

Revista de Direito UPIS

2005 v. 03

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Daisy deAsper y Valdés

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

João Carlos Souto

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Relações Públicas

Diretor de Ensino

Diretor de Pós-Graduação

Diretora de Avaliação

Diretor de Ensino a Distância

Vicente Nogueira Filho

Ruy Montenegro

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ivonel Krebs Montenegro

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

José Raimundo Pereira Gomes

Ana Cristina Morado

Benito Nino Bisio

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”

CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) – .
Brasília: UPIS, 2005.

v. 3.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito - Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Antônio Carlos Simões

Geraldo Ananias Pinheiro

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** **Apresentação**
- 9** **Óptica Constitucional – A igualdade e as ações afirmativas**
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 21** **A emenda constitucional n.º 45 e as questões de direito internacional**
Orival Grahl
- 39** **O inquérito policial e a investigação pelo Ministério Público**
Alcides Martins
- 57** **Progressão de regime para os crimes definidos como hediondos**
Alessandra de La Vega Miranda
- 73** **Uma declaração infeliz**
Ives Gandra da Silva Martins
- 77** **Parte geral do novo Código Civil – Primeiras reflexões**
Andréa M. L. Pasold Búrigo
- 105** **Dos operadores do direito, prisão sistêmica e conformismo**
Alexis Lemos Costa
Kelton de Oliveira Gomes
- 129** **Normas para colaboradores**

SUMMARY

- 5** **Foreword**
- 9** **Equality and affirmative actions: a Constitutional approach**
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 21** **The Constitutional ammendment 45 and issues of international law**
Orival Grahl
- 39** **Police inquest and investigation by the Public Ministry**
Alcides Martins
- 57** **Regime progression for violent crimes**
Alessandra de La Vega Miranda
- 73** **An unhappy declaration**
Ives Gandra da Silva Martins
- 77** **The general section of the new Civil Code – Preliminary reflections**
Andrea M. L. Pasold Búrigo
- 105** **On law operators, sistemic prison and comformity**
Alexis Lemos Costa,
Kewlton de Oliveira Gomes.
- 129** **Norms for collaborators**

APRESENTAÇÃO

Por ocasião do fechamento da edição do volume nº 2, da Revista UPIS de Direito, ainda não se realizara o II Exame de Ordem de 2004, da OAB/DF, que ocorreria semanas depois. Era aguardado com ansiedade, pelos graduados da 1ª turma do curso de Direito da UPIS e, com grande expectativa, pelo corpo docente. Afinal, tratava-se da estréia dos nossos primeiros egressos em uma das mais importantes e conceituadas provas jurídicas.

Às 17 horas de um domingo saiu o resultado: os graduados da 1ª turma do curso de Direito da UPIS haviam logrado obter o 1º lugar no Exame de Ordem, ultrapassando, inclusive, os graduados pela UnB que, tradicionalmente, obtinham a primeira colocação.

A sensação de alegria foi contagiante entre graduados, alunos, professores e, especialmente, a Administração da UPIS que, além do investimento no ensino jurídico, havia apoiado, desde os momentos iniciais do curso, as ações adotadas pelos dirigentes da área e, em especial, pelo saudoso Prof. Josaphat Marinho, um dos mentores da implantação do curso de Direito na UPIS.

Essa euforia traduziu-se em redobrado empenho de professores, alunos e diretores, tendo como resultado a repetição do feito pelos graduados da 2ª turma do curso de Direito da UPIS que, no III Exame de Ordem de 2004, obtiveram, igualmente, o local mais alto no pódio desse importante instrumento de aferição da qualidade do ensino jurídico, o que lhe valeu o prêmio de “melhor faculdade de Direito do Distrito Federal”, conferido pela Associação Brasileira dos Advogados – ABA.

Dois aspectos, dentre outros, devem ser ressaltados:

1º) a certificação de qualidade ISO, que tanto exige de professores e alunos, seja na cobrança das faltas, pautas e planos de ensino, seja no cumprimento de horários e realização de avaliações periódicas de desempenho;

2º) o número médio de alunos em sala, oscilando entre 40 e 50, fator de facilitação do desempenho docente e de integração entre os discentes.

O curso de Direito da UPIS, uma Instituição que caminha para completar 35 anos de experiência na área do ensino, foi fundado em princípios valorativos do ensino jurídico e não apenas como mais um curso a se agregar aos demais existentes.

Todavia, a despeito de todas as cautelas adotadas pela escola, apesar de todos os esforços para alcançar alto grau de profissionalização do ensino, mérito maior – temos dito sempre –, inquestionavelmente, deve ser creditado aos egressos.

Com alto grau de responsabilidade, nossos graduados entenderam que o Exame de Ordem e outros exames e provas não deveriam ser encarados como “treinamento”, mas como mais uma etapa a vencer. Esse é o ponto nodal da questão: *cada etapa tem que ser encarada como a mais importante.*

Se conseguirmos instilar esse princípio em nossos alunos, o ensino do direito fica muito mais fácil, pois todos estamos trabalhando para o mesmo objetivo: vencer etapas. Essa concepção, à primeira vista simplista, encerra o mútuo comprometimento de alunos e Instituição com a qualidade do ensino, o que afasta, inexoravelmente, os alunos que apenas visam à obtenção do famoso “canudo”. Com pouco tempo na Faculdade de Direito, percebem que, definitivamente, não é essa a proposta do curso de Direito da UPIS.

Hoje, a maior preocupação da Faculdade de Direito da UPIS está centrada em conviver com a idéia de que o padrão alcançado pelas duas primeiras turmas não pode ser adotado como paradigma, pois é certo que o sucesso em exames e concursos depende, como já foi dito, dos graduados. Se os graduandos de cada turma estiverem imbuídos de que são eles – os mais importantes protagonistas dessa importante etapa a ser vencida, estarão contribuindo, de forma eficaz, para a construção de um paradigma.

Adotar esse comportamento, como filosofia de estudo, é o que se espera de nossos alunos.

Trabalhar esse perfil, como filosofia de ensino, é o que se espera dos nossos professores.

Apoiar as ações inovadoras desses segmentos, como compromisso com a qualidade do ensino jurídico, é a preocupação da administração da UPIS.

O Editor

As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: eliminaram-se privilégios, decorrentes do nascimento; desconheceram-se foros de nobreza, extinguiram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal. Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934, foi único e ingênuo, afirmando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação. Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se até aqui um hiato entre o direito – proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal – e a realidade dos fatos. Sob a égide da Carta de 1937, veio à baila a Consolidação das Leis do Trabalho, mediante a qual se vedou a diferenciação, no tocante ao rendimento do prestador de serviços, com base no sexo, nacionalidade ou idade. Essa vedação, porém, não pareceu suficiente para corrigir desigualdades. Na prática, como ocorre até os dias de hoje, o homem continuou a perceber remuneração superior à da mulher. Vigente a Constituição de 1937, promulgou-se o Código Penal de 1940, que entrou em vigor em 1942. Perdeu-se, à época de tal promulgação, a oportunidade de se tratar de maneira mais eficaz a discriminação. Foi tímido o nosso legislador, porque apenas dispôs sobre os crimes contra a honra e aqueles praticados contra o sentimento religioso. Já na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma

mais clara, mais incisiva, mais perceptível, a repressão do preconceito. Sob a proteção dessa Carta, deu-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que *todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição*. Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia-a-dia da vida em sociedade. No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação. E é sintomática a justificativa dessa lei, na qual se apontou, como a revelar o racismo, o que vinha acontecendo em carreiras civis, como a da diplomacia, e em carreiras militares, especialmente a Marinha e a Aeronáutica. Ressaltou-se que o exemplo deve vir de cima, que cumpre ao Estado adotar uma postura que sirva de norte, que sinalize ao cidadão comum. E o Judiciário, como atuou diante desse diploma que enquadrava, não como crime, mas como contravenção penal, a discriminação, considerada a raça ou a cor? O Judiciário mostrou-se excessivamente escrupuloso e construiu uma jurisprudência segundo a qual era necessária a prova, pelo ofendido, do especial motivo de agir da parte contrária. Resultado prático: pouquíssimas condenações, sob o ângulo da simples contravenção, ocorreram. Daí a crítica de Afonso Arinos, falando à *Folha de São Paulo*, em 8 de junho de 1980: ... *a lei funciona, vamos dizer, à brasileira, através de uma conotação mais do tipo sociológico do que, a rigor, jurídico*.... Outras leis foram editadas: em 1956, sobre o genocídio; em 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, sobre a radiodifusão; e, em 1964, o Brasil veio a subscrever a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, que teve a virtude de definir, em si, o que se entende como discriminação: *Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão*. Na Constituição Federal de 1967, não se inovou; permaneceu-se na vala da igualização simplesmente formal, dispondo-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Previu-se, no entanto, que o preconceito de raça seria punido pela lei e, nesse ponto, talvez, tenha-se dado um passo a mais ao emprestar-se estatura maior – constitucionalizando-se, portanto – à punição do preconceito. As leis ordinárias, no entanto, mostraram-se

insuficientes ao fim visado. Na época, a visão distorcida que predominava, a escancarar nefasto e condenável preconceito, era de que *pretos e pardos* têm propensão para o crime. Sentenciava-se sem investigar as causas da delinqüência. Em 1967, com a Lei da Imprensa, proibiu-se a difusão de preconceitos de raça ou classe e introduziu-se a capitulação do preconceito, da discriminação, como um crime, não mais simples contravenção penal. A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: *Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais – e adentramos aqui o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não-discriminação – tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades – no sentido amplo – fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência – e, hoje, ainda estamos muito longe disso -, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.* O artigo quarto dessa convenção versa sobre medidas especiais, de caráter temporário, destinadas a acelerar a igualdade entre o homem e a mulher, mulher que hoje forma o grande número, a maioria de nossa população. Na Constituição de 1969 – a Emenda nº 1, de 1969, verdadeira Constituição -, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior, proclamando-se, de forma pedagógica – e esse trecho encerra a principiologia -, que não seria tolerada a discriminação.

Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como já afirmado, uma igualização simplesmente formal, uma igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos. Na Constituição de 1988 – dita, por Ulysses Guimarães, como cidadã, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la -, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo – o que é sintomático –, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que *nós*, – todos nós e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome – *representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa*

do Brasil. E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º, vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – preste-se atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos *construir*, *garantir*, *erradicar* e *promover* implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar *ação*. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. Qual é o fim almejado por esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro? No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988 estabelece que devem prevalecer as normas concernentes aos direitos humanos. Mais do que isso, no artigo 4º, inciso VII, repudia-se o terrorismo, colocando-se no mesmo patamar o racismo, que é uma forma de terrorismo. Dispõe ainda o artigo 4º sobre a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Encontramos aqui princípios, mais do que princípios, autorizações para uma ação positiva. E sabemos que os princípios têm tríplice função: a informativa, junto ao legislador ordinário, a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito. No campo dos direitos e garantias fundamentais, deu-se ênfase maior à igualização ao prever-se, na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Seguem-se setenta e sete incisos, cabendo destacar o XLI, segundo o qual *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*; o inciso XLII, a prever que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*. Veja-se que nem a passagem do tempo, nem o valor *segurança jurídica*, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial. Mais ainda: de acordo com o § 1º do artigo 5º, *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Sabemos que os trabalhos da Assembléia Constituinte – e isso é proclamado por aqueles que os acompanharam – foram desenvolvidos sem maioria constante e esse aspecto afigurou-se salutar. Daí a existência de certos dispositivos na Carta de 1988 a projetarem no tempo o exercício de direito constitucionalmente assegurado, preceitos esses que ressalvam a necessidade de regulação dos temas a serem tratados, portanto, pelos legisladores ordinários. Entretanto, em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, auto-aplicável, cabendo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios para torná-lo efetivo. Consoante o § 2º desse mesmo artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e, aqui, passou-se a contar com os denominados direitos e garantias implícitos ou insertos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A Lei nº 7.716, de 1989, de autoria do deputado Carlos Alberto Caó, veio capitular determinados procedimentos, à margem da Carta Federal, como crime. Deveriam ter sido previstas, além da pena de prisão, também penas de multa em valores elevados. É o caso de perguntarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário. Como já ressaltou o então presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Almir Pazzianotto, cuida-se aqui de dívidas históricas para com as impropriamente chamadas minorias. Esse resgate é de se reafirmar, é um ônus da sociedade como um grande todo. Consideremos, agora, o princípio da realidade: é necessário pôr em prática o que está no papel. No Direito do Trabalho, o princípio da realidade é acionado no dia-a-dia, sobrepondo-se, em face da relação jurídica, ao que consignado no ajuste que aproximou tomador e prestador de serviços. A revista IstoÉ, de 10 de outubro de 2001, publicou

estatística do IBGE segundo a qual a população brasileira é formada por 24% de analfabetos, sendo que, destes, 80% são negros. O DIEESE, em relação a São Paulo, apontou que, na área do desemprego, 22% são negros, enquanto que 16% são brancos. O salário médio em São Paulo, para mulher negra, é de R\$399,00; mulher branca, R\$750,00; homem negro, R\$601,00; homem branco, R\$1.100,00. Na publicação, *Mulheres Negras – Um Retrato da Discriminação Racial no Brasil*, colhem-se outros dados: formandos em universidades, de acordo com o Ministério da Educação: 80% brancos e 2% negros. População – como ali registrado – *pretos e pardos*: 45%; 60% das famílias chefiadas por mulheres negras têm renda inferior a um salário mínimo; expectativa de vida: negros, 64 anos; brancos, 70 anos; domicílios sem esgoto sanitário: 50% são chefiados por negros, enquanto 26%, por brancos; mortalidade de menores de cinco anos: 76 em mil, em relação aos afrodescendentes; 45 em mil, em relação aos brancos; violência na cidade do Rio de Janeiro, cometida pela polícia, de 1993 a 1996: 29% das vítimas são negras, em relação a um grupo racial de 8%, 40% de pessoas de *cor parda* em um grupo racial de 31%, 29% de brancos em um grupo racial de 60%. A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação locatícia, dá-se preferência – em que pese à igualdade de situações, a não ser pela cor – aos brancos. Revelam-nos também, no cotidiano, as visitas aos *shopping centers* que, nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes. Em restaurantes, serviços que impliquem contato direto com o cliente geralmente não são feitos por negros. Mais ainda, existem locais em que há a presença maior de negros a atuarem, no entanto, como manobrista, leão-de-chácara etc. Há exceções no Brasil. Já contamos, felizmente, com algumas grandes empresas que procuram equilibrar essa equação; uma delas começou com essa política em 1970, mas mesmo assim, até aqui, só conseguiu compor o quadro funcional com 10% de negros. Iniciativas semelhantes servem para escancarar o problema, para abrir nossos olhos a esse impiedoso tratamento que resulta, passo a passo, numa discriminação inaceitável.

É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge contar-se com programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor; pode estimular, mediante tal liberação, as contratações. E o Poder Público deve, desde já, independentemente da vinda de qualquer diploma legal, dar

à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo, em editais, quotas que visem a contemplar os que, até hoje, têm sido discriminados. O setor público tem à sua disposição, ainda, as funções comissionadas que, a serem preenchidas por integrantes do quadro, podem e devem ser ocupadas também, consideradas as ditas minorias nele existentes. O exemplo vivo tivemos no Ministério do Desenvolvimento Agrário, por iniciativa do então ministro Raul Jungmann. Não se há de cogitar que esse procedimento conflita com a Constituição Federal, porque, em última análise, objetiva a efetividade da própria Carta. As normas proibitivas não são suficientes para afastar do nosso cenário a discriminação. Precisamos contar – e fica aqui o apelo ao Congresso Nacional – com normas integrativas. Tramitou no Senado Federal o Projeto PLS nº 650, de iniciativa do senador José Sarney, enviado à Câmara para revisão em 06.06.2002, que almeja instituir quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do fundo de financiamento ao estudante do ensino superior, quota essa que, diante do total dessas minorias – e apenas são minorias no tocante às oportunidades –, mostra-se singela: 20%. Essa legislação deve vir com peso maior. Sabemos que um preceito pode ser dispositivo ou imperativo. O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, lida com preceitos imperativos, porque se percebeu a necessidade de o Estado intervir para corrigir desigualdades e, de nada adiantaria tal intervenção se às normas de proteção ao hipossuficiente, ao trabalhador, se emprestasse a eficácia dispositiva, na hipótese de lacuna, de ausência de manifestação da vontade. Em um mercado desequilibrado como o brasileiro, que, por ano, precisa de cerca de um milhão e seiscentos mil empregos para receber a força jovem que chega ao mercado de trabalho, é inimaginável que se cogite de flexibilização do Direito do Trabalho. Aliás, os constituintes de 1988 levaram em conta essa realidade, no que, potencializando o direito coletivo, só permitiram tal flexibilização no tocante a três temas, como se revelassem, de forma categórica, inafastável, a impossibilidade de se incluir outras exceções no cenário trabalhista. Esses temas referem-se à possível modificação de parâmetros via contrato coletivo, acordo coletivo ou convenção coletiva, quanto a salários, jornada de trabalho, carga horária semanal e regime de turno de revezamento. Deve-se afirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucional. Vem-nos de um grande pensador do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello, o seguinte trecho: *De revés, sempre que a correlação lógica entre o fator de discrimen e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente*

ajustada ao preceito isonômico (...). O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional. Entendimento divergente resulta na colocação em plano secundário dos ditames maiores da Carta da República, que contém algo que, longe de ser um óbice, mostra-se como estímulo ao legislador comum. A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas – nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao emprestar também um tratamento preferencial à criança e ao adolescente. Veja-se a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/90 – porque, de certa forma, isso foi previsto na Constituição Federal – fixa a reserva de 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos. A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata. Estabelece também, em relação aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo. A proteção aqui concorre também em benefício dos homens. Talvez tenha o legislador receado uma interpretação apressada, levando em conta um suposto conflito com a Constituição Federal, ao prever, como ocorreu anteriormente, uma quota específica para as mulheres. Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 viabiliza a contratação, sem licitação – meio que impede o apadrinhamento -, de associações, sem fins lucrativos, de portadores de deficiência física, considerado, logicamente, o preço de mercado. No sistema de quotas a ser adotado, deverá ser considerada a proporcionalidade, a razoabilidade e, para isso, dispomos de estatísticas. Tal sistema há de ser utilizado para a correção de desigualdades. Portanto, deve ser afastado tão logo eliminadas essas diferenças.

