisada como mais uma das coordenadas do segundo.

Mas, como já contextualizado, os dois princípios não traduzem relação de dependência ou continência, tendo em vista a possibilidade de assegurar-se o devido processo sem o duplo grau de jurisdição e vice-versa, posto que no tocante às questões de fato, o contato do juiz de primeiro grau com a causa não pode ser suplantado pela experiência dos membros da instância superior, à vista de seu conhecimento direto dos fatos, através da produção probatória que dirige, da concentração e da oralidade do processo¹³⁰.

¹²⁶ Covas, Silvânio. O duplo grau de jurisdição. In: Alvim, Eduardo Pellegrini de Arruda; Nery Jr, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

¹²⁷ Sarlet, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problemática em nível constitucional, à luz de um conceito material de Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 131, jul-set. 1996, p. 24.

¹²⁸ *Idem*, p. 24.

¹²⁹ Miranda, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 217.

¹³⁰ Laspro, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 197-199.

Sob a ponderação de que o duplo grau não é corolário do devido processo, externa Luiz Guilherme Marinoni:

Quando a Constituição da República afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, ela não está dizendo que toda a e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deva sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo juízo. Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa; nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das causas denominadas de “menor complexidade” – que sofrem os efeitos benéficos da oralidade –, ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, um única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo.¹³¹

Pode ousar-se afirmar, ainda, que o duplo grau constitui empecilho ao devido processo, pois, em alguns casos, dever-se-ia dispensá-lo “em nome do direito de acesso à justiça, ou mais precisamente, em nome de uma maior qualidade e tempestividade da tutela jurisdicional”.¹³² Deve-se ter em mente que, assim como já referido por Marinoni, quando a Constituição garantiu o recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau, “ela afirmou que o duplo grau não é imprescindível ao devido processo legal”, de modo que não existe razão para um duplo juízo sobre o mérito nos Juizados Especiais¹³³.

Em realidade, a questão acerca da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, especialmente quanto à existência irrestringível da via recursal é bastante polêmica na doutrina especializada¹³⁴.

4. Identificando a Disposição Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição

A par de alçar-se a melhor resposta sobre a deferência absoluta ou relativa granjeada na Constituição acerca do princípio do duplo grau, cumpre analisar a sua disciplina constitucional.

¹³¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Tucci, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 215.

¹³² Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 219.

¹³³ Marinoni, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Tucci, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 215.

¹³⁴ Maciel, Adhemar Ferreira. Do princípio constitucional ao recurso. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, 1999, p. 18.

De acordo com o exposto anteriormente, o princípio do duplo grau resguarda feições de corolário principiológico do devido processo legal, funcionando, implicitamente, como garantia de preservação da ordem jurídica justa, atinente a um momento posterior do *direito de ação*, bem assim, relativo à possibilidade de utilização de faculdades intrínsecas à ampla defesa, o que propicia, como síntese, o entrelaçamento das duas esferas do devido processo: sentidos substantivo e procedimental.

No entanto, Roberto Rosas entende que **o princípio do duplo grau não está inserido em nenhuma regra constitucional**, apenas deduz-se na estrutura da **duplicidade de pronunciamentos presente no sistema judicante**¹³⁵.

Em igual norte, Oreste Laspro afirma que o princípio do duplo grau de jurisdição não é assegurado no direito constitucional brasileiro, estando somente regulado na legislação ordinária, pois a previsão de recursos constante da Constituição “não significa que todas as decisões possam ser impugnadas por meio deles”.¹³⁶ Em idêntica posição, diversos outros autores sinalizam esse entendimento, que afasta, de alguma sorte, o caráter absoluto da garantia¹³⁷.

Reconhecendo, entretanto, implicações maiores da estrutura judiciária, Delosmar Mendonça Junior, ao citar Ada Pellegrini Grinover, estipula a possibilidade de presença do duplo grau como **norma constitucional implícita**, decorrente de princípio inserto nas disposições da Constituição que prevêm os órgãos de jurisdição de superior instância¹³⁸.

Como já referido em linhas pretéritas, Ingo Sarlet deduz ser o princípio em questão um verdadeiro direito fundamental em sentido material, pois a Constituição de 1988 consagra, no seu art. 5º, § 2º, a possibilidade de direitos fundamentais “implícitos” ou “decorrentes” do regime e princípios adotados, fora do catálogo de direitos que o próprio texto constitucional estabelece, incluindo-se aí os direitos fundamentais nascidos no seio dos tratados internacionais, em especial o direito de “*recorrer da sentença para juiz ou*

¹³⁵ Rosas, Roberto. *Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

¹³⁶ Laspro, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 159.

¹³⁷ Entre eles, podem ser citados: Coelho, Carlos Souza. Princípios fundamentais dos recursos e efetividade do processo. In: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 308.

¹³⁸ Mendonça Junior, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros 2001, p. 100.

tribunal superior”, previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.9.1969, incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio por força do Decreto nº 678, de 6.11.1992.

5. A Previsão do Recurso com Fator Proibitivo à Efetividade do Processo: Segurança Jurídica, Celeridade e Completitude Processual

O direito processual oscila entre a necessidade de decisão rápida e a de segurança na defesa do direito dos litigantes¹³⁹. De um lado a *demora no processo* representa a falibilidade do direito na proteção das situações concretas que sofrem deformações com o decurso do tempo. De outro, o açoitamento dos ditos provimentos sumários ou medidas de cognição parcial resulta na fragilização da ampla defesa e do estabelecimento do contraditório, fazendo ruir o adrede consolidado edifício do devido processo legal.

A limitação ao duplo juízo sobre a causa perpassa esse dois pólos antagônicos: a **segurança** e a **efetividade** são fatores importantes para a correta compreensão da possibilidade de restringir a via recursal com vistas a um processo de maior concretude. E essa questão tem um termômetro nato: a questão da *demora na prestação judicial*.

Antes de tratar dessa questão específica, mister se faz a formulação de uma indagação fundamental e, ao mesmo tempo, fornecer a consentânea resposta: ***em que consiste a efetividade do processo?***

Compreendido, sinteticamente, como instrumento de pacificação social justa e de proteção dos direitos e das liberdades¹⁴⁰, o processo só pode ser realizado a contento quando presentes elementos de equilíbrio das posições jurídicas diante da estrutura judicial. E isso só é possível através da existência de indicadores isonômicos e fatores que possibilitem a presença do cidadão em juízo munido das condições postulacionais mínimas, como por exemplo, a eventual factibilização de um provimento judicial imediato, ainda que provisório, que atenua a sua necessidade de uma definição jurídica posterior.

Diante dessa necessidade, a *efetividade processual deve ser entendida como princípio implícito, de envergadura constitucional, derivado do*

¹³⁹ Tucci, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

¹⁴⁰ SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77.

princípio do direito de ação, contido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e do princípio do *devido processo legal*, extraído do art. 5º, LIV, da Norma Fundamental¹⁴¹, que, combinando valores de ordem democrática, visa estabelecer critério legítimos para a consecução do primado de justiça absorvido pelo direito processual. Inclui-se nessa objetivação a questão do tempo necessário à realizabilidade concreta¹⁴², que será estuda na epígrafe que segue a presente.

De aspecto conjuntural acessório, a questão da celeridade, de tão refletida na ciência processual de hoje, passou a fetiche que se coloca no centro de um discurso consubstanciado na idéia de que **o decurso do tempo torna vulnerável o resultado jurídico do processo** e, portanto, prolonga a insatisfação da vida prática que o serviço jurisdicional visa a eliminar¹⁴³.

Por outro lado, a Norma Ápice garante também que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo*, primado constitucional que matiza o desenvolvimento das posições jurídicas e que caracteriza o princípio da *segurança jurídica*¹⁴⁴, uma vez que esse valor evidencia a necessidade de prévia estipulação de regras positivas¹⁴⁵.

A segurança jurídica, no entanto, liga-se a um conceito mais amplo que, no dizer de Gomes Canotilho, porquanto subprincípio concretizador do Princípio do Estado de Direito, constitui garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação, realização do direito, e cujos postulados são exigíveis perante qualquer ato, de qualquer Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário)¹⁴⁶.

Segundo esse mesmo autor, o princípio geral da segurança jurídica, que abrange a idéia de “*proteção da confiança dos cidadãos*”, pode formular-se no direito do indivíduo de poder confiar que os efeitos jurídicos

¹⁴¹ Mendonça Júnior, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.110.

¹⁴² Silva, Ovídio Baptista da. Celeridade versus Economia Processual. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 15, jan-mar. 2000, p. 49.

¹⁴³ Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 231-232.

¹⁴⁴ Feres, Carlos Alberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5.

¹⁴⁵ Cf. Valezi, Michiely Aparecida Cabrera. Jurisdição e novo paradigma do direito. In: Paula, Jônatas Luiz Moreira (org.) *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. Leme-SP: Editora de Direito, 2000, p. 33.

¹⁴⁶ Canotilho, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, s.d., p. 256.

previstos no ordenamento são assegurados nas manifestações de seus atos ou de decisões públicas incidentes sobre seu *status* jurídico, realizadas com base em normas vigentes e válidas¹⁴⁷.

Sobre as raízes desse postulado, anota Ovídio Baptista Silva que, a busca da segurança jurídica foi o *ethos* que caracterizou toda a filosofia política do século XVII, tendo Hugo Grócio, em seu *Direito da guerra e da paz*, esposar sua idéia de ser preferível uma dominação ilegítima a uma guerra civil¹⁴⁸, opinião compartilhada também por Hobbes, que considerava o *caos como maior temor das populações, a despeito do jugo da ditadura mais ferrenha*¹⁴⁹.

No rastro dessas concepções, Dworkin ressalta apenas um ângulo da dimensão política do direito na contemporaneidade – que se mostra ilustrativo da imprescindibilidade da segurança nas relações jurídicas – quando refere que a opinião popular, em sua maioria, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, insiste em que os juízes devem sempre, a cada decisão, seguir o direito em vez de tentar aperfeiçoá-lo¹⁵⁰.

Luís Roberto Barroso aponta que o constitucionalismo francês procurou conceituar o postulado, no preâmbulo da Constituição de 24 de junho de 1793, expressando-o da seguinte maneira, *in litteris*: “A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”.¹⁵¹

Indiscutível o valor expresso no conceito de *segurança*, tendo em vista que há um momento em que as situações jurídicas precisam se estabilizar, manifestado pelas garantias de império constitucional da jurisdição e irretroatividade da lei (*proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito*), pelo já estudado espectro principiológico do *devido processo*, e pelos institutos da *uniformização da jurisprudência*, da *prescrição* e da *decadência*, dentre outros.

Cumprir assinalar que esses são apenas alguns pontos cardeais que condensam o princípio da *segurança jurídica*, de maneira implícita, no plano

¹⁴⁷ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, s.d., p. 256.

¹⁴⁸ Silva, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 110.

¹⁴⁹ Magee, Bryan. *História da filosofia*. São Paulo: Loyola, 1999, p. 81.

¹⁵⁰ Dworkin, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11.

¹⁵¹ Barroso, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Fernando Machado da Silva Lima*. [Site de Internet]. Disponível em: <http://mx.geocities.com/profpito/segurancabarroso.html>. Acesso em: 27 mar. 2002.

do direito constitucional positivo brasileiro, existindo inúmeros outros, os quais não caberiam no presente enfoque.¹⁵²

Ao passo em que a segurança jurídica representa a previsibilidade e a certeza da proteção do direito na conformidade das expectativas e necessidades humanas, essa proteção não deve verter-se somente à idéia apriorística de *acesso à justiça*, mas igualmente ao direito à *efetividade* e à *tempestividade da tutela jurisdicional*, numa perspectiva concretista¹⁵³.

Certo é que, o prospecto de efetividade interliga-se à segurança jurídica, conferindo-lhe fôlego e contorno novos, dando vazão ao entendimento de que é possível obter-se resultados de acordo com as “*regras do jogo*”, isto é, recorrendo-se aos institutos e meios previstos no ordenamento.

A moderna concepção do processo, baseada na busca de sua finalidade real (escopo social do processo), deve partir, enfim, da noção de conciliação da efetividade com a segurança jurídica¹⁵⁴.

Firme nessa convicção, Cândido Dinamarco ressalta que a certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição – *completitude ou efetividade da prestação jurídica do Estado* –, coincide com a segurança jurídica, enquanto fator de planificação da paz social, atendendo-se, dessa forma, ao *escopo magno do processo*¹⁵⁵.

A questão da *tempestividade do provimento judicante* assume, então, papel preponderante na propalada efetividade do processo, na *ratio* de completitude da proteção jurisdicional. Não há mais espaço, nos tempos de hoje, para a reprimenda de Carnelutti de que o *slogan* de justiça rápida e segura é uma forma de proselitismo contraditória, à vista de que se a justiça é segura, não é rápida, e vice-versa¹⁵⁶.

O desenrolar do processo em um prazo razoável é, ao contrário, fator de segurança, na acepção mais ampla desse valor.

Com respeito a isso, a legislação processual repele a utilização de

¹⁵² Cf. Fantoni Júnior, Neyton. Segurança jurídica e interpretação constitucional. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 238, ago. 1997, p. 17-18.

¹⁵³ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 160.

¹⁵⁴ Rosas, Roberto. Efetividade e instrumentalidade. Estruturação processual: caminhos de uma reforma. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 5, n. 19, abr-jun. 1997, p. 72.

¹⁵⁵ Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 237.

¹⁵⁶ Carnelutti, Francesco. *Diritto e processo*. Nápole: Morano, 1958, p. 154 *apud* Tucci, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

expedientes que impedem de se efetivar e de se oportunizar a tutela jurisdicional, a teor do que dispõem, só para exemplificar, os artigos 16 a 18, 273, inc. II, 461, 600, 879 e, mais recentemente, o renovado art. 14, *caput*, inc. V e parágrafo único, todos do Código de Processo Civil (CPC).

No âmbito recursal, o parágrafo único do art. 538, do referido Código, dispõe expressamente sobre a conduta da parte que interpõe embargos de declaração manifestamente protelatórios, entendendo-a como ofensiva ao dever de a parte proceder com lealdade¹⁵⁷.

Outra recente alteração do CPC, operada por força da Lei nº 10.173, de 9.1.2001, possibilita a preferência de tramitação dos procedimentos em que figurem pessoas com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, consagrando uma prestação judicial qualificada hábil a superação das necessidades peculiares daqueles que se encontram na fase do ciclo vital que não mais admite retardamentos¹⁵⁸.

O ideal de um processo que se desenvolve numa razoável duração de tempo pode concentrar-se na perspectiva de que o seu escopo básico de tutela de direitos será mais efetivo, ou terá maior capacidade de eliminar com justiça situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito da parte que tem razão¹⁵⁹.

Consoante se possibilita a tutela jurídica provisória, como é o caso dos provimentos *in limine* previstos na legislação vigente, que evita lesões iminentes ao direito discutido, o *devido processo* também impõe ser observado, de modo que não existam aviltamentos aos direitos tutelados pela ordem jurídica.

De outra banda, o valor *efetividade* inspira o reconhecimento de que todas as partes devem ser tratadas com condições de igualdade, dentro da relação jurídico-processual.

Avalizando-se o **caráter de celeridade que também deve ser retratada na fase recursal**, no sentido de realização da tarefa jurisdicional em prazo adequado, pode, enfim, caracterizar um valor autônomo e, assim, consubstanciar a idéia exposta por Jônatas Moreira de Paula, da necessidade de um direito de garantias sociais, calcado no trinômio **rapidez-segurança-efetividade**.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 786.

¹⁵⁸ Guerra, Gustavo Rabay. Idosos. *Correio da Paraíba*. João Pessoa, 27 jan. 2001, p. 3.

¹⁵⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 17, jul-set. 2000, p. 543.

¹⁶⁰ Paula, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Leme-SP: LED Editora de Direito, 1999, p. 26.

6. Limitações ao Duplo Grau de Jurisdição: Análise Conclusiva do Caráter Relativo do Princípio na Dogmática Processual

No campo doutrinário, persiste mesmo a controvérsia sobre o caráter garantístico do princípio. Além das opiniões já referidas, Nelson Nery Júnior ressalta não haver garantia absoluta do duplo exame, mas tão somente a previsão da via recursal¹⁶¹, ratificando a opinião daqueles que admitem a possibilidade do legislador ordinário excetuar a previsão de cabimento de recursos¹⁶².

Em verdade, a possibilidade de existência de único grau de jurisdição é tão patente, que existem ocorrências legislativas que **limitam** a apreciação da questão posta em juízo a uma única instância, como, à guisa de exemplificação, o art. 2º da Lei nº 5.584, de 26.6.1970 (com a redação que lhe deu a Lei nº 7.402, de 5.11.1985), prevê, no seu § 4º, que, excetuando-se os casos que versem sobre matéria constitucional, “*nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação*”.

No mesmo sentido, o art. 34 da Lei nº 6.830, de 22.09.1980 (Lei de Execução Fiscal), o art. 4º, da Lei nº 6.825, de 22.09.1980, relativa à Justiça Federal e, ainda, o art. 41, da Lei nº 9.099, de 26.09.1995 (dos Juizados Especiais), limitam o exercício do direito de recorrer.

Por outro lado, posiciona-se o tirocínio salutar de Lúcia Valle Figueiredo, para quem o duplo grau aparenta ser “*necessidade imperiosa dos próprios vetores constitucionais e do ordenamento jurídico*”, a par de entender que **leis que suprimam o duplo grau parecem-lhe inconstitucionais**¹⁶³.

Esse argumento encontra ressonância em Paulo Roberto Passos, cuja opinião situa o princípio sob a cobertura implícita do “*manto constitucional*”¹⁶⁴, e, ainda, em Adhemar Ferreira Maciel, que considera que

¹⁶¹ Nery Júnior, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 169.

¹⁶² Por todos, cf. Laspro, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 155; e Marques, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. Campinas: Millenium, 1998, p. 170.

¹⁶³ Figueiredo, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n.1, 1993, p. 126.

¹⁶⁴ Passos, Paulo Roberto. Algumas reflexões sobre o duplo grau de jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 69, jan-mar. 1993, p. 155.

a Constituição Federal “*garante um segundo julgamento, ainda que eventualmente pelo mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida*”.¹⁶⁵

Na mesma linha, preleciona José de Albuquerque Rocha que o “*direito ao recurso*” está garantido duplamente pela Constituição, figurando como um dos direitos fundamentais das partes à tutela jurisdicional efetiva: (I) *de modo expresse* (arts. 5º, XXXV e LV; 104, I e III, entre outros); e (II) *de modo implícito*, em decorrência da própria estrutura do Judiciário, isto é, da maneira como a competência funcional esta distribuída entre seus órgãos (juízes e tribunais), cabendo aos tribunais a competência funcional específica para julgar, preponderantemente, os recursos, o que permite deduzir a natureza constitucional dos recursos^{166 - 167}.

“*Isto quer dizer – continua o mesmo processualista –, que o direito de acesso ao Judiciário implica o direito de acesso aos recursos constitucional e legalmente previstos, ou seja, o acesso aos recursos que as normas vigentes tenham estabelecido para o caso*”, reconhecendo, entretanto, que **o acesso aos recursos instituídos pode ser limitado em face de outros direitos constitucionais, respeitado o princípio da proporcionalidade**¹⁶⁸.

A questão da **limitação do duplo grau** é, enfim, fulcral para concluir-se pela **relatividade da garantia**.

Como dito acima, a legislação infraconstitucional, em algumas poucos casos, já **oportunizou restrições à via recursal**, tal qual ocorre nos Juizados Especiais, cujas decisões, se vertidas a laudo arbitral, serão **irrecorríveis**¹⁶⁹.

Segundo afirma Alexandre Targino Falcão, é intuitivo que a sentença prolatada pelo “*juiz da transação (lato sensu)*, *desafia o recurso de*

¹⁶⁵ Maciel, Adhemar Ferreira. Do princípio constitucional ao recurso. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, 1999, p. 22.

¹⁶⁶ Rocha, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 292.

¹⁶⁷ Com respeito, exclusivamente, sobre a existência de garantia do duplo grau de jurisdição em decorrência da estrutura e atribuições das Cortes que integram o Poder Judiciário, posicionam-se da mesma forma, entre outros: Grinover, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 198, 1994, p. 40; Paula, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2000, p. 215; Silva, Alexandre Barbosa. Aspectos na admissibilidade dos recursos. In: Paula, Jônatas Luiz Moreira (org.) *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. Leme-SP: Editora de Direito, 2000, p. 67.

¹⁶⁸ Rocha, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 292.

¹⁶⁹ Verifica-se do disposto no art. 41, da Lei nº 9.099/1995, que, com relação à sentença proferida na sede dos Juizados Especiais, “*excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado*”. É assim que opina Laspro, Oreste Nestor de Souza. Os recursos no juizado especial cível. *Revista de Direito da Universidade Ibiapuera*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 103-114, 1998.

apelação”, mas existem exceções, como, à guisa de exemplo, o caso “*das sentenças proferidas nas chamadas ‘causas de alçada’ (Leis ns. 6.825 e 6.8302, ambas de 1980), bem assim a sentença no processo de justificação (art 865 c/c o art. 866 do CPC). Destas sentenças não cabe recurso para a instância superior*”.¹⁷⁰

Dessa forma, compreende Alexandre Barbosa da Silva que, apesar de assegurado constitucionalmente, em decorrência da Norma Constitucional “*informar da existência e atribuições dos Tribunais*”, a legislação infraconstitucional poderá “*regular o uso de tal direito, visando a atender a efetividade e se evitar o abuso do direito de recurso e defesa*”.¹⁷¹

Mauro Cappelletti, vestindo-se do primado da oralidade, considera que o exercício do **duplo grau jurisdicional chega a ser inconstitucional**, posto que a lentidão dos processos judiciais – recrudescida com a eventualidade de novo exame – contraria o estipulado na Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950¹⁷².

Essa opinião é sustentada por Marinoni, que elucida a questão de maneira capital:

A necessidade de um duplo juízo sobre o mérito simplesmente anula a principal vantagem da oralidade. É contraditório falar em benefícios da oralidade e pensar em um juízo repetitivo sobre o mérito, proferido por juizes que não tiveram qualquer contato com as partes e com a prova¹⁷³.

Luigi Paolo Comoglio afirma que o duplo grau de jurisdição **não se constitui em garantia absoluta no modelo constitucional brasileiro** porque a Constituição de 1988, ao privilegiar a cláusula do *due process of law* do direito norte-americano, manteve o princípio como uma *garantia implícita em nosso ordenamento*¹⁷⁴.

Esse argumento, entretanto, cai por terra quando se focaliza que os princípios

¹⁷⁰ Falcão, Alexandre Targino Gomes. A recorribilidade da sentença homologatória de transação ou conciliação. *Revista da ESMA-PB*. João Pessoa, n. 2, set. 1997, p. 49-50.

¹⁷¹ Silva, Alexandre Barbosa. Aspectos na admissibilidade dos recursos. In: Paula, Jônatas Luiz Moreira (org.) *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. Leme-SP: Editora de Direito, 2000, p. 67.

¹⁷² Cappelletti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 20.

¹⁷³ Marinoni, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Tucci, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 212.

¹⁷⁴ Comoglio, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “Giusto Processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo, n. 90, abr-jun. 1999, p. 147.

implícitos são dotados da mesma importância e força normativa dos princípios expressamente deduzidos em textos legais (art. 5º, § 2º, da Constituição).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) comunga com o entendimento de limitação ao duplo grau, adotando o posicionamento de que é possível *que o direito de recorrer inexista em alguns casos*.

O voto, a seguir transcrito, proferido pelo Min. Moreira Alves, proporciona a exata noção do que, a esse respeito, prevalece naquela Corte, *in verbis*:

Não tem razão o recorrente quando pretende que, em face do disposto no artigo 5º, LV e parágrafo 1º, da Constituição Federal, esta constitucionalizou o princípio do duplo grau de jurisdição, não mais admitindo decisões de única instância, razão por que não foi recebida pela nova ordem constitucional a Lei 5.584/70. Com efeito, **a própria Constituição admite a existência de decisões em grau único de jurisdição** não apenas nos casos que especifica, como os de ações originárias perante o Supremo Tribunal Federal, mas também genericamente, ao admitir, no artigo 102, III, recurso extraordinário nas causas decididas em única instância, quando ocorrer hipótese prevista numa das letra “a”, “b” ou “c”, do mesmo dispositivo.¹⁷⁵

Em outro julgado do STF, o Min. Sepúlveda Pertence salientou a própria necessidade de uma reflexão maior a respeito do tema, *in litteris*:

Muito recentemente, a propósito da invocação da Convenção de São José, em longo voto proferido em Plenário, tentei mostrar que a Constituição sequer garante o duplo grau de jurisdição aos processos judiciais (HC 79785, 29.03.00). E se não o garante, muito menos estará o legislador inibido a exigir, como requisito do recurso, o depósito prévio do valor da condenação.¹⁷⁶

No julgamento pretérito aludido, o STF enfrentou a matéria de maneira visceral:

(...) em relação ao ordenamento pátrio, para dar a eficácia pretendida à

¹⁷⁵ Recurso Extraordinário nº 201.297, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, publicado no Diário da Justiça da União de 05.09.1997. (Com nossos destaques).

¹⁷⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.976, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, publicado no Diário da Justiça da União de 24.11.2000.

cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei: seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogatória de normas da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema. Com efeito, creio já ter notado que, na acepção que entendo lhe deva ser atribuída, o duplo grau reclama a oponibilidade de recurso de devolução ampla à sentença da instância originária: não o satisfaz, portanto, a simples sujeição dela aos recursos de tipo extraordinário, de âmbito de cognição circunscrito à questão de jure discutida. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu.¹⁷⁷

Em julgados posteriores, confirmou-se esse entendimento, que hoje é, sem dúvida, remansoso no Tribunal¹⁷⁸.

Acena-se, então, com a percepção conclusiva de que o duplo grau de jurisdição, mesmo significando um prolongamento do direito de ação, **não se constitui em garantia absoluta**, podendo, inclusive, restringir-se a via recursal, seja em **função da efetividade** que se almeja do processo judicial, seja em função do **princípio da oralidade**.

7. Referências

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de Processo Civil na Constituição Federal. **Infojus**. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em: 1 mar. 2001.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, s.d.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre:

¹⁷⁷ *Habeas Corpus* nº 79785, publicado no *Informativo STF* n.187.

¹⁷⁸ Recurso Extraordinário nº 254.698, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, publicado no Diário da Justiça da União de 04.08.2000.

Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezione di diritto processuale civile**. v. 4. Pádua: Cedam, 1926.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápole: Morano, 1958.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. Dos princípios processuais na ciência processual contemporânea. **Anuário do Mestrado em Direito**. Recife, v. 6, 1993, p. 374.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Carlos Souza. Princípios fundamentais dos recursos e efetividade do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 301-328.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “Giusto Processo” (modeli a confronto).

COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. **Ajuris**. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/fmundialj/Preview/artigo10.html>>. Acesso em: 15 mar. 2002.

COVAS, Silvânio. O duplo grau de jurisdição. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 586-618.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999..

BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Fernando Machado da Silva Lima**. [Site de Internet]. Disponível em: <http://mx.geocities.com/profpito/segurancabarroso.html>. Acesso em: 27 mar. 2002.

FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. A recorribilidade da sentença homologatória de transação ou conciliação. **Revista da ESMA-PB**. João Pessoa, n. 2, p. 45-62, set. 1997.

FANTONI JÚNIOR, Neyton. Segurança jurídica e interpretação constitucional. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 238, p. 13-22, ago. 1997.

FERES, Carlos Alberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n.1, p. 118-126, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 198, p. 39-58, 1994.

GUERRA, Gustavo Rabay. Idosos. **Correio da Paraíba**. João Pessoa, 27 jan. 2001, p. 3.

IBAÑEZ, Perfecto Andres. Independência Y garantías de la Magistratura. **Ajuris**. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/fmundialj/Preview/artigo39.html>>. Acesso em 2 abr. 2002.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Os recursos no juizado especial cível. **Revista de Direito da Universidade Ibiapuera**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 103-114, 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Do princípio constitucional ao recurso. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 18-27, 1999.

MAGEE, Bryan. **História da filosofia**. São Paulo: Loyola, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207-233.

MARINONI, Luiz Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira (org.) **Estudos de direito contemporâneo e cidadania**. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2000, p. 13-19.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 17, p. 542-556, jul-set. 2000.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Millenium, 1998.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASSOS, Paulo Roberto. Algumas reflexões sobre o duplo grau de

jurisdição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 69, p. 155-159, jan-mar. 1993.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme-SP: LED Editora de Direito, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIZZORUSSO, Alessandro. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 33, Série II, n. 1, p. 33-58, jan-mar. 1978.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de Direitos Fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 131, p. 5-29, jul-set. 1996.

SATTA, Salvatore. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Fernando de La Rúa. Buenos Aires: EJE, 1971.

SILVA, Armindo Guedes da. **Tribunais de duplo grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Baptista da. Celeridade versus Economia Processual.

Gênesis: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 15, p. 49-55, jan-mar. 2000.

SILVA, Alexandre Barbosa. Aspectos na admissibilidade dos recursos. In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira (org.) **Estudos de direito contemporâneo e cidadania**. Leme-SP: Editora de Direito, 2000, p. 63-96.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALEZI, Michiely Aparecida Cabrera. Jurisdição e novo paradigma do direito. In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira (org.) **Estudos de direito contemporâneo e cidadania**. Leme-SP: Editora de Direito, 2000, p. 21-38.

CRISE E TRANSFORMAÇÕES DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

*Eveline Lucena Néri**

APRESENTAÇÃO DO TEMA

O atual Código Civil brasileiro, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, mais que estabelecer novas normas, veio confirmar uma tendência de grande transformação no direito privado ocidental, a qual, como veremos adiante, tem implicado no recurso crescente a valores e princípios éticos e na preocupação com a “socialização” do direito. É o que explica José de Oliveira Ascensão “As preocupações éticas que voltaram a imperar neste século levaram uma sólida corrente a exigir que cada acto fosse justificado pela sua função social. Às legislações foram incorporadas regras ditadas por esta preocupação. Pelo menos até certa altura, elas tinham porém prevalentemente um acento negativo: destinavam-se a evitar que no exercício dos direitos se sacrificassem interesses sociais. A concordância positiva, entre o interesse individual e o interesse social, é mais difícil de assegurar”.¹⁷⁹

Nesse sentido, são excelentes as palavras de Miguel Reale, então coordenador do projeto legislativo, que deu ensejo ao Código Civil de 2002, referindo-se ao exagerado formalismo do Código Civil brasileiro de 1916 e à preocupação com uma maior efetivação da justiça no projeto do novo Código Civil “O Código atual peca pelo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver mediante preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e aos demais critérios éticos. Esse espírito dogmático-formalista levou um grande mestre do porte de Pontes de Miranda a qualificar a boa-fé e a equidade como” aberrações jurídicas “, entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, por meio das normas expressas, sem apelo a princípios considerados metajurídicos. Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar-se à “concreção

* Acadêmica do 5º ano da Faculdade de Direito da UFPB

¹⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. Vol 1, Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 1997, p. 21.

jurídica”, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa.¹⁸⁰

Assim, como ensina o professor Miguel Reale com maestria, abre-se, atualmente, um importante espaço para os valores ético-jurídicos, antes considerados metajurídicos por muitos juristas, no direito privado brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros sistemas jurídicos ocidentais. É que conceitos como justiça, boa-fé e equidade deixam de ser “miragens” do direito, para serem princípios gerais e normas no caso concreto.

De modo idêntico, a doutrina dos contratos privados passa por modificações teóricas, que são refletidas na legislação. A exemplo disso, a diferença é sentida quando comparados o art. 1.079 do CC/1916 “A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.” e o art. 421 do CC/2002 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”, ambos primeiros dispositivos referentes às disposições gerais dos contratos nos respectivos códigos, os quais revelam, no primeiro, a especial atenção dada à autonomia da vontade e suas formas de manifestação, e, no segundo, a preocupação com a liberdade de contratar de ambas as partes e a, então, indispensável função social do contrato. Sobre esta conexão, leciona José de Oliveira Ascensão “Em toda a sociedade deve haver uma solidariedade que implique que a actuação de todos tenha reflexos positivos na ordem global. Pressupõe-se que cada um, no uso da sua autonomia, beneficia o conjunto”.¹⁸¹

Nesta fase de profundas mudanças na teoria contratual do direito privado, é importante realizar-se o estudo da teoria clássica contratual, para posteriormente discutir a crise de transformação porque passa esse instituto, apresentando alguns de seus principais pontos.

A teoria contratual clássica ou moderna

A teoria clássica dos contratos, como instituto jurídico dos mais importantes no direito privado ocidental, surgiu com a conformação de fatores sociológicos, políticos, econômicos e ideológicos na época moderna.

¹⁸⁰ REALE, Miguel. **As Diretrizes fundamentais do Projeto do código Civil**. Série Cadernos do CEJ, volume 20, 2002. Disponível em: www.cjf.gov.br/Publicacoes/Publicacoes.asp. Acessado em: 03/07/2004.

¹⁸¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. Vol 1, Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 1997, p. 21.

No campo filosófico, diz-se que a teoria contratual clássica ou moderna é marcada pelo individualismo jurídico, prestando-se, portanto, à valorização de todas as formas que expressam a singularidade de cada homem, bem como sua liberdade e suas vontades.

Nesse sentido, Paulo Lôbo, fazendo um paralelo entre o direito privado clássico e o direito constitucional, assevera: “O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o locus normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal”.¹⁸²

O individualismo jurídico, no âmbito da teoria clássica dos contratos, por sua vez, foi precedido e bastante influenciado por duas correntes filosóficas, quais sejam: o consensualismo e o voluntarismo.