O que pode o Judiciário fazer nesse campo? Pode contribuir, e muito, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então, tinha-se apenas a atuação do legislador. Percebeu aquela Suprema Corte que precisava, realmente, sinalizar para a população, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição norte-americana. Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os

homens. Qual deve ser a postura do Estado-juiz diante de um conflito de interesses? Há de ser única: não deve potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, deve o juiz idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Só teremos a supremacia da Carta quando, à luz dessa mesma Carta, implementarmos a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica e, nesse caso, cabe citar uma pensadora do Direito, a nossa Carmem Lúcia Antunes Rocha: *A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.* É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo o que é novo. Mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias.

Resumo

O artigo trata da importância de se buscar a adoção de ações afirmativas como mecanismo para o alcance efetivo da igualdade. Mostra que, não obstante o tema tenha merecido inserção em diversas Cartas Constitucionais brasileiras, permanecia um hiato entre a realidade dos fatos e o direito, dado que somente se alcançava uma igualdade meramente formal. Demonstra que a Constituição Federal de 1988

logrou afastar-se dessa igualização estáticas, meramente negativa, ao proibir a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, na medida em que adotou, no seu preâmbulo, verbos que denotam ação, como: *construir* uma sociedade livre, justa e solidária; *erradicar* a pobreza e a marginalização e *reduzir* as desigualdades sociais e regionais; *promover* o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. A idéia é que não basta não discriminar; é preciso viabilizar as mesmas oportunidades. E o Poder Judiciário deve adotar essa mesma postura afirmativa, partindo da premissa de que os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens.

Palavras-chave: Ações afirmativas; Igualdade; Discriminação.

Abstract

The article deals with the importance of the adoption of affirmative actions as a mechanism for the effective achievement of equality. It argues that notwithstanding the fact that the issue had been introduced in several previous Brazilian Constitutions, a deep gap between reality and Law remained, as only a formal equality was achieved. It demonstrates that the 1988 Federal Constitution managed to move from this sort of static view of equality, purely negative, as it prohibited discrimination, to an effective and dynamic equality, as it adopted, in its Preamble, verbs such as *build* a free, solidary and fair society; *eradicate* poverty and marginalization and *reduce* social and regional disparities; *promote* common good, without prejudices and any forms of discrimination. The idea is that it is not enough not to discriminate; it is necessary to promote the same opportunities. And the Judiciary must adopt this same statement departing from the premise that human beings were not made to serve Law. Law is to serve them.

Key words: Affirmative actions, Equality, Discrimination.

Resumen

El artículo trata de la importancia de la adopción de acciones afirmativas como mecanismos para lograr igualdad de modo efectivo. El argumento es que aunque el tema haya sido considerado en muchas de las Cartas Constitucionales de Brasil, un profundo hiato entre la realidad y el Derecho, una vez que solamente se logró una igualdad meramente formal. La Constitución Federal de 1988 logró apartarse de

esta suerte de igualdad estática, meramente negativa, al prohibir la discriminación, para incorporar una igualdad eficaz y dinámica, en la medida en que adoptó, en su Preámbulo, verbos que denotan acción, como: *construir* una sociedad libre, justa y solidaria; *erradicar* la pobreza y la marginalización y *reducir* las desigualdades sociales y regionales; *promover* el bien de todos, sin prejuicios y cualquier forma de discriminación. La idea es que no es suficiente no discriminar; es preciso viabilizar las mismas oportunidades. Y el Poder Judicial debe adoptar esta misma postura afirmativa, partiendo de la premisa de que los hombres no han sido creados para el Derecho, sino que el Derecho para los hombres.

Palabras clave: Acciones afirmativas, Igualdad, Discriminación.

Orival Grahl

*Professor de Direito Internacional da UPIS.
Consultor Jurídico Adjunto da Área de Con-
tencioso do Banco do Brasil. Mestre em Di-
reito Internacional pela UCB.*

A emenda constitucional nº 45 e as questões de direito internacional

Considerações gerais

A Emenda Constitucional nº 45, promulgada recentemente (08.12.2004), também conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário, promoveu profundas e discutíveis alterações na Constituição Federal, valendo destacar, dentre outras, a criação do Conselho Nacional de Justiça e da súmula vinculante – art. 103-A –, cuja disposição constitucional assevera que o *Supremo Tribunal Federal* *poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

Temos que os dois novos institutos – a criação do Conselho Nacional de Justiça e da súmula vinculante – serão, por certo, objeto de severas e acaloradas discussões no meio jurídico brasileiro.

Assim como temos importantes e profundas modificações na Constituição, temos também dispositivos inócuos, a exemplo do inciso LXXVIII, acrescido ao art. 5º da Constituição: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Acerca desse dispositivo, somos obrigados a concordar com a manifestação do Desembargador do Estado de Santa Catarina, Carlos Alberto Silveira Lenzi, que em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, de 10.02.05 (fl. A-3), asseverou que *esse preceito (ou norma programática), como outros no mesmo sentido que varejam diplomas legais pátrios, é insípido, inodoro, incolor e inócuo na executividade ou na exigência mandamental. Não possui o novo preceito instrumentalidade prática. É uma proposição ética, ‘destinada a afirmar um projeto de vida, um rumo a seguir, um vir a ser’, na opinião abalizada de Walter Ceneviva.*

Embora não seja nossa pretensão analisar a Emenda em sua inteireza, a condição de profissional do Direito é que nos anima a registrar essas breves considerações gerais e, nesse sentido, diríamos que não nos parece possível falar em

reforma do Judiciário sem considerarmos a sua matéria-prima, o processo, canal por meio do qual, afinal, o Estado presta a jurisdição. É que o processo judicial, da forma como se apresenta e é conduzido hodiernamente, tem elevado custo social, que não só prejudica os interesses daqueles que buscam a prestação jurisdicional, mas que repercute de forma significativa na vida de todos os profissionais do Direito.

Basta ver que a demora na solução judicial de um litígio, algo que se tornou rotineiro e, registre-se desde logo – não apenas por motivos inerentes ao próprio Poder Judiciário, mas, também, por uma série de fatores que desaguam na própria estrutura sócioeconômica do País – acaba, não raras vezes, por comprometer a reputação dos profissionais, sejam magistrados ou advogados, dado que nem sempre a parte que busca a prestação jurisdicional tem discernimento suficiente para compreender as razões de tais situações. É claro que, como veremos mais adiante, se as dificuldades econômicas, culturais, da própria dimensão geográfica do País e suas diferenças, já são suficientes para comprometer a estrutura, o desenvolvimento e a efetividade das decisões judiciais, não é concebível que, àqueles problemas, adicionemos nós – advogados, magistrados, enfim, todos os que direta ou indiretamente integram aquele Poder tão importante na estrutura do Estado – questões processuais que em nada contribuem para a solução do emperramento da máquina judiciária; muito ao contrário, fazem aumentar o número de demandas, num círculo vicioso que não aproveita a ninguém.

São situações criadas pelo excesso da máquina judiciária, que se caracterizam, sobretudo, pela capacidade de elevar exageradamente o custo do processo, causando enormes prejuízos às partes e trazendo, a reboque, como não poderia deixar de ser, o inevitável desgaste da imagem do Poder Judiciário, como instituição à qual tudo dificulta o acesso.

Mas não pensemos que vamos resolver essas questões apenas com reformas da Constituição ou do Código de Processo Civil, porque, longe de ser apenas um problema de ordem processual, o nosso problema é, sobretudo, estrutural; é de insuficiência de magistrados, de falta de recursos financeiros para investimento, de despreparo dos oficiais de justiça e dos cartorários, da ausência de equipamentos modernos, sem olvidar-se, ainda, dos problemas sociais do nosso país que, inegavelmente, contribuem decisivamente para a situação em que nos encontramos.

Bem a propósito, já registrou Boaventura de Sousa Santos¹:

“(...) O nível de desenvolvimento econômico e social afecta o desempenho dos tribunais por duas vias principais. Por um lado, o nível de desenvol-

vimento condiciona o tipo e o grau de litigiosidade social e, portanto, de litigiosidade judicial. Uma sociedade rural dominada por uma economia de subsistência não gera o mesmo tipo de litígios que uma sociedade fortemente urbanizada e com uma economia desenvolvida. Por outro lado, embora não se possa estabelecer uma correlação linear entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento político, os sistemas políticos nos países menos desenvolvidos ou de desenvolvimento intermédio têm sido, em geral, muito instáveis, com períodos mais ou menos longos de ditadura alternados com períodos mais ou menos curtos de democracia de baixa intensidade. Este facto não pode deixar de ter um forte impacto na função judicial. Tal como sucede entre os países centrais, estes fenómenos interagem de maneira muito diferente de país para país, quer entre os países menos desenvolvidos ou periféricos, quer entre os países de desenvolvimento intermédio (...).”

Como se verifica da passagem supra, o nível de desenvolvimento de um país condiciona o tipo e o grau de litigiosidade judicial, donde em países periféricos, como o Brasil, por força de seu alto grau de litigiosidade social, pode-se, de alguma forma, explicar essa busca do Judiciário para a solução de todos os problemas.

Adicione-se a isso a abertura proporcionada pela Constituição de 1988, que apresentou aos brasileiros enorme leque de direitos desconhecidos ou pouco difundidos anteriormente a ela, fazendo-os crer que poderiam buscá-los. Onde? No Judiciário.

E apesar dessa constatação, parece que se busca, cada vez mais, inibir o acesso do cidadão ao Judiciário, seja em função de políticas judiciárias equivocadas – a forma prevalecendo sobre o Direito – seja por meio de reformas legislativas em que o grande objetivo é limitar as possibilidades recursais, por exemplo. E para tal desiderato, invariavelmente pensa-se na aplicação de multas aos litigantes.

Ora, já temos o *tributo educação*, porque, em que pese pagarmos pontualmente todos os impostos, não podemos – ou não devemos – colocar os nossos filhos em escolas públicas, pela falta de condições físicas, professores, escassez de equipamentos etc. Temos o *tributo saúde*, ou plano de saúde privado, porque não podemos contar com o sistema de saúde público, que nunca nos atende satisfatoriamente. Assim, não parece justo que venhamos a também arcar com o *tributo justiça*, ou seja, termos que pagar mais do que já pagamos para obter justiça, para financiar o Judiciário; porque, lamentavelmente, não conseguimos pressionar os

setores competentes para destinar à Justiça aquilo que, de fato, ela precisa e merece. Se saúde, educação e justiça são atividades primordiais do Estado, é necessário fazer com que os poderes competentes atendam a esses princípios, a essas necessidades básicas, sem a criação de taxas adicionais.

Definitivamente, medidas que visam tão-somente inibir o acesso ao Judiciário não contribuem para a solução dos problemas que vivenciamos. Não será por meio dessa estratégia que conseguiremos evitar o chamado excesso de recursos. A bem da verdade, essa particularidade merece análise mais cuidadosa pois, em nossa opinião, o excesso de recursos decorre, dentre outras razões – inclusive e evidente as de ordem legal -, porque no Brasil estamos priorizando a forma em detrimento do Direito, algo como fazer do processo um fim em si mesmo, quando ele, reconhecidamente, deve ser apenas e tão-somente o meio pelo qual as partes acessarão e buscarão ao Judiciário a satisfação de seus pretensos direitos.

Devemos parar de anular processos no Brasil, pois ainda verificamos com muita frequência, nos repertórios de jurisprudência, muitos casos de nulidades, fundados em formalidades muitas vezes irrelevantes, facilmente sanáveis, envolvendo demandas que já duram seis, oito, dez anos. Temos que avaliar melhor o direito da parte. O nosso direito processual é reconhecidamente bom, no plano legal. O Brasil é a terra dos processualistas, e cremos mesmo que no mundo não existam processualistas mais talentosos do que os nossos. Mas, e o direito material? E a nossa preocupação com o direito das partes? Quando vamos ter? Quando vamos aprender a sacrificar um pouco o direito formal, em respeito ao direito substancial?

Aproveitamos a oportunidade para questionar, também, o custo da burocracia judicial. E aqui a observação é mais no intuito de chamar os magistrados brasileiros à reflexão: é razoável o magistrado ou o tribunal não conhecer de um recurso porque o carimbo do protocolo do recurso não se apresenta legível, quando há outros meios de se aferir a tempestividade do mesmo?

Necessitamos, sim, de instrumentos para limitar o excesso de recursos dirigidos aos tribunais superiores; mas não por meio de uma burocracia inflexível, ou de óbices jurisprudenciais como os que acabamos de citar. Como já dissemos, é deplorável que a parte sofra prejuízo porque faltou o traslado da cópia de uma procuração, ou porque o carimbo do protocolo não se apresenta legível, por exemplo.

Temos que criar mecanismos para desburocratizar o processo, para evitar ocorrências dessa espécie em processos que estão há anos e anos tramitando no Judiciário, com as custas pagas, tudo para se obter decisão de mérito que, ao final, não se dá, por causa de pequena falha, muitas vezes do próprio cartório judicial.

Quantos direitos não foram sacrificados? Diriam alguns: *mas as Cortes Superiores não são Cortes de Justiça, elas existem para zelar pela inteireza do Direito Federal ou do Direito Constitucional*. Se pensarmos assim, não teremos Justiça neste país. O argumento, que é válido para os nossos compêndios, não pode prevalecer para tal situação. É preciso rever essa burocracia que se estabeleceu no tempo.

Ademais, decisões desse *jaez* muito certamente não diminuem o ânimo recursal. Não se pode perder de vista que é inerente ao ser humano a idéia de que sempre tem razão. Assim, em circunstâncias tais, o que ocorrerá, isto sim, é a interposição de outros recursos ou então o aumento absurdo de ações rescisórias, por exemplo. Pensamos que uma sentença bem fundamentada, que analise todos os fatos, todos os aspectos jurídicos colocados nos autos, mesmo que não evite o ânimo recursal do perdedor, pelo menos permitirá que os tribunais superiores efetivamente cuidem da interpretação/uniformização da legislação federal/constitucional, sem a proliferação de súmulas com conteúdo marcadamente processual, que, ao invés de contribuírem para a diminuição do número de recursos, instigam ainda mais o lado litigante do sucumbente, porque esse permanecerá na premissa de que o seu pleito jurisdicional não foi satisfeito.

Registramos uma vez mais que não estamos a pregar a absoluta desconsideração para com os pressupostos processuais e as condições da ação, até porque isso não teria nenhum propósito. O que defendemos, isto sim, é que óbices processuais desnecessários, inúteis e de índole totalmente subjetiva, não ajudam em nada para a solução dos problemas enfrentados por toda a coletividade jurídica.

Trazendo essa realidade para os Estados periféricos como o Brasil – onde os cidadãos estão começando a conhecer os seus direitos, ansiando pela sua busca – não é concebível que, além das deficiências do aparato estatal judiciário, sejam de pessoal ou de recursos tecnológicos e financeiros, continuemos a insistir em criar entraves processuais com pouca e, às vezes, nenhuma razoabilidade.

A propósito das reformas reclamadas, o Professor Boaventura de Sousa Santos², ao concluir artigo publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais, aborda com muita propriedade a questão, de tal modo que nos permitimos, perfilhando seu pensamento, transcrever aqui as suas considerações:

“Este artigo analisa algumas transformações, reformas ou projectos de reformas recentes da administração da justiça nos países capitalistas avançados e a sua repercussão na divisão social do trabalho jurídico e nos processos de legitimação do sistema de tribunais e, através dele, do próprio Estado. Essas reformas pretendem responder à chamada crise do

sistema judicial, com múltiplas manifestações, mas que consiste, em geral, na incapacidade dos tribunais, cada vez maior e, por vezes, alarmante, em fornecer os serviços que lhes são pedidos.

As reformas são, fundamentalmente, de dois tipos: por um lado, as reformas tecnocráticas, que aspiram a transformar a concepção tradicional da função judicial elevando a sua produtividade através do uso maciço de sistemas computadorizados e da tecnologia do vídeo; por outro lado, as reformas informais da justiça, que visam tornar menos formal, deslegalizar ou desprofissionalizar algumas áreas ou segmentos do sistema judicial, com o objectivo de resolver a baixo custo conflitos judiciais de menos importância (mas frequentes) através do recurso à participação dos cidadãos.”

Ou seja, imperioso que façamos do processo efetivamente um meio e não um fim, mesmo sabedores que isso não será suficiente, *per si*, para a solução de todos os problemas do Judiciário. Todavia, é imprescindível que tal aconteça, como forma de minorar o sofrimento dos usuários do Judiciário.

As reformas pontuais

Dentre os pontos modificados pela Emenda Constitucional nº 45 e que interessam à nossa análise, destacamos:

“Art. 5º

(...)

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

§ 4º *O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.*

(...)

Art. 105 Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

*i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de **exequatur** às cartas rogatórias;*

(...)

Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

(...).”

Os tratados internacionais sobre direitos humanos

Conforme destacamos no item anterior, ao art. 5º da Constituição – constante do título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais –, dentre outras modificações, foi acrescido o parágrafo terceiro, que equipara os tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, o que pressupõe a aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Importante observar que os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo 5º da Constituição Federal asseguram às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata e, não excluem aqueles decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Pois bem! Baseado nos dizeres constantes dos parágrafos 1º e 2º, parcela importante da doutrina constitucionalista brasileira sustenta que os tratados internacionais definidores de direitos humanos equivalem às normas constitucionais e, além disso, teriam aplicação imediata.

Dentre os tratadistas que apóiam essa forma de interpretação da Constituição, importa destacar a Professora Flávia Piovesan, que diz, literalmente:³

“Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos.

*Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, **a natureza de***

norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.” (Sem grifos no original).

Mas, afinal, qual a importância dessa discussão? É que a jurisprudência brasileira, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal, consagra a interpretação de que os tratados internacionais se encontram no mesmo plano de validade das leis ordinárias, conforme pode se extrair da ementa do julgado seguinte:⁴

“... PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno.

A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (‘lex posterior derogat priori’) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. (...).” (Sem grifos no original).

Ou seja, no sistema jurídico brasileiro, mercê da posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais, ratificados e regularmente incorporados⁵, equivalem-se às leis ordinárias e, caso verificada situação de antinomia com o ordenamento interno, a solução do conflito passará pelos critérios da especialidade ou cronológico.

Nesse contexto, poder-se-ia dizer que o Constituinte de 1988 adotou posição de vanguarda, se considerarmos o entendimento doutrinário extraído dos pará-

grafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição Federal, bem espelhado na passagem anteriormente referida, de autoria da Professora Flávia Piovesan, qual seja: de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam a natureza de norma constitucional.

Esse entendimento, aliás, vem ao encontro de uma concepção filosófica moderna da natureza dos direitos humanos; diríamos mesmo, razão última do Estado de Direito, que é a defesa da vida, *lato sensu*. Tal posicionamento, consagrado no Direito Internacional, atribui a determinadas normas – *jus cogens* – a qualidade de se sobreporem à vontade dos Estados, que *não podem ser modificadas por dispositivos oriundos, seja nos tratados e convenções internacionais, seja nas normas consuetudinárias internacionais, seja, ainda, por estarem definidas como princípios gerais de direito*.⁶

Todavia, a concepção doutrinária e interpretativa da Constituição sob comento não mereceu acolhida em nossa Corte Maior, sob o fundamento de que não se aplica aos tratados internacionais integrados em nossa ordem jurídica, posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º, pela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado⁷.

Em função desse entendimento do Supremo Tribunal, pensamos, é que o constituinte derivado, na Emenda Constitucional nº 45, optou por sepultar tal discussão, definindo, desde logo, que *os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*.⁸

Parece-nos que a solução apresentada pela Emenda Constitucional nº 45 não avançou o suficiente, seja do ponto de vista jurídico, político e filosófico, mantendo-se indiferente ao primado do *jus cogens* e, ao mesmo tempo, contraditório com o próprio parágrafo 4º, do artigo 60 da Constituição Federal, definidor das chamadas cláusulas pétreas, apontando dentre elas, no seu inciso IV, *os direitos e garantias individuais*. Como sabemos, além dos direitos e garantias individuais, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e, ainda, a separação dos Poderes não poderão ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional por meio de Emendas à Constituição; daí porque a denominação de cláusulas pétreas, somente passíveis de alteração por meio de um processo constitucional originário.

É que, como sustenta a Professora Flávia Piovesan⁹, (...) *embora os direitos internacionais sejam alcançados pelo art. 60, parágrafo 4º, e não possam ser*

eliminados via emenda constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos são suscetíveis a denúncia por parte do Estado signatário. Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem regras específicas concernentes à possibilidade de denúncia por parte do Estado signatário. Os direitos internacionais poderão ser subtraídos pelo mesmo Estado que os incorporou, em face das peculiaridades do regime de direito internacional público. (...).

Examinando a vigente Constituição Federal, constata-se que a execução e a incorporação à ordem jurídica interna de um tratado internacional, resulta da conjugação de duas vontades: a do Congresso Nacional (art. 49, I) e a do Presidente da República (art. 84, VIII).

Ou seja, no Direito brasileiro, conquanto se exija a conjugação de duas vontades, a do Congresso e a do Presidente para fins de ratificação (obrigar-se) de um ato internacional, a denúncia (desobrigar-se), historicamente, constitui-se em ato privativo do Presidente da República, muito embora o tema esteja sendo enfrentado no Supremo Tribunal Federal¹⁰. Assim, caberá ao Supremo dizer se há ou não necessidade de referendo do Congresso Nacional, também para a denúncia de tratado internacional.

É nesse sentido que entendemos ter faltado audácia ao constituinte derivado pois, ao tempo em que determinou a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais, deveria, igualmente, ter estabelecido a necessidade de prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia pelo Executivo, inclusive para permitir o controle e a observância do estatuído no § 4º, do art. 60 da Constituição.

De qualquer sorte, mesmo em tal cenário, caberia ainda indagar: se os direitos humanos – inclusive, por óbvio, os definidos em tratados internacionais – constituem o núcleo constitucional dos direitos e garantias individuais não modificáveis pela via constitucional derivada (cláusula pétrea), ao estabelecer-se a natureza de Emenda Constitucional àqueles emanados do direito internacional, a sua eventual alteração não terminaria por violar o art. 60, § 4º da mesma Constituição?

Parece-nos que a resposta é positiva.

Seja como for, estamos certos de que a Emenda Constitucional nº 45 deixou de avançar no particular pois, como já dissemos, qual maior razão para a própria existência do Estado de Direito que não o respeito aos direitos humanos? Será a soberania? Princípio importante, sem dúvida, mas que já abrigou e abriga inúmeros crimes cometidos contra os direitos humanos.

Tribunal Penal Internacional

A Emenda Constitucional nº 45 acresceu, ao art. 5º da Constituição Federal, o § 4º, no sentido de que o *Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*.

Em verdade, a Constituição Federal disciplina as condições e requisitos necessários para que o Brasil assumira compromissos na seara internacional¹¹, de modo que, evidentemente, o Estado Brasileiro somente sujeitar-se-á à jurisdição de um Tribunal Internacional, desde que, pelos meios previstos constitucionalmente, manifestar adesão.

Assim, sob esse exclusivo aspecto, o § 4º parece despidendo. De outra parte, no ano de 2002, entrou em funcionamento o Tribunal Penal Internacional, com sede na Haia (Holanda), criado por meio de um ato internacional, o Estatuto de Roma, ao qual o Brasil manifestou adesão, tendo-o incorporado pelo do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Conquanto aparentemente inócua a incorporação do § 4º, justificável a preocupação do legislador brasileiro, no momento em que o mundo discute exatamente a eficácia do Tribunal Penal Internacional, pois que importantes Estados Nacionais a ele não aderiram, a exemplo dos Estados Unidos da América.

Ademais, embora tenhamos agora um tribunal específico para o julgamento de crimes internacionais, não está afastada a criação dos chamados tribunais *ad hoc*, como aqueles que hoje se encontram em funcionamento, julgando criminosos da ex-Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa.

Carta rogatória e sentença estrangeira

Pela reforma constitucional, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, atribuições que anteriormente competiam ao Supremo Tribunal Federal, passaram agora ao Superior Tribunal de Justiça.

A carta rogatória é o meio processual utilizado para o cumprimento de atos processuais no exterior, portanto, dirigidas a uma autoridade judiciária estrangeira¹². Diz-se rogante o juízo que expede a carta e rogado aquele que recebe a carta para cumprimento.

Já o *exequatur*, nada mais é do que a concessão de exequibilidade à rogatória. A concessão de exequibilidade pressupõe respeito à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes¹³. Concedido o *exequatur*, ou seja, verificado

que o pleito forâneo não ofende a nossa soberania, a ordem pública e os bons costumes, a carta rogatória é deslocada à Justiça Federal para cumprimento¹⁴ que, uma vez cumprida, retorna agora ao STJ para ser remetida ao juízo ou Tribunal de origem.

Como se percebe, a concessão de exequibilidade – o *exequatur* – perpassa pela análise de conceitos e princípios marcadamente constitucionais, como soberania, ordem pública e bons costumes. Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, não encontramos fundamentos plausíveis para a alteração de competência, do Supremo Tribunal para o Superior Tribunal de Justiça.

É que é da competência do Supremo, como se sabe, dirimir questões que tenham natureza constitucional. Destarte, dizer sobre soberania, ordem pública e bons costumes, *permissa venia*, é tarefa do Supremo Tribunal Federal. Assim, resta-nos acreditar que a pretensão não fora outra, no caso, que não diminuir ou compensar tarefas entre o Supremo e o Superior Tribunal de Justiça.

É claro que quanto mais tempo o Supremo Tribunal puder dispensar às questões mais importantes do País, melhor será e isso não está sob discussão. Poderíamos dizer a mesma coisa em relação ao Superior Tribunal de Justiça; o só fato daquela Corte ser composta por um número maior de Ministros – 33, atualmente –, não autoriza dizer que esteja em condições de receber outras atribuições; ao contrário. É conhecido o grande número de processos que tramitam no âmbito daquele Tribunal, encarregado de uniformizar o direito infraconstitucional no País.

O que se está a discutir é a natureza das atribuições, mesmo porque, se o problema fosse apenas excesso de trabalho – parece que no caso, de fato é –, então que se faça uma reavaliação do número de ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal.

Em assim sendo, pedindo escusas pela simplicidade de raciocínio, melhor seria atribuir a tarefa, desde logo, aos Tribunais Regionais Federais, tendo em vista que será função dos juízes federais da respectiva jurisdição o cumprimento das rogatórias.

O mesmo ocorre com as sentenças estrangeiras, diríamos que, principalmente com as sentenças estrangeiras, visto que estas, uma vez homologadas, estão aptas a serem executadas no Brasil, diferentemente das cartas rogatórias, já que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não conceder o *exequatur* às cartas que tenham finalidades executórias¹⁵, exatamente porque essa qualidade – de execução – tem que se manifestar na forma de sentença.

Ademais, para a homologação de sentença estrangeira, além da verificação daqueles primados constitucionais já citados – soberania, ordem pública e bons

costumes -, aspectos processuais igualmente importantes constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira, como a citação, a coisa julgada, a competência do juízo forâneo, tradução oficial e autenticação pelo consulado brasileiro¹⁶. Uma vez homologada, assim como nos casos das cartas rogatórias, a execução da sentença estrangeira dá-se na Justiça Federal¹⁷.

Em conclusão, não encontramos razões jurídicas para a modificação da competência no tocante à concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, bem assim, para a homologação de sentenças estrangeiras, já que a análise de referidos atos não pode prescindir do enfoque constitucional, pois que necessário verificar se não ofendem a soberania, a ordem pública e os bons costumes. Dizer sobre aqueles princípios, incontestavelmente, é tarefa do Supremo Tribunal Federal.

Violação de direitos humanos - federalização

Ao art. 109 da Constituição, que trata da competência dos juízes federais, a Emenda Constitucional 45 acresceu o § 5º, estabelecendo que *nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.*

Entendemos coerente e acertada essa postura do legislador, pois que não podemos deixar de considerar algumas fragilidades das instituições brasileiras, mercê de um processo democrático ainda jovem, imaturo e marcado, em alguns Estados federados, por arbitrariedades e paroquialismos.

Assim, importante a alternativa de deslocamento de competência para a justiça federal, quando em face de grave violação de direitos humanos constantes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Importante registrar que já há um pedido nesse sentido, formulado pelo Procurador-Geral da República¹⁸, que objetiva a federalização do crime ocorrido recentemente no Estado do Pará, que redundou no assassinato da freira norte-americana Dorothy Stang. Na forma do dispositivo constitucional, caberá ao Superior Tribunal de Justiça dizer se, no caso, tem-se realmente a hipótese preconizada pelo § 5º do art. 109 da Constituição.

A questão não nos parece tão simples, mesmo porque, o só fato de a vítima ser estrangeira não dá suporte à aplicação do dispositivo antes citado. Inegável

que a morte traduz-se na mais grave violação dos direitos humanos; todavia, para a grave violação, o direito interno já se ocupa.

Aliás, fôssemos nos valer dos crimes tipificados no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – Decreto nº 4.388, de 25/09/2002 -, moderna fonte do direito internacional para definição de graves violações aos direitos humanos, não encontraríamos agasalho para o crime em comento. Vejamos quais os crimes jurisdicionáveis pelo Tribunal Penal Internacional: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão.

Segundo o *site* de notícias do Superior Tribunal de Justiça, de 04.03.2005¹⁹, após relatar o que sucedera naquele crime ocorrido em Anapu (PA), envolvendo a disputa de terras entre posseiros e fazendeiros, sua Ex^a, o Procurador-Geral da República, teria observado que *situações claras, assim demonstradas, de desacreditar o trabalho daqueles que se dedicam, indiscutivelmente, à defesa dos direitos humanos implica comprometer o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil se obrigou.*

A despeito de qualquer polêmica, julgamos adequada a postura do legislador ao inserir o § 5º no art. 109 da Constituição e acertada a iniciativa do Procurador-Geral da República, ao pedir a federalização do crime ocorrido no Estado do Pará. A palavra está com o Superior Tribunal de Justiça.

Conclusão

A reforma do Judiciário não pode se restringir a modificações no plano legislativo, seja constitucional ou infraconstitucional, ainda que estas sejam relevantes e importantes. Precisamos, antes de tudo, de uma reforma de mentalidade que leve em consideração as circunstâncias sociais, econômicas e políticas do País, que reflita acerca do grau de litigiosidade social e o seu equivalente grau de litigiosidade judicial, conforme ensina o Professor Boaventura de Sousa Santos; que busquemos meios de estruturar adequadamente o Poder Judiciário, ao invés de políticas que afastam o jurisdicionado, como o apego à formalidade e à burocracia.

Alinhando-nos ao comentário do Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi²⁰, do TJ-SC, *a reforma do Judiciário deveria passar pela mudança ideológica conceitual do Poder, de suas finalidades precípuas diante de uma Constituição que favorece a litigiosidade, do volumoso emaranhado legislativo que regula os direitos públicos e privados, sempre favorecendo o Estado no tardamento processual contra o cidadão; dos Códigos obsoletos, diante das exigências de criatividade para a solução dos conflitos; da praticidade decisória; do desapego às fórmulas ultrapassadas e aos*

padrões de comunicação processual; dos pareceres e decisões quilométricas, na base da colagem de computador, enfadonhos, pomposos, que muitas vezes servem mais às vaidades dos juristas do que aos interesses dos jurisdicionados.

Quanto aos aspectos de Direito Internacional que foram objeto da Emenda Constitucional nº 45, dizemos, objetivamente:

“Art. 5º

(...)

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

Pensamos que o constituinte derivado teria avançado e prestigiado o *jus cogens* se tivesse imposto o referendo do Congresso Nacional para o ato de denúncia de tratados internacionais, mormente daqueles que tratam de direitos humanos, de modo a impedir violações ao § 4º do art. 60 da Carta Magna, que disciplina as chamadas cláusulas pétreas:

“Art. 5º

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Do ponto de vista legislativo, a disposição acima parece ser inócua, na medida que o Brasil, Estado soberano, somente sujeitar-se-á à jurisdição de Tribunal Penal Internacional quando manifestar adesão. Todavia, a incorporação do § 4º ao art. 5º justifica-se como uma manifestação afirmativa do Estado brasileiro no plano internacional:

“Art. 105 Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

*i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de **exequatur** às cartas rogatórias.”*

A modificação da competência do Supremo Tribunal para o Superior Tribunal de Justiça, para fins de homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, não encontra fundamento técnico-jurídico, con-

siderando que para a análise de tais questões, princípios constitucionais devem ser avaliados, como soberania, ordem pública e bons costumes, tarefa que, de rigor, compreende-se nas atribuições do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar:
(...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

Parece-nos acertada a postura do legislador, nesse particular, pois que considerou, certamente, a realidade geopolítica do Estado brasileiro, sendo que a federalização dos crimes cometidos contra os direitos humanos busca, em última análise, o julgamento isento, livre das influências localizadas. De toda sorte, não cremos que será fácil ao Superior Tribunal de Justiça definir as circunstâncias que ensejarão o incidente de deslocamento de competência.

Notas

¹ BOAVENTURA DE SOUSA Santos, Boaventura de Sousa. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*. Centro de Estudos Sociais, 1996, p. 35.

² BOAVENTURA DE SOUSA Santos, Boaventura de Sousa. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 10, p. 39.

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3ª edição, p.82-83.

⁴ STF, ADIMC-1480/DF.

⁵ Constituição Federal, arts. 49, I e 84, VIII.

⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, 1ª edição, p. 127.

⁷ STF, HC 72.121/RJ.

⁸ Constituição Federal, art. 5º, § 3º.

⁹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 3ª edição, p.99.

¹⁰ STF, ADI 1.625.

¹¹ Constituição Federal, arts. 49, I e 84, VIII.

¹² Código de Processo Civil, art. 201.

¹³ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 17.

¹⁴ Constituição Federal, art. 109, X.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, Carta Rogatória 8622 – Itália.

¹⁶ Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 15 e 17; Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 217.

¹⁷ Constituição Federal, art. 109, X.

¹⁸ STJ, *Incidente de Deslocamento de Competência nº 01*.

¹⁹ www.stj.gov.br

²⁰ Jornal Folha de São Paulo, *Repensar o Judiciário*, fl. A 3, de 10.02.2005.

Resumo

A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08.12.2004, também conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário, promoveu profundas e discutíveis alterações na Constituição Federal, como a criação do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante. No presente artigo, além de considerações gerais acerca da reforma, analisa-se, especificamente, as modificações e inovações com repercussão no direito internacional, a saber: a equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais; a confirmação de que o Brasil submete-se à jurisdição de Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha manifestado adesão; a alteração da competência para homologação de sentenças estrangeiras e para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, que passou a ser do Superior Tribunal de Justiça e, finalmente, a federalização dos casos em que presentes graves violações de direitos humanos decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Palavras-chave: Emenda constitucional; Tratados internacionais; Direitos humanos; Sentença estrangeira; Carta rogatória.