A idéia central do princípio do consensualismo remonta ao estoicismo na Grécia antiga. De fato, os estóicos, como ensina Renato José de Moraes, já enfatizavam a obrigação moral de cumprir a palavra dada, embora sem terem elaborado a noção de contrato como conhecemos hoje.¹⁸³

Interessante notar que, apesar de o consensualismo derivar da autonomia da vontade no âmbito da doutrina jurídica dos contratos, aquele, em sua essência filosófica, foi idealizado antes desta. Isso pode ser explicado pelo fato de os estóicos terem sido racionalistas e, portanto, não haverem formado uma concepção voluntarista dos contratos.¹⁸⁴

A filosofia estóica foi desenvolvida também na Roma antiga, tendo sido Cícero um de seus maiores defensores, o qual lecionou que o homem tem o dever de cumprir sua palavra, e o juiz se ocupa de sancionar essa lei moral.¹⁸⁵

Vê-se, assim, que o caráter moralista do princípio consensualista existia desde as formulações estóicas, sendo o compromisso de respeitar as promessas um dever de justiça.

Contudo, o princípio consensualista, na sua acepção moderna, ou seja, fundado no pressuposto de que o simples consentimento das partes é suficiente

¹⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: http://www.webnewsexpress.com.br/clientes/infojus/noticia.php?_noticia=619&. Acessado em: 18/06/2004.

¹⁸³ MORAES, Renato José. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 07.

¹⁸⁴ MORAES, Renato José. *Idem*, p. 07.

¹⁸⁵ Sobre o assunto: VILLEY, Michel. **La Formation de la Pensée Juridique Moderne**. Paris : Les édition Montchertien, 1975, p.469.

à formação do contrato, posto que aquelas têm o dever de cumprir as obrigações derivadas de suas vontades livres, só foi concebido a partir dos humanistas e definitivamente acabado com os estudos da Escola de Direito Natural, à época em que o princípio da autonomia da vontade já fundamentava os contratos num modo que servisse aos anseios econômicos do liberalismo moderno.

Aqui, recorremos a Michel Villey para fazer um estudo do voluntarismo e do consensualismo.

Quanto ao voluntarismo, seus primeiros elementos foram pensados pelo teólogo franciscano Duns Scot, no fim do século XIII. Scot ensinava que Deus era o criador de tudo, inclusive da razão e que, portanto, Ele não estava subordinado a quaisquer regras da razão ou naturais.

Em consequência dessa premissa, Scot concluiu que a vontade de Deus se sobrepõe à Sua razão, e, como Deus é absolutamente bom, as coisas serão boas simplesmente porque Ele as escolheu.

O pensamento de Scot representou uma mudança significativa na teologia medieval, pois se opunha à visão thomista do mundo, que seguia a filosofia platônica e aristotélica até então dominante e sem adversária a altura.

Para Scot, a visão de São Thomas pecava por pretender submeter o poder de Deus a uma ordem natural, na medida em que acreditava ser Deus dirigido pela Sua razão ou Sua sabedoria, obrigando-lhe, assim, a agir sempre dentro de uma ordem, que era, na verdade, imaginada pela razão humana. É que “para São Thomas, existia uma certa prioridade da inteligência, sob qual se regravava a vontade, em Deus e no homem.” (tradução nossa).¹⁸⁶

Apesar de Scot haver voltado seus estudos para a teologia, sua teoria refletiu na filosofia constituindo os primeiros fundamentos do individualismo. Ele afirmava que as coisas e os indivíduos não somente possuíam matérias particulares, conforme a visão thomista, mas também tinham formas próprias.

Assim, o mundo, na visão de Scot, era composto por indivíduos e coisas singulares, diferindo da visão de mundo generalista de Platão, Aristóteles e São Thomas, classificado por espécies e baseado em formas gerais. Para Scot, o homem de que fala o Evangelho não é somente o gênero humano, tal espécie particular ou tal categoria social, mas sim cada indivíduo, posto que Deus ama cada um deles, como um pai ama distintamente seus filhos e filhas.

A teoria voluntarista de Scot foi essencial ao desenvolvimento e à defesa

¹⁸⁶ VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris : Les édition Montchertien, 1975, p. 184.

do individualismo, já que pela primeira vez uniu, mesmo que pela óptica teológica, a primazia da vontade sobre a razão e a do indivíduo sobre o gênero, realçando a liberdade individual, em detrimento de uma ordem objetiva e impessoal.

Alguns autores reconhecem, como consequência lógica dessa filosofia, uma célula de outra construção teórica essencial à solidificação do direito privado moderno, o positivismo jurídico; realmente Scot deslocou a origem das leis morais para a insondável vontade de Deus, a qual pode ser mudada, retirando-lhes o caráter imutável da ordem natural. Além disso, o conteúdo do direito deveria ser buscado nas escrituras do Evangelho.

Enquanto outros estudiosos da filosofia jurídica afirmam que Scot não se opôs verdadeiramente à tese do direito natural, porque o teólogo ainda acreditava que as leis morais tinham sempre um fundamento comum: o amor de Deus e do próximo, permitindo qualificá-las em sentido abrangente, de “naturais”.

Mas, se não há consenso sobre a origem do positivismo jurídico a partir de Duns Scot, não existe dúvida que outro monge franciscano, Guilherme Occam, na primeira metade do século XIV, firmou as bases filosóficas do positivismo jurídico moderno com sua teoria nominalista.

Segundo Occam, não existem formas comuns, nem causas finais; o mundo é formado somente por indivíduos singulares e as classificações das coisas particulares, em gêneros e espécies, não passam de conceitos, instrumentos do pensamento humano.

Note-se que, nesse ponto, Occam aprofundou a visão individualista do mundo de Scot, a qual não negava totalmente a filosofia thomista, acrescentando a idéia que toda e qualquer generalização ou classificação das coisas particulares não existe no mundo real, sendo apenas conceitos criados pelos homens, para comunicar as relações entre os seres, o que passamos a chamar de nominalismo, em oposição ao realismo aristotélico.

Com esse raciocínio, Occam chegou à conclusão que, inexistindo uma ordem social natural ou supra-individual, a ordem social é constituída por um sistema de poderes individuais subordinados uns aos outros e das leis resultantes desses poderes.

Estavam, então, lançadas as bases do individualismo e do positivismo jurídicos, todavia, embora o voluntarismo e o consensualismo, ao menos seus conteúdos centrais, tenham sido elaborados há bastante tempo, a formação da teoria clássica dos contratos, com fundamento na autonomia da vontade e no consenso das partes contratantes, só foi possível séculos depois, quando se enquadrou perfeitamente no modelo social vigente à época, o liberalismo.

Com o advento do liberalismo econômico, privilegiou-se a generalização das relações de troca, frente à intensificação da produção e das transações comerciais. Nesse sentido, a teoria dos contratos da época moderna deveria facilitar os acordos de vontade, simplificando seu modo e, portanto, ampliando também o número de indivíduos com capacidade para contratar.

Assim, o dado principal, para que se estabelecesse a teoria clássica dos contratos foi, sem dúvida, a conveniência da utilização dessa doutrina no liberalismo econômico, pois sua visão individualista do direito, sustentada pela autonomia da vontade e o consensualismo, incrementava o número de transações comerciais, na medida em que afastava a discussão acerca da justiça dos contratos segundo a equivalência das prestações, sob a premissa de que o papel do sistema jurídico era o de garantir a livre manifestação da vontade das partes, perfazendo-se o contrato com a mera união de seus consentimentos.

É o que se extrai da doutrina jurídica, pois, dentro do sistema jurídico, o contrato é espécie do negócio jurídico, sendo conceituado, nas palavras de Orlando Gomes, como “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.¹⁸⁷

No próprio conceito acima transcrito, identificamos o fim último do instituto contratual clássico, qual seja originar obrigações, com força legal, para as partes que consentiram em se obrigar por suas vontades livres.

Por outro lado, muitos doutrinadores chamam atenção para o caráter patrimonialista dessa teoria contratual, bem como de todo direito privado moderno, de modo que, onde se pretendeu realçar o indivíduo e sua liberdade, acabou-se por privilegiar a óptica patrimonialista das relações particulares e dos institutos jurídicos.

Desse modo, ensina Paulo Lôbo: “Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 11.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: http://www.webnewsexpress.com.br/clientes/infojus/noticia.php?_noticia=619&. Acessado em: 18/06/2004.

Dentro do fim último de facilitar e expandir as transações comerciais, vinculando legalmente, de modo simplificado, as obrigações privadas, e desenvolvendo seu cunho eminentemente patrimonialista, a teoria clássica contratual funda-se nos princípios da autonomia da vontade, do consensualismo, da boa-fé, da força obrigatória ou da intangibilidade do conteúdo dos contratos e da relatividade dos efeitos dos contratos.

A autonomia da vontade é o princípio norteador de toda teoria dos contratos. Ele traduz-se, no direito privado, na liberdade das partes de contratar através de sua vontade livre. Abrange, de modo amplo, a liberdade de contratar ou não, inclusive escolhendo a outra parte, a liberdade de definir livremente o conteúdo do contrato e ainda a liberdade de escolher o tipo de contrato, se típico ou atípico.

É claro que o direito ao regulamentar os contratos, desde o começo, impôs alguns limites à autonomia da vontade, mas, na concepção clássica do contrato, aqueles são mínimos, correspondendo, basicamente, ao respeito à ordem pública e aos bons costumes. Ademais, sempre foi problemática a definição, no sistema jurídico, do que são a ordem pública e os bons costumes.

Por outro lado, na referida acepção, a maioria das normas contratuais privadas tem caráter supletivo, o que significa que, somente se não estipularem as partes cláusula contratual sobre assunto disciplinado em lei, é que a referida norma legal deverá ser observada na execução do contrato.

Por sua vez, assinala o consensualismo que o simples acordo de vontades basta à formação dos contratos, prescindindo, em princípio, de instrumentalização especial. Esse princípio deriva da autonomia da vontade, pois, tendo em vista a vontade livre das partes contratantes, o mero consentimento bilateral é suficiente para obrigar as partes.

O ordenamento jurídico criou formas particulares de instrumentalização de alguns contratos, a exemplo dos contratos solenes e os contratos reais, mas são exceções que não prejudicam o princípio do consensualismo.

Interessante notar a relevância dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo na teoria clássica dos contratos, refletida no fato de quase toda sua matéria girar em torno da formação do consentimento e dos seus vícios conseqüentes da incompleta ou inexistente autonomia da vontade.

Pelo princípio da boa-fé, as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. É resultado do conteúdo moralizante emprestado aos contratos, que teve grande expressão com a influência da tese da vontade autônoma kantiana.

De acordo com o princípio da força obrigatória ou da intangibilidade do conteúdo dos contratos, fica protegido o conteúdo dos contratos e a obrigação de sua execução nos termos acordados, quando da sua constituição. Nem mesmo ao juiz permite-se modificar as cláusulas contratuais unilateralmente, sejam quais forem as circunstâncias ao tempo do adimplemento das obrigações. “Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades”.¹⁸⁹

A regra geral do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos é a de que os efeitos do contrato só atingem as partes, em outras palavras, são produzidos exclusivamente entre os contratantes, sem prejudicar ou beneficiar terceiros.

A razão desse princípio é óbvia, se o contrato se perfaz pelo consentimento das partes, proveniente de suas vontades livres, somente os contratantes devem ser tocados pelos efeitos desse acordo, tendo em vista que tais efeitos advêm da regulamentação de suas declarações de vontade.

Também esse princípio foi excepcionado com a previsão, por exemplo, da estipulação em favor de terceiro e dos contratos coletivos de trabalho, mas nada, até então, que insinuasse sua substituição.

Observa-se, assim, do estudo dos princípios basilares da teoria clássica contratual que a concepção clássica dos contratos é individualista ao conceber a autonomia da vontade como sua máxima e ao desprezar os interesses coletivos ou gerais da sociedade; é, ainda, abstrata e geral quanto à igualdade e liberdade dos contratantes, vez que se contenta com uma igualdade meramente formal entre as partes, partindo da suposição de que todos os indivíduos são livres para contratar com igual liberdade.

Crise de transformação na teoria dos contratos

Essa concepção, que parecia perfeita, vem sendo modificada, ao longo da história, perante as transformações econômicas, sociais e ideológicas, podendo-se falar mesmo em uma crise da teoria contratual clássica, e, quiçá, sua total desatualização.

A partir da Revolução Industrial, a produção em escala e a padronização dos bens e serviços criaram uma nova situação fática nas relações contratuais

¹⁸⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 38.

que foi a despersonalização dos contratos, no sentido de afastamento das partes contratantes, posto que, muitas vezes, não havia contato anterior entre estas, mas somente no momento da celebração do contrato, o que acarretou duas conseqüências imediatas: a diminuição da força moral do princípio da boa-fé contratual; a desfamiliarização do futuro adquirente com o bem ou serviço objeto da prestação contratual, aumentando, assim, a probabilidade de insatisfação com o negócio.

No entanto, a conseqüência primordial do industrialismo, a qual influenciou a crise da teoria clássica dos contratos, foi a luta dos operários por direitos trabalhistas e pelo reconhecimento e respeito a sua dignidade, o que, no campo ideológico, guiou-se pelo movimento socialista, responsável, até hoje, em grande parte, pelo gradual abandono do individualismo jurídico e pela socialização do direito.

Outro fator essencial às modificações na teoria contratual foi a ingerência estatal nos mecanismos de mercado, intensificada, especialmente após o colapso econômico de 1929, quando os governos passaram a coibir o abuso de poder econômico, regulando, para tanto, inclusive certos aspectos dos contratos privados, acarretando um decréscimo na autonomia da vontade das partes, ora em benefício da comunidade, ora para possibilitar o equilíbrio contratual, perante uma considerável diferença factual ou econômica entre ambos; e o mais importante: a intervenção do Estado não passou a ocorrer apenas em casos particulares, como o das relações de consumo ou das relações de trabalho, senão infiltrou-se em todo o direito privado através de vários institutos, a exemplo da teoria da imprevisão, provocando mesmo uma crise na teoria clássica dos contratos.

Por tudo isso, o direito privado do sistema jurídico ocidental passa, atualmente, por uma crise de teorização cuja causa principal parece ser a aproximação entre o direito público e o direito privado, na medida em que o Estado impõe normas cogentes, limitadoras da autonomia da vontade, às relações entre particulares.

Nesse sentido, são exemplares as afirmativas de Lorenzetti “No âmbito público rege a justiça distributiva, que se inspira no mesmo para a repartição de honras e ônus, dando a cada um o que lhe corresponde, segundo situações objetivas como o mérito ou o trabalho. No direito privado rege a justiça comutativa, que regulamenta o intercâmbio, e procura que o valor das coisas permutadas seja equivalente”, entretanto, completa o mesmo autor “Pode-se reconhecer que o direito privado começa a perceber o efeito distributivo das

normas jurídicas e como este efeito gravita na hora da decisão”. Isso porque, como leciona Lorenzetti, “O conflito entre indivíduos não é unicamente horizontal, não se resigna com fechar-se na estreita margem de duas esferas de interesses, pelo contrário, em muitos casos é vertical, porque se apresenta entre um indivíduo e uma organização, envolvendo problemas macrosociais, que precisam de uma análise distributiva, como acontece com a responsabilidade civil”.¹⁹⁰

Já Silvio Rodrigues, comentando Julliot de La Norandière, observa esse fenômeno nos seguintes termos “Para os autores clássicos, os preceitos inarredáveis por convenção entre particulares apresentavam-se em número muito reduzido e deviam, tanto quanto possível, constituir objeto de determinação legal. Quando o legislador não esclarecesse que certa norma se revestia de caráter cogente, ter-se-ia que entendê-la como de natureza dispositiva. Os autores modernos, ao contrário, reconhecem uma tendência no sentido de se ampliar o domínio da ordem pública, admitindo ser impossível uma enumeração taxativa de todos os seus casos, por isso sustentam que o

juiz deve ter, e de fato tem, a mais ampla liberdade para decidir se uma norma é, ou não, de ordem pública”.¹⁹¹

Essa aproximação entre o direito público e o direito privado acarretou, segundo Lorenzetti, na teoria dos contratos, três mudanças essenciais.

Primeiro, cada vez mais, se generaliza a regulamentação dos contratos privados, em detrimento do individualismo característico da teoria clássica contratual. De fato, a visão da relação contratual não é mais bilateral, ou seja, baseado nas qualidades das partes ou das coisas em cada caso concreto, senão fundamentada em atos gerais, como o de consumo, entre categorias de indivíduos, a exemplo dos consumidores e fornecedores ou os empregados e empregadores.

Segundo, na legislação contratual, são considerados não somente os interesses das partes, mas também os interesses sociais e coletivos, o que, além de limitar a autonomia das partes, acarreta ainda a elevação de princípios de ordem social, como os da boa-fé e da função social do direito, à categoria de gestores das relações privadas.

E terceiro, passou-se a privilegiar a justiça nos contratos de dois modos: primeiro, buscando-se a equivalência das coisas nas prestações das partes; segundo, procurando-se equiparar categorias de pessoas através de

¹⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 226.

¹⁹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. Vol 3, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19-20.

discriminações legais positivas.

Tendo em vista essas considerações abstraídas de Lorenzetti, surge-nos um questionamento importante, que certamente deverá ser tratado pelos teóricos quando da formulação de uma nova teoria contratual: os interesses sociais e seus conseqüentes princípios devem concorrer paralelamente para assegurar a justiça dos contratos privados ou devem ser incorporadas à própria noção de justiça contratual?

Algumas considerações sobre a justiça nos contratos privados com recurso à filosofia de Aristóteles

A relação entre justiça e direito, ao longo da história da filosofia do direito ocidental, tem mudado bastante, ora sem distingui-las essencialmente, ora para distinguindo-as, identificar pontos de intersecção, ou ainda, para, separando-as radicalmente, negar a justiça como valor jurídico.

Nesse sentido, Michel Villey observa que, a princípio, parece-nos comum apontar a justiça como fim buscado pelo direito, o que se explica, em grande parte, pela própria semelhança entre esses termos na maioria das línguas ocidentais “Disso é testemunha a nossa própria linguagem. Associamos os dois vocábulos” justiça “e” direito, referindo-se à língua francesa, e continua, afirmando que “No grego é ainda mais claro: encontra-se a palavra *To Dikaion*, que nas traduções francesas aparecem ora como” direito “, ora como” justo “, porque as duas noções se reduzem a uma só, no pensamento grego”.¹⁹²

Posteriormente, na filosofia do direito moderno, influenciada pelo positivismo, muitos autores passaram ver a Justiça como conceito incerto ou mesmo inexpressivo.

Assim, Villey ensina que, segundo a doutrina (extremamente representativa) chamada neopositivismo, o termo justiça não leva a nenhum dado verificável.

O mesmo autor relata que, num terceiro momento, a definição de justiça aproximou-se do idealismo, que admitiu extrair a filosofia da razão pura objetiva, tornando, assim, a justiça num sonho de igualdade e, simultaneamente, sonho de liberdade. E, conclui Villey “Ora se a justiça assim entendida alimenta as plataformas revolucionárias, a tarefa quotidiana do juiz nada tem a ver com a

¹⁹² VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito*; tradução de Alcides Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977, p. 46.

conquista destes ideais, prontamente irrealizáveis. Entre a Justiça do idealismo e, por outro lado, a administração da justiça (com j minúsculo) há de agora em diante uma cisão, um abismo entre Justiça e direito”.¹⁹³

Aristóteles, por outro lado, concebeu a justiça não como sonho, senão como algo de concreto, deveras presente na moral e na sociedade ateniense, em sua época. Conforme Villey “Para Aristóteles a palavra justiça não leva a uma utopia, a um estado de coisa ideal; mas a qualquer coisa de real, uma virtude, uma atividade, uma ou, como se verá, várias espécies de comportamentos”.¹⁹⁴

Na sua obra mais completa acerca do tema justiça, *Ética a Nicômacos*, Aristóteles, trata-a como uma excelência moral ou virtude, devendo-se, pois, entendê-la de acordo com essa filosofia.

Inicialmente, Aristóteles afirma que toda a atividade e todo o propósito tendem a uma finalidade, sendo que esta pode ser idêntica à própria atividade ou ser resultado dessa atividade. No último caso, haveria também um fim último, supremo e desejado por si só: o melhor dos bens. Assim, Aristóteles ensina “Se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, e se não escolhermos tudo por causa de algo mais (se fosse assim, o processo seguiria até o infinito, de tal forma que nosso desejo seria vazio e vão), evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens”.¹⁹⁵ Na visão aristotélica, conhecer esse bem, fim de tudo, é importante não somente para os indivíduos particularmente, mas para a *pólis*, pois é a finalidade mesma da ciência política “embora seja desejável atingir a finalidade apenas para um único homem, é mais nobilitante e mais divino atingi-la para uma nação ou para as cidades. Sendo este o objetivo de nossa investigação, tal investigação é de certo modo o estudo da ciência política”.¹⁹⁶

Mas que bem supremo é esse? Aristóteles, utilizando-se da dialética, recorda que a maioria dos homens (aqui se entenda, principalmente, os homens comuns) quanto aqueles mais qualificados, afirmam ser a felicidade esse bem, entretanto as opiniões são variadas quanto ao significado da felicidade.

¹⁹³ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito*; tradução de Alcides Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977, p. 46.

¹⁹⁴ VILLEY, Michel. *Idem*, p. 46.

¹⁹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*; tradução de Mário da Gama Kury. 4.ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 1094 a 18-22.

¹⁹⁶ ARISTÓTELES. *Idem*, 1094 b 10-13

Para o filósofo, primeiro, a felicidade é o bem auto-suficiente, não em relação ao homem solitário, mas a um grupo social, e auto-suficiente no sentido de não carecer de qualquer outra coisa. Diz Aristóteles: “Quando falamos em auto-suficiente não queremos aludir àquilo que é suficiente apenas para um homem isolado, para alguém que leva uma vida solitária, mas também para seus pais, filhos, esposa e, em geral, para

seus amigos e concidadãos, pois o homem é por natureza um animal social”¹⁹⁷ e continua “auto-suficiente pode ser definido como aquilo que, em si, torna a vida desejável por não ser carente de coisa alguma, e isto em nossa opinião é a felicidade”.¹⁹⁸

Segundo, a felicidade a que o filósofo se refere é o bem dos homens e, portanto, deve ser entendida tendo em vista a função peculiar ao homem, a qual, nas palavras de Aristóteles “é um certo modo de vida, e este é constituído de uma atividade ou de ações da alma que pressupõem o uso da razão, e a função própria de um homem bom é o bom e nobilitante exercício desta atividade ou a prática destas ações, se qualquer ação é bem executada de acordo com a forma de excelência adequada”.¹⁹⁹ Perceba-se que a felicidade aristotélica é algo de concreto, pois corresponde a uma atividade adequada à excelência suprema, atividade essa coordenada pela razão e praticada habitualmente.

Terceiro, o homem feliz deve viver bem e comportar-se bem, pois sendo a felicidade “a atividade conforme à excelência”²⁰⁰ ela é agradável por si própria, já que “a vida de atividade conforme à excelência é agradável em si, pois o prazer é uma disposição da alma, e o agradável para cada pessoa é aquilo que se costuma dizer que ela ama”²⁰¹, mais do que isso, a ação conforme à excelência é boa e bela, ou seja, naturalmente agradável, logo “a felicidade é o melhor, mais belo e mais agradável dos bens”.²⁰²

Quarto, embora a felicidade não se confunda com bens como o dinheiro, a beleza e outros, Aristóteles admiti-os como bens exteriores cuja ausência dificulta e, às vezes, praticamente impossibilita o exercício da atividade conforme à excelência, porém, o filósofo com isso não subordina a felicidade à ventura, porque acredita que o homem feliz, mesmo diante das vicissitudes da vida,

¹⁹⁷ ARISTÓTELES. Idem, 1097 b 5-9.

¹⁹⁸ ARISTÓTELES. Idem, 1097 b 12-14.

¹⁹⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*; tradução de Mário da Gama Kury. 4.ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 1098 a 12-16.

²⁰⁰ ARISTÓTELES. Idem, 1098 b 38.

²⁰¹ ARISTÓTELES. Idem, 1099 a 5-7.

²⁰² ARISTÓTELES. Idem, 1099 a 25-26.

possa viver e conduzir-se bem “sustentamos que as pessoas realmente boas e sábias suportarão dignamente todos os tipos de vicissitudes, e sempre agirão da maneira mais nobilitante possível diante das circunstâncias”.²⁰³

Posteriormente, o filósofo passa a explicar que existem dois tipos de excelência, ou na tradução da maioria dos autores, de “virtudes”: a intelectual e a moral. A primeira é muito mais uma disposição da alma, porque nascemos com ela em potencialidade, o que nos permite desenvolvê-la com a ajuda da instrução e a repetição. Já as excelências morais só as adquirimos, executando-as, sendo, portanto, resultado do hábito. É o que ensina o filósofo “em relação a todas as faculdades que nos vêm por natureza recebemos primeiro a potencialidade, e somente mais tarde exibimos a atividade (isto é claro no caso dos sentidos, pois não foi por ver repetidamente ou repetidamente ouvir que adquirimos estes sentidos; ao contrário, já os tínhamos antes de começar a usufruí-los, e não passamos a tê-los por usufruí-los); quanto às várias formas de excelência moral, todavia, adquirimo-las por havê-las efetivamente praticado, tal como fazemos com as artes”.²⁰⁴ É por isso que o sentido da expressão “disposição moral”, que é utilizada por Aristóteles, não significa uma inclinação natural de determinado homem a agir de tal modo, senão uma previsibilidade do comportamento deste tendo em vista o seu modo de viver. Isso é o que apreendemos desta afirmação “Em uma palavra, nossas disposições morais resultam das atividades correspondentes às mesmas. É por isto que devemos desenvolver nossas atividades de uma maneira predeterminada, pois nossas disposições morais correspondem às diferenças entre nossas atividades”.²⁰⁵ Posteriormente, no entanto, ele diz que a excelência moral é também uma disposição da alma “A excelência moral, então, é uma disposição da alma relacionada com a escolha de ações e emoções, disposição esta consistente num meio termo (o meio termo relativo a nós) determinado pela razão (a razão graças à qual um homem dotado de discernimento o determinaria). Trata-se de um estado intermediário, porque nas várias formas de deficiência moral há falta ou excesso do que é conveniente tanto nas emoções quanto nas ações, enquanto a excelência moral encontra e prefere o meio termo. Logo, a respeito do que ela é, ou seja, a definição que expressa a sua essência, a excelência moral é um meio termo, mas com referência ao que é melhor e

²⁰³ ARISTÓTELES. Idem, 1100 b 28-30.

²⁰⁴ ARISTÓTELES. Idem, 1103 a 28-35.

²⁰⁵ ARISTÓTELES. Idem, 1103 b 24-28.

conforme ao bem ela é um extremo”.²⁰⁶

Sendo as excelências morais, por sua vez, de diversas espécies, Aristóteles passa a tratá-las especificamente, cabendo à justiça todo o Livro V da *Ética a Nicômacos*.

Aristóteles ensina que as disposições da alma, como são as virtudes, não podem acarretar coisas contrárias, isto é, se levam a um certo resultado, não podem levar ao resultado contrário. Daí, o filósofo vislumbra dois modos de se identificar uma disposição da alma: contrapondo-a à disposição que lhe é contrária; ou observando-a nas pessoas em que elas se manifestam, visto que os atos concorrentes a determinada disposição operam sempre num mesmo sentido, como explica Aristóteles “a circunstância de termos saúde não resulta de fazermos o que é contrário à saúde, e sim o que é saudável, e dizemos que um homem caminha saudavelmente quando ele caminha como caminham os homens saudáveis”.²⁰⁷

Desse modo, se através do seu oposto podemos conhecer uma disposição, por meio de todos os seus contrários é possível conhecer todas as acepções daquela, pois sendo seu contrário ambíguo, será também ambígua a disposição contraposta.

Quanto à injustiça, para o filósofo, há dois significados: aquilo que infringe a lei e aquilo que é iníquo ou desigual. Assim, são duas também as acepções da justiça, as quais correspondem ao legal e ao igual.

O homem justo, nessa segunda acepção, é aquele que somente deseja ter o que lhe é devido, não ambicionando o melhor em relação aos bens. Aqui, cabem algumas explicações. Primeiro, a característica principal dessa espécie de justiça é que ela diz respeito a bens, sendo o indivíduo correto ou iníquo em relação a bens. Segundo, não são bens quaisquer, mas aqueles de que dependem a prosperidade e a adversidade, ou de outra forma, com os quais se obtêm vantagens ou desvantagens. Terceiro, o homem iníquo pode querer tanto o mais quanto o menos, dependendo do objeto a ser escolhido, pois quando opta pelo menor dos males, de certa forma, deseja um bem.

A justiça que se assemelha ao correto em relação a bens, ou em outras palavras, a justiça particular, subdividi-se em dois tipos: a justiça distributiva e a justiça corretiva.

²⁰⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*; tradução de Mário da Gama Kury. 4.^a edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 1106 b 39-48.

²⁰⁷ ARISTÓTELES. Idem, 1129 a 5-7.

A primeira é explicada por Aristóteles “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa”.²⁰⁸

Vê-se, pois, que na justiça distributiva devem ser levadas em conta as características das pessoas quando da divisão dos bens através de uma igualdade proporcional, sendo o critério discriminador adotado pelo filósofo o mérito “aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo “de acordo com o mérito de cada uma”; de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas identificam a circunstância de a distribuição dever ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência”²⁰⁹.

Aristóteles apresenta, por outro lado, a justiça corretiva: “a outra espécie é a que desempenha uma função corretiva nas relações entre as pessoas. Esta última se subdivide em duas: algumas relações são voluntárias e outras são involuntárias; são voluntárias a venda, a compra, o empréstimo a juros, o penhor, o empréstimo sem juros, o depósito e a locação (estas relações são chamadas voluntárias porque sua origem é voluntária); das involuntárias, algumas são sub-reptícias (como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o desvio de escravos, o assassinio traiçoeiro, o falso testemunho), e outras são violentas, como o assalto, a prisão, o homicídio, o roubo, a mutilação, a injúria e o ultraje”.²¹⁰

Na justiça corretiva, em que se enquadram as relações contratuais, diz-se que não interessam as qualidades das partes envolvidas, sendo a igualdade aritmética representativa de uma efetiva equivalência das prestações ou dos bens. Leciona Aristóteles “Mas a justiça nas relações privadas é de fato uma espécie de igualdade, e a injustiça nessas relações é uma espécie de desigualdade, mas não conforme a espécie de proporção mencionada acima, e sim conforme a proporção aritmética”.²¹¹

²⁰⁸ ARISTÓTELES. Idem, 1131 a 1-5.

²⁰⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*; tradução de Mário da Gama Kury. 4.^a edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 1131 a 36-43.

²¹⁰ ARISTÓTELES. Idem, 1131 a 6-15.

²¹¹ ARISTÓTELES. Idem, 1132 a 9-13.

O justo é ainda aquele que age conforme a lei, já que os homens que infringem a lei parecem injustos, como assevera Aristóteles “Como as pessoas que infringem as leis parecem injustas e as cumpridoras da lei parecem justas, evidentemente todos os atos conforme à lei são justos em certo sentido; com efeito, os atos estipulados pela arte de legislar são conformes à lei, e dizemos que cada um deles é justo”.²¹²

Mas afinal, se as virtudes e, sendo assim, a justiça, como vimos, não pode levar a resultados contrários, deve haver algum elemento peculiar e comum às várias espécies de justiça, que as caracterize genericamente.

Esse elemento parece ser o conteúdo social da justiça, porque aquele que é justo é virtuoso não só consigo, mas com os outros. É o que comenta também Tércio Sampaio sobre a filosofia aristotélica “Neste sentido, a justiça é uma virtude completa, exatamente porque ela se exerce nas relações com os semelhantes”.²¹³

Tal elemento, todavia, não pode ser confundido com a referência de Aristóteles à justiça universal, quando, diferenciando da justiça particular em que o igual diz respeito a bens, ensina que aquela corresponde ao justo em relação a pessoas.

Nesse sentido, refere-se Aristóteles “Pela mesma razão considera-se que a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o” bem dos outros”; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade”.²¹⁴

Além disso, como observa Tércio Sampaio, “Na Retórica (I, 13,1373 b 18) diz Aristóteles que se pode agir justa ou injustamente ou em relação à comunidade ou a um indivíduo determinado”.²¹⁵

Assim, não se pode afirmar que, na filosofia aristotélica, os interesses sociais devam fazer parte do justo em relação aos contratos privados, pois, especialmente quanto à justiça corretiva, Aristóteles, fala muito mais, como vimos, numa equivalência de prestações, por meio de uma igualdade aritmética.

²¹² ARISTÓTELES. *Idem*, 1129 b 12-15.

²¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

²¹⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**; tradução de Mário da Gama Kury. 4.^a edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 1130 a 14-18.

²¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

Portanto, os interesses sociais e a justiça nos contratos, pelo menos com respeito à filosofia aristotélica, devem ser princípios e normas no caso concreto complementares no instituto jurídico dos contratos, em vez de, como se poderia imaginar, estarem contidos na noção de justiça corretiva.

Conclusão

De fato, a teoria contratual clássica passa por uma crise de transformação, que indica sua desatualização e a progressiva formulação de uma nova teoria dos contratos privados.

São provas dessas modificações, não somente a incorporação de certas doutrinas que valorizam o respeito à equivalência nas prestações objeto de contrato, como a da teoria da imprevisão, mas também, e, sobretudo, os próprios instrumentos normativos, como o CDC e o CC/2002.