Abstract

The Constitutional Amendment 45, promulgated on December 08, 2004, also known as the Judiciary Reform Amendment, promoted deep and questionable changes in

the Federal Constitution, such as the creation of the Council of National Justice and the *Sumula Vinculante*. In the present article, besides some general considerations on the reform, the changes and innovations affecting International Law are specifically analyzed: the equality of international treaties on human rights to Constitutional Amendments; the confirmation that Brazil will submit itself to the jurisdiction of International Penal Court to whose creation it has adhered; the alteration of the competence to homologate foreign sentences and the concession of *exequatur* to letters rogatory which now pertains to the Superior Court of Justice and, finally, the federalization of cases encompassing violations of human rights deriving from international treaties of which Brazil is part.

Key words: Constitutional emendation; Treated international; Human rights; Foreign judgement; Requesting letter.

Resumen

La Ementa Constitucional 45, promulgada en 08.12.2004, también conocida como Ementa de la Reforma del Judiciario, introduzco profundas y discutibles alteraciones en la Constitución Federal, como la creación del Consejo Nacional de Justicia y de la Súmula Vinculante. En el presente artículo, además de consideraciones generales sobre la reforma misma, son analizadas, específicamente, los cambios e innovaciones con repercusión en el Derecho Internacional, a saber: la confirmación de que Brasil submetese a la jurisdicción de Tribunal Penal Internacional a cuya creación haya manifestado adhesión; la alteración de la competencia para homologación de fallos extranjeros y para la concesión de *exequatur* a las cartas rogatorias, que se trasladó al Superior Tribunal de Justicia y, finalmente, la federalización de casos en que estén presentes graves violaciones de los derechos humanos en decore encía de tratados internacionales de que Brasil sea parte.

Palabras clave: Enmienda constitucional; Tratados internacionales; Derechos humanos; Sentencia extranjera; Carta rogatória.

Alcides Martins

*Professor da Faculdade de Direito da União
Pioneira de Integração Social – UPIS. Mestre em
Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra. Ex-
Conselheiro Penitenciário do DESIPE/RJ.
Subprocurador-Geral da República.*

O inquérito policial e a investigação pelo Ministério Público

A persecução penal (*persecutio criminis*)

A persecução penal – *persecutio criminis* – como regra, se dá por meio da investigação, que se destina à propositura da ação penal, cuja titularidade é exercida pelo Ministério Público, visando à aplicação da sanção penal (*sanctio juris*).

A composição da lide é efetuada pelo Estado, o qual, exercendo o monopólio da jurisdição, veda a autodefesa, incriminando a conduta daqueles que fazem justiça pelas próprias mãos, como assevera o art. 345 do Código Penal Brasileiro.

A Constituição da República estabelece que *a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, inciso XXXV). Ocorrer que o acesso à Justiça, assegurado pela Lei Maior, sobretudo daqueles que necessitam da assistência judiciária pública, é exercitado com grandes dificuldades, principalmente quando estão em jogo direitos privados disponíveis, haja vista que o Judiciário, por ser inerte, não possui iniciativa, a qual recai sobre aqueles que sofreram lesão a seu direito, como ocorre nas ações penais privadas e nas ações penais públicas, que dependem de representação ou de requisição, conforme estabelecem os arts. 5º, § 5º, 19 e 24 do CPP.

O próprio Código Penal trata do tema, embora alguns autores o questionem por ser matéria de processo, ao estabelecer, no art. 100, que *a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido*. O legitimado para a propositura das ações penais públicas, em regra, é o Ministério Público.

No que tange à proteção de interesse público, o Estado chama a si também o poder de investigar, art. 5º do CPP, já que lhe cabe o exercício da jurisdição, vale dizer, de julgar e, se for o caso, punir.

Desse modo, o inquérito poderá ser instaurado pela autoridade policial de *ofício*, mediante requisição da autoridade judiciária, ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, como expressam os itens I e II do dispositivo supramencionado.

Assim, quando o interesse público prepondera, descabe a iniciativa privada, cuja atividade persecutória é deferida ao Estado, para evitar que interesses ou direitos relevantes sejam feridos pelos mais fortes. Com o acerto de sempre, o jurista J.J. Calmon de Passos assevera que: *se a decisão do conflito se entrega à força dos competidores, o mais forte tem sempre razão*¹. Aliás, outro não é o pensamento de La Fontaine: *La raison du plus fort est toujours la meilleure*, isto é, a razão do mais forte é sempre a melhor.

Para evitar que predomine a vingança privada ou a injustiça, o que deve prevalecer nos conflitos é *cedant arma togae*, ou seja, *ante a toga ceda a arma*, como bem asseverou Cícero.

Na medida em que seja praticada conduta desviante, nasce para o Estado o direito de investigar, para posteriormente aplicar a sanção prevista na lei. Aqui cabe destacar o papel investigatório da polícia, vocacionada para tal mister, impropriamente rotulada de *polícia judiciária*, inclusive pelo legislador constitucional de 1988, como se vê do art. 144, § 1º, inciso IV. *verbis*:

“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 4º. As polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares”.

É que, como antes afirmado, o poder judiciário é inerte, por conseguinte, a investigação destina-se ao Ministério Público, por ser o *dominus litis* (dono da lide), posto que aquele, imparcial, somente em excepcionais situações, busca a prova.

Afastese, no particular, antiga e superada afirmação de que o direito processual civil se satisfaz com a *verdade formal*, enquanto que o processual penal vai além e perquire a *verdade real*. Neste, a liberdade de produção de prova é menor e tal comparação superada, nos tempos em que vivemos.

A polícia, nas hipóteses de ação penal pública, investiga, ou porque tomou a iniciativa de o fazer, ou porque o MP ou o Judiciário solicitaram-lhe que o fizesse, conduz o Inquérito Policial, presidindo-o. É conveniente lembrar sempre que se trata de *um instrumento para a denúncia ou para a queixa*, como afirma João Mendes Júnior, citado por J. Frederico Marques².

Assim, o Inquérito Policial pode ser conceituado como *um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal*, ensina o saudoso Frederico Marques, obra citada, pág. 148. Daí que: *eventual lapso ou vício do inquérito não anula a ação penal* (Precedentes do Pretório Excelso e do S.T.J. – RHC. 12.084/RJ, julgado em 17/03.2003).

Inicia-se, pois, o Inquérito, com a portaria, devendo a Autoridade Policial seguir o *iter* (caminho) apontado pelo art. 6º do CPP, e conclui-se com o relatório, ocasião em que é remetido a Juízo, ou ao Ministério Público, para os devidos fins, estando, a partir dali, sujeito a registro e anotação da pessoa do indiciado no Órgão competente.

No curso da investigação, com freqüência, são olvidados os prazos conferidos pela lei, quais sejam de 10 (dez) e 30 (trinta) dias, no caso de estar o indiciado, respectivamente, preso, ou em liberdade, sendo certo que, na Justiça Federal, eles foram alterados para 15 (quinze) e 30 (trinta) dias, respectivamente, com possibilidade de prorrogação, *ex vi* do art. 66, da Lei nº 5.010/66:

“A par de ser, tal procedimento, instrutório e subsidiário, no seu curso são realizados atos e produzidas peças que são definitivas, como perícias e exames, levados a efeito pela polícia técnica, ou por peritos que, mediante compromisso, os produzem, os quais instruirão o processo, na hipótese de este ser instaurado.”

Por se tratar de peça que irá instruir a denúncia ou a queixa, nos termos do art. 12 do CPP, deve ser conduzido com o sigilo necessário para evitar que se frustrem os seus objetivos, podendo a autoridade policial determinar que não se divulguem os atos, como expressa o art. 20 do CPP, consoante se extrai da recentíssima decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“CRIMINAL. RMS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. DIRETORES DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL CONDUZIDOS SOBRE SIGILO, DECRETADO JUDICIALMENTE. ACESSO IRRESTRITO DE ADVOGADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MEDIDAS QUE RESTRINJAM A LIBERDADE OU O PATRIMÔNIO DOS CLIENTES DO RECORREN-

TE. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE. PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de inquérito policial que esteja sendo conduzido sob sigilo, se o segredo das informações é imprescindível para as investigações.

II. O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial.

III. Não se evidencia restrição à liberdade profissional de advogado, se não demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial dos seus clientes, a demandar efetiva ação do profissional do direito.

IV. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado.

V. Recurso desprovido.”

(Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. ROMS 13010/PR; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2001/0035665-6. Min. Gilson Dipp. Data da decisão: 03/12/2002. DJ de 17/03/2003 P.00240).

Inquérito policial: denúncia, baixa ou arquivamento

Concluído o Inquérito Policial, será remetido ao Poder Judiciário/Ministério Público, que poderá excepcionalmente enviá-lo à autoridade policial para complementação, isto é, a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, *ex-vi* do art. 16 do CPP ou, se for o caso, requerer o seu arquivamento. Nessa hipótese, o Juiz e o Tribunal podem acatar o pedido de arquivamento, ou dele discordar, remetendo os autos ao Procurador-Geral, nos termos do art. 28 do mesmo diploma, para juízo de reexame. O chefe do *Parquet* pode posicionar-se no mesmo sentido do promotor/procurador que emitiu a manifestação. Se isso ocorrer, outra alternativa não restará ao órgão julgador senão acatar a manifestação ou, se diversa, outro membro do Ministério Público terá a incumbência de elaborar a denúncia, caso o próprio Procurador-Geral não a faça.

Para dar maior segurança ao indiciado, o E. STF elaborou a Súmula nº 524, que estabelece o seguinte:

“Arquivado o inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.”

Forçoso é reconhecer que a homologação do despacho de arquivamento fará com que a possibilidade de seu desarquivamento possa ocorrer; porém, somente se novas provas surgirem.

E no dizer de Fernando da Costa Tourinho: *A função da Polícia de Segurança, conforme adverte Sabatini, exterioriza-se em meios preventivos que se realizam para evitar toda possível causa de turbacão da ordem jurídica, ou de dano, ou de perigo às pessoas ou às coisas.*³

A Polícia de Segurança, que atua preventivamente ou, na hipótese aqui tratada, realiza investigação, é em regra deficiente, tanto no que se refere aos meios humanos, quanto materiais, com salários muito baixos, padecendo de outro sério e grave problema que é sua subordinação ao Poder Executivo, seja nos Estados, seja na União Federal.

Entre nós, surge uma dificuldade acrescida, qual seja, o fato de as corporações serem dirigidas por comandos diferentes e de possuírem grande dificuldade de integração. Não sem razão, o Congresso Nacional estuda modos e meios de unificação, mormente quando se agrava a situação da violência e da criminalidade, com ações que utilizam táticas e técnicas de guerrilha, de grupos celerados, que atemorizam as populações e que as fazem reféns de suas condutas violentas.

Releva notar que se afigura imperativo e urgente dotar-se de meios materiais e humanos essas corporações, criando-se condições que as possibilitem desempenhar a difícil missão, dando-lhes o mínimo de possibilidades, evitando-se que elas não vivam da *lei do bico* e impedindo-as de prestar serviços a grupos celerados e a seu soldo.

É pois urgente uma atuação preventiva e eficaz, uma ação inibidora da criminalidade difusa, com a presença não apenas decorativa, mas ostensiva, nas ruas, evitando-se ações de revide, desastrosas em consequência dos atos dos infratores, agrupados em quadrilhas e bandos perigosos.

E, se ao Estado deve estar subordinada essa polícia de segurança (prevenção), nos seus vários ramos, bem como, a ostensiva, a antimotim, enfim, aquela que a população identifica com facilidade, nos ajuntamentos públicos, não se compreende que a de *investigação*, impropriamente chamada *judiciária*, permaneça subordinada ao Executivo, muitas vezes objeto de investigação por

seus próprios desmandos e abusos, além de condutas graves praticadas em prejuízo do erário público. Não é crível que na investigação que se destina ao Ministério Público, os investigadores recebam ordens e recursos dos investigados!

Outros procedimentos investigatórios

O Código de Processo Penal, ao tratar do inquérito policial, estabelece no art. 4º que: *A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais, no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria. Assevera, ainda, no § único, que: A competência definida neste artigo não excluirá a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja acometida a mesma função.*

Assim, a lei instrumental atribui competência concorrente a outras autoridades, *a que por lei seja acometida a mesma função.* Isso traduz a possibilidade de legitimação concorrente. O próprio Regimento Interno do STF (RISTF) prevê a prerrogativa daquela Colenda Corte para a apuração de infração penal cometida em sua sede ou dependência – art. 43 do Regimento Interno.

O mesmo tratamento é dado ao Poder Legislativo, atribuindo poder de polícia à Câmara dos Deputados e Senado Federal, como estabelece a Súmula 397 do E. STF, *verbis*:

“O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido em suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”.

Demais disso, na esfera militar existem os inquéritos policiais militares (IPMs), presididos pelas autoridades militares, para apurar crimes de sua alçada.

Releva notar que, para além dos inquéritos administrativos – destinados a apurar a responsabilidade disciplinar dos funcionários públicos –, outros existem com objetivos diversos, como os inquéritos parlamentares – investigações levadas a efeito por uma comissão de membros do Poder Legislativo, para a cognição de fatos ou a aquisição de dados necessários ao exercício das funções parlamentares, como expressa a Lei nº 1.579, de 18/03/1952.

Além disso, a própria Lei de Falências, em seu art. 108, estabelece outra forma de inquérito, o judicial, conduzido pelo juiz falimentar, onde estão presentes o contra-

ditório: o Ministério Público e a defesa. No particular, também o judiciário tem dado resposta a pretensões defensivas que lhe são postas, como a que resultou da decisão que segue:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES FALIMENTARES. INQUÉRITO JUDICIAL. CONTRADITÓRIO. DENÚNCIA. INÉPCIA. JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

I – Eventual lapso ou vício do inquérito judicial não anula a ação penal (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II – Denúncia que apresenta narrativa que se ajusta ao modelo da conduta proibida não é, em princípio, inepta porquanto permite a ampla defesa.

III – Em sede de habeas corpus, a tese da falta de justa causa deve ser passível de imediata verificação sem recurso ao vedado minucioso cotejo analítico das provas. Precedentes. Recurso desprovido.”

(Superior Tribunal de Justiça; 5ª Turma; RHC 12804/RJ; Min. Felix Fischer; Data da decisão: 18/02/2003; DJ de 17/03/2003; p. 00239).

As tentativas de trancamento do inquérito têm sido frequentes, sob os mais diversos fundamentos: constrangimento ilegal, cerceamento de defesa, ameaça à liberdade de locomoção, prova imprestável, inépcia da denúncia baseada em elementos indiciários, enfim, a existência de prejuízo, argüição de vícios que contaminam a ação penal. Tais pretensões, no entanto, têm sido rechaçadas pelos Tribunais Superiores nacionais. Vejamos:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPRESTABILIDADE DO RECONHECIMENTO FEITO EM SEDE INQUISITORIAL. INVOCADA NULIDADE QUE NÃO ALCANÇA A FASE JUDICIAL.

- É entendimento dominante neste Superior Tribunal de Justiça que eventual nulidade do inquérito policial não contamina a ação penal superveniente, vez que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório.

- Inviável o trancamento da ação penal sob a alegação de que o reconhecimento feito pela Autoridade Policial, na fase do inquérito policial, estaria eivado de vício a ponto de nulificar o processo ab initio, de vez que tal providência ensejaria dilação probatória, incompatível na via estreita do writ.

- Recurso ordinário desprovido.”

(Superior Tribunal de Justiça; 6ª Turma; RHC 13691/SP; Min. Vicente Leal; Data da decisão: 18/02/2003; DJ de 17/03/2003; p.00288).

O Colendo Supremo Tribunal Federal em recente acórdão, em que se procurava sustentar a contaminação da ação pelo inquérito, assim decidiu:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE DENUNCIADA POR CRIMES DE QUADRILHA, ROUBO, ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. E QUE SE ENCONTRA FORAGIDA. HABEAS CORPUS.

1. A denúncia descreve fatos típicos, estando baseada no inquérito policial, não se podendo falar em falta de justa causa para a ação penal, a impedir a produção de provas pelo Ministério Público.

2. Quanto à prisão preventiva, foi ela decretada fundamentadamente, com o apoio do Ministério Público, a pedido do Delegado de Polícia, que concluiu o inquérito policial, sem ouvir a paciente e o co-réu, porque, desde a época dos fatos, estão foragidos. Fugiram, portanto, antes do decreto de prisão, obstando, assim, a eventual aplicação da lei penal.

3. H.C. indeferido.”

(Supremo Tribunal Federal; 1ª Turma; HC 81675/SP; Rel. Min. Sydney Sanches).

Também a questão dos frutos da árvore envenenada já foi objeto de exame pela Corte Suprema:

“Habeas corpus. Inquérito policial baseado em elementos objeto de busca e apreensão, considerada ilegal em sede de mandado de segurança. Decisão que determinou a restituição dos documentos apreendidos. Pretensão

de subordinar os elementos colhidos posteriormente à busca e apreensão a este ato, considerando-os ilícitos com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree). Pretensão afastada, diante da não demonstração inequívoca de que todos os elementos que lastreiam o inquérito policial são derivados da busca e apreensão. Necessidade de exame acurado de prova, inviável no âmbito restrito e expedito do writ. Habeas corpus indeferido.” (Supremo Tribunal Federal; 1º Turma; HC 81993/MT; Rel. Ministra Ellen Gracie; DJ de 02/08/2002; p. 00084).

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988 ter dado maiores responsabilidades ao Ministério Público, elevando-o à condição de: *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127), dotou ainda seus membros das garantias conferidas à magistratura, para lhes possibilitar o exercício funcional de uma melhor forma. Já tinha vindo a lume a Lei 7.347/85, que disciplinou a Ação Civil Pública, para lhes conferir instrumento de investigação para a apuração de fatos tidos como infracionais aos interesses difusos ou coletivos que relacionou (meio ambiente, consumidor, patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

Outro instrumento atribuiu mais tarefas e responsabilidades ao Ministério Público, com a elaboração da Lei Federal nº 8.429/92, conferindo-lhe responsabilidade concorrente da titularidade de investigação e da ação civil, tendente a coibir a improbidade administrativa em todas as suas formas.