Dentre os valores éticos ressaltados neste período de mutação, a justiça nos contratos e a equidade são uns dos mais destacados, merecendo, portanto, ser aprofundado pelos filósofos do direito e juristas, tendo em vista a elaboração de uma nova teoria contratual.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**; tradução de Mário da Gama Kury. 4.^a edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. Vol 1, Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. São Paulo: Atlas, 2002

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://www.webnewsexpress.com.br/clientes/infojus/>

noticia.php?_noticia=619&. Acessado em: 18/06/2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Renato José. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. **As Diretrizes fundamentais do Projeto do código Civil**. Série Cadernos do CEJ, volume 20, 2002. Disponível em: www.cjf.gov.br/Publicacoes/Publicacoes.asp. Acessado em: 03/07/2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. Vol 3, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito**; tradução de Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. **La Formation de la Pensée Juridique Moderne**. Paris : Les édition Montchertien, 1975.

SEGURIDADE SOCIAL E CIDADANIA (NOTAS SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO)*

*Edilson Pereira Nobre Júnior***

1. Palavras iniciais e esboço expositivo

Inicialmente, cumprimento o Dr. José Tarcísio Jerônimo, digníssimo presidente desta seleta mesa, bem como os colegas de exposição, Professor Marcos Araújo e o Dr. Manoel Medeiros.

Apraz-me felicitar as entidades patrocinadoras deste evento, em razão do êxito alcançado de aproximar a comunidade com o órgão jurisdicional que, nesta cidade, hoje passa a ter funcionamento. Igualmente, gostaria de agradecer ao Dr. Ivan Lira de Carvalho, colega de Justiça Federal e de magistério, pelo convite que me fora formulado, a fim de realizar esta breve exposição.

Grande é a responsabilidade de abordar tema inerente à cidadania no cálido solo do Município de Mossoró (RN) ante a solidez do pioneirismo desta comuna na abolição da escravatura, representado pelo dia 30 de setembro de 1883²¹⁶, e na concretização do direito de sufrágio feminino no ano de 1927²¹⁷.

Alargando a proposição da coordenação científica, relativa à previdência social e cidadania, abordarei a temática perante um conjunto maior, qual seja a seguridade social como um todo, a qual abrange como espécie a atuação

* Escrito a consubstanciar exposição no painel “Previdência Social e cidadania. Visão jurídica. Críticas e perspectivas”, que teve lugar no Auditório Vingt-un Rosado, em Mossoró/RN, por ocasião do Seminário Jurídico Comemorativo da instalação da Vara Federal daquele Município, patrocinado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

** Juiz Federal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE (mestrado e doutorado). Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

²¹⁶ De fato, por iniciativa da Sociedade Libertadora Mossoroense, criada pela Loja Maçônica 24 de junho, foi dirigido ofício à Câmara Municipal, com a comunicação de que ao meio-dia de 30 de setembro de 1883 seriam libertados todos os escravos existentes no território do Município de Mossoró, o que de fato aconteceu.

²¹⁷ A partir da sanção, em 25 de outubro de 1927, pelo Dr. José Augusto Bezerra de Medeiros, então Governador do Estado, do projeto, de autoria do Deputado Adauto da Câmara, que resultou na Lei 660, a qual, regulamentando o Serviço Eleitoral na referida unidade federativa, estatuiu não mais persistir distinção de sexo para o exercício do sufrágio ativo e passivo, verificou-se, no dia 27 de novembro do mesmo ano, requerimento de inscrição eleitoral subscrito pela professora Celina Guimarães Viana, obtendo, no mesmo dia, despacho de deferimento do Dr. Israel Ferreira Nunes, Juiz da Comarca de Mossoró com atribuições eleitorais.

previdenciária, englobando também o direito à saúde e à assistência social. O objetivo principal, dada a vastidão a explorar, recairá na ingente missão que os agentes do Judiciário possuem na concretização dos princípios que, nesse campo, positivou o Constituinte de 1988.

Procederei à divisão em três etapas, consistentes na visualização de um conceito recente de cidadania, passando, em seguida, à relevância que a Constituição vigente tributou à seguridade social para, ao depois, aportar na satisfatória atuação da magistratura como implementadora desses ideais magnos como faceta da qualidade de cidadão.

2. A cidadania e seu novo significado.

A rápida evolução por que vem passando o direito público foi responsável, nos dias atuais, pela alteração do conceito de cidadania, o qual restou sensivelmente alargado. A concepção vigente na antiguidade greco-romana hoje é insuficiente para defini-la. Idem os alicerces emanados do constitucionalismo liberal.

Dois são os fatores que demarcam essa assertiva. De início, não pode deixar de ser referida a presente vastidão de seu lastro subjetivo. Enquanto, na Grécia, a cidadania, como atributo de participação política, tinha sua abrangência restrita a poucos habitantes, já que dela não gozavam os metecos (estrangeiros) e escravos²¹⁸, e, com pequenas nuances distintivas, em Roma, o status civitatis se notabilizava pelo nascimento em seu território, acrescido do status libertatis e da naturalização²¹⁹, o atual momento vivenciado pelos sistemas jurídicos dos

²¹⁸ Notícia John Gilissen (*Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 74) que, em Atenas, haveria cerca de 40.000 cidadãos, ou 6.000, de acordo com determinadas fontes, ao passo que existiam centenas de milhares de metecos e escravos.

²¹⁹ Os graus do direito de cidadania – impende notar – não ostentavam a mesma intensidade, tripartindo-se, com decrescentes privilégios, conforme se tratasse dos *cives* ou quirites, dos latinos e dos peregrinos. Relata Othon Sidou (*Personalidade II. In: Enciclopédia Saraiva do Direito*, n. 58, ano 1977, p. 217-218) haver prevalecido, durante certo tempo, a concepção de que os plebeus não seriam titulares de direitos políticos nem privados, não podendo ter propriedade romana e não se encontravam sujeitos ao pátrio poder. No particular dos estrangeiros ou peregrinos, a cidadania resultava da naturalização, que poderia ser parcial, abarcando apenas alguns direitos, ou completa, passando o naturalizado a plenamente integrar a comunidade dos cidadãos, com todos os direitos destes, apontando-se como dotada de relevo a *Constitutio Antoniniana*, de 212 d.C., através da qual o Imperador Antonino Caracala igualou todos os habitantes livres do mundo romano, de sorte a não mais se falar na distinção entre quirites, latinos e peregrinos. Desse conjunto estavam alijados apenas os escravos.

povos ocidentais faz o conceito recair sobre a inabalável idéia da dignidade da pessoa humana, cuja consagração, em solo pátrio, fora inaugurada pela Constituição de 1988 (art. 1º, III)²²⁰.

Segundo Jorge de Miranda²²¹, a unidade de sentido, valor e concordância prática conferida pela Constituição ao sistema de direitos fundamentais, repousa na dignidade da pessoa humana que, demais de forjar a concepção de que a pessoa é o fundamento e o fim do Estado, constitui a fonte donde promanam os direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos econômicos, sociais e culturais.

Desse modo, a só qualidade de ser humano é, só por só, suficiente para que alguém possa ser considerado cidadão, não podendo tal qualidade ser excluída por motivos de idade, sexo, raça e semelhantes, proscrevendo-se o abominável instituto da escravidão, que perdurara nalguns países mesmo após a proclamação de que os homens nascem livres e iguais em direito, contida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

Num segundo plano, não se pode deixar de notar que, ao se falar de cidadania, não se está apenas querendo reportar-se ao direito de atuação política, manifestado pelas capacidades de sufrágio ativa e passiva, restrição conceptual que, para fins didáticos, ainda persiste registrada em valiosas

²²⁰ A dignidade da pessoa humana é de ser considerada como vértice do direito constitucional hodierno. Prova disso é a sua previsão em inúmeras constituições promulgadas a partir do segundo pós-guerra. Basta que sejam compulsados os textos das Constituições da Itália de 1947 (art. 3º), Alemanha de 1949 (art. 1.1), Portugal de 1976 (art. 1º), Espanha de 1978 (art. 10), Croácia de 1990 (art. 25), Bulgária de 1991 (Preâmbulo), Romênia de 1991 (art. 1º), Letônia de 1991 (art. 1º), Eslovênia de 1991 (art. 21), Estônia de 1992 (art. 10º), Lituânia de 1992 (art. 21), Eslováquia de 1992 (art. 12), República Tcheca de 1992 (Preâmbulo), Rússia de 1993 (art. 21), Hungria de 1949 (art. 54), Índia de 1950 (Preâmbulo), Venezuela de 1999 (Preâmbulo), Grécia de 1975 (art. 2º), China de 1982 (art. 38), Namíbia de 1990 (Preâmbulo e art. 8º), Colômbia de 1991 (art. 1º), Cabo Verde de 1992 (art. 1º), Peru de 1993 (art. 1º), Polônia de 1997 (art. 30) e África do Sul de 1996 (arts. 1º, 10º e 39). A Constituição do Chile de 1980, com a redação da reforma de 1997, apesar de não empregar o vocábulo dignidade, acolhe-o quando declara, no seu art. 1º, que o Estado está a serviço da pessoa humana. Na França, a ausência de menção expressa no seu bloco de constitucionalidade fora suprida pelo labor do Conselho Constitucional, que vislumbra a dignidade da pessoa humana como valor constitucional implícito, servindo de *arrêt de principe* a DC 94-343-344, proferida em 27 de julho de 1994. Por sua vez, o Projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, na sua Parte II (Título I, art. II – 1º), proclama: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. No direito brasileiro o princípio alcançou desenvolvimento doutrinário nos ensaios de Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002) e Eduardo Ramalho Rabenhorst (*Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001).

²²¹ *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV, p. 180-181.

obras de direito constitucional²²². Ademais, a própria participação no governo do país, não se pode deixar de registrar, não mais se circunscreve ao direito de votar e ser votado, englobando também o direito de tomar parte no cotidiano da administração, conforme revela o chamado direito administrativo participativo.

A cidadania, igualmente, não se basta com a mera titularidade de direitos fundamentais de defesa ou liberdade, ou com a garantia da limitação do poder estatal, bases fundantes do conceito clássico de constituição.

Torna-se indispensável que ao indivíduo sejam assegurados não somente direitos que restrinjam a intervenção do Estado na esfera individual, mas, simultaneamente, àquele garantam a fruição de determinadas prestações, estatais ou particulares, decorrentes da atuação do Poder Público no campo econômico e social.

Não foi à toa que o Constituinte mexicano de 31 de janeiro de 1917, a quem coube o pioneirismo no constitucionalismo social, legou-nos uma nova definição de constituição, qual seja a de que a garantia da democracia não somente pressupõe “uma estrutura jurídica e um regime político, mas também um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural do povo”. Isso sem contar, recentemente, com o advento dos denominados direitos de terceira geração, de que constituem exemplos o direito ao meio ambiente sadio e à proteção dos consumidores.

Nessa linha, o conceito de cidadania, já agora pertencente a todo ser humano, demais de ultrapassar as fronteiras do direito de sufrágio, requer o

²²² Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 98-99), Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 237) e José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 305). As Constituições portuguesas de 23 de setembro de 1822 (art. 21º), de 29 de abril de 1826 (art. 7º) e de 04 de abril de 1838 (art. 6º) atribuíam a denominação de cidadãos àqueles que pudessem ser considerados portugueses, confundindo cidadania com nacionalidade, mas excluindo de tal universo os escravos. Entre nós, de modo idêntico a Carta Constitucional de 25 de março de 1824 (art. 6º). Isso sem esquecer que a concepção prevalecente durante o século XIX propendia à consagração do sufrágio censitário em detrimento do universal, tanto no que concernia à prerrogativa de votar quanto de ser votado, como se obtém dos arts. 94, nº 1º, e 95, nº 1º, ambos da nossa Constituição Imperial. A justificativa dessa idéia consta de reflexão de Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. In: KUGELMAS, Eduardo (org.). *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2002. 688 p. (Coleção Formadores do Brasil), p. 269), assim exposta: “Uma certa propriedade é, com efeito, ao menos em regra geral, uma prova ou sinal de certa educação, inteligência, interesse pela causa pública e conseqüente independência de caráter e de opiniões. São, pois, as garantias desde então exigidas em escala mais alta, como condições indeclináveis em atenção ao bem-estar e à segurança política do Estado e de suas instituições. É nas eleições que está a base a mais segura do sistema, e moralidade constitucional: cumpre, pois, que essa base seja firme”.

respeito dos direitos fundamentais em sua integralidade e não só aqueles de defesa ou liberdade (primeira geração). Daí que, nessa vertente, aquela compreende, inegavelmente, também o direito de acesso à seguridade social.

Essa percepção não escapou, nas plagas germânicas, a Karl Larenz²²³. Este, ao tratar dos princípios jurídicos aplicáveis à comunidade, destaca o do nivelamento social, a reclamar que a sociedade ajude aqueles que, em consequência de fatores alheios à sua vontade, como catástrofe ou ruína de determinado ramo da atividade econômica, perderam seu modo de subsistir ou seus bens. Oportuna, segundo penso, a transcrição de parcela do pensamento do referido autor: “Solidariedade, auxílio e, em parte coletiva, auto-ajuda, existem na criação de instituições como a seguridade social, o seguro desemprego, a previsão estatal da sanidade e de tudo que está em conexão com ela. Trata-se de uma previsão para a velhice, a enfermidade, os acidentes de trabalho e outras vicissitudes da vida; uma previsão, que o indivíduo, isolado, nas circunstâncias da vida atual, não poderia obter. A concepção moderna do Estado exige que este assuma esta tarefa e não abandone a seu destino aqueles que não podem assegurar-se por si mesmo um modo de vida suficiente. O princípio do Estado social, consagrado na Lei Fundamental, significa, sem dúvida, este grande âmbito da ação estatal no cuidado da existência e da previsão”²²⁴.

O próprio cânon da dignidade da pessoa humana reclama a garantia, em prol do indivíduo, de um mínimo vital, havendo, com precisão, Joaquín Arce y Flórez-Valdés²²⁵ afirmado que uma de suas múltiplas maneiras de concretização está na repugnância à negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa, ou a imposição de condições subumanas de vida.

Nessa mesma linha, Ernest Benda²²⁶, à luz do art. 1.1 da Lei Fundamental de Bonn, sustenta que a dignidade da pessoa humana vai além de impedir que

²²³ *Derecho justo – fundamentos de etica juridica*. Madri: Civitas, 1993. p.147-148. Tradução: Luis Díez-Picazo.

²²⁴ “Solidariedad, auxilio y en parte colectiva autoayuda existe en la creación de instituciones como la seguridad social, el seguro de desempleo, la previsión estatal de la sanidad y todo lo que está en conexión con ello. Se trata de una previsión para la vejez, la enfermedad, los accidentes de trabajo y otras vicisitudes de la vida; una previsión, que el individuo, aislado, en las circunstancias de la vida actual, no podría lograr. La concepción moderna del Estado exige que el Estado asuma esta tarea y que no abandone a su destino a quienes no pueden asegurarse por sí mismos de un modo suficiente. El principio del Estado social, consagrado en la Ley Fundamental, significa sin dudu este gran ámbito de la acción estatal en el cuidado de la existencia y la previsión”. (op. cit., p. 147).

²²⁵ *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. 1. ed. Madri: Civitas, 1990. p. 149.

²²⁶ Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto *et alii*. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996. p. 126.

o Estado despoje o indivíduo dos recursos indispensáveis à sua subsistência, servindo de esteio ainda para que a este seja assegurada prestação adequada à manutenção de sua existência material.

Não excessivo ainda recordar, a esse respeito, a também abalizada percepção de Humberto Nogueira Alcalá, ao frisar que “a pessoa, em virtude de sua dignidade, converte-se em fim do Estado: o Estado está ao serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem-comum, para o qual deve contribuir para criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional sua realização espiritual e material possível”²²⁷.

Ultimados esses comentários, passar-se-á doravante ao destaque, no sistema jurídico patrial, do inquebrantável liame entre cidadania e seguridade social.

3. Algumas manifestações constitucionais.

Superados os estádios do mutualismo e dos seguros privados, a assunção, pelo Estado, da missão securitária não é nova, centrando-se, salvo equívoco, na famosa Lei dos Pobres da Inglaterra do século XVII e que, portanto, precede até mesmo o surgimento do Estado Liberal²²⁸. Desenvolveu-se, ao final do século XIX, e, em compasso com Mozart Victor Russomano²²⁹, divide-se em três períodos, a saber: a) o de formação, iniciado em 1883, com os seguros sociais instituídos na Alemanha sob o governo de Bismarck, a qual vai até o

²²⁷ “La persona, em virtud de sua dignidad se convierte em fin del Estado: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible...” (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales e culturales. Revista Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 2, 2003. Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-hnal1.htm>. Acesso em: 09 jun. 2003). Ao sintetizar as diretrizes básicas do princípio, Jorge de Miranda (*Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV, p. 183 e 193) alude à procura da qualidade de vida, a qual está ligada a promoção do aumento do bem-estar social e econômico das pessoas menos favorecidas.

²²⁸ Há quem, como é o caso de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, aponte a origem da participação do Estado na seguridade social há tempos remotíssimos, mais precisamente na antiguidade oriental. São as palavras dos autores: “No Egito, 2100 anos a. C., no curso da XI dinastia, o famoso Discurso do Camponês Eloquentemente declara as obrigações dos Funcionários do Estado: agir como pai dos órfãos, marido das viúvas e irmão dos abandonados; prevenir o roubo e proteger os miseráveis; julgar imparcialmente e não afirmar falsidades; promover um estado de harmonia e prosperidade que ninguém possa sofrer fome, frio ou sede” (*Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I, p. 571).

²²⁹ *Curso de Previdência Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 11-13.

final da primeira grande guerra (1918); b) o de expansão geográfica, compreendido entre o Tratado de Versalhes (1919) até o término da segunda conflagração mundial (1945); c) o de transformação, consistente na afirmação do conceito de seguridade social, pelo acréscimo dos riscos cobertos, pela melhoria das condições de concessão dos benefícios, pela extensão das prestações à generalidade da população e pela tendência em transferir ao Estado a responsabilidade global do seu custeio. Poder-se-á, com facilidade, acrescentar um quarto período, contemporâneo ao final do século XX e início do atual, a ser denominado de fase de crise da seguridade social, coincidente com o quebrantamento do Estado Social e cujos reflexos atingem com maior vigor os países ditos periféricos²³⁰.

Entre nós, a preocupação da seguridade social como instrumento à cidadania ganhou um maior relevo com o texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988²³¹. Afora a menção à dignidade da pessoa humana, de igual maneira foram erigidos a objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil pelo seu art. 3º, I e III, a construção de uma sociedade justa e solidária, juntamente com a erradicação da pobreza e da marginalização.

E, como se não bastasse, o tratamento detalhado dos princípios inerentes à seguridade social constitui formidável amostra da inquietação que o tema carrou ao Constituinte.

De logo, ressalte-se, no art. 194, parágrafo único, I, a universalidade da cobertura e do atendimento, a ser compreendida nos seus aspectos objetivo e subjetivo. Daí decorre, inicialmente, que a atuação da seguridade social não se dá apenas diante da configuração de contingência, mas também ante o estado de necessidade do cidadão. Noutro passo, tem-se que a aplicação daquela não se limita aos trabalhadores, mas à população como um todo.

Logo em seguida, vê-se a exigência de trato equivalente, no que toca aos benefícios e serviços postos à disposição das populações urbana e rural, o que é de ser reputado como uma expressão tópica do postulado da isonomia.

Com vistas a garantir a manutenção das condições necessárias à subsistência dos aposentados, previu-se a irredutibilidade do valor dos benefícios,

²³⁰ Cf. a leitura de Francisco Cavalcanti (*O novo regime previdenciário dos servidores públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999. p. 13-17), ao apontar as causas da mudança de perfil do Estado brasileiro, o que teve importantes reflexos no plano previdenciário.

²³¹ De apontar que a atenção com a seguridade social também restou presente, embora com menor ênfase, nas Constituições de 1934 (art. 121, §1º, alínea h, e §§3º e 8º), 1937 (art. 137, alíneas l e m), 1946 (art. 157, XIV a XVII), 1967 (art. 158, XV a XVIII, e XX, §§1º e 2º) e 1969 (art. 165, XV e XVI, XIX e XX, e parágrafo único, e EC 12/78).

a qual, demais de garantida a percepção de salário mínimo para os benefícios que substituam o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho assalariado (art. 201, §§5º e 6º), é integrada, nos termos do art. 201, §4º, da Lei Maior, pela observância do valor real, e não meramente nominal, das prestações.

É certo que a aferição do valor real não assegura ao aposentado ou pensionista a possibilidade de ter o seu benefício reajustado pelo índice que entender devido, ou por aquele que denotar a maior perda de poder aquisitivo. Tal escolha compete, grosso modo, ao legislador, na esteira da compreensão que o Pretório Excelso emprestou à expressão “conforme critérios definidos em lei”, constante da parte final do art. 201, §4º, da Constituição²³².

Isso, contudo, não implica dizer que o titular da atividade legislativa, ao seu talante, possa escolher qualquer índice. Está vedada a opção por indexadores que, totalmente alheios à realidade, sejam incapazes de garantir um mínimo de acompanhamento da perda do poder aquisitivo. Do contrário, estar-se-á esvaziando o comando magno que, ao tratar da irredutibilidade, atentou para o valor real do benefício.

Importante inovação, que prestigia a participação popular no exercício da função administrativa, consiste no caráter democrático da gestão securitária, a ser desempenhada mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados, o que foi objeto de desenvolvimento pela Lei 8.212/91 (arts. 6º a 8º), ao instituir o Conselho Nacional da Seguridade Social. O mesmo fora previsto quanto à saúde (art. 198, III, CF) e à assistência social (art. 204, II, CF), conforme as Leis nº 8.142/90 (art. 1º) e nº 8.742/93 (art.17), que criaram o Conselho de Saúde e o Conselho Nacional de Assistência Social, respectivamente.

Não olvidar o acesso à saúde como direito de todos e dever do Estado, a quem cabe implementar políticas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doença e à acessibilidade universal às ações e serviços que patrocina nessa área.

Digna de encômios a inserção, no âmbito constitucional (art. 203, IV e V, CF), da preocupação com a outorga de níveis mínimos de subsistência do cidadão não integrante do sistema previdenciário, cujo ingresso necessariamente depende de contribuição, através da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, com vistas à promoção de sua integração à vida social, juntamente com a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria

²³² Cf. RE 234.202 – 9 – RJ (1ª Turma, ac. un., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 16-04-99).

subsistência, ou de tê-la provida por sua família – prestação disciplinada pela Lei 8.742/93 (art. 20).

O Constituinte de 1988 não se circunscreveu à mera enunciação de direitos. Cuidou, de igual forma, em prever mecanismos voltados à eficaz concretização do alcance de uma seguridade social satisfatória.

Muito embora não inserto no Título VIII da Lei Máxima, dedicado à ordem social, pode-se citar, como poderoso incremento à realização plena da cidadania, mediante o amparo da seguridade social, o direito de informação, consagrado no art. 5º, XXXIII, daquela, que, projetando-se com maior amplitude do que as tradicionais liberdades de expressão e de pensamento, assegura aos cidadãos o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral.

Dessarte, incumbe ao Estado informar aos cidadãos, com meios eficientes, os seus direitos subjetivos no âmbito securitário, finalidade cuja construção deve principiar pelos estabelecimentos de ensino médio públicos e privados, através da inserção de referências em disciplina complementar dos respectivos currículos, sem prejuízo da manutenção, pelos órgãos administrativos competentes, de serviço de esclarecimento à população sobre os respectivos direitos.

A importância vital do direito à informação está no fato de, somente a partir do conhecimento pelos cidadãos, principalmente os de baixos rendimentos, dos seus direitos subjetivos, é que a tutela destes, nas vias administrativa e judicial, poderá ser desempenhada a contento.

Assinalando a crucial importância do direito à informação como mecanismo de acesso à proteção jurídica na sociedade hodierna, ensina, com muita propriedade, Jorge de Miranda: “A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são violados ou restringidos”²³³.

Ao lado do direito de receber informações adequadas do Estado, viceja a facilitação do acesso à justiça, a ser concretizada tanto através da implementação de serviços de assistência judiciária (art. 5º, LXXV, CF) como de juizados especiais federais para o julgamento das causas de menor

²³³ A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.) *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 284.

complexidade (art. 98, parágrafo único, CF)²³⁴, com as quais se identificam, na sua grande maioria, os pleitos dos segurados do regime geral de previdência social. Idem a previsão do art. 109, §3º, da CF, ao permitir que o segurado possa, se assim desejar, ajuizar demandas nas comarcas que não sejam sede de vara federal, aproximando-o, desse modo, da garantia de tutela judicial.

Vistos, sem pretensão exaustiva, os pontos de aproximação do cidadão com a seguridade social, estabelecidos pela Lei Maior vigente, passaremos à sua satisfatória realização no deslinde dos casos concretos pelo Judiciário.

4. A concretização da seguridade social como instrumento da cidadania: o contributo pretoriano.

Passados, aproximadamente, quinze anos da promulgação da nossa atual Lei Máxima, pode-se observar que o acesso do cidadão à seguridade social fora objeto de zeloso resguardo pela jurisdição. Para tanto, contribuiu – e bastante – a percepção de que a seguridade social, não podendo ser dissociada do elenco dos direitos fundamentais, usufrui da prerrogativa destes de vincular a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e do próprio Judiciário.

Princípio por destacar o relevo conferido ao direito à saúde, previsto no art. 196 da CF – norma cuja interpretação pôs em evidência o legado de sua maior efetividade, obscurecendo o caráter meramente programático apontado nos moldes da doutrina tradicional.

Prova insofismável disso está no(a): a) Agravo Regimental no RE 271.286 – RS²³⁵, ao manter-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que assegurou a hipossuficiente, acometido pelo vírus HIV, o fornecimento gratuito, pelo Estado, de medicamentos, salientando-se que o direito à saúde, como conseqüência indissociável do direito à vida, impõe ao Poder Público encargo intransponível, pena de grave omissão inconstitucional; b) MS 8.740 – DF²³⁶, onde se entendeu, também com base no art. 196 da CF, ser inadmissível a generalização do campo de incidência da norma que veda ao Estado a

²³⁴ O dispositivo, acrescido pela EC 22/99, foi regulamentado pela Lei 10.259/01.

²³⁵ 2ª T., ac. un., rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24-11-00, p. 101. O dever de fornecimento de substâncias medicamentosas foi renovado pelo Superior Tribunal de Justiça noutras hipóteses de doenças de relevante gravidade (1a. T., ac. un., REsp 430.526 – SP, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28-10-02, p. 245; 1a. T., ROMS 13.452 – MG, ac. un., rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 07-10-02, p. 172; 1a. T., ROMS 11.183 – PR, ac. un., rel. Min. José Delgado, DJU de 04-09-00, p. 121).

²³⁶ STJ, 1ª S., mv, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 09-02-03, p. 127.

concessão de auxílio financeiro para tratamento médico fora do país, em detrimento daqueles que não podem obter, dentro de nossas fronteiras, processo de cura a garantir as condições mínimas de sobrevivência digna, de modo que, não havendo no território nacional equipamento terapêutico adequado ao combate de determinada enfermidade (in casu, mielomeningocele infantil), há justificativa para que o Estado despenda recursos para tanto; c) MC 6.515 – RS ²³⁷, ao asseverar-se que o direito da saúde, demais de sua proteção jurisdicional não se encontrar submetida ao prévio exaurimento da via administrativa, assegura ao menor enfermo, nos termos dos arts. 7º, 98, I, e 101, IV, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito ao efetivo tratamento médico, inclusive com o fornecimento gratuito de medicamentos.

Outro importante contributo foi o tendente à ratificação, no plano previdenciário, do ponto de vista que preconiza a eficácia imediata das disposições constitucionais que enunciem direitos não submetidos à interpositio legislatoris. Foi a hipótese da auto-aplicabilidade dos §§ 5º e 6º do art. 201 da CF, ao prescreverem o salário mínimo como piso para os benefícios que substituem o salário-de-contribuição (auxílio-doença), ou o rendimento do trabalho assalariado (aposentadorias e pensão) e a equivalência da gratificação natalina ao valor do correspondente benefício de prestação continuada²³⁸.

Duas outras manifestações, advindas do Pretório Excelso, ainda podem ser mencionadas, sem temor de ofensa à brevidade da exposição. Principie-se pela Reclamação 1.257 – RS ²³⁹, onde se entendeu que a vedação à antecipação de tutela, prevista no art. 1º da Lei 9.494/97, não se aplica aos benefícios previdenciários. Ao assim deliberar, movido pelo ponto de vista de que as normas restritivas de direitos não podem ser interpretadas com ampliações, permitiu o Supremo Tribunal Federal que os juízes e tribunais ordinários pudessem antecipar, desde que presentes os requisitos do art. 273 do CPC, a utilidade perseguida pela parte, o que, na seara previdenciária, é de imensa valia nos casos de pensão e aposentadoria por invalidez, onde do lado de fora da liça o segurado e seus dependentes se defrontam com a imperiosa necessidade de garantia de sua subsistência.

Noutro passo, tem-se o decidido na ADIN 1.946 – DF²⁴⁰, oportunidade

²³⁷ STJ, 1ª T., ac. un., rel. José Delgado, DJU de 20-10-03, p. 00174.

²³⁸ Constituem exemplos o RE 186.417 – RS (1ª T., ac. un., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22-09-95, p. 30.651) e o AI no Agravo Regimental 396.695 - RJ (2ª T., ac. un., rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 06-02-03, p. 39).

²³⁹ Pleno, ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 07-02-03, p. 00025.

²⁴⁰ Pleno, ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 16-05-03, p. 00090.

em que se firmou orientação, no sentido de ser ofertada exegese conforme à Constituição, afastando-se do âmbito de aplicação do limite de valor dos benefícios, fixado pelo art. 14 da EC 20/98, o salário-maternidade. Caso assim não fosse, demais de restar facilitada, no deficiente mercado de trabalho, a opção pelo trabalhador do sexo masculino, estar-se-ia, por via oblíqua, limitando-se o salário da trabalhadora do sexo feminino no então quantitativo de R\$ 1.200,00. A invocação do art. 7º, XXX, da Lei Fundamental, à guisa de interpretação sistêmica, fez com que se compreendesse que referido teto não deveria ser aplicado ao salário-maternidade.

Muito extenso, o legado jurisprudencial na matéria pode ser exemplificado da seguinte maneira: a) pela ratificação do princípio da retroatividade benéfica da lei previdenciária, com base no qual admitiu a aplicação às pensões já deferidas do percentual de 100%, instituído pela Lei 9.032/95, ao dar nova redação ao art. 75 da Lei 8.213/91²⁴¹; b) não aceitação da perda da qualidade de segurado, como causa obstativa de aposentadoria por invalidez ou pensão, nas situações em que a interrupção do pagamento de contribuições previdenciárias decorra de enfermidade que acometeu o segurado e não de ato voluntário²⁴²; c) flexibilização da adstrição do juiz ao pedido, permitindo-se, em face da relevância social da matéria e da hipossuficiência da parte requerente, que o juiz defira aposentadoria por invalidez ao invés de auxílio-acidente²⁴³, ou prestação assistencial no lugar de aposentadoria por invalidez²⁴⁴; d) abrandamento, no tocante aos segurados rurais, do rigorismo do art. 55, §3º, da Lei 8.213/91, ao exigir início de prova material para a comprovação de tempo

²⁴¹ REsp 353.562 – AL (6ª. T., ac. un., rel. Min. Vicente Leal, DJU de 16-09-02, p. 00239), AGA 538.856 – SP (5ª. T., ac. un., rel. Min. Félix Fischer, DJU de 08-03-04, p. 00321), REsp 514.004 – PB (5ª T., ac. un., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 08-09-03, p. 00362) e EREsp 238.816 – SC (3ª S., ac. un., rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17-02-03, p. 00222). Não se alegue que, em assim decidindo, violou-se o cânon da irretroatividade. Absolutamente. O sistema pátrio não consagra a proscrição da retroatividade, mas o paradigma da eficácia imediata da lei nova (art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil), o qual cede ante as hipóteses constitucionais nas quais não admitidas quaisquer retroações, quais sejam a garantia da lei prévia no âmbito penal (art. 5º, XL, CF), a irretroatividade tributária (art. 150, III, *a*, CF) e o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF). De salientar também que, *in casu*, não se pode cogitar nos precedentes citados de maltrato a ato jurídico perfeito, o qual poderia ser vislumbrado no ato concessivo de pensão, já que o Supremo Tribunal Federal (Súmula 654) entende que o art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, dirige-se à defesa do cidadão e não do Estado.

²⁴² REsp 170.761 – SP (6ª. T., ac. un., rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 15-10-98, p. 00158) e REsp 137.844 – SP (5ª. T., ac. un., rel. Min. Félix Fischer, DJU de 13-12-99, p. 00168).

²⁴³ REsp 541.695 – DF (6ª. T., ac. un., rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 01-03-04, p. 00209).

²⁴⁴ REsp 180.461 – SP (5ª. T., ac. un., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 06-12-99, p. 00110) e REsp 193.110 – SP (6ª. T., ac. un., rel. Min. Vicente Leal, DJU de 01-03-99, p. 00416).

de serviço, através da consideração, para esse fim, de declaração de ex-empregador, de certidão de casamento ou título de eleitor no qual seja mencionada a condição de agricultor, como se percebe dos precedentes que deram ensejo à Súmula 147 – STJ²⁴⁵, inclusive quanto ao cônjuge da parte requerente²⁴⁶; e) asseguração aos servidores públicos federais, que tiveram seu liame celetista transformado em estatutário, do direito adquirido à conversão em comum do tempo especial trabalhado à época em que inseridos no regime geral de previdência social²⁴⁷; f) ampliação do leque das atividades tidas como especiais, de modo a permitir que outras, além das especificadas em regulamento, sejam reconhecidas como insalubres, perigosas ou penosas, desde que tais qualidades resultem de prova pericial²⁴⁸; g) exame da possibilidade de reabilitação, em sede de pleito de aposentadoria por invalidez, realizado não somente em atenção às condições físicas do segurado, mas sobretudo à instrução do segurado e aos fatores reais do mercado de trabalho²⁴⁹; h) preservação do direito da segurada rural ao salário maternidade, com o afastamento do prazo de caducidade previsto na Lei 8.861/94, que alterou a redação do art. 71 da Lei 8.213/91, em virtude de sua inconstitucionalidade, quer pela ausência de tal condicionamento pelo art. 7º, XVIII, da Lei Básica, quer pelo fato do referido dispositivo legal haver incidido em discriminação arbitrária²⁵⁰; i) reconhecimento, com apoio no art. 3º, IV, e 5º, I, ambos da Constituição, do direito à pensão de companheiros

²⁴⁵ AI 47.993 – 5 – SP (5ª T., ac. un., rel. Min. Flaquer Scartezini, RSTJ 66/24), REsp 71.703 – SP (5ª T., ac. un., rel. Min. Costa Lima, DJU de 16-10-95, p. 34.689) e REsp 59.876 – SP (6ª T., ac. un., rel. Min. Vicente Leal, DJU de 19-06-95).

²⁴⁶ REsp 354771 - PR (5ª T., ac. un., rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 15/04/2002, p. 249) e REsp 548156 - CE (6ª T., ac. un., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 09/12/2003, p. 365).

²⁴⁷ TRF 5ª, 1ª T., AMS n.º 67696-PB, rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, v.u., DJU 16/03/2001, p. 698; TRF 5ª, 2ª T., AMS 66428-PB, rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, v.u., DJU 10/11/2000, p. 485; TRF 5ª, 3ª T., AMS 67355-PB, rel. Des. Federal Rivalvo Costa, v.u., DJU 29.12.2000, p. 223; TRF 5ª, 4ª T., AMS 67176-PB, rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, v.u., DJU 01/06/2001, p. 560; STJ, 5ª T., RESP 307670/PB, rel. Min. Edson Vidigal, v.u., DJU 18/06/2001, p. 180; STJ, 6ª T., REsp 311624-PB, rel. Min. Vicente Leal, v.u., DJU 18/06/2001, p. 210).

²⁴⁸ Conferir o teor da Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento”.

²⁴⁹ AC 17373 – 6 – SC (TRF, 4ª Reg., 1ª T., ac. un., rel. Juiz Ari Pargendler, DJU - II de 08-11-89), AC 2.652 – 0 (TRF, 4ª Reg., 1ª T., ac. un., rel. Juiz Ari Pargendler, DJU – II de 03-10-89, p. 11.452) e AC 287 – 7 (TRF, 4ª Reg., 2ª T., ac. un., rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJU – II de 03-10-89, p. 11.456).

²⁵⁰ AC 768301 – SP (TRF, 3ª Reg., 5ª T., ac. un., rel. Juiz André Nabarrete, DJU de 10/09/2002, p. 733), AC 730518 – SP (TRF, 3ª Reg., 5ª T., ac. un., rel. Juiz André Nabarrete, DJU de 17/06/2006, p. 200) e AC 498420 – SP (TRF, 3ª Reg., 8ª T., ac. un., rel. Juíza Vera Lucia Jucovsky, DJU de 02/12/2003, p. 384).

homossexuais, colmatando-se lacuna legal com vistas à adequação do ordenamento jurídico à realidade social²⁵¹.

A despeito das demonstrações acima, não posso olvidar posicionamento jurisprudencial majoritário que destoa da inclinação em legar ao cidadão pronta tutela securitária. Tal é consubstanciado na não admissibilidade da legitimação do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em matéria previdenciária²⁵². Vem respaldado no argumento de que não se discute direito difuso ou coletivo, bem como não se está dentre as hipóteses descritas pelo art. 1º, I a V, da Lei 7.347/85.

Com o devido respeito, penso que esse ponto de vista necessita de urgente revisão. O direito à tutela previdenciária, não é exagerado afirmar, embora cronologicamente coetâneo dos movimentos que implicaram no surgimento dos direitos sociais, configura um direito fundamental de terceira geração, decorrente do direito à vida, no qual se insere o direito à qualidade de vida²⁵³. Dessa maneira, pertence a todos e à coletividade. Basta que, de maneira atenta, observe-se a dicção do art. 194, primeira parte, da CF.

O acréscimo de parágrafo único ao art. 1º da Lei 7.437/85, em decorrência da MP 1.984 – 24/00, excluindo da província da ação civil pública direitos cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, como acontece com as prestações da previdência social, não prejudica nossa conclusão.

Isso porque a restrição advém de medida provisória, instrumento legislativo não idôneo para veicular prescrição de natureza processual, havendo, nesse particular, a EC 32/01 trazido a lume dispositivo de caráter interpretativo – e, portanto, capaz de incidir sobre as medidas provisórias editadas anteriormente –, ao acrescentar vedação material ao art. 62, §1º, I, b, da CF²⁵⁴.

Essa crítica não desfigura a importância vital que o labor da judicatura pátria teve, a partir de 05-10-88, na acessibilidade do cidadão à seguridade social. Inolvidável, no atual estágio da civilização jurídica, que os direitos

²⁵¹ Sem menosprezo ao vários arestos nessa direção, tenho por paradigmático a motivação expendida em voto condutor da Des. Margarida Cantarelli na AC 238842 – RN (TRF, 5ª Reg., 1ª T., ac. un., DJU 13/03/2002, p.1163).

²⁵² AGREsp 502610 - SC (STJ, 5ª T, ac. un., rel. Félix Fischer, DJU 26/04/2004, p. 196) e REsp 399244 – RS, (STJ, 6ª T., ac. un., rel. Hamilton Carvalhido, DJU de 15/03/2004, p. 307).

²⁵³ À nota de rodapé 9 à Introdução do livro *A Era dos Direitos* (5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, p. 12), Bobbio, em referência a A. E. Pérez, sustenta que este inclui o direito à qualidade de vida entre os direitos fundamentais de terceira geração, com o qual a tutela previdenciária mantém forte liame.

²⁵⁴ EDREsp 450.809 - RS (STJ, Corte Especial, ac. un., rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 09/02/2004). Sobre o mesmo tema, conferir censura constante na passagem do voto do Min. Sepúlveda Pertence, na ADIN 1.910-1 – DF, (STF, TP, ac. un., DJU de 24/02/2004).

fundamentais têm de receber tutela judicial, pena de, em assim não ocorrendo, perderem a sua preceptiva condição de direitos.

Não é demasiado recordar passagem da introdução à conferência de Ferdinand Lassale, intitulada “O que é uma Constituição”, elaborada em 1908 por Fraz Mehring, ao realçar citação premonitória de historiador prussiano, consoante a qual: “Enquanto os direitos fundamentais não se encontrarem amparados pela proteção judicial, nada se oporá à interpretação omnímota do governo, dono e senhor da qualificação das normas constitucionais mais importantes e desembaraçadas de princípios de alcance geral, carentes, portanto, de força obrigatória”²⁵⁵.

Procedendo-se a cotejo dessa lição com o direito fundamental à seguridade social, tem-se que os juízes e tribunais vêm, nestas plagas, cumprindo o papel que deles a sociedade espera, o que é realizado com o destaque para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana.

Eis, em síntese, o que tinha para expor. Muito obrigado.

²⁵⁵ *O que é uma Constituição?*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. p. 18. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira.

**O ESTUDO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO
PROCESSUAL COLETIVO COMUM BRASILEIRO ²⁵⁶ .**

Autor: Marcelo Weick Pogliese*
weick@uol.com.br

I - Introdução

O Direito Constitucional, assim entendido como ramo da ciência jurídica, tem como hipótese, dentre as suas possíveis contribuições, aprimorar a “Custódia da Constituição²⁵⁷”, seja a partir da ampliação das pesquisas no campo da hermenêutica constitucional, seja através do aprofundamento do estudo dos modelos e formas de aferição da constitucionalidade de atos inferiores.

Assim, o controle de constitucionalidade assume papel primordial dentro da chamada Jurisdição Constitucional²⁵⁸ e, por essa razão, o estudo acurado de seu sistema, de suas modalidades, do seu *modus operandi* e, principalmente, de seus entraves e suas dificuldades é mais do que necessário; torna-se essencial, portanto, para a manutenção da premissa *jus dogmática* da “supralegalidade constitucional, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania” (BONAVIDES, 2000, p. 77).

A pesquisa que será desenvolvida a seguir visa compreender uma dessas peculiaridades desafiadoras dos fiscais da constitucionalidade no Brasil, qual

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Professor do Curso de Direito do IESP
Professor da Fundação Escola do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte
Ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba
Membro e Secretário Geral da Comissão de Ensino Jurídico – OAB/PB
Sócio do Escritório de Advocacia Rogério Varela, Felipe Negreiros & Advogados Associados S/C

²⁵⁶ Texto objeto de apresentação em Seminário desenvolvido na disciplina de Jurisdição Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito, nível Mestrado, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, ministrada pelo Professor Doutor e Juiz Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR.

²⁵⁷ Terminologia utilizada pelo Professor Oswaldo Luiz Palu para se contrapor às expressões ‘defesa’ e ‘proteção’ que, na posição do autor, apresentariam muitas variantes; segundo ele, exprimiriam idéias subjetivas como o “amor do poder à Constituição, o caráter, juramento, poder etc.”, sobre as quais, portanto, não se extrai a clareza e a definição que se fazem necessárias. (PALU, 1999, p77).

²⁵⁸ Sobre a matéria, mister de faz ressaltar que a doutrina nacional possui excelentes contribuições, dentre elas, Vide: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição*

seja, a análise da possibilidade de controle de constitucionalidade no Direito Processual Coletivo Comum, aqui compreendido como sendo o “conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais que se destina à tutela jurisdicional do direito subjetivo comum em sentido amplo”, com enfoque na “resolução das lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude – é, portanto, a proteção de direito coletivo subjetivo” (ALMEIDA, 2003, p. 140).

Em suma, o que se pretende investigar é como se processa, se isto é possível, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em sede de ações de proteção de direitos subjetivos difusos e coletivos, como exemplos, na ação civil pública, na ação popular e nas ações coletivas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

II. O Direito Processual Coletivo Comum brasileiro e a amplitude de suas decisões.

Muito embora já existissem, antes da Constituição de 1988, no plano infraconstitucional, diplomas legais nacionais que regulavam certos instrumentos processuais para a tutela de direito difusos e coletivos, como é o caso da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985)²⁵⁹, a Carta Política de 1988 foi, realmente, o marco normativo para a criação e consolidação, no Brasil, de um verdadeiro direito processual coletivo comum.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, além de recepcionar em seu texto a própria Ação Civil Pública, gerou, em seu seio, o mandado de segurança e o mandado de injunção, nas suas respectivas modalidades coletivas, bem como dilatou o âmbito material da ação popular.

Como se ainda não bastasse, a *Lex Fundamentalis* trouxe consigo uma série de princípios informadores à consolidação do direito processual coletivo comum, como acontece com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso amplo à justiça.

A grande contribuição do direito processual coletivo reside na quebra de inúmeras barreiras quanto às noções tradicionais do processo civil; uma

²⁵⁹ Como bem salienta o Professor ÉDIS MILARÉ, “até a edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a tarefa da ordem jurídica estava voltada a harmonizar, basicamente, os conflitos interindividuais, ou entre grupos bem delineados e restritos de pessoas, próprios de uma sociedade predominantemente agrária e artesanal, e, portanto, muito diversa da nossa”.

verdadeira revolução nas questões de legitimidade, normas de procedimento e atuação dos juízes, como também uma reavaliação dos efeitos e da amplitude das decisões judiciais, tudo no afã de propiciar que os chamados, na expressão de CAPPELLETTI e GARTH, “litígios de direito público” possam atingir seu verdadeiro objetivo, qual seja, a efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Sobre o ponto de vista das decisões proferidas em sede de ações de índole difusa e coletiva é importante consignar que, sob o prisma da instrumentalidade do processo, estas tem o dever de “*propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso)*” (DINAMARCO, 2000, p. 298).

Ora, na medida em que os órgãos jurisdicionais são chamados para solucionar uma controvérsia na seara difusa ou coletiva, suas decisões hão de atingir, a partir do juízo de valor positivo ou negativo do direito subjetivo invocado, os grupos e pessoas direta ou indiretamente nela envolvidas, de maneira a assegurar a plena concretização dos comandos ali textualizados.

Especificamente sobre a amplitude das decisões em sede de direito processual coletivo, sabe-se que as proferidas para a proteção de direitos difusos e individuais homogêneos produzirão efeitos *erga omnes*²⁶⁰ e, a de direitos coletivos, serão dotadas de resultados *ultra partes*, ou seja, abrangendo todo o grupo, categoria ou classe de pessoas que se enquadrem na situação em exame, mesmo que alguns não externem sua vontade expressa de delas fazerem parte.²⁶¹

A Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 16, prescreve explicitamente que a sua sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

²⁶⁰ Salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, situação em que qualquer legitimado, inclusive o que propôs a ação julgada improcedente por insuficiência de provas, poderá ajuizar outra com idêntica causa de pedir, valendo-se, contudo, de novo elemento probatório.

²⁶¹ Como bem pontua o Professor MARCELO ABELHA RODRIGUES, “*tem-se um efeito secundário no caso de procedência das demandas coletivas, consistente numa extensão dos limites da coisa julgada para fins de ações individuais fincadas em elementos comuns da causa de pedir difusa ou coletiva, ou seja: proferida uma decisão para a defesa de direito difuso, além da autoridade da coisa julgada sobre o objeto difuso, que alcançará todos os seus titulares, também existirá autoridade sobre os motivos da decisão apenas para beneficiar os indivíduos que venham propor demandas individuais com fulcro no mesmo fato gerador que deu origem à demanda difusa*”. In: Procedimentos Especiais Cíveis e Legislação Extravagante. *Ação Civil Pública*. Farias, Cristiano Chaves de. e DIDIER Jr., Fredie (Coords). São Paulo: Editora Saraiva, 2003. página 449.

Todavia, na visão da maioria dos processualistas, a redação do art. 16 do mencionado diploma legal trouxe uma série de indefinições quanto ao verdadeiro âmbito espacial da coisa julgada nas ações coletivas, ainda mais no instante em que aquela é inserida dentro de um novo contexto constitucional, o que a faz, obrigatoriamente, procurar fundamento de validade nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

A problemática trazida pelo art. 16, da Lei nº 7.347/85 reside em algumas situações, como é o caso da sentença de improcedência da ação civil pública (não se aplicando aí a exceção da insuficiência de provas). Nessa hipótese todo e qualquer indivíduo que tivesse sofrido algum dano decorrente de atos praticados pelo réu da ação civil pública julgada improcedente – atos aqueles adstritos ao objeto da mencionada demanda – estariam impedidos de reivindicar o resguardo de seus interesses subjetivos em ações individuais por eles próprios, porventura, ajuizadas, em decorrência da coisa julgada *erga omnes*.

Algumas tentativas legislativas, umas para melhor e outras para pior, foram postas em prática para aperfeiçoar os efeitos das decisões proferidas em sede de ação coletivas.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) estendeu a proibição da coisa julgada *erga omnes* para todos os demais casos de improcedência da ação coletiva. Nas palavras de MARCELO DAWALIBI, “em relação aos indivíduos titulares de interesses que coincidem com o interesse difuso ou coletivo defendido na ação civil pública, mais adequado seria dizer que a sentença faz coisa julgada **pro omnes**, uma vez que somente poderá beneficiar os interessados individuais, nunca prejudicá-los”.

DAWALIBI apresenta, de forma resumida, os desfechos da ação civil pública, com o advento da Lei nº 8.078/90: “a) o processo é extinto sem julgamento de mérito, ou seja por sentença terminativa: a decisão não fará coisa julgada material, mas apenas formal, a exemplo do que ocorre nas demais ações; b) o pedido é julgado improcedente por deficiência de provas: a sentença, igualmente, não fará coisa julgada material, podendo o autor ou qualquer outro co-legitimado propor ação idêntica; c) o pedido é julgado improcedente por outro motivo que não a deficiência de provas: a sentença fará coisa julgada material *erga omnes* (ou *ultra partes*), mas apenas em relação aos legitimados ativos para a ação civil pública. Os interessados individuais, componentes do grupo determinado ou indeterminado de pessoas representado na ação civil pública, não serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, valendo o princípio geral res

*inter alios iudicata nullum aliis praeiudicium facient; d) o pedido é julgado procedente: a sentença fará coisa julgada erga omnes (ou ultra partes) em sua plenitude, inclusive para beneficiar os interessados individuais, que não precisarão ajuizar ações para a defesa de seus interesses, bastando, para tanto, que promovam a liquidação de seu crédito e a execução do mesmo (conforme o art. 103, §3º, in fine, do CDC)”.*²⁶²

Noutra banda, agora em sentido inverso, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, editou uma Medida Provisória, a de nº 1.570 (26 de março de 1997), posteriormente transformada na Lei nº 9.494/97, alterando o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, buscando reduzir a abrangência dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, para limitá-los dentro da competência territorial do órgão prolator.

Além da forte reprovação quanto à forma como o tema em si foi analisado e superando a terrível casuística que cercou a edição da medida provisória e a vindoura lei – ambas supracitadas –, mister se faz registrar que a tentativa de limitação territorial dos efeitos nas ações coletivas não logrou o êxito almejado, posto que sua amplitude ainda persiste na tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, por força do que dispõe o art. 103, do Código de Defesa do Consumidor e da própria interpretação sistemática do direito processual coletivo comum brasileiro.

Conclui-se, portanto, que a essência do caráter *erga omnes e ultra partes* das decisões proferidas em sede de ações coletivas advém da própria natureza dos bens jurídicos respectivamente tutelados e, portanto, a elas se encontram imanentes, sob pena de, em não o fazendo, restar infrutífera todo o sistema de defesa jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

III – Os Controles de Constitucionalidade Difuso e Concentrado: Uma breve abordagem comparativa

Como bem salienta o Professor MAURO CAPPELLETI, “tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma hierarquia das leis, e de garanti-la.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 11).

A supremacia do Texto Constitucional – em sua forma escrita e rígida – é, portanto, a consagração da idéia de que, no plano interno do Estado, há um

²⁶² Idem. Ibidem. página 578/579.

ordenamento jurídico segundo o qual “desde as simples normas contratuais, estabelecidas entre particulares, até a Constituição Nacional, forma-se, desta maneira, uma autêntica pirâmide jurídica, na qual a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade da norma que a suspende”. (Pensamento do Professor Goffredo da Silva Teles Júnior, citado em BASTOS, 2002, p.624).

Para a harmonização desse complexo sistema uno e concatenado de normas, faz-se necessária a utilização de instrumentos de prevenção e/ou repressão através dos quais deverão ser banidas as desconformidades – aqui entendidas como o “conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a Constituição e isso em uma relação de caráter normativo e valorativo” (MIRANDA, 1985, p. 274).

O controle de constitucionalidade, portanto, é considerado um dos instrumentos mais importantes para a garantia da característica imperativa da Constituição. Nesse sentido, “*onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente do Poder Legislativo*”. (FERREIRA FILHO, 2000. p. 03).

Seja qual for o sistema de fiscalização adotado – preventivo ou repressivo/político ou jurídico –, tal controle tem como finalidade “garantir a unidade intrassistêmica, eliminando os fatores de desagregação e ruptura, que são as leis e atos normativos que se opõem ao Texto Constitucional, conflitando com seus princípios e comandos” (VELOSO, 1999, p. 18).

O controle de constitucionalidade brasileiro, eminentemente jurisdicional, desenvolveu-se através da congregação de dois métodos: o difuso e o concentrado (também conhecidos como, respectivamente, via de defesa e de ação).

O método concentrado alberga, como o próprio nome diz, a idéia de que o poder de controle encontra-se sob a égide de um único órgão jurisdicional. Esse tem a responsabilidade de aferir a compatibilidade da norma ou ato normativo com a Constituição, de forma abstrata, independentemente de sua aplicação em algum caso concreto. As decisões emanadas por esse órgão têm seus efeitos irradiados para a toda a sociedade (*erga omnes*). Nas palavras da Professora REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, o controle de constitucionalidade concentrado “*proporciona um melhor funcionamento do sistema jurídico, propiciando a harmonia ameaçada pela permanência no ordenamento jurídico positivo de uma norma discordante de sua Lei Fundamental*”. (FERRARI, 2003, p. 31/32).

Por outro lado, o método difuso é aquele mediante o qual o citado poder de fiscalização cabe a todos os órgãos jurisdicionais do Estado. Essa atuação fracionada do controle de constitucionalidade está condicionada, todavia, a um direito subjetivo que um indivíduo busca conferir através de um processo judicial e no qual o vício de inconstitucionalidade é um obstáculo para a concretização daquele bem jurídico perseguido. A alternativa difusa somente seria, portanto, “exercitável tendo em vista o caso concreto, um litígio posto em juízo” (COUTINHO, 1998, p. 137). Por outro lado, GOMES CANOTILHO ensina que, no sistema difuso, “qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude de sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas”. (CANOTILHO, 1999, p. 835).

O enfrentamento da questão constitucional pelos magistrados ordinários é algo inerente ao sistema de concretização das normas por força do próprio papel da função jurisdicional, posto que a aplicação de um determinado instrumento normativo há de ser precedido de uma análise de sua vigência e validade.

A conclusão trazida tem suas raízes encontradas nos fundamentos carreados pelo *Chief Marshall*, no conhecido caso “*Malbury v. Madison*”, cujo trecho ora se transcreve:

“Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerà o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os Tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária de legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.” (BARBOSA, Rui. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Apud: POLLETTI, 1997. p. 37).

A inserção, em um só sistema jurídico, desses dois métodos de controle de constitucionalidade, além de trazer alguns inconvenientes, apresenta, muitas vezes, contornos confusos e complicados, gerando, em certos casos, a influência, a interseção e a sobreposição de um método sobre outro²⁶³. Como exemplo dessa relação conflituosa, eis a declaração de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário (sistema difuso), a partir da qual, a critério do Supremo Tribunal Federal, poderá ser encaminhado ofício ao Senado Federal para que, se assim desejar, edite resolução suspensiva, com efeito *erga omnes* (característica do sistema concentrado), daquele ato viciado.

A confusão quanto à imbricação do sistema difuso e o concentrado não se encerra aí. Muito se discute sobre as diferenças vitais entre os dois métodos de aferição da constitucionalidade.

A título de exemplificação de um desses tópicos diferenciais, respeitando aqueles que pensam em contrário, entende-se que o caráter da objetividade e o da subjetividade não pode ser utilizado como critério de diferenciação dos modos difuso e concentrado. Ora, seja em qual for o modelo (via de ação ou incidental), o controle da coerência vertical entre a norma paradigma (Constituição) e a norma supostamente viciada é feito, pelo magistrado ou pela Corte Constitucional, através de uma análise objetiva.

Além disso, existem problemas quanto à incidência de tais métodos, principalmente em demandas coletivas, como é o caso da ação popular, ação civil pública, ação coletiva em defesa dos consumidores, entre outras. Ora, como coadunar o efeito *erga omnes* das demandas coletivas que tutelam direitos difusos, por exemplo, se esta prerrogativa (declaração de inconstitucionalidade, com efeito *erga omnes*) somente, em regra, é conferida ao Supremo Tribunal Federal, diante de sua competência como fiscalizador abstrato da constitucionalidade.

Diferentemente do que acontece com o Supremo Tribunal Federal, ensina-se que os magistrados de primeiro grau e os órgãos fracionários dos tribunais estariam, quando invocados ou no momento em que se deparassem com sinais de vícios de inconstitucionalidade, limitados, por força das barreiras conferidas ao sistema difuso, ao tradicional provimento jurisdicional efeito *inter pars*.

Como adequar o que hodiernamente se conhece de controle de constitucionalidade aos novos paradigmas trazidos pelo direito processual coletivo comum no Brasil? É o que se tentará responder a seguir.

²⁶³ Sobre o assunto, vide ANDERSON CAVALCANTE LOBATO, “Para uma compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo”. In: Revista de Informação Legislativa, Ano 31, nº 124, out./dez. de 1994. Brasília: Editora do Senado Federal. p. 169/177.

IV – A possibilidade de controle de constitucionalidade, na modalidade difusa, nas ações de índole coletiva.

Por muito tempo, a doutrina constitucional brasileira rejeitava, de forma um tanto quanto impiedosa, a plena possibilidade de controle de constitucionalidade nas ações coletivas cujas decisões, já se sabe, possuem seus efeitos *erga omnes* ou *ultra pars*.

Sustentavam esses autores que (1) as ações coletivas se aproximariam dos processos objetivos de aferição da constitucionalidade e, com isso, aquelas se traduziriam em uma verdadeira declaração objetiva de constitucionalidade; (2) os efeitos *erga omnes* das ações coletivas seriam idênticos à própria ação direta de inconstitucionalidade; (3) o que, portanto, geraria uma usurpação de competência conferida ao Supremo Tribunal Federal, além de, implicitamente, aumentar o rol de legitimados ao manuseio do direito de ação direta, prevista na Constituição Federal de 1988.

Dentre aqueles que defendem tal posição, registre-se as palavras do Professor ANDRÉ RAMOS TAVARES, *in verbis*:

“Realmente, não se pode conceber que se tenha engendrado um sistema próprio, criado pela Constituição, com uma instituição também própria (Supremo Tribunal Federal) para tratar da questão da constitucionalidade das leis com decisões erga omnes e, paralelamente, admitir que qualquer órgão da Justiça realize, por via da ação civil pública, essa tão delicada tarefa, muitas vezes fazendo-o também em abstrato, ou seja, sem qualquer referibilidade a um caso concreto específico (tal como deveria ocorrer apenas no exercício da jurisdição constitucional concentrada). Assim, embora se possa afirmar que, teoricamente, não há usurpação de competência própria do Supremo Tribunal Federal, já que objeto da ação civil pública não é propriamente a declaração de inconstitucionalidade, na prática, admitir-se de modo amplo a possibilidade de controle difuso em virtude de ação civil pública pode desembocar em situações que só se deveriam alcançar por força das ações de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. A restrição de abrangência dos efeitos da decisão para a área de jurisdição do órgão prolator desta, introduzida pela Lei n. 9.494/97, em diversas situações não

alcança a sua finalidade, até porque se o bem coletivo será impossível a sua fragmentação para fins de apenas alcançar parcela da população interessada.” (TAVARES, 2001, p. 287).

Alguns juristas chegam, inclusive, a suscitar um outro problema que seria o hipotético choque entre uma decisão do Supremo Tribunal Federal e de um outro órgão

jurisdicional, qualquer que seja, no exercício do controle de constitucionalidade em sede de ações coletivas. Na mesma linha do que fora exposto acima, não se pode olvidar a análise de um escrito da lavra do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, GILMAR

FERREIRA MENDES, intitulado “*O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*”.(MENDES, 1997, p. 11/39).

Após discorrer sobre as características mais marcantes do controle difuso e concentrado, o eminente constitucionalista finda seu arrazoado repelindo ambos os métodos de aferição da constitucionalidade na órbita das ações coletivas, posto que, ao seu sentir, “*ainda que desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que, na ação civil, ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de uma impugnação direta de lei*”. (MENDES, 1997, p. 30). E, por fim, finaliza pela total inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque instauraria um controle direto e abstrato em primeiro grau, seja também porque sua decisão necessariamente transcenderia as partes formais do processo. (MENDES, 1997, p. 30).

Com todo o respeito que merecem os supracitados juristas, há um equívoco, com todo o respeito, na abordagem que é dada ao assunto, principalmente no que concerne à sua crucial problemática, qual seja, a possibilidade de se compatibilizar o controle de constitucionalidade com o efeito difuso e propagador da sentença proferida nas ações coletivas.

Inicialmente, cumpre-se registrar que o fato do Brasil possuir o modelo de controle de constitucionalidade concentrado, cujo efeito é *erga omnes*, não implica em dizer que somente as ações diretas processadas através dele são as que detêm o privilégio de proferir decisões de âmbito espacial transcendente das partes formais.

As ações coletivas não fazem parte do rol de mecanismos de fiscalização abstrata, todavia suas decisões geram efeitos *erga omnes*, posto que só assim

se estará tutelando os direitos de segunda e terceira dimensões.

Por isso, para melhor enfrentamento do tema, deve-se partir da premissa de que, em se tratando de ações coletivas, não se está mais diante de relações eminentemente privadas, o que retira, desde já, a prevalência do direito privado como instrumento de solução de pendências desta natureza²⁶⁴.

Sabe-se que o foco da diferenciação da modalidade difusa e concentrada não reside na amplitude de suas decisões, mas sim - além da restrição ou ampliação dos órgãos jurisdicionais competentes para tal mister - na posição como a aferição de constitucionalidade é situada dentro do processo no qual é invocada.

No primeiro exemplo (controle concentrado), a declaração de inconstitucionalidade confunde-se com o próprio pedido da ação. Diversamente, no controle difuso, a questão da inconstitucionalidade está situada na causa de pedir; em outras palavras, é fundamento para o pedido formulado na referida ação de proteção de direito individual ou meta-individual.

A questão constitucional, no modelo difuso, é encarada como matéria prejudicial no processo e não o próprio pedido cujo juízo jurisdicional de valor se pretende concretizar.

²⁶⁴ Sobre o tema, devem-se trazer à baila os ensinamentos do Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a saber: “O paradoxo metodológico que reside nesse posicionamento do processualista brasileiro é mais profundo do que aquele outro, que não lhe é peculiar, consistente em deixar vivas certas idéias ligadas ao passado do processo. A ordem político-constitucional republicana brasileira teve inspiração no modelo norte-americano e não nos da Europa continental, o que devia levar-nos a haurir preferencialmente o espírito do direito público dos países de origem e dos seus sistemas, para a construção, análise e utilização do instrumento processual. Dos países europeus componentes da ‘família romano-germânica’ do direito, recebemos o direito privado e o penal, sendo muito natural que a nossa ciência se construísse segundo os parâmetros e mesmo o espírito europeu-continental, nessas áreas específicas. O que não é natural é o comprometimento cultural tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas do direito público. A história da República brasileira e de sua primeira Constituição mostra a grande influência que tiveram então as instituições políticas norte-americanas e a sua estrutura de exercício do poder. Temos Constituição escrita do modelo das Constituições rígidas, presentes o regime presidencialista e sistema federativo; e, sobretudo, temos o controle da constitucionalidade das leis pelo próprio Poder Judiciário, seja *incidenter tantum* em qualquer processo ou grau de jurisdição (controle difuso), seja pela via direta da representação ao STF (*principaliter*). Além disso, o Poder Judiciário brasileiro é competente para litígios de toda ordem, inclusive entre o administrado ou o funcionário e a Administração e mesmo que se litigue com fundamento em meros interesses legítimos e não direitos subjetivos. Nos sistemas europeus, a constitucionalidade das leis é apreciada *incidenter tantum* e a propósito de litígios pendentes, mas por órgãos *ad hoc*, aos quais é remetida exclusivamente a questão

Nesse sentido, se a finalidade das ações coletivas reside em tutelar os direitos coletivos e difusos, gerando obrigações de fazer ou não fazer com conseqüências concretas, torna-se óbvio concluir que aquelas não desejam vir a ser sucedâneos das ações diretas de controle de constitucionalidade, posto que não são estes os seus respectivos desideratos.

Afastando-se as características do controle concentrado sobre as ações coletivas, resta saber se é possível inserir a modalidade de fiscalização da constitucionalidade difusa dentro delas²⁶⁵.

Poder-se-ia suscitar, como dito alhures, que na medida em que as ações coletivas realizam o exame da constitucionalidade e suas decisões possuem efeitos *erga omnes*, as conseqüências do trânsito em julgado levariam à completa usurpação da atuação do Supremo Tribunal Federal. Eis as palavras do eterno MINISTRO MOREIRA ALVES:

“O que implica em dizer que, se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da conseqüência, que é da índole do instrumento, demonstra o

constitucional. Lá, o contencioso administrativo absorve significativa parcela das causas fundadas em direito público (na Itália, o *Consiglio di Stato*), o que é poderoso fator a impedir o pleno desenvolvimento da idéia publicista no direito processual civil. O processo civil é prestigiosamente definido, lá, como ‘aquele que se realiza para o desempenho da função jurisdicional em matéria civil’, quando aqui ele versa também toda a matéria tributária, administrativa e mesmo constitucional, inclusive pela via do mandado de segurança e ação popular, instrumentos constitucionais integrantes da ‘jurisdição constitucional das liberdades’. Bem mais expressiva é, portanto, a dignidade político-institucional do processo civil brasileiro. E, por isso, merece um tratamento mais acentuadamente publicístico e coerente com o modo pelo qual as nossas instituições processuais se inserem instrumentalmente na ordem jurídica.”(DINAMARCO, 2000. p. 49-50).

²⁶⁵ Justiça seja feita ao eminente jurista e Ministro GILMAR FERREIRA MENDES. Pode-se perfeitamente deduzir de seu texto a intenção do autor em combater a possibilidade da utilização das ações coletivas como sucedâneos das ações diretas de inconstitucionalidade, assim disponibilizadas, principalmente, até o surgimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, para combater a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais. Acontece que, ao enfrentar o tema, o autor não somente expurgou das ações coletivas o controle concentrado das normas, mas também (e aí reside o equívoco, com todo o respeito) a possibilidade da modalidade difusa.

absurdo da premissa".²⁶⁶

Não há dúvida de que para ratificar a possibilidade de aferição da compatibilidade das leis e dos atos normativos com a *Lex Fundamental*, dentro da órbita das ações coletivas, mister se faz afastar qualquer sinal de usurpação ou desprestígio que possa vir a sofrer o Supremo Tribunal Federal no exercício de suas competências na fiscalização abstrata da constitucionalidade.