E nem se olvide dessa importante conquista que foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) no amparo ao mais fraco, na relação de consumo, inovando e transferindo o ônus da prova. A par desse, nasceu a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), inclusive na esfera Federal (Lei nº 10.259/01).

O inquérito civil público

No que tange ao inquérito civil público, *é um procedimento administrativo investigatório, instaurado e presidido pelo Ministério Público, para apurar atos de improbidade e demais fatos lesivos a interesse público, difuso ou coletivo, objetivando a coleta de elementos probatórios suficientes para, uma vez configurada a ocorrência daquelas condutas irregulares, subsidiar a propositura de ação civil pública, como ensinam Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior⁴.*

“Esse importante instrumento legislativo tem sido utilizado pelo Ministério Público, com destaque para o MP federal, que tem dado importante contribuição à causa da moralidade pública e do respeito aos poderes e ao erário públicos, em atos de conduta desviante por parte de alguns maus administradores públicos e agentes políticos do Estado. Desnecessário é relembrar o afastamento de parlamentares para evitar a cassação de seus mandatos, e a responsabilização de administradores públicos, diretores de bancos refugiados na Europa que, quebrados os seus sigilos bancários, constatou-se a existência de valores exorbitantes depositados em suas contas em instituições bancárias localizadas em paraísos fiscais.”

As investigações, se não têm coibido tais atos de improbidade, inobstante o esforço do Ministério Público Federal, sem dúvida tem causado sério desconforto aos seus autores, com a adoção de medidas inibidoras e restritivas, consistentes na quebra de seus sigilos bancários e fiscais, com suas condenações e o impedimento de concretização de atos atentatórios ao patrimônio público.

Tormentosa é a questão da investigação pelo Ministério Público, bem como, o manejo de instrumentos que a lei lhe confere, eis que, nem sempre, as autoridades administrativas possuem disposição de colaborar com a persecução, mormente quando envolvidos os seus membros ou praticadas infrações que envolvem agentes políticos do Estado ou, até mesmo, aqueles que têm o difícil encargo de zelar por sua segurança. Em tais situações, não tenho dúvida em afirmar que se faz imperioso que o Ministério Público investigue e exerça, na plenitude, a sua atribuição de fiscalização, ou seja, atue no controle externo da atividade policial, que lhe atribuiu a Constituição e a Lei, manejando os instrumentos legais, sensibilizando o Judiciário, e afastando sua eventual timidez (RE 233072/RJ, Rel. Ministro Néri da Silveira, Rel. para acórdão Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 03.05.02, Pág. 22).

O Ministério Público e a moralidade administrativa

O Ministério Público Federal tem dado essa elevada contribuição à moralidade pública. Será oportuno destacar que, antes mesmo da existência da lei de improbidade, outros instrumentos legais eram utilizados por seus membros. Há mais de 21 anos, na data de 03 de março de 1982, em Pernambuco, foi assassinado

Pedro Jorge de Melo e Silva, ilustre Procurador da República ali lotado, o qual estava à frente do famoso Caso da mandioca, em que se envolviam autoridades do Executivo, policiais e empresários.

Em episódio mais recente, em Minas Gerais, perdeu a vida, em condições semelhantes, o Promotor de Justiça José Lins do Rêgo, em investigação levada a efeito em face de adulteradores de combustível. Em época não muito distante, no ano de 1997, no Rio Grande do Norte, foi assassinado o promotor Manoel Francisco. No ano seguinte, tombou outro, em Sergipe. Hoje, dezenas deles vivem sobressaltados e protegidos por esquemas de segurança. Vários promotores no Rio de Janeiro andam escoltados. Em razão disso, o então procurador-geral Muiños Piñeiro decidiu requisitar policiais e criar uma força de proteção especial para esses promotores.

Como se vê, a reação dos grupos celerados não se faz esperar. Assim como aqueles infratores que buscam, pela *da imunidade parlamentar*, um escudo para a impunidade de seus crimes, procuram de todos os meios e modos fazer calar a instituição, por meio do anteprojeto denominado Lei da Mordaza, que tem por objetivo fazer silenciar a valorosa instituição do Ministério Público, a qual teima em cumprir a lei.

A imprensa diária, pela matéria intitulada *Ataque à Impunidade*, na qual colaboraram Rodrigo Haidar (SP), Clarissa Lima (DF) e Roselena Nicolau (BH) afirma, *verbis*:⁵

“Com vitórias espetaculares, sucessos parciais e derrotas acachapantes, o Ministério Público virou símbolo do combate á corrupção.”

E prossegue o artigo:

“O Ministério Público é uma instituição séria, merecedora da confiança da população e deve estar na ponta do combate ao crime organizado, justifica Marfan Vieira, presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. A reação pode vir da justiça, mas também da polícia, como acredita Cláudio Barros Silva, do Conselho Nacional de Procuradores. Em todo crime organizado há, de alguma forma, o envolvimento de policiais”, diz ele. E conclui, ainda:

“Nos últimos dez anos, os procuradores foram fantasmas assombrando a vida dos criminosos de colarinho-branco. Agora, que-

rem mais poderes para ampliar a ação contra o crime organizado”.

A visão do IP pelos tribunais superiores da República

A Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal tem assim se pronunciado sobre denúncia baseada em inquérito policial e a falta de justa causa para a propositura da ação penal:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE DENUNCIADA POR CRIMES DE QUADRILHA, ROUBO, ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. E QUE SE ENCONTRA FORAGIDA. HABEAS CORPUS.

1. A denúncia descreve fatos típicos, estando baseada no Inquérito Policial, não se podendo falar em falta de justa causa para a ação penal, a impedir a produção de provas pelo Ministério Público.

2. Quanto à prisão preventiva, foi ela decretada fundamentadamente, com o apoio do Ministério Público, a pedido do Delegado de Polícia, que concluiu o Inquérito Policial, sem ouvir a paciente e o co-réu, porque, desde a época dos fatos, estão foragidos. Fugiram, portanto, antes do decreto de prisão, obstando, assim, a eventual aplicação da lei penal.

3. H.C. indeferido.” (Supremo Tribunal Federal; 1ª Turma; HC 81675/SP; Min. Sydney Sanches).

E, mais uma vez, foi a Suprema Corte instada a decidir, ante a invocação da teoria dos frutos da árvore envenenada:

“Habeas corpus. Inquérito Policial baseado em elementos objeto de busca e apreensão, considerada ilegal em sede de mandado de segurança. Decisão que determinou a restituição dos documentos apreendidos. Pretensão de subordinar os elementos colhidos posteriormente à busca e apreensão a este ato, considerando-os ilícitos com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree). Pretensão afas-

tada, diante da não demonstração inequívoca de que todos os elementos que lastreiam o inquérito policial são derivados da busca e apreensão. Necessidade de exame acurado de prova, inviável no âmbito restrito e expedito do writ. Habeas corpus indeferido.” (Supremo Tribunal Federal; 1ª Turma; HC 81993/MT; Min. Ellen Gracie; DJ de 02/08/2002; p. 00084).

E em relação à pretensão de trancamento de ação penal, ao fundamento da existência de vício contaminador dela, e gerador de sua nulidade, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem decidindo da seguinte forma:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPRESTABILIDADE DO RECONHECIMENTO FEITO EM SEDE INQUISITORIAL. INVOCADA NULIDADE QUE NÃO ALCANÇA A FASE JUDICIAL.

- É entendimento dominante neste Superior Tribunal de Justiça que eventual nulidade do inquérito policial não contamina a ação penal superveniente, vez que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório.

- Inviável o trancamento da ação penal sob a alegação de que o reconhecimento feito pela Autoridade Policial, na fase do inquérito policial, estaria eivado de vício a ponto de nulificar o processo ab initio, de vez que tal providência ensejaria dilação probatória, incompatível na via estreita do writ.

- Recurso ordinário desprovido.” (Superior Tribunal de Justiça; 6ª Turma; RHC 13691/SP; Min. Vicente Leal; DJ de 17/03/2003; p. 00288).

Em relação à falta de justa causa e ao indiciamento em inquérito, também a Corte uniformizadora da jurisprudência nacional não lhes tem dado guarida, senão vejamos:

“CRIMINAL. RHC. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DESOBEDIÊNCIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA. IMPROPRIEDADE DO WRIT. RECURSO DESPROVIDO.

I. Não se reconhece falta de justa causa para o inquérito, quando o procedimento é baseado em elementos informativos que demons-

tram a prática, em tese, do crime de desobediência e indicam a autoria.

II. O mero indiciamento em inquérito não caracteriza constrangimento ilegal reparável via habeas corpus. Precedentes.

III. Recurso desprovido.” (Superior Tribunal de Justiça; 5ª Turma; RHC 13524/PR; Min. Gilson Dipp; DJ de 17/03/2003; p. 00241).

E, por derradeiro, a alegada inépcia da denúncia em crimes societários, em que se sustenta a individualização pormenorizada das condutas, também o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem repellido a pretensão de nulidade da vestibular:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES FALIMENTARES. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. INQUÉRITO JUDICIAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. DESNECESSIDADE. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO.

I – O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável desde que se comprove, inequivocamente, hipóteses, v.g., como a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

II – A ausência de justa causa só pode ser reconhecida se perceptível de imediato com dispensa ao minucioso cotejo do material cognitivo. Se é discutível a caracterização de eventual ilícito criminal, não há que se trancar a ação penal por ausência de justa causa.

III – Eventual lapso ou vício do inquérito judicial não anula a ação penal (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

IV – Não há inépcia da denúncia que, ao imputar a prática de delito societário aos acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (Precedentes).

V – Esta Corte Superior tem entendido que, nos crimes falimentares, a decisão que recebe a denúncia, por ser providência de natureza interlocutória simples e mero juízo de admissibilidade de acusação, não necessita de fundamentação aprofundada, basta a indicação de que os fatos narrados na exordial guardam relação com o inquérito judicial e que, em tese, configurem crime. Não havendo, entretanto, qualquer fundamentação, ainda que sucinta, incide na espécie o enunciado da Súmula 564/STF. Recurso parcialmente provido tão-somente para anular o processo a partir do recebimento da denúncia. Prejudicado o HC nº 21436/SP, substitutivo deste recurso ordinário.” (Superior Tribunal de Justiça; 5ª Turma; RHC 12699/SP; Rel. Ministro Felix Fischer; DJ de 10/03/2003; p. 00244).

Conclusão

Em vista do que ficou expandido, à guisa de conclusão no que pertine ao tema, cujo único objetivo é suscitar a discussão, sem deixar de dar testemunho sobre a árdua missão do Ministério Público, tendo em mente efetiva e real contribuição para a realização da justiça, de que tanto carece o nosso povo, é premente a necessidade de que haja:

- a) A unificação das ações policiais, que devem agir sob o mesmo comando.
- b) A subordinação da polícia de investigação diretamente ao Ministério Público.
- c) A realização de ações conjuntas das polícias militares e civis dos Estados, sob a coordenação da polícia federal.
- d) A elaboração de uma política de segurança pública, com discriminação das atividades e tarefas, claramente atribuídas às instituições policiais.
- e) A criação de estruturas investigatórias, com o necessário apoio material e humano, incluindo-se aí os mecanismos e meios que existem à disposição do Ministério Público, nos procedimentos a seu cargo.
- f) A adoção do sigilo, como regra, nos procedimentos pré-judiciais, na defesa do direito de imagem que a Constituição protege.

- g) A baixa nos inquéritos somente para a obtenção de elementos imprescindíveis à sua conclusão, com pedido da Autoridade Policial motivado e encaminhado diretamente ao Ministério Público.
- h) A conclusão dos inquéritos nos prazos estabelecidos em Lei.

Notas

¹ Apontamentos do 6º Encontro dos Notáveis do Processo, Rio de Janeiro, Promoção do ID, 2001.

² In *Elementos de Direito Processual Penal*, Edição de 1997, Editora Bookseller/SP, Vol. I, pág. 152.

³ In *Processo Penal*, Volume 1, Editora Saraiva, 24ª Edição, 2002, Pág. 181.

⁴ In *Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*, Editora Atlas, 3ª edição, 1998, pág. 145.

⁵ In *Revista Carta Capital*, nº 176, Publicação de 13.02.2002.

Referências

Constituição da República Federativa do Brasil.

Lei Complementar nº 75/93.

Elementos de Direito Processual Penal, Prof. José Frederico Marques, Vol. I, 1997, Editora Bookseller/SP.

Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, Editora Atlas, 1998.

Código de Processo Penal Brasileiro.

Apontamentos ao 6º Encontro dos Notáveis do Processo, Rio de Janeiro, Promoção do ID, 2001.

Revista Carta Capital, nº 176 de 13.02.2002.

Processo Penal I, Fernando da Costa Tourinho Filho, Editora Saraiva, 24ª Edição, 2002.

Resumo

O artigo trata da prerrogativa do Ministério Público na persecução penal, com o monopólio estatal na composição da lide, abordando a questão da competência

investigativa do MP, na função de *dominus litis*. Após apontar, com precisão, o iter do Inquérito Policial, indicando prazos e condições que devem ser obedecidas no curso da investigação e ressaltar as dificuldades encontradas pela Polícia de Segurança para a realização de ações de sua competência, o artigo elenca, a partir de dispositivo do Código de Processo Penal, várias situações nas quais é reconhecida a competência concorrente de outras autoridades em matéria investigativa. A seguir, trata do Inquérito Civil Público, como instrumento de salvaguarda na apuração dos atos de improbidade administrativa. Conclui apresentando propostas de solução para os diversos problemas envolvendo a persecução penal, com o objetivo de otimizar a aplicação das instituições encarregadas da investigação criminal.

Palavras-chaves: Persecução penal; Inquérito Policial; Denúncia; Ministério Público; Legalidade.

Abstract

The article examines the prerogative of Public Prosecution Service in the accusatory procedure and the monopoly of the State over the preparation of the judicial proceedings. It also deals with the issue of the investigative competence of the Public Prosecution Service in the *dominus litis* function. After signaling the *iter* of police inquest, indicating the duration and conditions that must be observed in the course of investigation and highlighting the difficulties the Security Police finds in the accomplishment of its duties, the article, relying on some provisions of the Code of Criminal Procedure, presents several situations in which the concurrent competence of other authorities in investigative matters is recognized. After that, it deals with the Public Civil Inquiry as an instrument to safeguard the investigation of acts of administrative improbity. It concludes by presenting some proposals to problems related to accusatory procedures, thus aiming at optimizing the performance of institutions entitled to carry out criminal investigations.

Key words: Accusatory procedures; Police Inquest; Indictment; Public Prosecution Service; Legality.

Resumen

El artículo examina la prerogativa del Ministerio Público (Defensoria/Controladoria Pública) en la persecución penal, con el monopolio del estado en la composición de

la causa, abordando la cuestión de la competencia investigativa de la Defensoría en la función *dominus litis*. Luego de apontar, con precisión, el iter del inquerito policial, señalando los plazos y condiciones que deben ser observados en el curso de la investigación y subrayar las dificultades que enfrenta la Policía de Seguridad en el ejercicio de sus atribuciones, el artículo enumera, a partir de dispositivos del Código de Proceso Penal, varias situaciones en que se reconoce la competencia concurrente de otras autoridades en materia investigativa. A continuación, analiza el Inquerito Civil Publico como instrumento de salvaguardia en la investigación de actos de improbidad administrativa. Concluye presentando propuestas de solución a los diversos de la persecución penal, con el objetivo de optimizar la aplicación de las instituciones que tienen investigación criminal a su cargo.

Palabras clave: Persecución penal; Inquerito Policial; Denuncia; Controladora Pública; Legalidad.

Introdução

O presente artigo pretende discutir a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena aos crimes definidos como hediondos, a partir de uma análise de natureza dogmático-jurídica, de âmbito constitucional, defluindo para a confluência normativa do Código Penal, das leis nº 7.210/84, nº 8.072/90 e nº 9.455/97 e dos postulados de orientações normogenéticas contidas nos princípios da individualização e da proporcionalidade da pena, insertos na Constituição Federal de 1988.

A pertinência do assunto justifica-se na necessidade de desvendamento do tema, à luz de um cotejo analítico da disposição contida nos distintos diplomas regentes de cumprimento da pena para crimes taxados como hediondos – e os que são a eles equiparados – e a interpretação dada ao dispositivo constitucional previsto no art. 5º, XLIII, que tece as linhas diretivas para a normatividade infraconstitucional, posto que o cenário, sob tal aspecto, não estaria adstrito ao campo da ordem jurídica infra, mas, sim, diante da própria revelação da interpretação dada ao texto constitucional.

É esse, aliás, o debate travado por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82959, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, em que se discute a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio que, juntamente com os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso, entenderam pela concessão da progressão do regime de cumprimento da pena, enquanto os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso acenaram e votaram em sentido oposto. Ressalta-se, aí, que a Ministra Ellen Gracie encontra-se atualmente com a vista dos autos do processo, para que decline seu voto, num panorama de 3 votos a 2 a favor da concessão do cumprimento inicial da pena, para crime hediondo, em critério de progressão.

Uma vez que o debate centrou-se no Pretório Excelso, mais oportuno não seria trazer a reflexão acadêmica para tal cenário, situando a análise acerca da progressão de regime, quanto aos catalogados crimes hediondos, para o campo da discussão constitucional, já que o tema, inobstante a natureza *sui generis* penal, deita raízes na subordinação hierárquica que o direito repressivo guarda em relação à normatividade constitucional.