Por isso, afirma-se que para admitir o controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas faz-se necessário definir se sobre estas decisões incidem os efeitos da coisa julgada. Reitera-se, no controle difuso a questão de inconstitucionalidade "*vem sempre proposta como questão incidente a ser decidida na motivação da sentença, não sendo o seu pedido mediato ou imediato (a utilidade efetivamente requerida); o objeto da ação civil pública e das ações coletivas é o constante de direito previsto na Constituição e nas leis, tendo por eventual causa de pedir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (causa petendi)*" (PALU, 1999, p. 41).

Por mais intrincado que pareça ser, no instante em que é posicionada, em termos processuais, a fiscalização da constitucionalidade dentro do âmbito da questão prejudicial, simplesmente se elimina a incidência da coisa julgada sobre tal matéria, posto que esta só se perfaz sobre o pedido e não sobre os motivos que fundamentaram (dentre eles a questão prejudicial) a emissão do juízo jurisdicional de valor.

A legislação infraconstitucional, em especial, o Código de Processo Civil brasileiro, traz o sustentáculo necessário para a assertiva ora lançada. O art. 469, inciso III, do CPC, define expressamente que não está sob o manto da coisa julgada (e, portanto, da imutabilidade capaz de engessar a atuação do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro órgão jurisdicional que seja) a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no curso do processo²⁶⁷.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade difuso nas ações coletivas de qualquer natureza, seguindo a orientação supracitada de que tal

²⁶⁶ In: Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 103, n. 03, p. 1115.

²⁶⁷ Sobre o tema, importante consignar o trabalho do Professor PAULO JOSÉ LEITE FARIAS, intitulado *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*, publicado no Caderno "*Direito e Justiça*" do Jornal Correio Braziliense, edição de 02 de outubro de 2000, página 03.

matéria reside na causa de pedir, comportando-se, porém, como uma questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal²⁶⁸.

Dentre os julgados do Supremo Tribunal Federal que admitem o controle de constitucionalidade difuso nas ações coletivas, permite-se transcrever trecho de um deles, da lavra do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

“É curial que o exercício por qualquer outro órgão jurisdicional do controle difuso e incidente de constitucionalidade – no nosso difícil e complexo sistema de convivência quase paralela entre controle concentrado e o controle difuso – não usurpa a competência do Supremo

*Tribunal para o controle direto e abstrato mediante ação direta de inconstitucionalidade. Raras vezes temos afirmado tal obviedade, mas tivemos a oportunidade de fazê-lo na Reclamação nº 410, de 11/92, Relator Ministro Moreira Alves (RJT 144/713). A meu ver, com todas as vênias, nada no sistema permite afirmar, e a minha inteligência não alcança onde estaria a fonte de proibição – que, numa ação civil pública de natureza condenatória – que se distingue, ademais, da ação direta de inconstitucionalidade, de um lado, pela legitimação de agir, de outro, pelos efeitos da coisa julgada – esteja vedado o controle incidente da constitucionalidade da lei que constitua questão prejudicial do provimento condenatório que se postula”.*²⁶⁹

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também assentou, de forma ainda mais precisa e fundamentada, dois julgados paradigmáticos sobre a questão da possibilidade de aferição da constitucionalidade nas ações coletivas²⁷⁰.

²⁶⁸ Reclamação Constitucional nº 1.733-8/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJU 1º de dezembro de 2000, página 103-4. No mesmo sentido, o Pleno do Supremo Tribunal Federal admitiu o controle de constitucionalidade via ação civil pública, ao julgar a Reclamação 600-0/190-SP, Relator Ministro Néri da Silveira. (Fonte: ALMEIDA, 2003. p. 605).

²⁶⁹ Reclamação nº 597-6/SP. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Apud: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 385.

²⁷⁰ O primeiro consiste-se no REsp nº 522.827 (Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator Ministro LUIZ FUX. Recorrente: Centrais Elétricas Matogrossenses – CEMAT; Recorrido: Ministério Público do Mato Grosso. Julgado em 20/11/2003. DJU em 19/12/2003) e, o outro, no REsp nº 424.288 (Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Relator Ministro FELIX FISCHER. Recorrente: Ednar Fernando Barreiros; Recorrido: Ministério Público do Estado da Rondônia. Julgado em 18/03/2004. DJU em 17/05/2004).

Outro problema muito interessante, no enfrentamento da discussão do problema do controle de constitucionalidade nas ações coletivas, é a velha diferenciação entre “*lei em tese*” e “*ato de efeito concreto*”. Como bem salienta o Professor LENIO LUIZ STRECK, “*a fronteira (hermenêutica) entre a impugnação da lei e o ato emanado da lei é, de veras, muito tênue*”, podendo gerar, muitas vezes, “*decisões que, mais do que admitir mandado de segurança contra a lei em tese, declaram a inconstitucionalidade da lei, a partir de incidente de inconstitucionalidade*”. (STRECK, 2002, p. 381).

Muito embora se reconheça a plausibilidade da diferenciação, esta não é capaz de afastar a possibilidade de aferição do controle de constitucionalidade em sede das ações coletivas, posto que a questão constitucional prejudicial pode ser sim, como já dito, objeto de uma análise objetiva (como lei em tese). O que não é admissível reside em aceitar que o pedido da ação coletiva seja a declaração, *per si*, da inconstitucionalidade, sem qualquer comando condenatório ou mandamental àquele inerente.

Por outro lado, mesmo que se admita não haver muitas vezes, na seara do controle difuso, como separar “a questão prejudicial daquilo que se poderia denominar o próprio objeto da demanda, ainda há como insistir em dizer que somente o dispositivo da decisão transitada em julgado é que comporta os efeitos da coisa julgada, posto que ao controle difuso – diferentemente do concentrado, cuja função é (a) nulificar a lei – sua finalidade é, tão somente, afastar a eficácia da lei ou do ato normativo naquele caso concreto.

O professor OSWALDO LUIZ PALU apresenta uma série de vantagens para a aceitação do controle de constitucionalidade sob a égide das ações coletivas, a saber: (a) o grande número de beneficiados com a decisão final, (b) o custo relativamente baixo de

uma ação dessa natureza, constituindo-se num instrumento de facilitação do acesso à justiça, (c) a rapidez de sua decisão e, por fim, (d) a ampla possibilidade de atuação,

inclusive nas hipóteses nas quais não se admite a ação direta de inconstitucionalidade na órbita federal, como o caso de lei municipal inconstitucional ante a Constituição Federal. (PALU, 1999, p. 37).

Conclui-se, portanto, ser totalmente cabível o exame da constitucionalidade, da sua modalidade difusa, nas ações coletivas, sob pena de, não o fazendo, se estar criando uma lacuna jurisdicional, até então, insolúvel, o que colidiria o cânone da *proibição do non liquet*. Além disso, acaso não conferido a prerrogativa do controle difuso, configurado estaria o vilipêndio ao

direito fundamental do acesso à justiça, garantia constitucional expressa no art. 5º, inciso XXXV, da *Carta Política brasileira de 1988*, e, como consequência, ao direito à adequada tutela jurisdicional, por intermédio das ações de índole coletiva.

V – Alternativas atuais e vindouras para o aprimoramento do controle de constitucionalidade na órbita das ações coletivas

Deveras se reconheça a total possibilidade de aferição da constitucionalidade, como matéria incidental (questão prejudicial), nas ações coletivas, não se pode deixar de reconhecer que a atual sistemática pode ainda ser objeto de adaptações, tudo no afã de se corrigir algumas deficiências, dentre elas a frágil interseção entre os métodos difuso e concentrado.

A ordem jurídica nacional já oferece um instrumento interessante para se invocar, ainda em sede incidental (método difuso), no âmbito das ações coletivas, a intervenção direta do Supremo Tribunal Federal (método concentrado): a chamada argüição incidental de descumprimento de preceito fundamental, advinda com a Lei nº 9.882/99. A forma como foi disposto o mencionado incidente, após o absurdo veto do Presidente da República (restringindo os legitimados ao rol da ação direta de inconstitucionalidade), prejudica a sua utilização pela maioria daqueles autorizados a propor demandas coletivas, tornando-o inócuo e completamente ineficaz.

O raciocínio é simples: se os legitimados para utilizar o incidente de argüição de descumprimento preceito fundamental são os mesmos para a ação direta de inconstitucionalidade, bem como para a própria argüição direta de descumprimento preceito fundamental, torna-se clarividente deduzir que a eles é mais fácil e mais célere valerem-se dos últimos do que do primeiro. Assim, o mais correto seria uma intervenção legislativa no sentido de alargar a lista de legitimados em propor o incidente de argüição de descumprimento de preceito fundamental, seja conferindo a prerrogativa aos órgãos judiciais de remessa da questão para o Supremo Tribunal Federal, seja facultando a qualquer do povo ou a qualquer parte do processo a oportunidade de fazê-lo.

Acontece que os limites materiais da argüição de descumprimento de preceito fundamental, devido ao seu caráter subsidiário, não resolveriam o enfrentamento das questões constitucionais, suscitadas nas ações coletivas, de modo célere e imediato pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa linha de tirocínio,

outra sugestão que se faz presente é o estabelecimento, dentro de nossa ordem constitucional, do incidente de inconstitucionalidade, da forma como é concedido em outros países.

Dessa maneira, demonstrada a pertinência temática, o processo é suspenso e a questão constitucional (prejudicial à aferição do caso concreto) é levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, transmudando-se para um processo

concentrado de constitucionalidade. No instante em que este declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, sua decisão produzirá efeitos endógenos

(no que tange ao processo originário do incidente) e exógenos (coisa julgada erga omnes).

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. – Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. – Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____ e GARTH, Bryant in: *Acesso à Justiça*.

Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COUTINHO, Daniele do Rocio Formiga. Controle Incidental da Constitucionalidade das leis no Direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v.24, julho-setembro de 1998.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

DAWALIBI, Marcelo. Limites Subjetivos da Coisa Julgada em Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Edis (coord). *Ação Civil Pública*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

FARIAS, Paulo José Leite. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. *Jornal Correio Brasiliense, Caderno "Direito e Justiça"*, ed. 02 de outubro de 2000, p. 03.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo – nº 220 – abril/junho de 2000*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Para uma compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 31, nº 124, out./dez. de 1994. Brasília: Editora do Senado Federal. p. 169/177.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 34, nº 134, abr./jun. de 1997. Brasília: Editora do Senado Federal. 11/39.

MILARÉ, Edis (coord). *Ação Civil Pública*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p250.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O Controle Coletivo de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Uma evolução democrática e simplificadora. *Revista dos Tribunais – Ano 88 – volume 765 – julho de 1999*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

POLLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

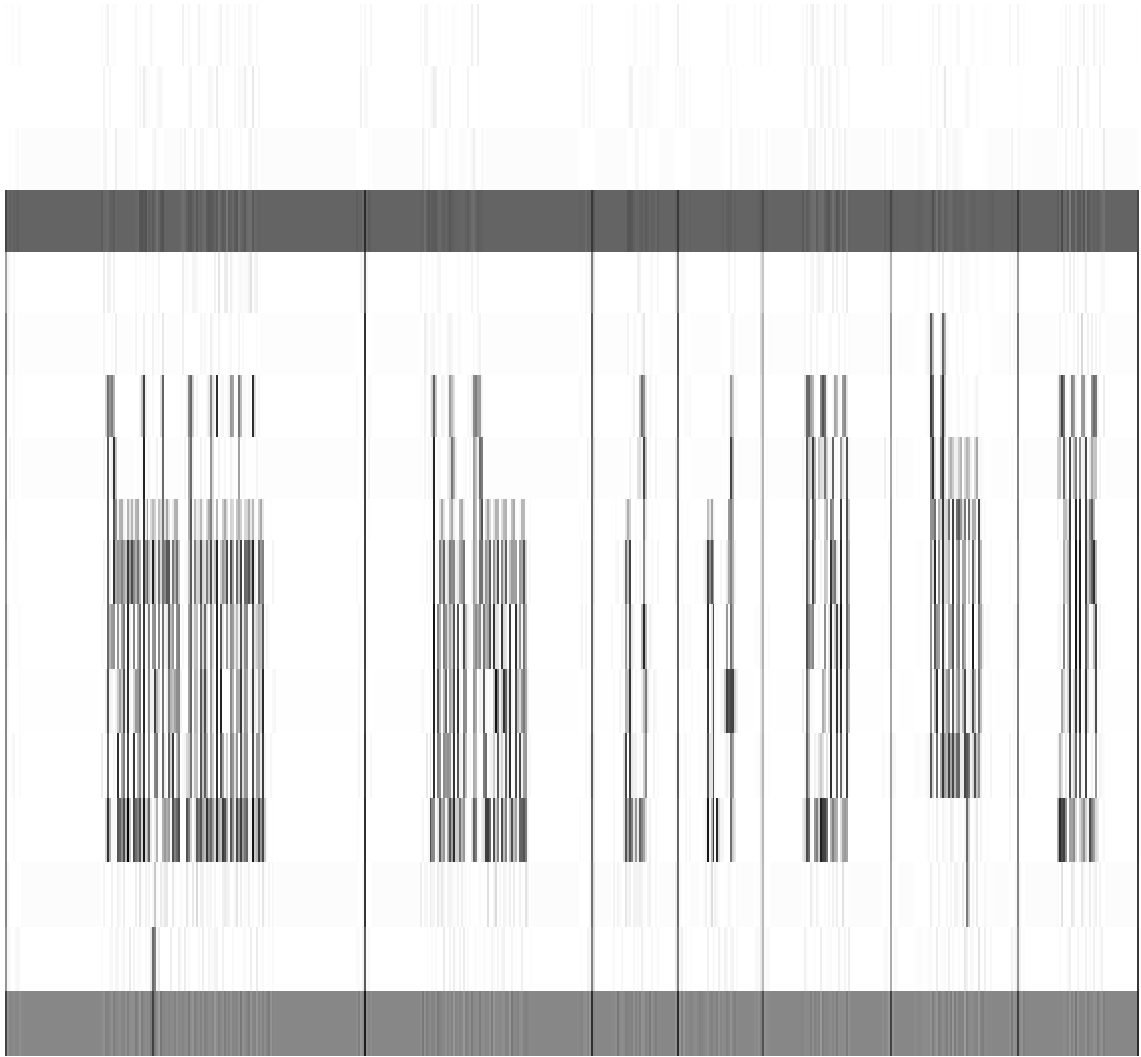
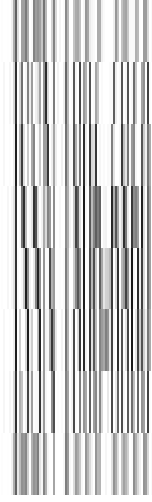
RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública. Procedimentos Especiais Cíveis e Legislação Extravagante*. Farias, Cristiano Chaves de. e DIDIER Jr., Fredie (Coords). São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito*

Fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. página 287.

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belém: Editora Cejup, 1999





PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Seção Judiciária da Paraíba

6ª Vara

AÇÃO ORDINÁRIA Nº **00.0019318-6** - CLASSE 1000

**AUTOR: SEVERINO DE ANDRADE, JOSIVALDO
CLEMENTINO DE ANDRADE, JOSINALDO CLEMENTINO DE
ANDRADE, LEONICE CLEMENTINO DE ANDRADE E JOSÉ
CARLOS CLEMENTINO DE ANDRADE**

**RÉUS: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE (FUNASA) E
UNIÃO**

S E N T E N Ç A

Cuida-se de ação ordinária de indenização por ato ilícito promovida por **SEVERINO DE ANDRADE** e por seus filhos menores **JOSIVALDO CLEMENTINO DE ANDRADE, JOSINALDO CLEMENTINO DE ANDRADE, LEONICE CLEMENTINO DE ANDRADE E JOSÉ CARLOS CLEMENTINO DE ANDRADE**, representados por seu genitor, devidamente qualificados nos autos, contra a **FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE** e **UNIÃO**, em virtude do falecimento da respectiva esposa e mãe dos autores devido a erro médico.

Aduzem os Autores, em síntese, que:

a) **SEVERINA CLEMENTINA DE ANDRADE**, esposa e mãe dos Autores, encontrando-se no nono mês de gravidez e apresentando boas condições físicas, se deslocou à cidade de Areia – PB, em trabalho de parto,

para internar-se na Unidade Mista de Areia, órgão da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, no dia 01 de junho de 1995, por volta das 03:00h da madrugada;

b) a gestante passou mais de 50 horas em trabalho de parto sem que viesse a ser tomada nenhuma providência pelos médicos plantonistas;

c) no terceiro dia de internação e com aproximadamente 51 horas de trabalho de parto, um dos médicos plantonistas, Dr. Henry, providenciou a aceleração do parto, aplicando-lhe dose excessiva da droga ocitocina, contudo, após cinco horas da aceleração, alegando não ter havido condições para realizar a cesariana, encaminhou a parturiente para outra unidade hospitalar;

d) no dia 03 de junho de 1995, a parturiente após chegar ao Hospital Geral de Esperança – Paraíba deu à luz um feto morto, porém, sem nenhuma anomalia física e faleceu, tendo como causa *mortis*, choque hipovolêmico, atoxia uterina e rotura uterina;

e) a morte da parturiente e do nascituro deram-se por falta de atendimento médico adequado, fato este de grande repercussão na cidade de Areia, sendo aberta uma Sindicância para apurar a responsabilidade dos médicos plantonistas, restando provados, *in casu*, a negligência e imprudência destes;

f) os médicos plantonistas responderam a processo criminal intentado pelo Ministério Público de Areia;

g) os autores, até o presente momento não foram ressarcidos da tragédia ocorrida em suas vidas;

Diante deste fato os autores requerem a tutela jurisdicional objetivando compelir a Fundação Nacional de Saúde a pagar a quantia de 01 (um) salário mínimo à título de pensão, devidos desde à época do fato lesivo até a provável vida da parturiente (65 anos de idade), com fulcro no art. 159, que trata da responsabilidade civil aquiliana e nos arts. 1.518 e 1.553, todos do Código Civil, combinados com o art.274 do Código de Processo Civil e Súmula 490 do STF.

A União citada às fls. 71 requereu a sua exclusão da lide.

A Fundação Nacional de Saúde – FUNASA contestou às fls. 196/229 dos autos, pleiteando preliminarmente a formação de litisconsórcio passivo necessário com o Hospital Geral de Esperança Ltda., e denunciando à lide os servidores públicos federais da Unidade Mista de Areia, **Georgete Fiquene de Gouveia, Luiz Gomes de Oliveira, Henry Rodrigues Ribeiro e Francisco de Assis Melo**, que prestaram assistência médica à parturiente falecida.

Às fls. 234/237, os autores apresentaram impugnação à contestação.

Às fls. 562/563 em decisão interlocutória, foi indeferido o pedido de litisconsórcio passivo necessário e de denúncia da lide, em reverência aos princípios de celeridade e instrumentalidade processual, tendo este MM Juízo entendido serem os pedidos meramente procrastinatórios.

Em razão do interesse de menores na lide, o Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 559/560.

Houve audiência de Instrução e Julgamento em 31.07.2001, onde foram inquiridas as testemunhas para fixação dos pontos controvertidos (fls. 594/606).

A União às fls.616 reiterou seu pedido de exclusão da lide.

As partes apresentaram suas alegações finais às fls. 608/622. A FUNASA manteve os termos da contestação e pugnou pela improcedência do pedido.

Às fls. 625/631 o Ministério Público apresentou suas razões finais, pugnando pela procedência do pedido.

Voltaram os autos conclusos para julgamento.

RELATADOS. DECIDO.

Das preliminares argüidas

No tocante às preliminares de **litisconsórcio passivo e denúncia**

à **lide** alegadas pela **FUNASA**, como estas foram devidamente apreciadas em decisão às fls. 562/563, deixo de examiná-las.

Quanto à preliminar de **ilegitimidade passiva** suscitada pela a **UNIÃO**, passo a apreciá-la.

A **UNIÃO** às fls. 172 dos autos argüiu sua ilegitimidade “ad causam” uma vez que não pode responder pelos danos ocorridos em virtude de atos praticados pelos funcionários da Fundação Nacional de Saúde - FNS, sendo esta, entidade fundacional federal, com personalidade jurídica de direito público interno, vinculada ao Ministério da Saúde, dispondo de representação judicial própria, de acordo com o art. 17, I da Lei Complementar Nº 73 de 11 de fevereiro de 1993.

Efetivamente, não há sustentação jurídica que torne a **UNIÃO** parte legítima a figurar no presente caso, uma vez que o fato ocorrido, o qual ocasionou a morte da parturiente e do feto sucedeu na Unidade Mista de Areia, da Fundação Nacional de Saúde-FUNASA, através de ações e omissões praticados por servidores da própria Fundação.

Precedentes:

“RESP – CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – ESTADO – AUTARQUIA.

- O Estado vincula-se às suas autarquias, contudo, um e outras mantêm a respectiva personalidade jurídica, tornando-se inconfundíveis. Direito reclamado de autarquia não pode ser postulado ao Estado” (REsp nº 88.368-PI, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, publ DJU 17.03.97, pág. 75763).

Como cediço, a **FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE** é detentora de personalidade jurídica própria, de direito público interno, possuindo capacidade processual para figurar sozinha no pólo passivo da ação, possuindo, inclusive, corpo de procuradores aptos a efetuar sua defesa em juízo, conforme prevê o art. 17, I, da LC nº 73/1993.

Desse modo, **excluo a UNIÃO** da lide por faltar-lhe legitimidade passiva

para a causa.

MÉRITO

Pretendem os autores serem indenizados pela FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE em decorrência dos danos sofridos em razão da perda dos entes queridos em virtude de erro médico.

Aduz o art. 37, § 6º da Constituição Federal:

“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 de culpa”.

A Magna Carta consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, com base no risco administrativo, por danos causados a terceiros, independentemente de demonstração de dolo ou culpa.

Assim, não mais se perquire acerca da existência ou não de culpa ou dolo por parte dos agentes do Poder Público, **que somente são relevantes com relação às ações de regresso**. Para a responsabilização do Estado, bastam os seguintes requisitos: a) o dano; b) a ação(ato ou fato) administrativa; c) e que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. Admitindo-se, tão-somente, a pesquisa em torno da culpa da vítima, para diminuir ou excluir essa responsabilidade.

O mestre Hely Lopes Meirelles ensina *“A obrigação do Estado de indenizar o dano surge do ato lesivo e injusto causado aos autores. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão sem o concurso da vítima. Provado, no caso, o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano, impõe-se o ressarcimento pelo Estado desse dano”.* (In Curso de Direito administrativo, 22ª Edição, Malheiros, São Paulo, 1997).

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontifica que *“a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos*

causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos” (In Direito administrativo, 12ª Edição, São Paulo, 2000).

Acerca do princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado, Sérgio de Andréa Ferreira leciona que: *“Esse dispositivo constitucional, ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos entes públicos, o fez para que os particulares não ficassem prejudicados com o risco administrativo. Para que essa responsabilidade se verifique, é necessário que o dano decorra da atividade, até lícita, da pessoa jurídica de direito público. E como a pessoa jurídica de direito público atua por meio de funcionários, é mister que o dano resulte, direta ou indiretamente, de ato destes, no exercício de suas funções.” (in Comentários à Constituição, vol. 3, 1ª ed, p. 363)*

Dispõe, ainda, o Código Civil sobre o dever de reparação por atos ilícitos, *verbis*:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

“Art. 1.518. (...)

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores, os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521.”

“Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil.

III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele(art. 1.522);”

No caso *sub examine*, a culpa do agente perde a sua força, pois a doutrina da responsabilidade civil classifica a responsabilidade aquiliana do estado como objetiva, ou seja, independente de dolo ou culpa dos agentes estatais – a chamada *teoria do risco administrativo*.

De acordo com o respeitável magistério do Prof. Sílvio Rodrigues *“na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois desde que exista relação de causalidade*

entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente”. (in Direito civil, vol. 4 – responsabilidade Civil, São Paulo, 1997).

Como se infere, a jurisprudência e doutrina são pacíficas nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. CULPA IN VIGILANDO E IN ELEGENDO. CONDUTA OMISSIVA DO PROFISSIONAL RESPONSÁVEL. TRATAMENTO E MEDICAÇÃO INADEQUADOS. MORTE OCACIONADA POR AGRAVAMENTO DE QUADRO INFECCIOSO NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL. NEXO CAUSAL. CAUSALIDADE ADEQUADA.

Comprovada a inadequação do tratamento pós-operatório dispensado à paciente que, submetida a uma “curetagem uterina”, sofreu uma perfuração no útero, culminando essa deficiência na prestação de assistência médica com a instalação e o agravamento de um quadro infeccioso incontrolável e irreversível, responde a administradora do estabelecimento hospitalar pela negligência e imperícia do médico. Para a fixação de danos morais, tem de ser considerado um valor que não promova o enriquecimento injustificado, vedado pelo ordenamento jurídico, mas que promova a necessária reparação pela perda sofrida. (Dec. Unan., TRF 4ª Região - Terceira Turma, Relatora Juíza Vivian Josete Pantaleão Caminha, AC nº 267101/RS, publ. DJU em 12/03/2001, pág. 160).

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE.

Comprovado, os autos, que o mau atendimento médico, dispensado à parturiente, foi causa eficiente da morte de seu filho, deve a pessoa jurídica de direito público indenizar o dano por ato de seus agentes” (Dec. por maioria, TRF 1ª Região - Segunda

Turma, Relator Juiz Eustáquio Silveira, EIAC nº 01001200007/DF, publ. DJ em 12/03/2001, pg. 4).

“AÇÃO ORDINÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANO. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

I - Sendo a responsabilidade do Estado de natureza objetiva, deve a União Federal responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independentemente de prova de dolo ou culpa.

II - Acertada a decisão monocrática que baseou-se em entendimento jurisprudencial cristalizando através da edição do verbete 54 da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, e indicam que a autora faz jus às verbas que foram deferidas.

III - Honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

IV - Remessa e apelação improvidas.(Dec. Unan., TRF 2ª Região - Terceira Turma, Relator Juiz Raldênio Costa, AC nº 129068/RJ, publ. DJU em 07/12/1999, pág. 160).

“ADMINISTRATIVO. INAMPS. ERRO MÉDICO. DANO IRREVERSÍVEL. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA “ACTIO NATA”. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E MORAL. CUMULABILIDADE.

1. Prescrição do direito de ação rejeitada, por iniciado seu curso somente a partir da ciência de que o dano físico era irreversível, o que ocorreu quando da última intervenção cirúrgica e não daquela inicialmente efetuada. Princípio da “actio nata”.

2. Comprovado o erro de médica credenciada pelo INAMPS e o nexos de causalidade entre o fato lesivo e o dano, bem como a irreversibilidade do quadro clínico, a responsabilidade do Estado é objetiva, (ART-107 da CF-69 e ART-37, PAR-6 da CF/88) por inexistir qualquer parcela de culpa da vítima.

3. Indenização de dano material e moral mantidas, por cumuláveis, estando compreendidas no primeiro o prejuízo advindo da alienação de bens para cobrir despesas originadas da cirurgia mal sucedida.

4. (...)

5. (...)

6. *Sentença parcialmente reformada quanto ao termo final da indenização do dano moral, mantida quanto aos demais aspectos, inclusive sucumbência.*

7. *Apelação do autor, provida em parte. Improvido o recurso da União. (Dec. por maioria., TRF 4ª Região - Quarta Turma, Relatora Juíza Sílvia Goraieb, AC nº 95.04.56405-4/RS, publ. DJU em 09/07/1997, pág. 52809) (os negritos não são dos originais)*

O cerne do processo *sub examine* reside exatamente na existência ou não do nexo da causa e dos danos morais e materiais sofridos pelos os Autores em decorrência desses atos.

A FUNASA em sua contestação argumenta que não há culpabilidade ou nexo causal imputáveis aos seus agentes, tendo em vista que a paciente esteve sob os cuidados médicos da Unidade Mista de Areia, e, portanto, esteve apenas sob os cuidados de seus agentes no início de trabalho de parto, sendo posteriormente transferida para o Hospital Geral de Esperança, onde veio a falecer.

Não merecem prosperar os argumentos da Fundação Pública Federal.

O fato do parto, assim como a retirada da placenta terem sido realizados no Hospital Geral de Esperança, com o posterior óbito da parturiente, não configuram a responsabilidade dos agentes dessa unidade hospitalar, uma vez que o fato que contribuiu para a evolução em óbito foi a omissão dos agentes integrantes do quadro da FUNASA, na Unidade Mista de Areia.

As conclusões extraídas pelo Conselho Regional de Medicina na Sindicância (fls. 91) responsabilizaram os servidores/médicos da Fundação Pública Federal, como se pode depreender das seguintes afirmações:

“Houve falta de acompanhamento, decisão e conduta por parte dos médicos plantonistas responsáveis pela paciente e seu feto a partir das 12 (doze) horas de sua internação em trabalho de parto, até sua saída sem comprovante de encaminhamento para outro serviço (médicos plantonistas - Drª Georgete Fiquene de

Gouveia – 1º dia, Dr. Luís Gomes de Oliveira – 2º dia, Dr. Henry Rodrigues Ribeiro – 3º dia)”.

“A paciente em questão deu entrada na FNS de Areia em boas condições físicas, com o pré-natal feito de forma satisfatória, na própria Fundação, com o feto vivo e sem apresentar qualquer anormalidade, tendo saído da FNS, segundo testemunhas (Auxiliares de Enfermagem e Atendentes – conforme depoimento) e seu marido, amparada para locomover-se e chegou no Hospital Geral de Esperança em precário estado geral, não conseguindo mais caminhar, vindo a parir por parto normal um feto morto, anatomicamente perfeito, tendo em seguida evoluído para o óbito”.
(negritei)

No texto dessa mesma constatação ética-profissional, observa-se que os profissionais teriam descuidado das técnicas adequadas ao caso, conforme o assegurado neste trecho (fls. 91):

“Houve desacerto na aceleração de parto quando foi iniciada, conforme prescrição de Dr. HENRY com a velocidade de 20 (vinte) gotas por minuto, quando o correto seria começar com 06 (seis) gotas a 08 (oito) gotas por minuto – (500 (quinhentos) ml de soro glicosado e 01 (uma) ampola de ocitocina). A aceleração do parto também estava contra indicada naquele momento visto que, o médico plantonista estava sozinho no plantão, sem condições de operar a paciente em caso de necessidade urgente e possíveis de acontecer quando acelera o parto (rutura uterina, distensão do útero, etc.).”

Segundo a Teoria do Risco Administrativo, consagrada pela Constituição Federal de 1988, ao prejudicado basta provar somente duas coisas: o **dano** e o **nexo causal** existente entre este e a atividade estatal, desnecessário se torna a prova de culpa do agente ou mesmo a prova da falta ou da falha do serviço em geral.

Neste caso, torna-se ainda menos necessária a prova da culpa dos agentes, uma vez que estes já responderam a processo criminal na Justiça Estadual, Comarca de Areia- PB. (fls. 243/243v dos autos)

As testemunhas inquiridas em audiência de instrução e julgamento realizada no dia 31.07.2001 corroboraram o que já se havia concluído através da sindicância, que a morte da parturiente se deu em virtude do mau atendimento médico prestado, principalmente pelo fato de ter sido removida para outra unidade hospitalar, mesmo tendo sido induzido, após mais de 50 (cinquenta) horas de trabalho de parto, como se infere do depoimento do Dr. Eduardo Batista Neto:

“que não é normal a paciente passar mais de 12 horas em trabalho de parto; (...) que após aquele tempo, sem que haja parto, a conduta normal é partir para uma cesariana; (...) que quando a aceleração é feita é necessário que o médico esteja apto a realizar possível cesariana; que não pode precisar se seria temerária uma remoção de aproximadamente 27 km, após a paciente estar em mais de 50h de trabalho de parto e 5h de indução(...)”

Dessume-se, portanto, que o atendimento médico foi realizado por intermédio da FUNASA – FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, sendo, pois, a responsável pelo ato lesivo praticado por seus prepostos, sem cogitar-se de dolo ou culpa destes e levando-se em conta apenas a relação de causalidade entre o comportamento dos agentes e o dano causado.

Comprovada a efetivação da morte do binômio materno-fetal e a razão pela qual ocorreu, de modo a fixar a responsabilidade da FUNASA pela ocorrência dos óbitos, tem-se por demonstrada a relação de causalidade entre o dano experimentado pelos Autores e os atos comissivos/omissivos dos servidores da Ré.

Assim, demonstrado o nexo de causalidade entre a prestação do serviço médico com as mortes ocorridas, exsurge a responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica de direito público e seu dever de indenizar se impõe.

Portanto, não há como a FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE fugir da sua responsabilidade objetiva de reparar o dano causado aos Autores, em razão do ato ilícito.

Do dano patrimonial

Os autores pleiteiam na exordial pensão vitalícia correspondente a 01 (um) salário mínimo por mês até a data em que a mãe e esposa dos autores, viria a completar 65 anos de idade, sua provável vida.

O art. 1.537 do Código Civil apresenta expressamente as verbas que compõem a responsabilidade civil por morte:

“Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família:

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

Tenha-se aqui presente que os Autores residem na Zona Rural do município de Areia, garantem sua sobrevivência através da remuneração que o esposo e pai das vítimas recebe como pedreiro e da atividade na agricultura. É totalmente presumível a cooperação da mãe e esposa dos autores para o sustento econômico do seu lar, principalmente em virtude de estarmos tratando de uma família de poucos recursos em que todos os entes familiares contribuem para o rendimento econômico, sendo esta contribuição desfalcada com a sua morte.

As atividades empreendidas pela parturiente, que sem exercer trabalho remunerado dedicava-se aos afazeres domésticos ensejam o direito ao pensionamento, porquanto é devida a indenização por danos materiais quando provada ou presumível a contribuição da vítima para o sustento do seu lar.

Nesse sentido, já houve pronunciamento dos Tribunais como o abaixo transcrito:

“ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – CRITÉRIOS – SUCUMBÊNCIA – Os filhos de sócia majoritária, com função de gestão na sociedade, exercendo a administração da empresa, possuem direito à pensão pela morte da mãe em acidente de veículo, fixada em valor correspondente a 2/3 do rendimento total por ela auferido

nos últimos 36 meses, a contar do mês posterior ao do acidente até a idade de 25 anos dos beneficiários. Não comprovados os fatos constitutivos do direito invocado pelo marido de Emília de Fátima Campos Paschoal, no que pertine a sua condição de sócia-gerente da empresa referida nos fundamentos, reconhecido o dano patrimonial pela inestimável contribuição prestada no lar, na educação dos filhos, na organização da casa, enfim, afazeres que possibilitavam a manutenção da estrutura familiar, eis que o trabalho doméstico da mulher possui valor econômico apto a gerar o dever de indenização, especialmente no caso em que restaram órfãos três crianças. Deferida a pensão fixada em um salário mínimo, a ser paga desde o mês posterior ao evento, até a data em que a vítima viesse a completar 65 anos, desde que não cesse a viuvez do autor, em decorrência de casamento ou nova união com outra companheira. A indenização pela morte de Aníbal Tavares Lopes não pode ser fixada sobre rendimentos obtidos por ações ou quotas recebidas em bonificações, lucros ou dividendos por participação de mineração do falecido, vez que independiam de sua força de trabalho, produzindo rendimentos mesmo após a sua morte, apenas sobre o pró-labore declarado no imposto de renda. Se o acidente causou a morte, de um lado, de pai e mãe de cinco filhos, que ficaram sem a presença de nenhum dos ascendentes para ampará-los; de outro lado, vitimou a esposa do autor que também tem três filhos, desprovendo o lar da figura materna, consideradas as circunstâncias violentas e repentinas, com as seqüelas sofridas, com graves conseqüências para o equilíbrio emocional dos familiares, indenização por danos morais a ser elevada ao dobro dos valores fixados na sentença, na esteira do Parecer do Ministério Público Federal. Tendo os autores decaído de parte mínima do pedido, afastada a sucumbência recíproca, a ser suportada pela ré, mantido o percentual de 10% sobre a condenação, a título de honorários advocatícios, a incidir também sobre doze prestações vincendas, consoante precedentes do E. STJ. (TRF 4ª R. – AC 96.04.52839-4 – PR – 4ª T. – Relª Juíza Silvia Goraieb – DJU 22.07.1998 – p. 510) (negritei)

Dadas às circunstâncias econômicas do Autor/viúvo, que é pobre e vive de seu labor em zona rural, bastante razoável fixar a pensão em 1(hum) salário mínimo mensal até o tempo em que a vítima/parturiente, se viva fosse, completaria 65(sessenta e cinco) anos de idade.

Do dano moral

Concedida a pensão de natureza patrimonial, não há de se negar que esta mesma causa é geradora de um dano extrapatrimonial ou moral, de uma dor, de um sofrimento para os Autores.

Saliente-se que o art. 159 do Código Civil abrange os danos morais e materiais e tendo os Autores feito o pedido consubstanciados no citado artigo, deve-se reconhecer que o pedido de danos morais encontra-se implícito, haja vista uma mesma agressão decorrente de ato ilícito ter acarretado lesão em bem patrimonial e personalíssimo, gerando dano material e moral, como se depreende do presente caso.

Por oportuno, veja-se o seguinte precedente do E. Tribunal Federal da 5ª Região:

“EMENTA. ADMINISTRATIVO. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E MORAL. CARACTERIZAÇÃO. PRELIMINAR DE JULGAMENTO ULTRA PETITA INACOLHIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

- 1. os termos amplos do art. 159 do Código Civil devem ser entendidos como abrangendo quaisquer danos, compreendendo, pois, também os de natureza material;*
 - 2. observando-se da inicial que os autores fundaram sua pretensão, entre outros, no art. 159 do Código Civil, não há como acolher-se a tese de julgamento “ultra petita” vez que em tal pedido encontra-se implicitamente incluída a indenização por dano material;*
 - 3. preliminar de julgamento “ultra petita” inacolhida;*
 - 4. “in casu”, comprovada resta a existência do dano moral, consubstanciado na dor e na tristeza de que foi alvo a genitora, em*
-

decorrência da morte de recém-nascido, mormente quando esta resultou de procedimento médico inadequado adotado no parto.

5. demonstrada a relação de causa e efeito entre a morte da vítima e o procedimento médico utilizado, e, tendo o dano sido ocasionado em virtude de má prestação de serviço médico por um dos agentes da Universidade, evidente a responsabilidade objetiva da mesma, enquanto prestadora de serviço público;

6. remessa oficial e apelação improvidas.(Dec. Unan. - TRF 5ª Região - Segunda Turma – AC 128050– RN – Relator Juiz Petrucio Ferreira – DJU 11/12/1998 – p. 225) (negritei)

Dispõe o Art. 5, inciso X, da CF/88, *verbis*:

Art. 5º. (...).

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Tendo o C. Superior Tribunal de Justiça pacificado o entendimento de ser acumulável o dano material e o dano moral (“Súmula 37 – “São acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”)

Discorrendo sobre o dano moral, Yussef Said Cahali, em sua obra *Dano Moral*(2ª ed.), preleciona:

“Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção.

Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada em razão do ato ilícito de um ser humano de nossas relações afetivas, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação.

(...)

No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do princípio da reparabilidade do dano moral,

não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo.(pág. 111)

(...)

No estágio atual de nosso direito, seja em função de sua maturada evolução histórica, seja agora em função dos preceitos genéricos do art. 5º, V e X, da Constituição de 1988, já não mais cabe questionar a respeito da indenizabilidade do chamado dano moral puro; e, por evidência, também se reconhece que o homicídio é causa geradora de lesão aos sentimentos não patrimoniais das pessoas vinculadas, como parentes ou aliados, ao falecido.”(pág. 114)

A doutrina e a jurisprudência encontram obstáculos, no que diz respeito à reparabilidade do dano moral, quanto às dificuldades de sua identificação e à sua valoração econômica como forma de satisfação do ofendido, principalmente no caso de estimar o montante indenizatório em razão da morte de um ente familiar querido, isto é, aquilatar o “preço de uma vida”.

Nas indenizações por dano moral, o Estado-Juiz tenta minimizar a dor intensa ocasionada pela perda do ente querido, fixando importância determinada, que não pode ser simbólica, evidentemente, mas que não serve para enriquecer o beneficiado, ou empobrecer o responsável pela reparação.

Os critérios utilizados deverão ser analisados caso a caso, devendo ser levados em consideração à repercussão econômica do dano, à prova da dor, ao grau de culpa do ofensor, a situação socio-econômica do responsável pela indenização, visando que o valor atribuído para o dano atenda às condições tanto de quem paga como de quem recebe, para a própria viabilidade do cumprimento da obrigação.

O importante para a configuração do dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter.

In casu, o trágico acontecimento que vitimou a esposa e mãe dos Autores

marcou profundamente suas vidas, retirando-a de seu convívio para ficar tão-somente a saudade. A dor agora é uma constante, visto que tal desaparecimento, repentino, transtornou suas vidas em todos os aspectos, ou seja, afetivo, moral e financeiro, principalmente quanto aos rebentos, pois mãe é insubstituível, ainda mais nas tenras idades em que se encontravam (04, 07, 08 e 09 anos), onde a sua presença é de vital importância e necessária.

A vida, não pode ser subtraída gratuita e irresponsavelmente, pois que a profunda dor, a forte consternação, a violenta depressão, são elementos muito angustiantes que desequilibram uma vida, abalando por completo a estrutura do ser humano, no momento em que o mesmo perde um ente querido. *“De sorte que o dano se caracteriza como a diminuição ou a subtração de um bem jurídico. E o bem jurídico é constituído não só de haveres patrimoniais e econômicos, mas também de valores morais, quais sejam a honra, a vida, a saúde, o sofrimento, os sentimentos, a tristeza, o pesar diante da perda de um parente”*. (Arnaldo Rizzardo)

A lesão moral dos filhos ocasionada pela morte da mãe é presumida porque decorre da própria relação filial que liga os pais aos filhos e vice-versa, tornando-se dispensável qualquer prova adicional. Como bem asseverou o Juiz Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, citado em Yussef Said Cahadi: *“A lesão moral de um pai em decorrência da perda de um filho é de presunção irrefragável, uma presunção hominis e que dispensa meios de prova, pois, quando existe uma relação entre pai e filho, é ela uma inegável presunção de vida. Ela é a prova.”*

José de Aguiar Dias, Da responsabilidade Civil, Ed. Forense, p. 936, lembra que: *“A outorga da indenização depende da prova do prejuízo ou de lesão à afeição, os danos materiais e morais causados aos parentes mais próximos não precisam de prova, porque a presunção é no sentido de que sofrem prejuízos com a morte do parente. Assim, os filhos em relação aos pais, o cônjuge em relação ao outro, os pais em relação aos filhos”*.

Quanto à indenização por danos morais, em virtude da morte da esposa, afirma Rogério Marrone de Castro Sampaio, *in* Fundamentos Jurídicos da Responsabilidade Civil *“a questão, atualmente não comporta maiores digressões, até em razão da igualdade entre homem e mulher consagrada*

na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso I). Indiscutível, portanto, a ampla possibilidade de indenizar o dano moral, cumulativamente com o dano material, nas mesmas condições do homem, chefe de família. Assim, falecida a esposa, têm os parentes próximos (em regra, o marido e os filhos) o direito de postularem indenização por danos morais, arbitrados de uma só vez, bem como por danos materiais”.

Este também é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, brilhantemente explicitado neste acórdão, *in verbis*:

“EMENTA. CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE PARTURIENTE. ERRO MÉDICO. PENSÃO. DANO MORAL E ESTÉTICO. VERBAS DE ASSISTÊNCIA, FUNERAL, LUTO E SEPULTURA. ASSISTÊNCIA PERMANENTE. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I. Não comprovadas as despesas a título de funeral, luto e sepultamento, bem assim a necessidade da verba de assistência permanente ao autor menor, o entendimento do Tribunal estadual, soberano no exame da prova, não tem como ser revisto em sede especial, ao teor do óbice contido na Súmula n. 7 do STJ. II. Devido o dano moral ao cônjuge varão, em face da dor e sofrimento pessoal que padeceu pela perda da esposa em circunstâncias dramáticas. III. De acordo com a orientação da Corte Especial do STJ no julgamento do EREsp n. 109.675/RJ, Rel. para Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, julgado em 25.06.2001, os honorários advocatícios de sucumbência não incidem sobre o capital constituído para assegurar o pagamento das parcelas vincendas da pensão. IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ- T4- Quarta Turma, RESP nº 194395/MG , publ. DJ em 04/02/2002, PG:00368 Relator Min. Aldir Passarinho Júnior)

Desse modo, comprovada está a existência do dano moral, consubstanciado na dor sofrida pela família das vítimas como um todo, em

face das mortes da parturiente e do feto, resta à FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, também, indenizar os Autores pelo dano moral suportado.

Inexiste qualquer regra que estabeleça o limite da indenização em caso de morte, devem-se levar em conta diversos fatores, tais como a situação econômica dos autores, a intensidade do dolo, o abalo que a perda dos entes queridos causam nos familiares remanescentes. Na hipótese, embora não se possa colocar preço na dor, sabe-se que a perda da mãe por parte dos filhos ainda em tenra idade, pode acarretar um trauma muitas vezes irreversível, tal sanção civil, impõe uma satisfação pelo dano sofrido, tendo o dinheiro um valor permutativo, podendo-se de alguma forma atenuar o sofrimento com a perda de entes queridos.

Diante das circunstâncias de que os Autores são pessoas humildes, que a falecida contribuía para o sustento do familiar, com seu labor doméstico, e, ainda, levando-se em conta as condições econômicas da Ré, bem como a forma do acontecimento trágico que levou a parturiente à morte, razoável o arbitramento do dano moral em 100(cem) salários mínimos por Autor.

ISSO POSTO, julgo procedente o pedido para **condenar** a **FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE-FUNASA** ao pagamento de pensão alimentícia de **01 (hum) salário mínimo** mensal, até a expectativa média de vida da vítima(65 anos de idade), **em favor** do Autor **SEVERINO DE ANDRADE**, como também ao **pagamento de 500(quinhentos) salários mínimos a título de danos morais a SEVERINO DE ANDRADE, JOSIVALDO CLEMENTINO DE ANDRADE, JOSINALDO CLEMENTINO DE ANDRADE, LEONICE CLEMENTINO DE ANDRADE e JOSÉ CARLOS CLEMENTINO DE ANDRADE, pro-rata**, tudo devidamente corrigido desde a data do infortúnio(Súmula 43-STJ) e juros de mora de 0,5%(zero vírgula cinco por cento) desde a data do evento danoso(Súmula 54-STJ).

Devendo ser aberta conta em caderneta de poupança em nome dos menores para movimentação quando os mesmos completarem a maioridade, salvo autorização judicial.

Em face de a Ré ser uma fundação pública federal, deixo-a de condenar na constituição de um capital para assegurar o cumprimento da prestação de

alimento, previsto no art. 602, do CPC, para tão-somente determinar a inclusão do Autor **SEVERINO DE ANDRADE** em folha de pagamento da FUNASA.

Condeno, ainda, a Ré no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios à base de 10%(dez por cento) sobre a soma das prestações vencidas e doze vincendas. (*“Os honorários de advogado, em ação indenizatória, devem ser calculados, segundo a taxa estabelecida, sobre a soma do vencimento e de doze das prestações vincendas”* STJ, 3ª Turma, REsp 12.482-SP, DJU 9.3.92, p. 2.575).

Excluo da lide, a UNIÃO por ilegitimidade passiva “ad causam”.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. INTIMEM-SE.

Ciência ao MPF.

Campina Grande, 05 de agosto de 2002.

RUDIVAL GAMA DO NASCIMENTO

Juiz Federal Substituto na 6ª Vara Federal-PB



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Seção Judiciária da Paraíba

AÇÃO ORDINÁRIA N.º 2003.82.00.001206-2

AUTOR(a)(es): CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

RÉ(u)(s): E. B. DA G.

SENTENÇA

I. – RELATÓRIO

A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF propôs ação ordinária “de cobrança de débito remanescente” contra ELCEMY BRAGA DA GAMA, objetivando a condenação da Ré ao pagamento de R\$ 27.712,95 (vinte e sete mil, setecentos e doze reais e noventa e cinco centavos).

Alegou que a Ré é devedora da quantia acima mencionada, remanescente da execução extrajudicial do contrato de mútuo hipotecário firmado com a Autora através do SFH, tendo em vista que o valor de adjudicação não foi suficiente para cobrir a dívida da Ré, restando, pois, ainda, o débito objeto de cobrança nesta ação.

Juntou os documentos de fls. 04/31.

A Ré apresentou contestação às fls. 42/47, juntando os documentos de fls. 48/51 e alegando que:

I – a cobrança de débito remanescente é indevida, porquanto a adjudicação foi realizada pelo preço correspondente ao custo real do apartamento;

II – em face do disposto no art. 192, § 3.º, da CF/88, são ilegais taxas de juros reais, nestes incluídas comissões e quaisquer outras remunerações, que excedam o limite de 12% ao ano, sendo nula de pleno direito, na forma do art. 51 do CDC, a cláusula contratual que estabelece a cobrança de juros acima desse patamar;

III – e tem direito à devolução em dobro do que lhe foi cobrado, devidamente corrigido.

A CEF apresentou impugnação à contestação às fls. 53/57.

Na fase de especificação de provas (fls. 59/59v.):

I – a Ré requereu a oitiva das partes e de testemunhas (arroladas à fl. 62), bem como a exibição de documentação referente aos lançamentos do valor cobrado nesta ação e a realização de perícia contábil sobre estes;

II – e a Autora manifestou-se no sentido de não ter provas a produzir.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos para sentença – fl. 66 (02.12.2004).

É o relatório.

II. – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. – QUESTÃO PRELIMINAR PROCESSUAL

A pretensão da Ré de condenação da Autora à devolução em dobro dos valores que lhe são indevidamente cobrados não deve ser conhecida por não ter sido deduzida na forma processual própria (reconvenção), não tendo a presente ação potencial natureza dúplice.

II.2. - MÉRITO

De início, as questões aventadas pela Ré em sua contestação têm solução exclusivamente de direito, não havendo, assim, necessidade de produção das provas por ela requeridas às fls. 61/62, razão pela qual deve ser esse pleito indeferido.

A jurisprudência do STF encontra-se pacificada quanto à não auto-

aplicabilidade no art. 192, § 3.º, da CF/88 durante seu período de vigência, antes da revogação pela EC n.º 40/2003 (RE n.º 423.809 Agr/SC), o que afasta a defesa deduzida com base nesse dispositivo constitucional.

O valor do débito do contrato de mútuo hipotecário firmado entre a Ré e a CEF não tem vinculação com o valor de mercado do imóvel financiado, não se sustentando, assim, a argumentação da Ré formulada nesse sentido.

Não obstante a ausência de dedução pela Ré de outras teses de defesas, impõe-se ao Juízo o exame de uma questão de natureza jurídica vinculada à própria existência do débito cobrado nesta ação, a qual, mesmo não tendo sido alegada, deve ser examinada por não estar abrangida pelos efeitos da revelia.

O imóvel financiado pela Ré através do SFH foi objeto de execução extrajudicial nos termos do Decreto-Lei n.º 70/66, com leilão negativo e posterior adjudicação pela CEF, conforme demonstram os documentos de fls. 07/15, estando sendo cobrada nesta ação exatamente a diferença entre o valor da adjudicação e o valor do débito executado (fls. 29/30).

A CEF, para fins de execução da dívida referente ao financiamento habitacional firmado com a Ré sob a égide do SFH, tinha à sua disposição duas possibilidades: (a) a utilização da execução extrajudicial com base no Decreto-Lei n.º 70/66; e (b) a propositura de execução judicial na forma da Lei n.º 5.741/71.

O art. 1.º da Lei n.º 5.741/71 autoriza a CEF a escolher, livremente, entre essas duas espécies de procedimentos.

A Lei n.º 5.741/71, em seu art. 7.º, estabelece que “não havendo licitante na praça pública, o juiz adjudicará, dentro de quarenta e oito horas, ao exequente o imóvel hipotecado, ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida”, ou seja, que a adjudicação do imóvel pelo exequente, no procedimento previsto naquele diploma legal, enseja a quitação da dívida executada, independentemente de seu valor.

A primeira vista, esse dispositivo legal seria aplicável apenas à execução judicial disciplinada pela Lei n.º 5.741/71 e não, à execução extrajudicial do

Decreto-Lei n.º 70/66, que rege-se por regras próprias, entre as quais não há previsão de idêntico sentido.

Contudo, tendo em vista que a escolha por um ou outro rito executivo está ao arbítrio do credor hipotecário, no caso a CEF, essa interpretação resultaria na possibilidade de a escolha deste quanto à forma de cobrança de seu crédito impor ou não ao devedor a obrigação de pagar eventual saldo remanescente entre o valor original do débito e o valor da adjudicação que viesse a ocorrer.

Tal possibilidade não se mostra isonômica, pois implica em excessiva desproporção entre a condição jurídica das partes envolvidas na relação contratual, pois ficaria ao alvitre do credor a existência ou não do direito do devedor à quitação de seu débito na hipótese de adjudicação do imóvel por aquele, o que, à toda evidência, levaria o credor a só optar pela execução judicial na forma da Lei n.º 5.741/71 quando o valor da dívida fosse inferior ao valor de avaliação do imóvel.

Assim, a interpretação que melhor estabelece uma isonomia entre poder de escolha pelo devedor da espécie executiva que utilizará para a cobrança de seu crédito e os direitos do devedor vinculados a essa escolha é aquela segundo a qual a norma do art. 7.º da Lei n.º 5.741/71 aplica-se, também, à execução extrajudicial realizada com base no Decreto-Lei n.º 70/66.

Desse modo, incidindo a norma do art. 7.º da Lei n.º 5.741/71, também, no presente caso, não há qualquer dívida legalmente devida pela Ré à Autora em relação ao financiamento habitacional de fls. 16/28, impondo-se, por consequência, a improcedência do pedido inicial.

III. – DISPOSITIVO

Ante o exposto:

I – não conheço da pretensão da Ré de condenação da Autora à devolução em dobro dos valores que lhe são indevidamente cobrados;

II – rejeito o requerimento de produção de provas formulado pela Ré às fls. 61/62;

III - e **julgo improcedente** o pedido inicial, declarando a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, inciso I, do CPC).

Condeno a CEF, em face de sua sucumbência total, a pagar à Ré, com base no art. 20, § 4.º, do CPC, honorários advocatícios que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais) e a arcar com as custas iniciais e finais (art. 20, cabeça e § 2º, do CPC c/c o art. 14 da Lei n.º 9.289/96).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

João Pessoa - PB, 07 de dezembro de 2004.

Emiliano Zapata de Miranda Leitão
Juiz Federal Substituto da 1.ª Vara Federal



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Seção Judiciária da Paraíba

MANDADO DE SEGURANÇA

Processo n. 2003.82.01.004426-9

Impetrante: M. A. M. B.

Impetrado: Superintendente do Incra na Paraíba

RELATÓRIO

Trata-se de **mandado de segurança**, com pedido de liminar, impetrado por **Marcos Antônio Mota Barbosa** contra ato que reputa abusivo e ilegal do **Superintendente do Incra na Paraíba**, configurado na ameaça de vistoriar o imóvel rural denominado Fazenda São José, Município de Jacaraú, neste Estado, para fins de desapropriação por interesse social – reforma agrária.

Em decisão de fls. 297, reservei-me para apreciar o pedido de liminar após as informações da autoridade apontada como coatora sob o seguinte fundamento:

“verifica-se que o receio do impetrante é oriundo de notícias publicadas em jornal local, no sentido de que haverá inspeção na referida propriedade dentro do prazo de 72 horas (setenta e duas) horas (fls. 13), não juntando aos autos nenhum ato administrativo do impetrado com essa finalidade (...).”

Peticionou nos autos o impetrante, reiterando o pedido de liminar, com base em fatos novos que trouxe à colação, juntando documentos.

Decisão de fls. 313/318, concedendo a liminar pleiteada.

Informações pela autoridade impetrada às fls. 323, nas quais sustenta a legalidade do ato impugnado.

Petição noticiando a interposição de agravo de instrumento (fls. 336).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 351/357), onde se posiciona, em preliminar, pela ilegitimidade ativa do impetrante e, no mérito, pela denegação da segurança, ante a inconstitucionalidade do art. 2º, § 6º, da Lei n. 8.629/93.

Ofício do Egrégio TRF requisitando a prestação de informações, nos autos do agravo de instrumento interposto (fls. 359). Informações prestadas às fls. 362/363.

FUNDAMENTAÇÃO

– I –

O Ministério Público Federal, por ocasião do seu Parecer, manifestou-se, em preliminar, pela extinção do feito sem apreciação do mérito, ante a ilegitimidade ativa do impetrante, sob o fundamento de inexistir nos autos prova da propriedade do imóvel a ser vistoriado.

Entendo não merecer acolhida a preliminar levantada. Fundamento.

É bem verdade que o documento e fls. 22/32 não se constitui na prova do registro da escritura de compra e venda do imóvel rural São José, em nome de Marcos Antônio Mota Barbosa, em que pese tratar-se de escritura de hipoteca do imóvel São José, lavrada e registrada no Cartório de Imóveis da Comarca de Jacaraú/PB, em favor do Banco do Brasil, onde figuram como devedores hipotecários o impetrante e a sua esposa. Atrai portanto o princípio de que somente se hipoteca aquilo de que se tem a propriedade, ainda mais quando registrada aquela no cartório de registro do local do imóvel. Mesmo assim, trata-se de prova indiciária da propriedade.

Contudo, o presente mandado de segurança insurge-se contra ato do Superintendente do Incra consistente em Edital de Notificação para os fins

de levantamento preliminar de dados e informações de imóvel rural, nos moldes do **art. 2º, §§ 2º e 3º da Lei 8.629/93**, e é esse mesmo edital que estampa como proprietário do imóvel rural a ser vistoriado o Sr. Marcos Antônio Mota Barbosa.

Dispõem os parágrafos 2º e 3º acima citados:

“§ 2º Para os fins deste artigo, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao **proprietário, preposto ou seu representante**”.

“§ 3º Na ausência do **proprietário, do preposto ou do representante**, a comunicação será feita mediante edital, a ser publicado, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação na capital do Estado de localização do imóvel”.

Note-se que a lei fala em prévia comunicação ao **proprietário, preposto ou seu representante**, o que legitimaria, em tese, qualquer deles a impetrar o remédio constitucional.

Contudo, o Edital ora impugnado **“NOTIFICA, para fins de Levantamento Preliminar de Dados e Informações do imóvel rural denominado “Fazenda São José”, localizado no Município de Jacaraú – PB, Comarca de Jacaraú – PB, o Sr. MARCOS ANTÔNIO MOTTA BARBOSA, proprietário do imóvel acima referido (...)**”.

(grifo nosso)

Ora, na medida em que neste mandado de segurança se ataca a validade de Edital de Notificação para a realização de vistoria, no qual consta como proprietário da terra o Sr. Marcos Antônio Mota Barbosa, não vejo como afastar a sua legitimidade para funcionar no pólo ativo da demanda.

Como se vê, é o próprio Incra quem empresta ao impetrante a qualidade de proprietário do imóvel a ser vistoriado, muito embora pudesse fazê-lo na qualidade de “preposto ou seu representante”, o que também

não infirmaria a sua legitimidade ativa.

Não pode, portanto, prosperar a alegação que faz o Incra de que o impetrante não provou ser o dono do imóvel rural São José e, por tal razão, carece de legitimidade ativa, quando é ele próprio que estampa no ato impugnado a qualidade de **proprietário** do impetrante. Do contrário, seria o reconhecimento pelo próprio Incra do equívoco por ele cometido.

Sem dúvida, *sui generis* seria o acolhimento da preliminar levantada pelo Ministério Público Federal, na medida em que o reconhecimento da ilegitimidade ativa do impetrante, por não ser o proprietário do imóvel, redundaria inevitavelmente no reconhecimento de vício a macular o edital ora impugnado.

Por tais razões, levando em conta o objeto do presente *mandamus*, repita-se, a ilegalidade do Edital de Notificação de vistoria, entendendo ser o impetrante detentor de legitimidade para figurar no pólo ativo da ação.

– II –

Da análise dos autos, mais precisamente da peça exordial, extrai-se os elementos essenciais à apreciação da matéria, quais sejam, a causa de pedir

próxima (a fundamentação jurídica), a causa de pedir remota (os fatos) e o pedido (ilegalidade do edital de notificação de vistoria).

Resta-nos, portanto, apreciarmos em detalhes os dois primeiros, para, ao final, concluindo o silogismo, chegarmos à concessão ou denegação do pedido. Analisaremos, portanto, os argumentos jurídicos para, então, apreciarmos a ocorrência do fato alegado (invasão), seguindo a orientação do próprio STF em matéria semelhante.

– III –

A causa próxima de pedir apresentada pelo impetrante repousa no art. 2º, § 6º, da Lei n. 8.629/93, que assim dispõe:

“§ 6º O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de

esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações”.

Ou seja, apresentaram-se fatos para, com base no dispositivo legal supra, obter-se a concessão da ordem, anulando-se o ato impugnado.

E é justamente em razão de o embasamento jurídico repousar no retrotranscrito **§ 6º do art. 2º** da Lei n. 8.629/93 que entendo impertinente a argumentação apresentada pela autoridade coatora, em suas informações, relativa a assunto diverso, tratado no **§ 7º do art. 6º** da Lei 8.629/93, qual seja, caso fortuito como causa mantenedora da qualificação de propriedade produtiva.

Dispõe o art. 6º, § 7º da Lei n. 8.629/93:

“Não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens tecnicamente conduzida, devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração, exigidos para a espécie”.

Entende a jurisprudência do STF que a invasão de imóvel rural, a depender da respectiva dimensão, enquadra-se na hipótese de caso fortuito, afastando a hipótese de perda da qualificação de propriedade produtiva, nos moldes legais.

Contudo, não é esta a hipótese dos autos, pois não se está questionando qualquer declaração do Incra de que seja a propriedade rural “São José” improdutiva, já que se impugna o Edital de Notificação de Vistoria, com base em dispositivo legal diverso, que proíbe a realização da própria vistoria em terras invadidas.

Alega a autoridade impetrada que *“Também é de ser considerado se a invasão que deu motivo à primeira reintegração de posse, em 21/8/2001, foi motivo de alteração na produtividade do imóvel nos meses subseqüentes, uma vez que o INCRA afere os graus de produtividade levando em conta*

os doze meses que antecedem a comunicação prévia já referida”.

A argumentação supra, entendo, teria relevo caso o fundamento jurídico da postulação repousasse no o art. 6º, § 7º da Lei n. 8.629/93, caso a invasão estivesse sendo apontada como causa justificante da improdutividade do imóvel. Acontece que não é este o objeto do presente *mandamus*, escudado, sim, no art. 2º, § 6º da Lei n. 8.629/93, que, em hipótese de invasão, proíbe até mesmo a vistoria.

Colhe-se ainda das informações da autoridade impetrada o seguinte trecho, em comentário ao § 6º, art. 2º, Lei n. 8.692/93, que proíbe a desapropriação de terras invadidas: *“Quanto à aplicação da norma em comento, deve-se ainda levar em consideração a subsunção aos fatos concretos, devendo cada um ser analisado per se. Também nesse sentido, se pronunciou o **Supremo Tribunal Federal**, em voto proferido pelo Ministro relator Maurício Correa, nos autos do MS 24.136-5-DF, do qual se destaca esse entendimento:*

“De qualquer sorte, parece-me que a vedação supõe, pelo menos, que haja probabilidade de que a invasão tenha desfigurado a classificação da área, modificando-a de produtiva para improdutiva, ou tenha causado danos que a possam ter desvalorizado. Caso contrário, a norma proibitiva desvestiria de sua finalidade”.

Não transcreveu, contudo, o início do parágrafo 15, constante do voto do Ministro Maurício Corrêa, às fls. 510 dos respectivos autos, que assim dispõe:

“Por esse motivo, a proibição de que a área invadida seja vistoriada, avaliada ou desapropriada nos dois anos seguintes à desocupação, conforme dispõe o § 6º do artigo 4º da Lei 8692/93, com redação dada pela MP 2109/01, alcança apenas as hipóteses em que a vistoria ainda não tenha sido realizada ou quando feitos os trabalhos durante ou depois da ocupação”.

No caso acima reportado, a segurança restou ao final denegada pelo STF, cassando-se **medida liminar inicialmente concedida**, em razão de não haver nos autos provas definitivas de que tenha ocorrido ocupação do imóvel pelos integrantes do MST e, se houvesse, não se aplicaria o art. 2º, § 6º, da Lei

8.629/93, eis que a invasão teria sido posterior à vistoria.

No caso dos autos, as invasões alegadas já ocorreram, portanto, em momento anterior à vistoria cuja realização estava para ter início, ora reputada ilegal. Vê-se que o suporte fático da decisão superior é diverso do contido nos presentes autos.

– IV –

Dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.629/93 que:

*“A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é **passível de desapropriação**, nos termos desta Lei, respeitados os dispositivos constitucionais”.*

Por sua vez, seus parágrafos 2º e 3º (com redação dada pela MP 2.183-56/2001) assim preceituam, respectivamente:

*“Para fins deste artigo, fica a União, através do órgão federal competente, **autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações**, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante”.*

“Na ausência do proprietário, do preposto ou do representante, a comunicação será feita mediante edital, a ser publicado, por 3 (três) vezes consecutivas, em jornal de grande circulação na capital do Estado de localização do imóvel”.

Pois bem. Foi a mesma Medida Provisória 2.183-56/2001, modificadora dos §§ 2º e 3º do art. 2º da Lei n. 8.629/93 – dispositivos legais estes que fundamentaram os editais de notificação – que acrescentou o § 6º ao referido art. 2º da Lei de Desapropriação para fins de Reforma Agrária.

Dispõe o mencionado parágrafo:

“O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário

de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos 2 (dois) anos seguintes á sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações”.

É, portanto, claro o transcrito § 6º ao vetar, expressamente, qualquer ato expropriatório, ainda que de natureza preparatória, em relação a imóvel rural objeto de invasões motivadas por conflitos agrários de caráter coletivo, pelo prazo de 2 anos, contados da desocupação, ou de 4, em caso de reincidência.

Vai mais além o dispositivo, determinando a apuração da responsabilidade civil e administrativa de quem, seja de forma omissiva ou comissiva, propicie o descumprimento da vedação.

Ora, conforme vimos acima, a União, através do órgão federal competente, no caso, o Incra, está legalmente autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, com fins de reforma agrária, a menos que a situação do imóvel se enquadre nas disposições do art. 2º, § 6º da Lei n. 8.629/93, ou seja, tenha sido objeto de invasão, sendo justamente esse o caso dos autos. E tais disposições devem ser respeitadas sob pena de apuração da responsabilidade administrativa e civil daquele que as infringir.

É preciso que se cumpram as leis, na medida em que estas representam o instrumento democrático de regulação das relações sociais, promovendo a pacificação da coletividade. E eventual descumprimento, que se afigura iminente, ante o que se extrai do edital de notificação de fls. 305, poderá vir a ocasionar não apenas violação do direito de propriedade do impetrante, mas, também, maior instabilidade social na região, na medida em que faça nascer, com a notícia da desapropriação das terras, uma expectativa (potencialmente ilusória, ante o confronto com a lei) naqueles que “verdadeiramente” almejam por um pedaço de chão, para dali retirar o seu sustento.