Serão apresentados, num primeiro momento, os conceitos operacionais utilizados como instrumentos cognitivos para a construção do raciocínio proposto, evidenciando, para tanto, as definições de princípios constitucionais, princípios constitucionais em matéria penal, normas de eficácia plena e contida. Posteriormente, será recortado o panorama de regramento do tema, a partir da legislação regente da fixação do regime inicial de cumprimento da pena, apontando-se as inovações das legislações, bem como o espaço de conflito criado pela concomitância de disposições normativas.

Por fim, será efetuada a ponderação quanto à estruturação das teses que sustentariam a possibilidade, bem como a vedação da progressão de regime, por meio da reflexão constitucional acerca do tema e os consectários de tal estruturação de raciocínio. Tudo isso engendrado em nível lógico-formal, de natureza jurídico-positiva, razão pela qual o nível discursivo será aqui sustentado em face da argumentação técnico-jurídica, de natureza dogmática-constitucional, utilizando o método dedutivo, por pressupor a defluência normativa em sede de concatenação formal, face aos pressupostos constitucionais para, depois, irradiar para a ordem infraconstitucional.

Conceitos operacionais utilizados

A proposta a que se destina o presente artigo não poderia prescindir da pontuação dos conceitos operacionais¹ a serem utilizados, já que a estruturação do raciocínio aqui empreendido demanda a adoção de critérios previamente estabelecidos como dogmas e materializados em orientações jurídico-positivas emanadas principalmente daquilo que se denominou ordem jurídico-constitucional.

Esse escalonamento verticalizado é tido como postulado reinante da supremacia constitucional que aqui se impõe como estrutura apriorística, situando a Constituição como vértice no sistema jurídico-normativo do País, para conferir legitimidade à normatividade imediatamente abaixo da Carta Magna, segundo doutrina de Silva². *Mutatis mutandis*, não se olvida aqui de um sentido de normatização do poder político, na percepção feita por Canotilho³, para quem a Constituição seria, predominantemente, um pacto fundador consolidado em núcleo normogénico aberto de proposições. Será esse o eixo de percepção que orientará, posteriormente, por ocasião da exposição das teses propostas, a adoção de um critério juspolítico de escolha quanto à ponderação sobre a *ratio essendi* dos princípios constitucionais evidenciados, como ordenadores para o tratamento do tema atinente à progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos

sem, contudo, perder-se de vista a autopoiese do direito, em relação à legitimação de sua cogência.

Eis a razão pela qual este breve estudo inicia-se com o necessário esquadramento de uma principiologia, aqui delimitada tanto em nível constitucional e penal, como também em sede de estruturação de mecanismos de resolução dos denominados conflitos aparentes de normas, ponto nodal da discussão sobre a progressão de regime, no âmbito da Lei nº 8.072/90, por envolver discussão sobre a eficácia normativa de dispositivos contidos em leis penais diferenciadas, no tempo e no conteúdo de abrangência, a exemplo da Lei nº 7.210/84, da nº 8.072/90 e da nº 9.455/97, que especificam estruturas distintas de entendimento sobre a progressão de regime.

Assim sendo, pertinente a construção, para o leitor, dos passos seguidos para a demarcação do raciocínio, a partir da hermeticidade da lógica jurídico-positiva aqui utilizada, como via de manejo de uma estruturação bem clara de poder normativo: a emanção de instrumentos interpretativos aqui estabelecidos como princípios.

Isso se justifica, na medida em que o dogma estruturante do pensamento jurídico-positivo se revela imprescindível à pontuação do que vem a ser definido como princípio, essencial em sua construção terminológica, agregada à idéia de início, origem ou gênese de algo, em manifestação de pertinência causal que, no caso de um ramo do conhecimento que se pretenda científico⁴, materializa-se em proposições diretas.

No âmbito de esquadramento da sistematização tópico-jurídica, o princípio pode ser revelado como sustentáculo lógico originário, ou, ainda, pressuposto a partir do qual é deduzida uma concatenação racional de normas que formam o ordenamento jurídico. A partir desse enfoque, pode ser particularizado o princípio dentro do eixo epistemológico de natureza constitucional, irradiador de critérios interpretativos, tomados a partir de uma natureza normogenética, no âmbito da programação encetada pelo legislador constituinte, por ocasião da estruturação jurídica da sistematização política do Estado⁵.

O princípio constitucional em matéria penal estaria no campo restritivo desse fluxo contínuo de promanação lógico-dedutiva, para abranger, no seu campo de especificidade, a identificação de uma peculiar natureza estruturante, já que é agregada à finalidade limitadora do monopólio da repressão estatal sancionatória e constritiva, consubstanciada na aplicabilidade de normas penais constritivas de liberdade.

Esse é o eixo diretor do raciocínio a ser exposto, na medida em que se aglutinam em torno de uma principiologia penal, de natureza constitucional, as

orientações direcionadas à sedimentação de um espaço de conflito perpétuo, envolvendo a dialeticidade representada pelo denominado direito à liberdade, em contraponto ao direito de exercício da punição (*ius libertatis X ius puniendi*), marcadamente expostas a partir de uma proposta liberal de construção jurídico-normativa⁶.

Ao ser prospectada, pois, a estrutura normativa, de natureza constitucional, seriam encontrados os pressupostos do presente estudo, nos princípios da individualização e da proporcionalidade da pena, tidos como estruturas ordenadoras da interpretação, em face da tutela do *ius libertatis* que ora se instala como pólo disjuntivo do raciocínio aqui desenvolvido, princípios bastante conclamados a legitimar o questionamento acerca da constitucionalidade da vedação de progressão de regime, mas que não são exauridos à saciedade que a técnica jurídico-normativa prevê como condição essencial de sustentação do entendimento.

O princípio da individualização da pena encontra-se descrito no art. 5º, XLVI⁷, da Constituição Federal, que dá amparo à regra contida no art. 59⁸ do CPB, com atribuição precípua de fixação de parâmetros para legitimação do critério discricionário da escolha da pena a ser cominada ao acusado. Inobstante o preceito descrito fazer referência à estrutura ontológica da qualidade de sanção, não se aplica somente em relação à essência da sanção a ser imposta, podendo refletir, por via direta, à qualidade no cumprimento e, por via reflexa, ao regime inicial de execução do cumprimento. Por qual razão?

Ora, a própria estrutura de descrição do preceito faz referência expressa ao critério enumerativo feito pelo legislador constituinte, que tratou de delimitar o direcionamento da pena, adotando, dentre as várias hipóteses que poderiam ser açambarcadas pelo legislador infraconstitucional, as penas descritas nas alíneas de “a” a “e”⁹. Isso resta plausível, na medida em que o critério enumerativo deita raízes na estrutura de explicitação do princípio em questão, manifestada na percepção do que vem a ser “individualização”. Esse, talvez, seja o ponto nodal que até então não fora devidamente esmiuçado pela doutrina, com a finalidade de se exercitar uma reflexão concatenada sobre suposta violação, por parte da lei dos crimes hediondos, do disposto no princípio da individualização.

Segundo Ferreira¹⁰, individualização encontra-se no campo lexical da individualidade, que se relaciona à percepção do caráter especial, ou, ainda, de uma particularidade que distingue uma pessoa de outra. Não poderia ser outro, que não esse, o sentido de busca do que almeja o princípio da individualidade, qual seja, particularizar a cominação, a aplicação e a execução da sanção penal imposta, de acordo com peculiaridades direcionadas ao sujeito que, previamente programadas

pelo princípio da legalidade – dogma regente da estrutura jurídico-repressiva – encontram a harmonização entre a proporção do crime cometido e a retribuição pré-formatada pela pena em abstrato.

Não significa, por certo, que a individualização da pena irá recair sobre o indivíduo, pelo que ele é enquanto sujeito, mas, sim, pela dimensão atribuída à conduta por ele praticada, violadora de bem jurídico tutelado. Dessa maneira, intrinsecamente relacionado o princípio da individualização da pena à particularização da sanção, de acordo com a valoração dada ao bem jurídico, na seara do entendimento de doutrinadores como Grecco¹¹.

O sentido de completude do princípio da individualização se perfaz naquilo que se encontra ponderado por outro princípio, o da proporcionalidade, numa relação de profunda imbricação, uma vez que a dosagem de ponderação na atribuição da pena marca a medida, quantum satis, da percepção de valoração do binômio ataque/violação do bem jurídico X retribuição manifestada na pena.

Segundo Prado¹², a proporcionalidade manifesta-se na harmonização entre um sentido de medida do equilíbrio, por meio da pena em abstrato – definida legalmente numa faixa de reprovação – e a aplicação em concreto, quando o operador define, para o caso em questão, qual a sanção adequada. Eis a razão pela qual não é possível empreender à seleção da pena, sem que a operação de particularização do quantum de reprovação passe pela consideração da dialeticidade violação x violador.

Tal assertiva impõe a reflexão acerca do conteúdo aplicativo da sanção, que forçosamente passa pelo crivo de escolha, por parte do legislador, da qualidade de pena, bem como da maneira de fixação dos consectários relacionados ao cumprimento. Aliás, não é por acaso que o legislador infraconstitucional faz essa referência no próprio bojo do art. 59 do Código Penal Brasileiro, recepcionado pela Carta Constitucional¹³ e cuja ontologia revela a aplicabilidade contida que o disposto constitucional, anteriormente vislumbrado, pode apresentar.

Por outro plano de abordagem, ao prever o sentido de abrangência dos dispositivos infraconstitucionais, o legislador constituinte poderia ter estabelecido, no conteúdo do art. 5º, XLVI, a plenitude de alcance de eficácia da mencionada individualização, quando orienta a atividade de adequação da pena ao ditame constitucional insculpido na primeira parte do dispositivo, sendo a segunda parte – afeta à qualidade de apenação - regulada, no plano de subordinação hierárquica ao texto constitucional, à confluência de regras de aplicabilidade concretas e positivas que as legislações sintetizam em seus enunciados normativos. Via de regra, pois, seria a eficácia plena para a irradiação normativa contida no primeiro trecho

do artigo em questão, contendo-se sua irradiação na apuração do sentido que o legislador, por via das leis extravagantes, bem como do Código Penal Brasileiro, apresenta em termos de estruturação da modalidade da pena.

Outra interessante polarização, pois, ao ser considerada uma norma constitucional de eficácia plena, o comando normativo irradiador propala-se, desde a entrada em vigor da Constituição, produzindo, ou tendo a possibilidade de produzir, de plano e imediatamente, todos os efeitos acobertados pela imanência de seu preceito, de acordo com o pensamento de Silva¹⁴. Ao se esposar essa percepção, o princípio em comento já traria o comando subsuntivo, já que estaria apto a surtir irradiação normativa, constituindo-se como auto-aplicável. Esse prisma acarretaria, por via reflexa, uma questão de abrangência do mencionado princípio, que, num conflito com eventuais regras infraconstitucionais, por subordinação material, afastaria a incidência dessas últimas, para possibilitar o alcance pleno do sentido daquilo a que se destina o princípio: a ordenação, como pressuposto lógico-ordenador, da concretização, por parte do operador do direito, da pena atribuída ao sujeito.

O entendimento pela eficácia contida, por seu turno, traz a necessidade de promanação de maior integração às disposições trazidas pela ordem jurídica infraconstitucional, com a harmonização dos preceitos insculpidos nas legislações relacionadas à sistematização das regras de aplicação e execução da pena, possibilitando, nesse sentido, o espaço de conflito, em sede de regência da matéria, ao envolver a discussão de incidência das regras previstas nas Leis nº 7.210/84, nº 8.072/90 e nº 9.455/97, contendoras do disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Vencida a questão relacionada à maneira pela qual a ordem infraconstitucional desenvolverá o tema relacionado à natureza jurídica do princípio em questão, quanto à eficácia, cumpre realizar a demarcação das legislações aplicáveis à espécie, uma vez que restou esquadrinhado um campo de conflito entre preceitos normativos regentes, em sede de análise da eficácia afeta aos princípios da individualização e da proporcionalidade da pena.

Esboço do espaço de conflito normativo: Leis nº 7.210/84, nº 8.072/90 e nº 9.455/97

O art. 5º, XLIII¹⁵ da Constituição Federal esboçou autorização originária para a definição em lei dos crimes catalogados como hediondos, adotando, assim, um critério enumerativo, já que atribui à taxatividade da lei a catalogação de quais são os crimes a serem tidos por hediondos, sem permitir espaço discricionário ao julgador para avaliar, em concreto, o substrato de hediondez do crime.

Alicerçou o constituinte o ponto de estrangulamento que trouxe a questão à via suprema, ao fazer uma equiparação entre crimes hediondos e demais modalidades criminógenas, a exemplo do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como terrorismo, que possuem, para a percepção do legislador constituinte, equiparação quanto a alguns aspectos da resposta penal, a saber, a insuscetibilidade de fiança, anistia e graça.

Tem-se, pois, uma legislação subjacente à outorga constitucional para o regramento do tema. Deflui, assim, o expediente infraconstitucional, a partir da recepção que a Constituição Federal fez ao Código Penal e à Lei nº 7.210/84, esteio genérico de regramento da questão (vide art. 59 e seguintes), aliado à intercorrência dos diplomas legais que se sucederam no tempo, mais especificamente em relação às Leis nº 8.072/90 e nº 9.455/97. Esse será o espaço de cotejo analítico trazido como proposta para o entendimento quanto à vedação da progressão de regime, numa instigante tarefa de incursão no campo lógico-dedutivo, de natureza jurídico-normativa.

Ao trazer a previsão legal para a catalogação infraconstitucional dos crimes tidos como hediondos, a Constituição Federal teve o alcance do conteúdo descrito no art. 5º, XLIII desenvolvido, à saciedade, pelo legislador, que elaborou posteriormente a Lei nº 8.072/90, ocasião em que se abriu a discussão acerca de um eventual extrapolamento da função legiferante, em razão da matéria açambarcada por essa lei, mormente ao se confrontar o diploma em questão com a então reinante Lei nº 7.210/84, que possibilitava a progressão, como condição essencial ao paradigma ressocializante e preventivo da função acometida à pena.

Abaixo da Constituição existiria, pois, a confluência normativa dos seguintes diplomas: o Código Penal Brasileiro e a Lei nº 7.210/84, ambos recepcionados pela Carta e essa última alterada recentemente pela Lei nº 10.792/03, além das leis nº 8.072/90 e nº 9.455/97. Vejam-se, pois, os dispositivos de cada uma dessas leis, de maneira pontual, para que possa ser realizado o cotejo analítico a que se destina o presente artigo.

No espaço normogenético trazido pela Constituição Federal, impõe-se o art. 59 do Código Penal como estrutura de desenvolvimento de eficácia de norma infraconstitucional que, *in casu*, foi recepcionada pela Carta, elaborada em momento jurídico-político posterior, mas que, guardando confluência de sentido, abrigou o texto de lei anterior ao seu nascedouro. Assim sendo, o Código Penal Brasileiro, representando a consolidação geral de regras de aplicabilidade do teor daquilo que fora esboçado pela Constituição, erigiu-se como vetor de sistematização da cominação sancionatória, materializada no artigo em comento.

O art. 59 traz em seu bojo, assim, a operação lógico-deôntica, de natureza dedutiva, a ser observada pelo operador, por ocasião do esquadramento, em respeito aos limites estabelecidos em virtude da legalidade, da pena aplicável, dentro do espaço de definição possível, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento, bem como a substituição da pena, se possível, numa enumeração expressa das estruturas contidas nos incisos do art. 59 do Código. Desta feita, traria o Código, já explícito no inciso III, a previsão de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, em pressuposto de plausibilidade de progressão de regime.

Integrando o dispositivo do Código à concomitância de regras para a fixação de cumprimento de pena, bem como de definição de regime inicial, o art. 12 do Código Penal inclui em seu comando a regra para a resolução da confluência, na medida em que afirma que *as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo contrário*, deixando claro que, numa posição de emaranhamento entre dispositivos, a regra penderá para a especialidade da matéria.

Tomando por base essa assertiva, trouxe a Lei 7.210/84 a redação originária, que fazia referência expressa à possibilidade de progressão, na medida em que afirmava, no art. 112, que *a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão*, resta inequívoco no caso da legislação em espécie que, a progressão de regime seria possibilitada pelo critério objetivo temporal, aliado ao mérito do condenado.

Com o advento da Lei nº 8.072/90, trouxe a lume o legislador a vedação de progressão de regime, já que o art. 2º, § 1º informa que *a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado*. Está lançada, pois, a celeuma da confluência normativa, em termos de imbroglio de incidência, pois, até então, ter-se-ia a possibilidade prevista pela lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84, em antagonismo à vedação contida na Lei nº 8.072/90.

Essa dúvida permeava – como, de fato, ainda o faz – o pensamento da doutrina, que se manifesta numa verdadeira polarização, para vacilar entre a possibilidade de fixação e a vedação da progressão de regime para os denominados crimes hediondos. Com o advento da Lei nº 9.455/97, consolidou-se outro emaranhado normativo, na medida em que o legislador, no art. 1º, § 7º tenha manifestado a seguinte regra: *o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*. Estava aberto o cenário para a discussão sobre a validade da vedação de progressão de regime para os

crimes hediondos, já que a lei específica acenava para a impossibilidade, enquanto a outra, para um crime equiparado a hediondo, mencionava justamente o contrário.

Ora, o art. 5º, XLIII da Constituição Federal – *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem* - trouxe a anterior mencionada equiparação entre os crimes hediondos, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, que possuíam, para fins de aplicação das posteriores regras de vedação, mesmo direcionamento de tratamento, pairando a dúvida acerca da essência de tais crimes, mormente considerado o paradigma de hediondez. Para todos os efeitos de definição da ontogênese, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo não são catalogados como hediondos, posto que o art. 1º da Lei nº 8.072/90 já trouxe, pelo critério da taxatividade, quais são os considerados legalmente como tais. Cumpriria, pois, empreender a uma análise qualitativa, e não meramente taxativa, da *ratio essendi* de tais crimes, para, em perfazendo um caminho de equiparação, quanto à essência, chegar à conclusão acerca da irradiação da hediondez, por via de extensão da interpretação da norma.