Nesse sentido, inclusive, o entendimento público e, conseqüentemente, notório manifestado pelo Ministro do Desenvolvimento Agrário, através da imprensa nacional de televisão, de guardar total respeito à disposição do art. 2º,

§ 6º da Lei n. 8.629/93 e não proceder a desapropriações de terras objeto de invasões.

– V –

Levanta o Ministério Público Federal, em seu respeitável Parecer, o entendimento de ser aberrante as disposições contidas no § 6º do art. 2º da Lei n. 8.629/93, *“porque colocam uma condição exterior ao próprio uso da propriedade em si para a desapropriação, como se o fato de haver sido invadida a propriedade tivesse o condão de, em um passe de mágica, fazer a propriedade atender aos requisitos do artigo 186 da Carta Magna, ainda que por dois anos...”*.

A questão, contudo, deve ser encarada sob outro prisma. Entendo que a norma em comento não tem, efetivamente, o condão de tornar produtivo aquilo que não o seja.

O objetivo imediato do § 6º não é reconhecer por presunção a produtividade do imóvel rural invadido, mas, sim, ratificar e enfatizar que a legitimidade da intervenção na esfera dominial privada pertence somente ao **Estado**, observados, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República.

Assim como o direito à reforma agrária, outros institutos como a posse e a propriedade são também tutelados pela Constituição da República. É bem verdade que a propriedade não pode e nem deve mais ser encarada como um direito absoluto, como no tempo pretérito em que o proprietário incorporava as três prerrogativas de usar, gozar e abusar do seu bem.

Porém, a intervenção na propriedade rural que não estiver a atender os seus fins sociais somente pode se proceder através do Estado, respeitando Este os ditames procedimentais legais e constitucionais. Assim, o art. 2º, § 6º da Lei n. 8.629/93 visa, sim, a resguardar a integridade de valores igualmente protegidos pela própria Constituição da República.

Está claro que as alterações trazidas com a MP 2.183-56/2001 têm por objetivo coibir o uso da força e a utilização de instrumentos à margem da lei

como forma de dar início à expropriação de propriedades rurais, substituindo-se ao próprio Estado, a quem incumbe, por força de preceito constitucional, a realização de tal atividade, através do devido processo legal. Para tanto, basta procedermos a uma análise sistemática das inovações trazidas com a MP 2.183-56/2001, acrescentando parágrafos ao mesmo art. 2º da Lei n. 8.629/93:

“§ 7º Será excluído do Programa de Reforma Agrária do Governo Federal quem, já estando beneficiado com lote em Projeto de Assentamento, ou sendo pretendente desse benefício na condição de inscrito em processo de cadastramento e seleção de candidatos ao acesso à terra, for efetivamente identificado como participante direto ou indireto em conflito fundiário que se caracterize por invasão ou esbulho de imóvel rural de domínio público ou privado em fase de processo administrativo de vistoria ou avaliação para fins de reforma agrária, ou que esteja sendo objeto de processo judicial de desapropriação em vias de imissão de posse ao ente expropriante; e bem assim quem for efetivamente identificado como participante de invasão de prédio público, de atos de ameaça, seqüestro ou manutenção de servidores públicos e outros cidadãos em cárcere privado, ou de quaisquer outros atos de violência real ou pessoal praticados em tais situações”.

A norma contida no parágrafo supra, em suma, afasta da qualidade de beneficiário dos lotes decorrentes da terra desapropriada aquele que restar comprovadamente envolvido em conflito fundiário que se caracterize por invasão ou esbulho de imóvel rural de domínio público ou privado, participante de invasão de prédio público ou de qualquer ato de violência cometido nesse contexto.

Mais uma vez, constata-se que o objeto das alterações legais não foi o de tornar produtiva, por presunção, a terra invadida, mas, sim, obstar todo e qualquer ato de violência, a pessoas ou a bens, relacionado ao processo de desapropriação para fins de reforma agrária.

“§ 8º A entidade, a organização, a pessoa jurídica, o movimento ou a sociedade de fato que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, auxiliar, colaborar, incentivar, incitar, induzir ou participar de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou em conflito agrário ou fundiário

de caráter coletivo, não receberá, a qualquer título, recursos públicos”.

“§ 9º Se, na hipótese do § 8º, a transferência ou repasse dos recursos públicos já tiverem sido autorizados, assistirá ao Poder Público o direito de retenção, bem assim o de rescisão do contrato, convênio ou instrumento similar”.

Na hipótese supra, a norma visa a afastar da participação de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou de conflitos agrários ou fundiários de caráter coletivo as instituições que enumera, impedindo-as de receber, a qualquer título, recursos públicos, ou de tê-los retido em caso de já restarem autorizados.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar e proclamar, em sede de medida cautelar em ação direta, a constitucionalidade do § 6º do art. 2º da Lei n. 8.629/93, sendo neste sentido as lições do Ministro Celso de Melo, relator da ADIN n. 2.213-DF, constante do Informativo do STF n. 301, as quais acosto-me, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) - REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO - INVASÃO DE IMÓVEIS RURAIS PRIVADOS E DE PRÉDIOS PÚBLICOS - INADMISSIBILIDADE - ILICITUDE DO ESBULHO POSSESSÓRIO - LEGITIMIDADE DA REAÇÃO ESTATAL AOS ATOS DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA - RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001 - INOCORRÊNCIA DE NOVA HIPÓTESE DE INEXPROPRIABILIDADE DE IMÓVEIS RURAIS - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE DESTINA, TÃO-SOMENTE, A INIBIR PRÁTICAS DE TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DAS LEIS E À INTEGRIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA -

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA QUANTO A UMA DAS NORMAS EM EXAME - INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA - CONSEQÜENTE INCOGNOSCIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS”.

“RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FUNDIÁRIA - O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE NEUTRALIZAR O ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO CONTRA BENS PÚBLICOS E CONTRA A PROPRIEDADE PRIVADA - A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar seqüência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação

(1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade”.

Assevera o Ministro Celso de Melo que:

“O ESBULHO POSSESSÓRIO - MESMO TRATANDO-SE DE PROPRIEDADES ALEGADAMENTE IMPRODUTIVAS - CONSTITUI ATO REVESTIDO DE ILICITUDE JURÍDICA. - Revela-se contrária ao Direito, porque constitui atividade à margem da lei, sem qualquer vinculação ao sistema jurídico, a conduta daqueles que - particulares, movimentos ou organizações sociais - visam, pelo emprego arbitrário da força e pela ocupação ilícita de prédios públicos e de imóveis rurais, a constringer, de modo autoritário, o Poder Público a promover ações expropriatórias, para efeito de execução do programa de reforma agrária. - O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivo, notadamente porque a Constituição da República - ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) - proclama que “ninguém será privado (...) de seus bens, sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV)”.

Dessa forma, reitere-se, a norma do analisado § 6º não se relaciona com a questão da produtividade do imóvel, protegendo de invasões até mesmo o imóvel eventualmente improdutivo. O fato de ser o imóvel improdutivo não afasta para o seu proprietário a garantia constitucional de somente dele ser privado através do devido processo legal. E tal devido processo legal, registre-se, deve ser observado não apenas em benefício do proprietário, mas, também, em razão da necessária observância ao princípio da isonomia entre aqueles que receberão os lotes de terra decorrentes da desapropriação, pois não serão necessariamente os invasores os beneficiários. Embora constem nos autos advertência no sentido de que os conflitos na área necessitam ser apaziguados – desejo veemente de todos –, apresenta-se como solução fechar os olhos às

disposições legais que regem a matéria, vigentes em nosso ordenamento jurídico, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, assim dito pela nossa Excelsa Corte de Justiça, fazendo-se relevante notar que os invasores não serão os necessários beneficiários das terras, pois, do contrário, seria convalidar o império da força sobre o da lei, preterindo o direito dos alistados que aguardam suas reivindicações nos exatos limites da licitude.

Ainda do acórdão relatado pelo Ministro Constitucionalista extrai-se a lição de que:

“O respeito à lei e à autoridade da Constituição da República representa condição indispensável e necessária ao exercício da liberdade e à prática responsável da cidadania, nada podendo legitimar a ruptura da ordem jurídica, quer por atuação de movimentos sociais (qualquer que seja o perfil ideológico que ostentem), quer por iniciativa do Estado, ainda que se trate da efetivação da reforma agrária, pois, mesmo esta, depende, para viabilizar-se constitucionalmente, da necessária observância dos princípios e diretrizes que estruturam o ordenamento positivo nacional. - **O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20). - Os atos configuradores de violação possessória, além de instaurarem situações impregnadas de inegável ilicitude civil e penal, traduzem hipóteses caracterizadoras de força maior, aptas, quando concretamente ocorrentes, a infirmar a própria eficácia da declaração expropriatória. Precedentes”.**

E assim arremata, em juízo de delibação, pela constitucionalidade da MP 2.183-56/2001, proscREVendo a legitimidade da prática de invasão de propriedades rurais como instrumento de imposição de desapropriação ao Estado:

“RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001. - Não é lícito ao Estado aceitar, passivamente, a imposição, por qualquer entidade ou movimento

social organizado, de uma agenda político-social, quando caracterizada por práticas ilegítimas de invasão de propriedades rurais, em desafio inaceitável à integridade e à autoridade da ordem jurídica. - O Supremo Tribunal Federal não pode validar comportamentos ilícitos. Não deve chancelar, jurisdicionalmente, agressões inconstitucionais ao direito de propriedade e à posse de terceiros. Não pode considerar, nem deve reconhecer, por isso mesmo, invasões ilegais da propriedade alheia ou atos de esbulho possessório como instrumentos de legitimação da expropriação estatal de bens particulares, cuja submissão, a qualquer programa de reforma agrária, supõe, para regularmente efetivar-se, o estrito cumprimento das formas e dos requisitos previstos nas leis e na Constituição da República. - **As prescrições constantes da MP 2.027-38/2000, reeditada, pela última vez, como MP nº 2.183-56/2001, precisamente porque têm por finalidade neutralizar abusos e atos de violação possessória, praticados contra proprietários de imóveis rurais, não se mostram eivadas de inconstitucionalidade (ao menos em juízo de estrita delibação), pois visam, em última análise, a resguardar a integridade de valores protegidos pela própria Constituição da República. O sistema constitucional não tolera a prática de atos, que, concretizadores de invasões fundiárias, culminam por gerar - considerada a própria ilicitude dessa conduta - grave situação de insegurança jurídica, de intranqüilidade social e de instabilidade da ordem pública”.**

Entendemos que os movimentos populares são justo e legítimo instrumento de mobilização social, verdadeira causa de aperfeiçoamento das instituições, dos quais o nosso país é pródigo – até mesmo em sua história recente, bastando lembramos dos exemplos dos movimentos pelas “Diretas Já” e “Impeachment do Presidente Collor” –, muitos deles direcionados à efetivação de grandes mudanças na ordem jurídica interna do Estado. Contudo, perdem a legitimidade ostentada quando, **em um Estado Democrático de Direito**, confrontam-se com o ordenamento legal originário dos mandatários do Poder devidamente constituído, na medida em que assim o fazendo agridem a própria vontade popular, eis que todo poder emana do Povo e em seu nome deverá ser exercido.

Fico, portanto, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, não vislumbrando vício de inconstitucionalidade no art. 2º, § 6º da Lei n. 8.629/93, impondo-se, assim, a aplicação de seus preceitos.

– VI –

Uma vez apreciada a causa de pedir próxima deste *mandamus*, resta-nos aferirmos a existência dos fatos narrados como causa remota, *in casu*, a invasão do imóvel rural “São José” por trabalhadores “sem-terra”.

Quanto ao ponto, já por ocasião da decisão concessiva da liminar, deixei registrado que também se encontram nos autos provas de que as referidas terras estão sendo objeto de invasões, motivadas por conflito agrário de caráter coletivo, conforme se extrai, dentre outros documentos, das fotografias e exemplares jornalísticos juntados, bem ainda da ação de reintegração de posse movida pelo impetrante, no seio da Justiça Comum Estadual, mais precisamente perante a Vara de Conflitos Agrários, contando com vários mandados liminares de reintegração de posse.

Inclusive, de uma das decisões judiciais ali proferidas, a constante das fls. 301/303, extrai-se o seguinte:

“No entanto, embora este Juízo tenha autorizado a colheita, não foi este o motivo que levou os “sem terra” a novamente invadirem a propriedade do autor, o que restou provado por uma circunstância simples porém esclarecedora: a invasão ocorreu no dia 04.06.2003, pela madrugada como informa o autor, ou mesmo às primeiras horas da manhã, ao passo que o D. Juízo da Comarca de Mari (PB), recebeu o Ofício n. 117/2003 e o mandado a ele anexo, no próprio dia 04.06.2003, o que retira a possibilidade de já haver sido cumprido o mencionado mandado de autorização de colheita.

“Diante do exposto, tomo a atuação do “sem terra” como uma nova invasão das terras do autor, que deve merecer o tratamento previsto em Lei.

“(…). No caso dos autos, é indubitosa a ação perniciosa dos invasores, desobedecendo flagrantemente a uma determinação judicial e tornando a invador propriedade rural não desapropriada e que, apenas pelo fato de haver sido invadida, tornou-se não desapropriável por pelo menos dois anos após o fato, ou por tempo dobrado em caso de reincidência tudo na forma do disposto no art. 4º da MP 2.183-56/2001, que alterou parágrafos do art. 2º da Lei 8629/93”.

Há, pois, comprovação nos autos de que as terras da fazenda São José, localizada no Município de Jacaraú/PB, têm sido objeto de invasões decorrentes de conflito agrário de ordem coletiva, fato esse, conforme visto acima, já reconhecido por decisões judiciais originárias da Vara Estadual competente para apreciar as demandas relativas a conflitos agrários.

Em casos semelhantes chegados à apreciação do STF, em sede de mandados de segurança impetrados contra ato do Presidente da República, têm os Senhores Ministros levado em consideração como prova documental dos fatos alegados ofícios de Juiz de Direito endereçado ao Presidente do Incra e outras autoridades, cientificando-os da “invasão do imóvel rural”²⁷¹; informações do Incra com redação dúbia a respeito da ocupação²⁷²; boletim de ocorrência²⁷³; notícia jornalística²⁷⁴; ações de reintegração de posse e interdito proibitório, com sentenças favoráveis às impetrantes²⁷⁵; ato de confirmação de invasão por Comandante do Destacamento da Polícia Militar²⁷⁶.

Vê-se, portanto, que os meios de prova da invasão de propriedade rural, admitidos pelo STF, em sede de mandado de segurança, são os mais diversos.

²⁷¹ MS 24.136-5/DF.

²⁷² Idem.

²⁷³ MS 23.018/MS.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ Idem.

No caso dos autos, no campo da prova, não trilharemos caminho diverso do que seguido pelo Supremo Tribunal Federal.

Vejamos:

a) as notícias jornalísticas trazidas aos autos através de exemplares de jornais locais dão conta do conflito existente na Fazenda São José, a partir de invasões das terras por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra.

b) Às fls. 15/16 dos autos consta certidão de ocorrência policial, lavrada na Delegacia de Polícia Civil de Mamanguape, da qual se extrai relato de que no dia 04.06.2003 integrantes do MST invadiram a Fazenda São José, zona rural do Município de Jacaraú, expulsando as pessoas que lá se encontravam, mediante ameaças e uso de arma de fogo. A referida ocorrência foi prestada pelo Sr. Marcos Antônio Mota Barbosa, ora impetrante, Jivago Hiure Quirino Henrique, Milton Pessoa de Araújo Filho e Antônio Pereira de Lima.

c) Relatório subscrito pelo Sub-Comandante da 19ª Companhia de Polícia Militar, do qual se extrai que no dia 06.08.2001 ali compareceu o impetrante solicitando o apoio da Polícia Militar para com ele seguir até a Fazenda São José, com vistas a fotografar a área da sede, haja vista que, na noite anterior, foi ela invadida pelos “Sem-terra”. Relata a autoridade policial que, chegando lá, constatou que a propriedade havia sido invadida, e que os invasores estavam acampados em cabanas feitas de lona de plástico, a cerca de 500 metros da sede. Narra ainda que foi verificado pelo morador da Fazenda São José de nome Jivaldo Hiure Quirino Henrique que o depósito que fica localizado em frente à casa grande havia sido arrombado, tendo sido levados alguns objetos de seu interior. Colhe-se ainda do relatório que, no local do acampamento, estavam armadas 12 barracas, havendo aproximadamente 60 pessoas, com quem o Oficial manteve contato, pedindo para que preservassem o patrimônio da fazenda, recebendo o compromisso de assim ser feito.

d) Decisão judicial de reintegração de posse do Juiz de Direito da Vara de Conflitos Agrários, proferida em 08.08.2001, em favor do impetrante relativa à ação respectiva movida contra Manoel Laurentino Braz, Manoel Cosme de Lima e demais pessoas integrantes do Movimento dos Sem Terras – MST (fls. 110).

e) Ofícios do Juiz de Direito da Vara de Conflitos Agrários encaminhados ao Comandante-Geral da Polícia Militar da Paraíba e ao Secretário de

Segurança Público do Estado, requisitando ao primeiro auxílio da força pública para cumprimento da liminar e cientificando o segundo da respectiva medida (fls. 114/116).

f) Relatório da operação de reintegração de posse na Fazenda São José, ocorrida no dia 21.08.2001, em cumprimento a mandado judicial (fls. 121/123), donde se extrai que a operação foi procedida contando com a presença de 160 homens da polícia, saindo os ocupantes da fazenda, num total de 123 pessoas, em direção ao assentamento Boa Esperança.

g) Mandado liminar de reintegração de posse (fls. 152/153), em cujo verso certifica o oficial de justiça que deu inteiro cumprimento à ordem judicial, observando inúmeros danos à propriedade e seus equipamentos, destacando-se entre eles o furto de animais e canos de irrigação, queima do plantio de cana, arrombamento do prédio residencial com subtração de utensílios domésticos e ornamentais.

h) Às fls. 166 extrai-se a existência de nova decisão judicial de reintegração de posse, datada de 28.09.2001, donde se extrai o descumprimento da ordem judicial anteriormente prolatada, ante, inclusive, a determinação para que fosse revigorada a medida liminar concedida em início do processo. Já às fls. 207, consta em decisão judicial o registro pelo MM Juiz de Direito da Vara dos Conflitos Agrários de que “o cumprimento de mandado de reintegração de posse vem sendo adiado e obstado, quer por manobras dos indicados como invasores, quer por indisfarçável falta de exação da Polícia Militar por seu Comando em Guarabira”.

i) Às fls. 252 encontra-se novo Auto de Reintegração de Posse do impetrante no imóvel São José, dessa feita em 12.09.2002.

j) Nova decisão de reintegração de posse em favor do impetrante, originária do Juízo dos Conflitos Agrários, datada de 18.06.2003. Revogou-se, na referida decisão, autorização de colheita anteriormente concedida,

sob o fundamento de que *“não foi este o motivo que levou os “sem-terra” a novamente invadirem a propriedade do autor, o que restou provado por uma circunstância simples porém esclarecedora: a invasão ocorreu no dia 04.06.2003, pela madrugada como informa o autor, ou mesmo às primeiras horas da manhã, ao passo que o D. Juízo da Comarca de Mari (PB), recebeu ao ofício n. 117/2003 e o mandado a ele anexo, no próprio dia 04.06.2003, o que retira a possibilidade de já haver sido cumprido o mencionado mandado de autorização de colheita”*.

E aqui abrimos um parêntese para, então, afastarmos a alegação constante das informações prestadas pela autoridade impetrada de que *“as pessoas que adentraram no imóvel “São José”, no dia 04/06/2003, assim o fizeram provavelmente por estarem convictas de que foram autorizadas pelo MM Juiz de Direito da Vara Agrária, conforme por ele decidido às fls. 256 dos autos da ação de reintegração de posse (vide inclusive as fls. 257/258), afastando-se, pois, o ato de ocupação naquele data, da hipótese de esbulho ou de invasão motivada por conflito agrário”*.

Conforme já visto acima, o Douto Juiz de Direito da Vara de Conflito Agrários foi expresso em afirmar, na decisão de fls. 301/302, *“ser indubitosa a ação perniciosa dos invasores, desobedecendo flagrantemente a uma determinação judicial e tornando a invadir propriedade rural não desapropriada (...)”*, após concluir pelos elementos constantes dos autos que a invasão se deu antes mesmo de ser dada ciência da autorização de colheita aos interessados. Tanto assim que a mencionada autorização de colheita restou revogada.

Com base em tais elementos, entendo suficientemente comprovadas as invasões à propriedade rural “São José”, motivadas por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, autorizando, assim, na hipótese dos autos, a aplicação da norma constante no art. 2º, § 6º, da Lei n. 8.629/93, no sentido de que o respectivo imóvel rural não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência.

Registre-se, ainda, que, quanto ao argumento lançado pelo MPF em seu respeitável Parecer, às fls. 354, sétimo parágrafo, de fato, *“Não é a invasão,*

que pode ser provocada pelo próprio fazendeiro, no intuito de livrar sua propriedade da desapropriação – não é o caso, mas não se trata de hipótese improvável – que irá

conceder um Bill de indenidade contra a desapropriação (...)”, eis que a própria Lei n. 8.629/93, em seu art. 2º-A, prevê a possibilidade ora levantada, estabelecendo severa sanção pecuniária ao dissimulador infrator.

“Art. 2º-A. Na hipótese de fraude ou simulação de esbulho ou invasão, por parte do proprietário ou legítimo possuidor do imóvel, para os fins dos §§ 6º e 7º do art. 2º, o órgão executor do Programa Nacional de Reforma Agrária aplicará pena administrativa de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) a R\$ 535.000,00 (quinhentos e trinta e cinco mil reais) e o cancelamento do cadastro do imóvel no Sistema Nacional de Cadastro Rural, sem prejuízo das demais sanções penais e civis cabíveis.

Parágrafo único. Os valores a que se refere este artigo serão atualizados, a partir de maio de 2000, no dia 1º de janeiro de cada ano, com base na variação acumulada do Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna - IGP-DI, da Fundação Getúlio Vargas, no respectivo período.” (NR)

Contudo, reconhece o próprio MPF não ser este o caso dos autos.

Por fim, quanto aos presságios lançados nos autos de que “*Deferir o pedido proposto pelo impetrante significa, permissa venia, eternizar o clima de tensão social reinante na área, com conseqüências imprevisíveis, ou previsíveis, se mirarmos o que já ocorreu no dia 4 de junho deste ano, onde foi ceifada a vida de um trabalhador rural e feridos mais dez*” (fls. 334) e que “*Por derradeiro – mas não menos importante – cumpre uma palavra final a respeito dos graves conflitos fundiários existentes na região – para os quais a decisão de paralisar a desapropriação só contribuirá para fomentar*” (fls. 356), entendo que o direito deve ser reconhecido e assegurado àquele que o tem, àquele a quem a lei o assegura, não sendo permitido ao Magistrado, sob pena de desvirtuar a sua missão, ceder a augúrios e assim decidir contrário ao Direito a ao seu livre convencimento motivado, fundado no receio de que a sua sentença seria causa de insatisfação daqueles que, por conseqüência,

passariam então a desafiar a lei.

Penso que na Democracia os conflitos devem sucumbir à força da Lei e não a Lei à violência dos conflitos. Que se respeitem as Instituições e o Estado Democrático de Direito, para que somente assim as Leis que Nele encontram o seu fundamento de validade possam continuar a ser instrumento apaziguador e regulador das relações entre os homens, para que nunca cheguemos ao tempo em que o reconhecimento do direito de um seja também a causa do seu infortúnio.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA** para, ratificando os efeitos da liminar, declarar a nulidade do **Edital de Notificação** para fins de Levantamento Preliminar de dados e Informações do imóvel rural denominado “Fazenda São José”, localizado no Município de Jacaraú/PB, constante das fls. 304/306 dos autos, de emissão pela autoridade impetrada, por ofensa ao art. 2º, § 6º da Lei n. 8.629/93, com redação dada pela MP 2.183-56/2001.

Sem honorários, a teor da Súmula 105 do STJ.

Custas ex lege.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Oficie-se, **com urgência**, ao Desembargador Federal relator do agravo de instrumento noticiado nos autos.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

João Pessoa, 13 de novembro de 2003.

SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA

Juiz Federal Substituto da 3ª Vara



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Seção Judiciária da Paraíba

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO Nº: 2004.82.00.010908-6**IMPETRANTE:** S. C. M.**ADVOGADO:** Dr. E. M. O.**IMPETRADO:** SUPERINTENDENTE DE RECURSOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB

SENTENÇA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46 DA LEI 8.112/90. CORRETA INTERPRETAÇÃO. PERCEPÇÃO DE PARCELAS DE QUINTOS/DÉCIMOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE REFORMADA. BOA-FÉ E PROTEÇÃO À CONFIANÇA. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO. DESCABIMENTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

- A teor da novel redação do *caput*, do art. 46, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, trazida com a MP 2.225-45/2001, na hipótese de reposição ao erário, deve o servidor ser previamente notificado para informar à Administração Pública o modo como quer e pretende fazer a devolução dos valores percebidos indevidamente, inclusive dizer se deseja parcelar o débito, desde que resguardado o percentual mínimo cominado no § 1º, daquele mesmo versículo legal (Precedente do Excelso Pretório).

- Os valores recebidos pelo servidor público, com respaldo em decisão judicial que posteriormente vem a ser reformada, são insuscetíveis de restituição ao erário público, por se tratar de comportamento dotado de reconhecida boa-fé e proteção à confiança, ainda mais porque se traduzem em dinheiro que

foram incorporados ao acervo patrimonial dos estípidios funcionais.

- O nascimento do direito à irrepitibilidade de valores indevidos, por forca de decisão judicial, em favor do administrado floresceu a partir do momento em que o Judiciário outorgou-lhe uma razoável esperança de obter, através da esfera jurisdicional, a inalterabilidade de sua condição vencimental.

- Concessão da segurança.

Vistos etc.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por SEBASTIANA DE CARVALHO MARQUES, já devidamente qualificada nos autos, por intermédio de advogado constituído, contra ato do SUPERINTENDENTE DE RECURSOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB, buscando, *in limine litis*, abstenção de qualquer procedimento administrativo tendente a cobrar a restituição ao erário público federal de parcelas percebidas, por forca de decisão judicial, a título de quintos incorporados, tendo como base de cálculo o Adicional de Gestão Educacional – AGE, relativamente ao período compreendido entre junho de 2002 a março de 2004, afastando, por conseguinte, os efeitos produzidos pela Carta Circular nº 086/GAB/SRH, e, no campo meritório, a ratificação da providência de urgência.

2. Aponta o ato coator como sendo a determinação contida na Carta Circular nº 086/GAB/SRH, de 14 de junho de 2004, que a obriga a devolver ao erário público os valores recebidos por forca das decisões emanadas no Mandado de Segurança nº 2002.82.00.004262-1, impetrado perante a 1ª Vara desta Seção Judiciária.

3. Transcreve trecho de decisão prolatada em hipótese semelhante, relatando que teve em seu favor pronunciamento jurisdicional que lhe assegurou a percepção dos quintos incorporados tendo como base de cálculo o Adicional de Gestão Educacional – AGE, mas que foi, posteriormente, reformado em acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede recursal.

4. Tece extensas considerações a respeito da ausência do devido processo legal, trazendo à baila farta jurisprudência dos pretórios nesse sentido e quanto ao caráter irrepitível de parcelas remuneratórias recebidas de boa-fé por

servidor público, além de invocar entendimento de que, após a edição da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, não se admite o ressarcimento ao erário, mediante desconto em folha de pagamento.

5. Acosta à inicial vários documentos (fls. 39/42), assim como o comprovante de recolhimento das custas iniciais (fl. 43).

6. Instado a trazer alguns documentos noticiados na peça vestibular, a Impetrante acostou às fls. 54/123 inúmeros elementos probantes, para servir de subsídio à apreciação da liminar.

7. Liminar deferida, nos termos do *decisum* prolatado às fls. 125/131.

8. Devidamente notificada, a autoridade coatora prestou as informações de estilo às fls. 140/142, nas quais alega que, através do Ofício-Circular nº. 24/SRH/MP, de 02 de abril de 2002, o Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão comunicou aos dirigentes de recursos humanos das Instituições Federais de Ensino que o Adicional de Gestão Escolar - AGE não integra a base de cálculo para o pagamento de quintos/décimos de Cargo de Direção (CD), uma vez que, quando da instituição daquela vantagem funcional havia sido extinto o direito à incorporação de quintos e décimos. Ao final, pugna pela denegação da segurança.

9. O membro do Ministério Público Federal, em manifestação de fls. 155/158, discorre que não tem interesse em opinar no presente caso, por não se tratar de interesse público que justifique sua intervenção.

10. Eis o relatório da hipótese em estudo. Passo a decidir.

11. Versam o presente *mandamus* acerca da pretensão autoral no sentido de que a autoridade impetrada se abstenha de praticar qualquer procedimento administrativo tendente a cobrar a restituição ao erário público federal de parcelas percebidas, por força de decisão judicial, a título de quintos incorporados, tendo como base de cálculo o Adicional de Gestão Educacional – AGE, relativamente ao período compreendido entre junho de 2002 a março de 2004.

12. Em fórmula sintética, a discussão trazida à baila gira em torno da

possibilidade de reposição ao erário público de valores recebidos por servidor público, decorrente de decisão judicial, que posteriormente vem a ser reformada.

13. Nessa matéria, reza o art. 46, da Lei nº 8112/90, com a dicção conferida pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04 de setembro de 2001, que:

“Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela.

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.”
(grifos acrescidos).

14. Em princípio, a falta de pagamento pelo servidor do valor objeto de cobrança administrativa poderia ensejar a inscrição do débito na Dívida Ativa da União e o posterior ajuizamento de execução fiscal, como mecanismo de concretização do ressarcimento ao erário dos valores auferidos de forma indevida.

15. A despeito disso, a teor da novel redação do *caput*, do art. 46, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, trazida com a MP 2.225-45/2001, na hipótese de reposição ao erário, deve o servidor ser previamente notificado para informar à Administração Pública o modo como quer e pretende fazer a devolução dos valores percebidos indevidamente, inclusive dizer se deseja parcelar o débito, desde que resguardado o percentual mínimo cominado no § 1º, daquele mesmo versículo legal.

16. Não se diga que apenas os valores atualizados até 30 de junho de 1994 estariam sujeitos ao regramento da prévia intimação, pois, a se entender

dessa maneira, os demais comandos insertos no art. 46 perderiam, em última análise, sentido e se mostrariam inócuos, a ponto de comprometer a própria extensão da regra geral ressarcitória.

17. Ao que tudo indica, a restituição dos valores indevidos nos estipêndios da Impetrante estão sendo providenciados através de desconto direto na folha de pagamento, independentemente de prévia e oportuna notificação, retirando-lhe, por completo, a possibilidade de apontar aquela fórmula de devolução que se apresente mais conveniente respeitados os lindes legais.

18. Aliás, em recente julgado, o Excelso Pretório, em decisão plenária, ajustou as balizas intelectivas do art. 46 da Lei 8.112/90, ao entender que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado (MS 24.182-9, Redator p/o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 12/02/2004, DJU 03/09/2004).

19. Ainda que se trate de regra plasmada sob o manto da legalidade administrativa, a devolução de quantias percebidas por decisão judicial vulnera, sem dúvida alguma, na expressão do direito alemão, a proteção da boa-fé ou da confiança (**Vertrauensschutz**), e, em última instância, a própria segurança jurídica das relações entre cidadão e Estado.

20. No princípio da consolidação do Estado de Direito, sob a influência dos movimentos liberais que caracterizaram os séculos XVIII e XIX, o princípio da legalidade foi erigido para assegurar o valor da segurança jurídica. Um correspondia a mais legítima expressão do outro. Nessa época, a lei consistia na garantia do cidadão contra os abusos e arbitrariedades perpetradas pelo Estado.

21. Todavia, ao longo do tempo, com o aumento das complexidades suscitadas no âmbito da Administração Pública, frutificaram inúmeras colisões entre o princípio da legalidade administrativa e o da proteção da boa fé ou da confiança dos administrados, mormente nos casos que os favoreciam com vantagens posteriormente consideradas indevidas ou ilegais. Mas esse aparente conflito só existe se reputar a legalidade administrativa como princípio absoluto.

22. A bem da verdade, quando se diz que, em determinadas circunstâncias, a segurança jurídica, sob o efeito entorpecente do tempo, pode preponderar sobre a legalidade administrativa, não se está a negar a própria legalidade, que se constitui em alicerce de assento constitucional da existência da Administração Pública, mas, antes disso, a exprimir, diante das particularidades da situação concreta, a verdadeira legalidade material tanto ventilada pela moderna ciência administrativista. Aí, não se afronta a lei, porém antes a concretiza sob novo figurino: a segurança das relações jurídicas, adormecidas pelo som da nota musical do tempo.

23. Inspirado em fontes tedescas, o prestigiado administrativista gaúcho ALMIRO DO COUTO E SILVA profetiza, com a elegância e precisão que lhe é peculiar, em clássico trabalho monográfico a respeito dos postulados da legalidade administrativa e da segurança jurídica, que:

“A noção doutrinariamente reconhecida e jurisprudencialmente assente de que a Administração pode desfazer seus próprios atos, quando nulos, acentua este último aspecto, em desfavor das razões que levaram ao surgimento do princípio da legalidade, voltadas todas para a defesa do indivíduo perante o Estado. Serve à concepção de que o Estado tem sempre o poder de anular seus atos ilegais a verdade indiscutida no Direito Privado, desde o Direito Romano, de que o nulo jamais produz efeitos, convalida, convalida ou sana, sendo ainda insuscetível de ratificação. Se assim efetivamente é, então caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando eivados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexista óbice legal e não tenham gerado direitos subjetivos.

“Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia de proteção à boa fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma, de segurança jurídica cristalizada no princípio da irretroatividade das leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apesar da manifesta incompetência das pessoas de que eles emanaram.

“É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura

*jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da **res judicata**, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos Direitos Subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (**Treue und Glaube**) dos administrados.* É o que admite expressamente Fritz Fleiner, nas suas **Instituições do Direito Administrativo Alemão** (cuja primeira edição é de 1911), muito embora sem deixar claro se a afirmação feita no texto, de que o administrador não deveria, ‘por alteração do seu ponto de vista jurídico, sem necessidade cogente, declarar inválidos estados de posse dos cidadãos, que havia deixado subsistir sem contestação durante muitos anos’, seria um imperativo ou uma simples recomendação.

“Mais incisivo é Walter Jellinek. Dizia ele: ‘O agente público pode expressamente ratificar um ato defeituoso e renunciar, assim, à faculdade de revogá-lo. Pode, também, tacitamente ratificá-lo, pois agiria contra a boa fé se quisesse valer-se da irregularidade longamente tolerada’.

“7. Apesar de Jellinek aludir a revogação (**Wiederruf**) de atos irregulares, o que hoje seria tecnicamente inaceitável, compreende-se claramente que se cuida, na verdade, de anulamento. Entretanto, Jellinek via ainda o problema só pelo lado do Poder Público, salientando apenas a faculdade que teria a Administração de renunciar ao poder de anular, se entendesse que é o que melhor consultaria ao interesse público. O anulamento não seria, pois, um dever, mas um poder e o ato que o decretasse não teria a natureza de ato vinculado, mas sim de ato facultativo ou discricionário.

“Foi este, todavia, o primeiro degrau para que se atingisse o entendimento de que a invalidade, longamente tolerada pela Administração Pública, convalida, convalesce ou sana, como é indiscrepantemente aceito pela doutrina germânica moderna, tendo em vista, especialmente, a jurisprudência firmada pelos Tribunais alemães, na metade da década de 50, que eliminou a faculdade de invalidar os atos administrativos nulos por ilegais, quando, com a prolongada e complacente inação do Poder Público, hajam produzido benefícios e vantagens para os destinatários.

“*Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento,*

em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.

“Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia **ex tunc** é sempre inaceitável e o com eficácia **ex nunc** é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, *é absolutamente defeso o anulamento quando se trata de atos administrativos que concedem prestações em dinheiro, que se exauram de uma vez só ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria.* É este, com algumas críticas, formuladas pelas autorizadas vozes de Forsthoff e Bachof, o **status quaestionis** na Alemanha, como se pode ver dos manuais mais recentes.” (Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, Revista de Direito Público nº 84, Doutrina, págs. 54/56) (grifos em itálico acrescidos).

24. Nunca é demais lembrar que, na hipótese de quantias recebidas de boa-fé por servidor público por erro ou equívoco de interpretação administrativa, a própria Administração Pública já sedimentou o entendimento de que tais verbas são irrepetíveis e, portanto, insuscetíveis de reposição ao acervo patrimonial estatal, o que torna até ocioso mencionar súmulas ou julgados proferidos na via jurisdicional e administrativa a esse respeito, a não ser o Parecer Normativo nº GQ – 161, de 1 de setembro de 1998 (AGU/MF-05/98, de 3 de agosto de 1998, da lavra da ilustre Consultora da União Doutora Mirtô Fraga).

25. No entanto, a mesma tranqüilidade de pensamento não se estende à hipótese de valores recebidos indevidamente por decisão judicial. Argumenta, nesse compasso, a Administração Pública que a percepção de verbas funcionais nessa situação, na verdade, envolve relação jurídico-processual profundamente conflituosa, duvidosa e controversa, e cujo pagamento não provém de ato volitivo dela, mas de ordem emanada pelo Judiciário ainda objeto de discussão nesse universo.

26. A despeito disso, parece plausível considerar irrepetíveis as verbas percebidas por servidor público, proveniente de pronunciamento jurisdicional, não devido a serem propriamente vantagens de caráter alimentar, mas sobretudo por terem sido recebidas de boa-fé.

27. Por oportuno, é de bom alvitre ressaltar que as verbas funcionais não podem ser reputadas irrepetíveis pelo simples fato de ostentarem natureza alimentar, pois, a se entender dessa forma, o servidor que recebesse, em qualquer situação e tempo, valores indevidos, como, por exemplo, estípedios ou vantagens em duplicidade, por equívoco do Setor de Pagamento do órgão administrativo, ficaria sempre protegido pela absurda conclusão da impossibilidade de reposição em qualquer caso.

28. Por outro lado, a boa-fé, em essência, consiste no leal, honrado e sincero cumprimento dos deveres e exercício dos direitos. Na seara do Direito Administrativo não é diferente. O princípio geral da boa-fé nessa ótica expressa, a rigor, a presença dos valores da lealdade, honestidade e moralidade nas relações jurídicas travadas entre os administrados e a Administração Pública.

29. E aí poderia se ventilar a seguinte indagação: como reconhecer a boa-fé numa relação conflituosa e controvertida em juízo entre o administrado e a Administração Pública, mormente quando esta simplesmente nega o direito à percepção da verba funcional discutida na lide?

30. Simples. A boa-fé do servidor público não se consubstancia no seu liame jurídico com a Administração Pública, na condição de mero administrado, porém se revela, em última instância, na relação jurídica processual na qualidade de jurisdicionado, consistente na natural confiança do autor litigante nas decisões proferidas pelo Judiciário.

31. Poderia defender-se a tese de que inexistente boa-fé, quando a percepção da verba funcional dá-se em virtude de decisão precária, o que acarretaria razoável previsão de eventualidade na sua modificação. Mas, se se acatasse tal argumento, significaria desprestigiar a força e a autoridade das decisões judiciais, na medida em que poderia, perfeitamente, ocorrer o inverso, com a prolação de decisões em primeiro grau desfavoráveis ao recebimento da vantagem funcional e, posteriormente, pronunciamentos em instâncias superiores reconhecendo a justiça de sua percepção.

32. Ora, se há uma decisão judicial que confere o direito à percepção de vantagens funcionais, seja ela de que natureza for, tutela emergencial ou de mérito, nasce no servidor jurisdicionado uma esperada confiança de que sua tese jurídica merece a salvaguarda do Judiciário. Assim, receber valores sob a chancela judicial implica o reconhecimento da boa-fé, uma vez que o servidor jurisdicionado – e não apenas administrado – confia na palavra jurisdicional. Nem muito menos há como cogitar de ilicitude na espera do jurisdicionado e na atuação do Poder Judiciário, a quem compete dizer o direito com definitividade.

33. A mera plausibilidade da liminar já inspira a confiança no litigante, porquanto, mesmo que se considere precária a providência que a concede, provoca no seu espírito a sensação de que os argumentos desfilados na inicial em seu prol desfrutam de verossímil prestígio do Judiciário, tanto que justificou a oportuna tutela jurisdicional.

34. Para que haja confiança legítima, a ensejar o reconhecimento da boa-fé, é imperioso que o Judiciário atue, correta e lícitamente, e que as expectativas geradas no servidor jurisdicionado mostrem-se razoáveis. *In casu*, a concessão da liminar e da segurança mais do que comprovaram a existência de entendimento razoável e, no prisma do julgador prolator, pareceu correto e lícito o restabelecimento dos quintos incorporados tendo como base de cálculo o Adicional de Gestão Educacional – AGE.

35. Ao tratar do princípio da proteção da confiança, no âmbito do Direito Administrativo tedesco, o lente HARTMUT MAURER decretou que “**a sentença judicial proporciona, em virtude de sua existência e sua vinculatividade, certeza jurídica e proteção à confiança.**” (fl. 80), arrematando, ainda, que “**a sentença judicial, que decide o caso particular, forma fundamento de confiança – até bastante estável -**, mas não a jurisprudência superior, que somente tem significado prejudicial, mas não juridicamente vinculativo para os tribunais inferiores e prática administrativa.” (fl. 85) (Elementos de Direito Administrativo Alemão, Tradução de Dr. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001).

36. Não obstante o prestigiado doutrinador alemão se refira exclusivamente à sentença judicial, é indubitável que essa ilação também alcança a medida liminar, já que nada mais encerra do que mera antecipação dos efeitos

daquele édito monocrático, possuindo caracteres assemelhados, especialmente no atinente ao requisito da plausibilidade do direito invocado.

37. O nascimento do direito à irrepetibilidade de valores indevidos, por força de decisão judicial, em favor do administrado floresceu a partir do momento em que o Judiciário outorgou-lhe uma razoável esperança de obter, através da esfera jurisdicional, a inalterabilidade de sua condição vencimental.

38. Sem olvidar que soa estranho inferir serem irrepetíveis as vantagens funcionais concedidas ao servidor que as recebe de boa-fé, por ato volitivo da Administração Pública, mas não a reconhece se for decorrente de ordem judicial. Afinal, tanto a Administração Pública como o Poder Judiciário integram a mesma textura da Potestade Estatal. Em última análise, é o Estado-juiz compelindo o Estado-administração ao deferimento percepção da verba funcional ao administrado, que se encontra no outro pólo da relação existente entre o cidadão frente o Estado.

39. Sendo assim, em que pese o poder de autotutela estatal, não se mostra cabível a aplicação do art. 46 da Lei 8.112/90, com as alterações patrocinadas pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001, na hipótese em que as verbas funcionais foram percebidas pelo servidor, por imperativo de decisão judicial, dada a sua manifesta boa-fé.

40. A propósito, lapidar é o magistério de JESÚS GONZALES PERÉZ, professor catedrático da Universidade de Madri, que, ao se debruçar sobre a problemática do princípio da boa-fé em cotejo com a autotutela estatal (autodefesa) em caso concreto de despejo administrativo, em clássica obra atinente à boa-fé no Direito Administrativo, assim leciona:

“As Administrações Públicas estão investidas de um dos privilégios excepcionais que as dispensam de procurar os juízes para dirimir os conflitos jurídicos e realizar forçosamente as suas decisões frentes os obrigados. Podem ditar atos obrigatórios e executivos, que assim mesmo poderão executar forçosamente através de procedimentos administrativos executivos.

“Agora bem, **o exercício da autodefesa está sujeito aos limites que o Ordenamento jurídico estabelece e aos princípios que o**

informam, entre eles, o da boa-fé. (...).

“Talvez, não seja muito correto invocar o princípio para fundamentar a improcedência do exercício da tutela na hipótese que a sentença contempla, já que a improcedência vem dada pela aplicação das normas reguladoras do despejo administrativo. Porém é indubitável que o princípio da boa-fé pode limitar o exercício da autodefesa administrativa, em especial a executiva, como, por exemplo, a iniciação dos procedimentos de execução prematuramente, quando o interesse público não o exija – e não se prejudiquem direitos de terceiros -, em que pese o caráter executivo imediato que a LRJPA (legislação espanhola de procedimiento administrativo) atribui aos atos administrativos.” (El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo, Tercera Edición, Madrid, Civitas Ediciones, 1999, págs. 215/216) (tradução livre pelo subscritor desta decisão)²⁷⁷ (grifos acrescentados).

41. Em idêntica trilha, cumpre transcrever ementas de decisões prolatadas pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em hipóteses similares:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DO PERCENTUAL DE 84,32%. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE.

1. Os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, com amparo em decisão judicial que posteriormente vem a ser reformada, são insuscetíveis de restituição. Inaplicabilidade do art. 46 da Lei 8.112/90.

²⁷⁷ No original “Las Administraciones públicas están investidas de unos privilegios excepcionales que las dispensan de acudir a los jueces para dirimir los conflictos jurídicos y para realizar forzosamente sus decisiones frente a los obligados. Pueden dictar actos obligatorios y ejecutivos, que asimismo podrán ejecutar forzosamente a través de procedimientos administrativos ejecutivos. Ahora bien, el ejercicio de la autodefensa está sujeto a los límites que el Ordenamiento jurídico establece y a los principios que lo informan, entre ellos, el de la buena fe. (...) Quizás, no sea muy correcto invocar el principio para fundamentar la improcedencia del ejercicio de la

2. É incompatível com o instituto da repetição o caráter alimentar de que se revestem os salários e vencimentos, eis que destinam-se ao consumo e sobrevivência dos que o recebem.

3. Precedentes desta Corte (EDMSPL N°74.908/PE, j. em 31/03/2004, DJ em 28/04/2004).

4. Agravo de instrumento desprovido. Agravo regimental prejudicado.” (AG 53415-RN, 1ª Turma, Rel. Des. Francisco Wildo, j.20/05/2004, DJU 05/07/2004, pág. 874) (grifos acrescentados)

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE SENTENÇA JUDICIAL RESCINDIDA. ART. 46, § 3º DA LEI Nº 8.112/90.

- Legitimidade do Superintendente do INSS no Ceará para figurar no pólo passivo de mandado de segurança preventivo impetrado contra futuro ressarcimento de valores recebidos por determinação judicial. Hipótese em que a autoridade detém poderes para suspender a execução do ato.

- **Evidente ameaça a pretensão direito a assegurar a possibilidade da impetração.**

- **Na leitura do art. 46, § 3º da Lei nº 8.112/90 não se pode olvidar os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica, bem como a boa-fé dos favorecidos.**

- **Hipótese em que os valores foram recebidos em virtude de sentença transitada em julgado desde 1992, devendo o seu ressarcimento abranger apenas as parcelas eventualmente pagas após o trânsito em julgado da decisão que rescindiu a sentença que ordenava o pagamento.**

- Precedentes desta Corte.

tutela en el supuesto que la Sentencia contempla, ya que la improcedencia viene dada por la aplicación de las normas reguladoras del desahucio administrativo. Pero es indudable que el principio de la buena fe puede limitar el ejercicio de la autodefensa administrativa, em especial la ejecutiva, como, por ejemplo, la incoación de los procedimientos de ejecución prematuramente, cuando el interés público no lo exija – y no se perjudiquen derechos de terceros - , pese al carácter ejecutivo inmediato que la LRJPA atribuye a los actos administrativos.”

- Agravo ao qual se nega provimento.” (TRF – 5ª Região, AG 46664/CE, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, j. 06/04/2004, DJ 01/06/2004, pág. 415). (grifos acrescidos)

42. Desse modo, infere-se que os valores recebidos pelo servidor público, com respaldo em decisão judicial que posteriormente vem a ser reformada, são insuscetíveis de restituição ao erário público, por se tratar de comportamento dotado de reconhecida boa-fé e proteção à confiança, ainda mais porque se traduzem em dinheiro que foram incorporados ao acervo patrimonial dos estipêndios funcionais.

43. Diante desse cenário, **CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada**, confirmando os termos da liminar anteriormente concedida às fls. 125/131, para determinar que a autoridade coatora abstenha-se de praticar qualquer procedimento administrativo tendente a cobrar a restituição ao erário público federal de qualquer parcela percebida, por força de decisão judicial, a título de quintos incorporados, tendo como base de cálculo o Adicional de Gestão Educacional – AGE, relativamente ao período compreendido entre junho de 2002 a março de 2004, afastando, por conseguinte, os efeitos produzidos pela Carta Circular nº 086/GAB/SRH.

44. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas nº 512 do STF e 105 do STJ).

45. Custas na forma da lei.

46. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

47. P.R.I.

João Pessoa/PB, 18 de novembro de 2004.

CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA
Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Paraíba

The background of the entire page is a grayscale marbled paper pattern with organic, swirling veins in shades of gray.

Concurso de Literatura

A JUSTIÇA FEDERAL EM CORDEL

CATEGORIAS:

1) Servidor da Justiça Federal da Paraíba

UMA ALIADA LEGAL: a Justiça Federal
Ítalo Jorge Marinho da Nóbrega – Servidor da SJPB (1º. lugar)

JUSTIÇA FEDERAL FAZENDO HISTÓRIA
Marconi Pereira de Araújo – Servidor da SJPB (2º. lugar)

2) Estagiário da Seção Judiciária da Paraíba e Servidor dos quadros de primeiro e segundo graus da Justiça Federal da 5ª. Região e Tribunais instalados na Paraíba

A JUSTIÇA FEDERAL EM CORDEL
Valdir Soares Fernando – Servidor da SJPE (1º. lugar)

A JUSTIÇA FEDERAL EM CORDEL
Aldelita de Oliveira Moraes – Servidora do TRF-5ª. Região (2º. lugar)

1º. Lugar - Servidor da Justiça Federal da Paraíba
Título: Uma Aliada Legal: A Justiça Federal
Autor: Ítalo Jorge Marinho da Nóbrega (Colibri do Canindé)

Muito se ouve falar
na Justiça Federal,
mas pouca gente conhece
seu grande potencial
e a função que desempenha
no cenário nacional.

Para entendê-la, no entanto,
deve-se fazer menção
ao tempo em que foi promulgada
a nova Constituição,
trazendo uma nova ordem
à nossa grande nação.

Foi bem perto do final
do século que se passou.
A nova Magna Carta,
em seu texto consagrou
os direitos pelos quais
o povo tanto lutou.

Os ideais de justiça,
respeito e dignidade,
outrora quase esquecidos,
tornaram-se realidade.
Passaram a ser aclamados
por toda a sociedade.

Mas, até mesmo os preceitos
que a Lei Maior enumera,
não raro são infringidos
por quem os desconsidera,
numa verdadeira afronta
à justiça que se espera.

E quando qualquer direito
de alguma forma é lesado,
fazendo com que o sujeito
sinta-se prejudicado,

o Poder Judiciário
é sempre requisitado.

Porém se a própria União,
de qualquer modo integrar
um dos pólos da demanda
que se quer solucionar,
é a Justiça Federal
quem a deve apreciar.

Toda coletividade
dela pode se valer.
Essa justiça é de todos
que procuram defender
e lutar por seus direitos
na esperança de vencer.

E várias são as ações
dentro do campo legal,
ao dispor dos usuários
da Justiça Federal.
Analisa-se a questão
e escolhe-se a ideal.

De uma Ação Ordinária
até uma Execução.
Mandado de Segurança
ou Mandado de Injunção.
Do “Habeas Corpus” e “Habeas Data”
até o Usucapião.

Dos Agravos e Embargos
à Desapropriação.
De uma Ação Criminal
a uma Interpelação.
E outras tantas existentes
para cada situação.

O indivíduo que deseja
ver o seu pleito julgado,
deve, antes de qualquer coisa,
estar bem representado.
Ter um bom advogado

é sempre recomendado.

Com um simples documento,
a Petição Inicial,
toda ação tem seu começo
na esfera judicial.
Esse é o ponto de partida
da Justiça Federal.

Neste momento, o processo,
de pronto é recepcionado.
Conforme seu objeto,
logo é encaminhado
para a Vara pertinente
onde deve ser julgado.

E é nas Varas federais
que os autos são processados.
Nas especializadas,
nas comuns, nos Juizados.
Estejam onde estiverem,
serão bem acompanhados.

Já no cartório da Vara,
após a autuação,
os autos são conduzidos
rumo a uma decisão.
Valorosos servidores
garantem a tramitação.

E os brilhantes Magistrados,
os Juízes Federais,
sempre de acordo com as leis,
firmes e imparciais,
ordenam com seus despachos
os atos processuais.

Ao término do processo,
feitas as ponderações,
ouvidas todas as partes
e suas alegações,

os Magistrados decidem
sentenciando as ações.

Mas, pode-se recorrer
da sentença prolatada.
No caso de qualquer parte
sentir-se injustiçada,
interpõe-se apelação
à instância mais elevada.

Na instância superior,
o Tribunal Federal,
a sentença recorrida
tem seu texto original
com cuidado analisado
quanto ao amparo legal.

Entre os Desembargadores
o recurso é debatido
até que, por meio de acórdão,
seja, ao final, decidido
se o julgado original
será reformado ou mantido.

E é assim que funciona
a Justiça Federal.
E, para bem atender
a sociedade em geral,
a meta a alcançar agora
é a Qualidade Total.

A criação dos Juizados
Especiais Federais.
A página na internete
com informações digitais,
são apenas dois exemplos,
por aí vem muito mais.

Tudo isso encontramos
nessa instituição
que trabalha dia a dia

em busca da perfeição:
a Justiça Federal,
que tanto orgulha a nação

2º. Lugar - Servidor da Justiça Federal da Paraíba

Título: A Justiça Federal Fazendo História

Autor: Marcone Pereira de Araújo (BOMBRIL)

Forte emoção e tamanha alegria
Fazer uso de um método especial
Para falar desse importante Órgão
Conhecido por *Justiça Federal*
Que em mil oitocentos e noventa
Solidificou o seu marco inicial.

Oitocentos e quarenta e oito
Número da norma editada
Criou-se a Justiça Federal
Com competência limitada
Gerando inúmeros protestos
Da crítica especializada.

O raio de atuação vinculava-se
Ao ato administrativo federal
E ao exame preciso de ações
De interesse do fisco nacional
Por excepcionais julgadores
O chamado "*Juiz Seccional*".

A competência foi bem ampliada
Quatro anos após sua implantação
Por lei e decreto preponderante
Necessários à sua consolidação
Marco de início do século vinte
Decorrente de nova configuração.

Até mil novecentos e trinta e sete
Ora criticada ou mesmo aplaudida
A Justiça fez-se forte e resistente
Frustrando a oposição tão sentida
Porém a Carta Magna daquele ano
Fez real, ingrata e triste a partida.

A extinção chamuscou a nossa história
Provocando dissabores e disponibilidade
Juiz sem toga e sem forças ou quase inerte
Sem despachar ou julgar e sem liberdade
Mas em mil novecentos e quarenta e seis
Reacende a chama da Justiça, eis a verdade

Surgia o Tribunal Federal de Recursos
Como douta Corte atuante de apelação
A receber pedidos constantes em feitos
De interesses que envolviam a União
Face à atuação de juízes dos estados
Que prestaram bons serviços à nação.

Em mil novecentos e sessenta e cinco
Edita-se enfim um Ato Institucional
E logo após necessariamente surge
A vez de uma Emenda Constitucional
Finalizando com lei logo em seguida
Mil novecentos e sessenta e seis, afinal.

Foi caminhando então dia após dia
Seguindo a trilha do ato constitutivo
Que fez surgir a lei cinco mil e dez
Para a Justiça Federal em definitivo
Feito de renomados doutrinadores
Contributo ou ato bem significativo.

Surge o Juiz Federal e o Substituto
Definidos na Carta Constitucional
Competência agora bem mais ampla
Para causas da insígne Justiça Federal
Prestigiadas por operadores do direito
Pela efetiva prestação jurisdicional.

Nos artigos cento e seis a cento e dez
Da Constituição Federal se faz presente
Dados sobre os órgãos que a compõe
Competências para julgar eficazmente
Processar *habeas corpus e habeas data*
É importante que também se acrescente.

Causas entre Município e Estado estrangeiro
Outras envolvendo organismo internacional
Crimes políticos e contra sistema financeiro
Ou até mesmo decorrente de infração penal
Inclusive os já previstos naqueles artigos
Sobre tratado ou convenção internacional.

Crimes contra organização do trabalho
Direito indígena é também competência
A União como autora, oponente ou ré
Ou com interesse em prestar assistência
Todavia não cabe acidentes de trabalho
Ou muito menos decidir sobre falência.

Devem-se excluir as causas
De interesse da União Federal
Sujeitas à Justiça do Trabalho
E também à Justiça Eleitoral
Pois são órgãos especializados
E com atuação excepcional.

Justiça Federal também é assim
Presta serviço de forma magistral
É composta por dois organismos
Um é Tribunal Regional Federal
E integrando a primeira instância
O magistrado ou o Juiz Federal.

Esse Órgão forte e resistente
Reconhecido pela Constituição
Cresce e com ele o movimento
Pela necessária interiorização
Para aproximar-se dia após dia
Do cliente usuário ou cidadão.

A ágil tramitação dos feitos
É alvo e é meta principal
Eu cito exemplo marcante
O Juizado Especial Federal
Bem assim aquele programa
Que busca a qualidade total.

Implantado em toda a 5ª Região
Em que a heróica Paraíba se inclui
O Programa de Qualidade é um fato
Garantia que melhor o processo flui
Processo em sentido vasto e amplo
Em contínua melhoria se constitui.

Sistema de Gestão da Qualidade
Em Campina fez-se história
Obtenção do ISO Nove Mil
Prêmio à feliz trajetória
Espelho fiel de pujança
Compromisso aliado à vitória.

São novos tempos e novos rumos
De tão ínclita instituição federal
Satisfação do usuário e eficiência
Obediência à norma constitucional
Celeridade e absoluta transparência
Efetividade e justiça: o nosso ideal.

1º. Lugar - Estagiário da Seção Judiciária da Paraíba e servidor dos quadros de primeiro e segundo graus da Justiça Federal da 5ª Região e Tribunais instalados na Paraíba

Título: A Justiça Federal em Cordel

Autor: Valdir Soares Fernando (Fernando Brasil)

Amigos, antes de tudo,
Elevo os olhos ao céu,
Pra que Nosso Jesus Cristo,
Me ajude neste painel,
E a Justiça Federal
Seja cantada em cordel.

Assim, em mil e oitocentos
E noventa foi o ano
Que a Justiça Federal,
No molde republicano,
Num histórico momento
Iniciou o seu plano.

Oitocentos e quarenta
E oito foi o Decreto
Que o Governo Provisório
Assinou com muito afeto,
Dando vida à Justiça
Federal, como objeto.

Mas em mil e novecentos
E trinta, bote mais sete,
A Justiça Federal
Foi posta logo em xeque,
Extinta pelo Getúlio,
Que na História se mete.

Ano a ano foi passando...
Sessenta e cinco chegou,
O Regime Militar
Por um Ato recriou
A Justiça Federal,
Que do seu sono acordou!

No ano de meia, meia,
Com a lei cinquenta, dez,
A Justiça Federal
Veio ganhar grandes papéis,
Com as Varas Federais
Sendo seus novos cinzéis.

Os Juízes Federais
Impuseram sua postura,
Independentes julgados
Mantinhm forte a estrutura,
Mostrando que não serviam
À Militar Ditadura.

A Justiça Federal
No seu raio de ação,
Processa e julga as demandas
Que envolvam a União;
Ou outra sua entidade
Esteja na relação.

Se Órgão Internacional
Ou um país demandar
Ação contra município
Que em nosso país está,
Ou contra qualquer pessoa
Que no Brasil veio morar.

Um processo que discuta
Tratado Internacional,
Ou negócio da União
De cunho contratual
Com Internacional Órgão,
O litígio é federal.

Sobre crimes em que a União
Venha a se prejudicar,
Ou qualquer sua entidade
Na ação se interessar,
Também políticos crimes
Vai processar e julgar.

Vai julgar também o crime
Que for previsto em Tratado,
Quando aqui no Brasil
For tal crime praticado,
Ou quando fosse ocorrer
No Brasil, o resultado.

Se contra a Organização
Do Trabalho crime há,
E o Sistema Financeiro
Alguém consegue fraudar,
Revista Parahyba Judiciária

Como previsto na lei,

Vai processar e julgar.
Crimes contra a economia
E a ordem financeira,
Os de “colarinho branco”
Também vão levar rasteira;
A Justiça Federal
Cumpra a lei sem brincadeira.

Processa e julga *Habeas Corpus*
Contra prisão ilegal;
Mandado de Segurança,
Habeas Data, se o mal
Partir de Autoridade
Da esfera federal.

Qualquer crime cometido
Em navio ou avião,
Se a Justiça Militar
Não tiver jurisdição,
Pois dentro da competência
Cada qual tem uma missão!

Se pessoa estrangeira
Ilegalmente ingressar
Aqui, e aqui permaneça
De forma irregular,
A Justiça Federal
Vai processar e julgar.

Uma sentença estrangeira
No Supremo homologada;
Ou uma Carta Rogatória
Nesse Órgão autorizada,
Na Justiça Federal
Cada qual é processada.

Sobre Nacionalidade
Processa e julga a ação,
Também é de sua esfera
Respectiva Opção;
Também processa e julga
A Naturalização.

Só não pode atuar
Em ações eleitorais,
Nas demandas trabalhistas
E acidentes laborais;
Também não processa e julga
As lides falenciais.

Se o crime é militar,
Ou eleitoral de jeito,
A Justiça Federal
Não pode assumir o feito;
Mas assume se é disputa
Sobre indígena direito.

A Justiça Federal
Processa nos Juizados
Aqueles pequenas causas,
De valores limitados,
Conciliando e julgando
Em modos acelerados.

O cidadão, ou empresa,
(Que seja micro ou pequena),
Pode entrar na peleja,
Ser terço nessa novena,
Se o caso é contra a União,
Ou tem seus entes em cena!

Em vinte e quatro sextilhas,
Muitas cores e um pincel,
Com inspiração bem-vinda
Do Celeste Menestrel,
A Justiça Federal
Foi retratada em cordel!

2º. Lugar - Estagiário da Seção Judiciária da Paraíba e servidor dos quadros de primeiro e segundo graus da Justiça Federal da 5ª Região e Tribunais instalados na Paraíba

Título: A Justiça Federal em Cordel

Autora: Aldelita de Oliveira Moraes (Sanharó/PE)

Diz-se que o premêro pueta
Das puisias populá,
Literatura de Cordé,
E a Justiça Federá,
Nasceu mermo na Paraíba
E foi um prêmio nacioná.

A Justiça Federá
Naiceu há cento e doze ano
Processando e jurgando
Cu' ispríto republicano
Causas in sua jurisdição
E vai miorando a cada ano.

Mas o pueta repentista
Divia tê seu peso in ouro,
Nos entrelaços de laço
Penetra na aima do povo
Vem lhe falá do Dereito
Pra lhes dá um ispríto novo.

É a balança c'a Justiça
“Dependurado in baibante”
Os povo e serventuáro
C'um coração d'estudante
E a Justiça Federá
É sua porta basculante.

Pruquê o povo descubriu
Qu'a paz, e a democracia
Sem o Pudê Judiciáro
Qui agaranta eficiência
Nun consolida os Istado
E tem as suas exigência.

E nós pede a Deus qu'os juiz
Na fé, na crença do Dereito
De KANT, MAX, HENGEL E KELSEN,
Possa tê os mermos efeito,
Sem isquecê JUSTINIANO!
Foi nosso braço dereito.

Su'a independência e eficácia
Sem jogo pubricitáro
Só tem um peso u'a midida,
Nem barganha ou purgatóro,
Mode nun fazê da gente,
Um pêxe prêzo in aquáro.

A Justiça riá, concreta,
Mais dignifica o home
In sôhos qui nem mermo o vento,
Nem mermo o tempo cunsome,
Pruquê o Dereito Apricado
Num tem á de lubisome.

Os TRF's e juízes,
Eles processam e jurgam.
Mas in matéria ispiciá
Os do Trabáio cunciliam,
O lleitorá vai apurá,
Militá, processá; e jurgam.

Mas d'um sôho brasilêro
Viérum as Seccioná
Tômém chegárum as vara
E o Tribuna Regioná
Federá 5ª Região
Deu um “pacote” Federá.

As coisa alêia, dos ôtos,
Num se qué, num se cubiça,
Num se briga, nun se mata.
Ôce corrige a injustiça,
Mai o mau feito s'arresorve
Só pru meio da Justiça.

Seja Imbargos Infrigente,
Confrito de Cumpetênça,
Suspeição inté Habas Corpu
Os jurgadô tem sapiênça,
Todos cum dereito iguá,
É questão de consciênça.

Nego, branco, pobe, rico,
Entre os sábio e ignorante
Tômém na Nova Repúbriça
Arrespeitá o similhante,
Bem diz a Cunstituição:
Ninguém é mais importante.

Dano morá e materiá
Maus trato e priciguição,
Cunstrangimento ô má fé,
Disgaste du'a situação,
Vão pras Vara Judiciá
Atraz d'indenização.

E s'arguém tá cá mulesta
Nun lugá pôde, pesado,
Nun é mole a Lei, é tinhosa,
Pois tá lá um braço d'Istado
Aí nós gosta qui só a gôta
Cõnde pegam o ispiritado.

Pois do Pudê Judiciáro
Os Juiz são os coração
E seus devê é protegê
A comunidade, a União,
Ô ficam na corda bamba,
Num têm representação.

O imprendedô do Dereito
Traz amô no coração,
Arto senso de justiça
E nas mão a Cunstituição
"E se esse é meu, se esse é teu"
Sabe se é verdade ô não.

O Juíz gosta do que eu gosto:
Sorri, cantá, s'alegra...
Du'a caninha ô cervejinha,
De diêro, e inté de "ficá".

Mas argo a gente nun gosta
Mas faz: é sofrê e chorá.

A Justiça Federá
Qué u'a reestruturação,
Que teham os servidores
Maió conscientização,
Cumprí o Rígimento Interno
Mode mió sirví a Nação.

Gestão pela Qualidade
Na Justiça Federá
É discartá o desperdício,
E o qu'atrapáia o visuí
Co'as coisa disnecessára,
Isso vamo conquistá.

Mas Deus nun farta e nem tarda
Tudo vem pr'ôcê e pra mim
Fé, amô, tãmém é prciso
Pr'esse paíz qui nun tem fim
Cum múntha prece e oração
Mió, mais mió tempo há de vim.

Nun basta iscrevê bunito,
Tudo vai sê conquistado,
C'ua força bastante ativa,
Tem! Tem qui sê divurgado.

Na Justiça Federá,
Nada, nada será improvisado.

Mas se os home estão mais curto,
Puderosos, dominante,
Mais difíce é s'alivrá
Das ambições atuante
Porém o meu Brasí inda tem
Aima e coração gigante.