Tecida a confusão normativa, visualizando o legislador infraconstitucional o *imbroglio* trazido pela concomitância de tais legislações, elaborou a Lei nº 10.972/03, que trouxe a modificação contida na Lei de Execuções Penais, exatamente no art. 112, que outrora permitia a progressão. A partir de então, passaria o mencionado artigo a exprimir, *ipsis literis*, a vedação à progressão de regime, ao pontuar que *a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão*.

Essa modificação trouxe a marca, ao menos, da elucidação, quanto à resolução de conflito normativo, porquanto, se antes, existia dúvida em relação à aplicabilidade da Lei de Execução Penal, em face da Lei de Crimes Hediondos, de agora em diante já se pode vislumbrar que o raciocínio tendente à predileção pela Lei nº 7.210/84 em matéria de regência do tema é pacífico, posto que trata de uma disposição normativa que, em relação ao Código, é especial, por particularizar a matéria que vinha sendo abrangida genericamente pelo Código Penal, mas que, em termos de aplicabilidade quanto ao critério da completude da matéria, dispunha sobre a medida exata da fixação de regime, não podendo ser transposta pela legislação

especial. Agora não existe mais esse problema, pois restou afastada, por força de disposição expressa, a progressão de regime, já que a mencionada Lei nº 10.792/03 vedou claramente tal. Tem-se, pois, a inovação legislativa, que veda o regime, subsistindo, porém, a regra atinente ao tratamento dado ao crime de tortura, que possibilitou a progressão, igualmente por disposição expressa.

Qual a solução? Esse é o embate doutrinário que trouxe a polêmica sem, contudo, enfrentar coerentemente a questão, posto que os raciocínios travados, inobstante o brilhantismo da doutrina especializada, não satisfazem, no âmbito da dogmática jurídico-positiva, em termos de respostas, principalmente por imiscuírem, no bojo das operações silogísticas, superficialidade incompatível à cognição jurídico-normativa, a exemplo da superficialidade com que o conflito normativo é deduzido e resolvido. Em face de tal irresignação exsurge o presente estudo, a partir do relevo constitucional trazido à baila na proposta aqui desenvolvida.

Por uma coerente interpretação quanto à aplicabilidade da norma constitucional regente da matéria

Dentro da particularização feita pela dogmática jurídico-penal, em face da irradiação sistêmica de defluência normativa dada pela Constituição Federal, exsurge o princípio da supremacia da Constituição, em razão do *topos* ocupado pela Carta, como pólo emanador de cogência originária. Por essa razão, a harmonização e a subordinação direta das disposições jurídico-normativas de natureza infraconstitucional faz-se como consectário da concatenação afeta ao sistema normativo, sob pena, inclusive, de implosão de seus postulados.

Assim sendo, não poderia o direito penal e, mais precisamente, a dogmática jurídico-penal esquivar-se da relação de derivação explícita da orientação efetuada pela normatividade constitucional, posto que nela encontra a sustentação de sua racionalidade. O conflito antes debatido, relacionado à progressão de regime, no bojo da confluência normativa do que está disposto em nível constitucional e infraconstitucional, encontra na ponderação da natureza da eficácia da norma contida no art. 5º, XLIII sua resolução, não sendo outro, que não o campo constitucional, o instrumento interpretativo hábil a solver o conflito, senão vejamos.

Quando se entende que a norma constitucional reveladora do princípio da individualização é dotada de eficácia plena – anteriormente debatida em termos de interpretação fragmentária do inciso – exsurge a explosão da irradiação do comando diretivo para que o operador do direito, de acordo com o postulado de particularização, proceda, dentro dos limites traçados infraconstitucionalmente, à aplica-

ção da sanção. Afasta-se, contudo, a contenção dada pelo legislador infra, já que o dispositivo constitucional opera seus efeitos direta e imediatamente, de acordo com a ponderação trazida pelo sentido do princípio da individualização e da proporcionalidade, interpretados conjugadamente.

Não necessitaria do dispositivo de completude dos efeitos promanados da legislação que abaixo da Constituição se colocam, restando, de pronto e de plano, hábeis a serem operacionalizados, como diretriz interpretativa, dentro do próprio palco constitucional. Assim, os princípios da individualização e da proporcionalidade já trariam, dentro do arcabouço constitucional, a completude de sentido suficientemente pronta a surtir efeitos na ordem jurídica infraconstitucional. Não surgiria, por via oblíqua, a necessidade do debate sobre a incidência das leis posteriores, de natureza infraconstitucional; muito menos, o debate sobre um conflito que já estaria decidido no âmbito constitucional, na medida em que a individualização e a proporcionalidade seriam auto-aplicáveis desde o nascedouro, ao abrigo da Constituição Federal.

O ponto nodal somente existiria caso a natureza da norma constitucional reveladora dos princípios da individualização e da proporcionalidade pudesse ser entendida como dotada de eficácia contida. Daí, sim, revelar-se-ia a conjugação da multiplicidade de desdobramentos normativos, a exemplo do regramento diferenciado trazido pelas Leis nº 7.210/84, nº 8.072/90 e nº 9.455/97, cada qual abrangendo tratamento dissonante para o regime de comprimento de pena, quanto ao critério da progressão.

Nesse sentido, o espaço de conflito adviria da vedação expressa feita no arcabouço da Lei nº 8.072/90, que impede diretamente o operador do direito a proceder à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, posto que a certeza, sob esse prisma, é a da reclusão em regime fechado. Instada, ainda, pela sustentação presente na nova redação do art. 112 da Lei nº 7.0210/84, com a inserção feita pela Lei nº 10.792/03, avalia-se que, de plano, estaria infraconstitucionalmente resolvida a celeuma de pertinência quanto à incidência normativa para o tratamento dos crimes hediondos, quanto à progressão de regime. Não haveria espaço para outro raciocínio, no cômputo do interstício temporal em que entrou em vigor a nova redação, dada ao mencionado art. 112 da Lei nº 7.210/84, regradora da matéria atinente à execução da pena e, por consequência, da fixação de diretrizes genéricas para a fixação da pena.

A solução seria vislumbrada, se fosse o caso – já que o presente trabalho destinou-se a dar um sentido de identificação do problema, bem como do mecanismo de solução, a partir do desvendamento do tema sob a égide da discussão da

natureza da norma constitucional reveladora do princípio, quanto à eficácia para, a partir daí, realizar o cotejo com a *quaestio juris* que envolve a progressão de regime em sede de crime hediondo. Em se tratando, por amor ao debate, de conflito normativo, poder-se-ia vislumbrar a aproximação, pela *ratio essendi*, entre os crimes hediondos e a tortura – já que a Constituição faz a equiparação quanto a alguns efeitos, *in casu*, quanto ao regime e às vedações. Daí poder-se-ia viabilizar a possibilidade de equiparação desses mesmos efeitos, tomando como paradigma a Lei nº 9.455/97.

Mas, repita-se, essa discussão quanto à pertinência da análise, sob a perspectiva infraconstitucional, parece perder sentido quando, de fato, a avaliação está sendo feita no plano constitucional, que é justamente o *topos* de discussão que agora está sendo viabilizado, por ocasião do debate travado no Pretório Excelso. Daí, o embate entre o aspecto decisório, quanto à eficácia da norma insculpida no art. 5º, XLVI da Carta Magna, pois, dependendo do direcionamento vetorial, soluções diferenciadas serão efetuadas.

O acerto parece residir na confluência da plenitude de eficácia cometida a tal dispositivo, dotado, *ipso facto*, de alcance maximizante de seus efeitos, a partir da percepção do comando constitucional irradiado, de início e de pronto, deixando ao crivo discricionário do juiz a ponderação *in concreto* sem, contudo, que a aplicabilidade esteja condicional à contenção do alcance da eficácia, em face da existência da legislação atinente à matéria.

Notas

¹ Conceitos operacionais são aqui entendidos como definições formuladas e direcionadas à sustentação do raciocínio a que se propõe a meta de uma determinada análise, em caso, em torno do tema proposto em sede de progressão de regime de cumprimento da pena para os denominados crimes hediondos.

² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 47.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 39.

⁴ Ao afirmarmos isso, estamos mantendo coerência com nossa postura de pensamento outrora explicitada, por ocasião de anteriores trabalhos, sempre a indagar e a questionar a cientificidade do direito – grafado aqui com letra minúscula.

⁵ Para Canotilho (1991, p. 172), os princípios são normas com grau de abstração elevado, dotadas de vagueza e indeterminação, carecendo de mediações concretizadoras relevantes, devido à topografia hierárquica, bem como ao caráter normogenético.

⁶ Com efeito, uma perspectiva liberal de construção da estrutura interpretativa, bem como da própria idéia do direito abrangeria uma percepção consensualista, notadamente esquadrinhada, a partir do esboço de confluência de valores entendidos como assentes, num paradigma societário de conjugação de valores, em relação ao qual o direito haveria de se estabelecer como mecanismo harmonizador. Nesse aspecto em particular, chama-se a atenção do leitor cuidadoso, uma vez que a proposta interpretativa da autora não vislumbra, na potencialidade de uma teoria consensual, o arcabouço legitimador do direito e da ordem jurídico-normativa a única via. A opção de análise poderia abranger, por outro lado, o espaço de conflito, no qual a norma adquire a faceta de instrumento coercitivo, hábil a garantir ordenação, em espaço de luta gerado e administrado pelo direito, mais precisamente pela escolha da dogmática como ferramenta garantidora da coesão e da fidelização dos valores elencados como representativos de um “consenso”, para encabeçar, contrariamente, a possibilidade de exercício de controle social. Necessária tal nota explicativa, uma vez que o fim a que se destina o presente trabalho encontra, como pano de fundo, a incursão em uma estrutura marcadamente deduzida em termos lógico-formais, mas que, não esgota o véu de incursão numa realidade que poderia ser descoberta, ao se vislumbrar a temática de interpretação em sede jurídico-normativa, como apanágio da manutenção de *status* a determinados grupos.

⁷ *Verbis*: “(...) a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

⁸ *Verbis*: “(...) O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I- as penas aplicáveis dentre as cominadas; II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

⁹ É o que se infere da expressão “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

¹⁰ FERREIRA, Aurélio. *Dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Editora fronteira, 1980, p. 396.

¹¹ GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 78.

¹² PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

¹³ Nunca é demais advertir que a reforma penal veio em 1984, enquanto a Constituição exsurge como mudança paradigmática em momento posterior, a 5 de outubro de 1988.

¹⁴ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 47.

¹⁵ *Verbis*: “(...) a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Referências

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- FERREIRA, Aurélio. *Dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Editora fronteira, 1980.
- GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Resumo

O presente artigo aborda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena aos crimes definidos como hediondos, a partir de uma análise de natureza dogmático-jurídica, de âmbito constitucional. Para tanto, será feita uma abordagem a partir do Código Penal, das Leis nº 7.210/84, nº 8.072/90 e nº 9.455/97 e dos postulados de orientações normogenéticas inseridos nos princípios da individualização e proporcionalidade da pena, insertos na Constituição Federal de 1988, a partir da leitura de Canotilho e José Afonso da Silva.

Palavras-chave: Constitucional; Direito Penal, Crimes hediondos; Progressão de regime.

Abstract

The present article focuses on the possibility of progression of the punishment regime associated to severe crimes, on the grounds of a dogmatic and juridical analysis of constitutional nature. The proposed approach relies on the Penal Code, Laws 7.210/84, 8.072/90 and 9.455/97 as well as on the normogenetic orientations found in the principles of individualization and proportionality of the punishment, and in the 1988 Federal Constitution, as derived from the interpretations of Canotilho and José Afonso Silva.

Key words: Constitutional, Penal Law, Regime progression.

Resumen

El presente artículo trata de la posibilidad de progresión del régimen de penalidad a los crímenes definidos como hediondos, a partir de un análisis de naturaleza dogmático-jurídica, de ámbito constitucional. Para tanto, presentase un abordaje a partir del Código Penal, de las Leyes 7.210/84, 8.072/90 y 9.455/97 y de los postulados de orientaciones normogenéticas presentes en los principios de la individualización y proporcionalidad de la penalidad insertos en la Constitución Federal de 1988, a partir de la lectura de Canotilho y José Afonso da Silva.

Palabras clave: Constitucional, Derecho Penal, Crímenes hediondos, Progresión de régimen.

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie e UNIFMU e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército. Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e da Academia Paulista de Letras.

Uma declaração infeliz

A declaração do Ministro Pallocci de que a carga tributária brasileira é insuportável, mas irredutível, leva o brasileiro à dramática conclusão de que o País não tem saída.

O que mais impressiona, todavia, é que o aumento de 2 bilhões e meio de reais, que o governo pretende, com a MP 232/04, retirar de médios e pequenos prestadores de serviços, será insuficiente para atender à previsão de mais de 3 bilhões de reais a serem pagos a título de indenizações aos que foram prejudicados pelo regime militar, quase todas, a simpatizantes do atual governo.

Tais indenizações são um escândalo, visto que quase todos os que as estão recebendo trabalharam, durante o período de exceção, e agora recebem o dinheiro dos contribuintes brasileiros, como se não tivessem auferido remuneração, naqueles anos. E 30.000 amigos ou simpatizantes do governo receberão, de 180.000.000 de brasileiros, valor superior ao que o Governo pretende arrecadar com o aumento de carga tributária projetado pela MP 232/04!!!

Com essa mentalidade de distribuir benefícios seletivos, realmente, não há como reduzir os tributos. Transformamo-nos em escravos da gleba medieval, a sustentar os senhores feudais do Estado Moderno, que são os governantes, os indenizados ou indenizáveis e aqueles que ocupam o inchado quadro de cargos de confiança do governo.

De resto, o próprio governo reconhece que as despesas em 2003 e 2004 – despesas de custeio – aumentaram em relação ao governo anterior, como aumentou a carga tributária. E, ao mesmo tempo em que se considera que essa carga é irredutível, decidiu-se pela compra de um avião de luxo, para ficar mais na terra que no ar, por 57 milhões de dólares, fora o fantástico custo operacional que implica a manutenção da aeronave; decidiu-se pela compra de 33 Ômegas estrangeiros para um Tribunal Federal; programam-se reformas nos palácios governamentais; distribuem-se cartões de crédito aos detentores do poder, com o cuidado de exigir que, por questão de segurança nacional, não se revele o “quantum” resultante de sua utilização; e – o que é pior – promove-se o inchaço da máquina administrativa com contratados pelo governo federal, grande parte sem concurso e escolhida entre correligionários e sindicalistas.

É de se perguntar: estes atos justificam a declaração de que a carga tributária é irredutível? Os nossos tributos não estão se esvaindo nestas benesses, que nada têm de social? Não haveria necessidade de o Ministro Pallocci procurar verificar na própria Casa por que se gasta tanto, antes de concluir que a carga de tributos que pesa sobre a sociedade não pode ser reduzida?

Lamentavelmente, os detentores do poder não estão acostumados a fazer o “mea culpa”, já que a vida inteira comprazeram em atirar a culpa nos ombros de seus adversários.

Ministro Pallocci – homem de bem que sei que é – por que não se busca reduzir a carga tributária pelo caminho da redução de despesas, principalmente aquelas que, realmente, representam excessos para o país pobre que o Brasil é? No dia, em que as despesas de custeio desnecessário, as benesses do poder e as indenizações milionárias forem eliminadas, creio que a carga tributária poderá ser reduzida sem traumas. Basta que governo decida ser austero e torná-la suportável, justa, cortando tudo o que é dispêndio inútil.

Aí, sim, seremos uma democracia a serviço do Brasil, e não um país que parece estar a caminho de uma ditadura, nos moldes cubanos – regime preferido por quase todos os detentores do poder, amigos e freqüentadores da ilha de Fidel.

Reaja, Ministro Pallocci, para o bem dos brasileiros!

Resumo

O artigo produz, em apertada síntese, o dilema da carga tributária que sufoca o brasileiro, quase indicando que, em relação a esse aspecto, o País não tem saída. Além de apontar um pretendido aumento de 2 bilhões e meio de reais, com a MP 232/04, retirados de médios e pequenos prestadores de serviços, o artigo dá conta de que essa quantia será insuficiente para atender à previsão de mais de 3 bilhões de reais a serem pagos a título de indenizações aos que foram prejudicados pelo regime militar. Chamando de escândalo o fato de que cerca de 30.000 pessoas, receberão de 180.000.000 de brasileiros, valor superior ao que o Governo pretendia arrecadar com o aumento de carga tributária projetado pela MP 232/04 – afinal derrubada pelo bom senso do Congresso Nacional – o autor faz uma análise da prática governamental de transformar cidadãos em novos escravos da economia estatal, promovendo o inchaço da máquina administrativa com contratados pelo governo federal. Ao final, o artigo sinaliza uma forma de saída dessa fúria contributiva, para instalar uma verdadeira democracia a serviço do Brasil.

Abstract

The article presents a brief analysis of the fiscal burden on the Brazilian citizens, arguing that there is no feasible way out of it in the short term. Besides signaling the intended R\$ 2.5 billion increase of tax revenues with the Provisional Act 232/04, to be earned from small and medium service firms and individuals, the article shows that this amount will not suffice to counter the provision of over R\$ 3 billion to be paid as recompense for victims of the military regime. It regards as a scandal the fact that some 30.000 people will earn from other 180.000.000 Brazilian citizens an amount larger than what Government expected to earn with the increase of the tax burden as envisaged in the Provisional Act 232/04 – finally rejected by the National Congress. The author offers a critical analysis of the governmental practice of transforming citizens into slaves of the state economy by promoting the growth of the administrative apparatus of the Federal Government. It finally presents a way out of this tax chaos to promote a true democracy which serves Brazil.

Key words: Fiscal burden; State economy; Democracy.

Resumen

El artículo presenta un breve análisis de la carga fiscal que pesa sobre los ciudadanos brasileños, indicando no existir solución de corto plazo a esta situación. Además de señalar el pretendido incremento de 2 mil millones de Reales con la Medida Provisoria 232/04, retirados de medianos y pequeños prestadores de servicios, argumenta que este incremento es insuficiente para el pago de más de 3 mil millones de Reales a título de indemnización de las víctimas del régimen militar. Considerando un escándalo el hecho de que cerca de 30.000 personas reciban de 180 millones de ciudadanos un valor superior a lo que el Gobierno pretendía recaudar con el incremento de la carga tributaria proyectado por la Medida Provisoria 232/04, finalmente rechazada por el Congreso. El autor hace también un análisis de la práctica gubernamental de transformar ciudadanos en esclavos de economía estatal, promoviendo el incremento de la máquina administrativa con contratados por el Gobierno Federal. Al final, el artículo señala una forma de salida

de esta furia administrativa, para instaurar una verdadera democracia a servicio del Brasil.

Palabras clave: Carga fiscal; Economía del estado; Democracia.

Andrea M. L. Pasold Búrigo

Advogada na área empresarial. Especialista em Direito Civil. Mestre em Ciência Jurídica. Professora da UPIS. Professora Convidada Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC.

Parte geral do novo Código Civil – Primeiras reflexões

Introdução

O presente artigo tem a intenção de apresentar sucintamente as principais alterações ocorridas na legislação civil, especificamente, no Livro intitulado Parte Geral.

Para tanto, é feita breve revisão dos conceitos fundamentais e sua correspondência no texto codificado, estimulando, espera-se, a reflexão pelo leitor e o desejo de aprofundamento no tema.

Importante salientar que os artigos, que realmente alteraram dispositivos do Código anterior, ainda poucos foram aplicados pelos tribunais, havendo, tão-somente, propostas de interpretação pela doutrina.

Outras categorias, contudo, como a prescrição e a decadência, com o novo tratamento conferido, estimularam novos estudos de antigas discussões sobre os dois institutos.

A intenção do artigo não é esgotar o tema, posto que impossível; tampouco tem pretensões filosóficas; mas busca trazer de forma didática as alterações na dogmática civil, de acordo com o novo Diploma.

Sujeitos e objeto de direito: pessoa física e pessoa jurídica e bens

Vamos tratar primeiramente dos sujeitos de direitos, que são as pessoas. Nosso ordenamento jurídico nomeia, como pessoas, não apenas os seres humanos, mas também entes a que atribui personalidade de direito, que são as pessoas jurídicas.

Desse modo, a denominação *pessoa* serve para designar aquele ser que pode ser sujeito de direitos, ainda que não os exerça ou sequer os saiba existentes. A situação de “ser pessoa” é o mesmo que ter “personalidade jurídica”.

A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito! Partindo desse pressuposto, pode-se afirmar

que a aquisição da chamada personalidade permite que, a partir de então, se esteja à disposição para as situações fáticas que se tornarão relações jurídicas porque se é sujeito de direitos. Ser pessoa, portanto, é simplesmente poder ter um direito, não se indagando se tem ou não.

Assim, o silogismo adotado indica que se a pessoa é titular de direitos, o sujeito de direitos, personalidade é a capacidade de ser sujeito de direitos, pretensões e, também, de deveres. Essa capacidade genérica de ser sujeito de direitos, que equivale à personalidade, é chamada de capacidade de direito ou de gozo. Basta preencher o requisito exigido por lei para adquirir personalidade, que se adquire a capacidade de direito.

A capacidade de direito, contudo, não se confunde com a capacidade de exercício. Esta é conferida aos sujeitos de direito que podem exercer os direitos pessoalmente, independentemente de qualquer representação ou substituição da vontade. Os recém-nascidos têm personalidade e capacidade de direito, mas não capacidade de fato ou de exercício, já que a vontade deles é substituída pela dos seus representantes legais.

O artigo 3º menciona aqueles que são os chamados absolutamente incapazes, porque não podem praticar nenhum ato da vida civil sem que seja por intermédio de seu representante legal, sob pena de nulidade do ato, com efeitos *ex tunc*, sem possibilidade de ratificação do mesmo. Tal nulidade pode ser alegada a qualquer tempo, por qualquer pessoa, e declarada de ofício pelo juiz.

Os incapazes detêm essa qualidade por imaturidade ou falta de discernimento, por alguma razão. No caso da imaturidade, é presumida ao menor de dezesesseis anos que, no entanto, pode eventualmente responder com o patrimônio, em caso de prática de ato ilícito, conforme prevê o artigo 928 do Código Civil.

Nos demais casos de incapacidade, há que se promover a interdição. Enquanto não houver uma declaração judicial de incapacidade, a pessoa é capaz.

Também são incapazes os que detenham alguma enfermidade ou deficiência mental que prejudique o discernimento. Os autores americanos preferem usar retardo mental, dizem que é o termo mais adequado pela psiquiatria, mas com certeza qualquer expressão é melhor do que “louco de todo o gênero”.

O Código prevê doenças mentais ou deficiências, que são graves e permanentes, a ponto de a pessoa não ter discernimento suficiente para identificar que está praticando ato jurídico. Importante lembrar que, embora o legislador não faça qualquer menção, senilidade não entra necessariamente nessa categoria.²

Também são incapazes os que, mesmo por causa transitória, não possam exprimir sua vontade. Não há mais menção aos surdos, expressamente. A extensão

é muito maior com a nova previsão. Podem ser incapazes os surdos-mudos, que não conseguem se expressar, mas podem ser outras pessoas, como pessoas em coma ou sofrendo depressão profunda, ampliando as possibilidades de pedido de interdição. A menção à transitoriedade ampliou o estudo da interdição.

Contudo, sendo transitória a causa, pode-se, em vez de pedir interdição completa, pedir a nulidade do ato praticado, ficando curatela com menos burocracia. Será analisado cada caso concreto, inclusive porque os tribunais terão a árdua tarefa de identificar, com o tempo, quais são os casos de causa transitória que justificam a interdição.

Interessante que, pelo artigo 1767, na parte de direito de família, só há previsão de curador para quem tem enfermidade ou os que não conseguem exprimir vontade permanentemente, não falando de causas transitórias, ficando uma lacuna para preenchimento jurisprudencial. Pode-se interpretar que, não tendo previsão de curatela para a pessoa que estiver sem condições de expressar vontade por uma causa transitória, tratar-se-á de nulidade do ato especificamente praticado naquele momento, e não uma interdição para todos os atos futuros.

Questão importante, que não foi resolvida pelo novo Código, é a respeito da validade ou não dos atos praticados, antes da interdição, pelo que então é declarado incapaz, seja por causa transitória ou permanente. Entende a doutrina que se deve invalidar o negócio se comprovar-se que a pessoa que praticou o ato era incapaz de compreender ou querer o negócio, desde que tenha sofrido, pela sua prática, grave prejuízo e comprovando-se a má-fé do outro contraente.³ Silvio Rodrigues entende de forma diversa, pela proteção aos terceiros de boa-fé, defendendo a nulidade apenas em casos em que a doença era notória.⁴

Por outro lado e também sem previsão legal, considera-se que, a partir da interdição, mesmo os atos praticados em intervalos de sanidade são nulos.⁵

Os ausentes foram retirados do Capítulo que trata da incapacidade e passaram a ter capítulo próprio, na Parte Geral, o que, no nosso entendimento, foi bastante adequado. Ausente não é incapaz, é simplesmente alguém que não dá notícias e está em local incerto e não sabido, mas não há como avaliar sua manifestação da vontade.

Existem também os relativamente incapazes, que são aqueles que não podem exercer alguns atos da vida civil, e também os que podem exercer atos, mas de maneira especial, protegida. Os atos praticados pelos relativamente incapazes são anuláveis, o que significa que podem ser ratificados pelo representante (ou assistente) legal, se requeridos por um interessado, e os efeitos da anulação são *ex nunc*.

O artigo 4º trata de quem é incapaz relativamente. Primeiramente, estão os menores de 18 e maiores de 16 anos.

Em seguida, estão os ébrios habituais, viciados em tóxicos e os que tenham deficiência mental que reduza o discernimento. É também uma previsão que aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes e da perícia, sempre existente em casos de interdição que tratam de problemas mentais e similares. Os ébrios habituais e viciados em tóxicos já eram considerados incapazes relativamente. A novidade está na diminuição do discernimento que, a rigor, deve ser permanente, porque nesse artigo, diferentemente do artigo 3º, não há previsão para interdição por causa temporária.

É verdade que a interdição para incapacidade relativa é reduzida e especificamente para determinados atos, geralmente relacionados à disposição de patrimônio e guarda de filhos menores; mas, ainda assim, a previsão legal não parece estar completa.

Caberá ao Judiciário, com a Junta Médica que elaborará o laudo pericial, determinar se o discernimento foi reduzido ou aniquilado pela doença ou deficiência mental, bem como se isso ocorreu de forma permanente ou temporária.

Quanto aos dependentes químicos, se estiverem em estado tal que não puderem expressar vontade, deverão ser enquadrados no artigo 3º e não na incapacidade relativa, pelo menos durante a crise em que se encontrarem. *Note-se que, se a embriaguez houver evoluído para um quadro patológico, aniquilando completamente a capacidade de autodeterminação, equiparar-se-á à doença mental, e como tal deve ser tratada, passando a figurar entre as causas de incapacidade absoluta.*⁶

Também são relativamente incapazes os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Aqui são as pessoas portadoras de necessidades especiais, como aquelas acometidas pela síndrome de Down. Trata-se de uma proteção, como de resto aos demais incapazes. Não se pretende, com a previsão, que sejam excluídas do convívio social; ao contrário, conforme o grau de desenvolvimento podem ter acesso ao mercado de trabalho; mas, sem assistência, podem ser ludibriadas.

Os índios, antes elencados como silvícolas, receberam só a menção de legislação especial, no parágrafo único do artigo 4º.

Sobre os pródigos, o que mudou foi a revogação do artigo 460, do Código de 1916, que previa que só seria interditado o pródigo se tivesse filhos ou cônjuge, ou alguém que dele dependesse economicamente; assim, era bastante adequado. As limitações ao pródigo continuam relativas a patrimônio, podendo se casar (tal-

vez com alguma limitação à escola do regime de bens), emancipar o filho, adotar e demais atos que não impliquem desfazimento de patrimônio.

Pelo Código de 2002, a menoridade cessa aos dezoito anos completos, com a aquisição de capacidade plena. Particularmente e com todo o respeito que merecem os doutrinadores que concordam com a antecipação da maioridade, e assim, com a capacidade do jovem, não podemos pactuar com tal modificação. Não porque o jovem de dezoito anos não detenha discernimento suficiente para a prática da maioria dos atos civis; porque, se assim se deu a mudança, imaginamos que tenha sido precedida de estudo sobre o desenvolvimento intelectual e psíquico até essa idade. Também não se pode ignorar que tais pessoas praticam numerosos atos jurídicos todos os dias, sem qualquer problema. No entanto, há um aspecto que consideramos relevante a se destacar: o que diz respeito à responsabilidade civil.

Ao praticar um ato ilícito que causa dano a uma pessoa, o causador do dano, se capaz, responderá com seu patrimônio, para repor o prejuízo que causou. Ora, raros são os jovens entre dezoito e vinte e um anos que detêm algum patrimônio capaz de responder pelos atos ilícitos que praticar; no entanto, não há qualquer outra possibilidade ao lesado que não buscar os bens do causador do dano. Não havendo bens, não há reparação. Justamente o que prevê o Código é o contrário: o artigo 928 estabelece que, caso os pais, tutores ou curadores não tenham condições financeiras e o incapaz tenha, é o seu patrimônio que será alcançado pela responsabilidade. Mas, a partir da maioridade e não havendo interdição, só o patrimônio desse recém-maior responderá, se existir.

Essa questão não condiz com a sistemática do Código, que foi alterada para buscar a função social dos direitos subjetivos individuais, a socialização do contrato, a boa-fé objetiva retirar, e a proteção aos terceiros de boa-fé, e não mais aos devedores. Não é o que se encontra especificamente quanto à antecipação da maioridade.

Até a vigência do Código de 2002, quando um menor, com dezoito anos, causava acidente de trânsito, os pais ou responsáveis legais respondiam perante a vítima, no aspecto financeiro da reparação, embora o menor fosse já habilitado para a condução do veículo. Agora, isso não será mais possível.

Aparentemente, com vinte e um anos a situação não muda muito, mas é verdade que com essa idade o jovem pode já estar formado em nível superior, o que é praticamente impossível aos estudantes normais com dezoito anos (apesar da manutenção da previsão no novo Código), também tem mais chances de ter sido aprovado em concurso público ou ter um negócio, ou ter emprego com remuneração mais razoável.

A personalidade termina com a morte, que pode ser, de acordo com o Código, real ou presumida. A inovação legal está na morte presumida não apenas do ausente, mas também de quem estivesse em perigo de perda da vida e cuja morte seja provável (como acidentes aéreos em que os corpos não são encontrados) ou de prisioneiros de guerra, após dois anos do término. A declaração da morte deve ser judicial, pelo que se depreende da leitura do parágrafo único do artigo 7º e após esgotadas as buscas. No caso dos ausentes, a morte é presumida com a abertura da sucessão definitiva, sem ter o Código inovado quanto ao mérito. Interessante notar que para os ausentes há a previsão do destino dos bens em caso de retorno a qualquer tempo, não existindo o mesmo para o presumivelmente morto. Retornando com vida, não há previsão de como se relacionará com seu patrimônio, já partilhado entre os herdeiros.

Importante acréscimo é o capítulo que trata dos direitos da personalidade. Tais direitos já foram elevados à categoria de direitos constitucionais, como o direito à vida, à honra, à intimidade, ao uso da imagem, ao uso da voz etc. Direitos da personalidade são aqueles ínsitos ao ser humano, que têm por objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa e a projeção social desses atributos. Basicamente, apenas para sistematizar, são classificados em: direito à vida, direito à integridade física, direito à integridade psíquica e direito à integridade moral.

O artigo 12 do Código tem previsão de tutela inibitória, para se exigir a cessação da ameaça ou da lesão propriamente dita, além das perdas e danos. Isso é importante, especialmente para os casos de conhecimento prévio de publicação de livros biográficos ou notícias em jornal, que podem ser impedidos de entrar em circulação.

Os artigos 13, 14 e 15 são sobre integridade física e seu exercício e disposição do corpo, fazendo menção expressa à legislação específica. Os artigos 16, 17, 18 e 19 são sobre direito à identidade, que entra na integridade psíquica e moral, em importante previsão, pois o nome, traço principal da identidade da pessoa natural, só era mencionado na Lei nº 6.015/73, Lei dos Registros Públicos. O artigo 20 trata da integridade moral e intelectual e, o 21, da integridade moral pura, com direito à privacidade. Mas a relação não é exaustiva de direitos; o que nos parece é que foi intenção positivar pelo menos a proteção aos direitos da personalidade; não taxá-los.

A pessoa jurídica sofreu alterações, mas nem todas na Parte Geral do Código. Com a nova sistemática, o título engloba as disposições gerais sobre pessoa jurídica, associações e fundações, ficando as sociedades no Direito de Empresa. A parte de associações foi enriquecida, em manifesta intenção de regulamentar me-

lhor tais pessoas jurídicas e evitar fraudes em associações, muito comuns. A Lei nº 10.825/2003 acrescentou três parágrafos ao artigo 44, que traz as pessoas jurídicas de direito privado.

A relação do artigo 44 sempre foi entendida como exaustiva. Assim, as entidades pessoas jurídicas devem sempre se adequar ao tipo previsto, conforme seu interesse. Os denominados “institutos”, “organizações”, ou como se chamarem, devem ser associações, sociedades, fundações, organizações religiosas ou partidos políticos, os dois últimos acrescentados também pela lei mencionada.

Apesar de certo rumor, os sindicatos não ganharam categoria própria no Código, parecendo, à primeira vista e salvo estudos posteriores, que os sindicatos são associações, com peculiaridades quanto à sua formação, organização e funcionamento, já que o artigo 8º da Constituição consagra a liberdade sindical ampla.

O artigo 20, do Código de 1916, que mencionava a personalidade própria da pessoa jurídica, não possui equivalente no Código de 2002. Não nos parece, contudo, que tal revogação tenha extinto o entendimento como princípio, já que, por essa qualidade, não precisa estar expresso. É princípio geral de direito a personalidade jurídica distinta da pessoa jurídica em relação aos seus membros, mesmo sem positivação, e a origem desse princípio está na personalidade jurídica do Estado.

A evidência de que a regra geral é mantida está, no nosso sentir, na previsão de desconsideração da pessoa jurídica, no artigo 50, tratada como exceção, aplicada em hipóteses específicas. A desconsideração da pessoa jurídica (ou despersonalização) é teoria de origem inglesa que foi criada e desenvolvida para coibir os sócios da obtenção de vantagens que advêm do uso da fachada da pessoa jurídica, em detrimento do interesse de terceiros. A desconsideração da pessoa jurídica corresponde à responsabilidade pessoal de cada sócio no comando da sociedade.

Antes do Código, havia a previsão no Código de Defesa do Consumidor, artigo 28 que, por óbvio, só era aplicável às relações de consumo. Os tribunais, no entanto, já aplicavam a teoria em casos especiais. O Código prevê a utilização do instituto, quando se verificar abuso da personalidade jurídica, evidenciado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Os requisitos são estes: desvio de finalidade ou confusão patrimonial, que vão compor abuso da personalidade. Não nos parece que o trabalho dos operadores do direito tenha sido facilitado com a previsão ao contrário; agora se deve buscar o encaixe perfeito na norma abstrata de situações concretas.

O juiz decidirá, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando tiver que intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de

obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Torna-se claro que o pedido será incidental em ação já em andamento, pelo teor do dispositivo, e que a decisão será específica para aquele processo; ainda assim, para determinadas relações.

Outra novidade no Título das Pessoas Jurídicas é quanto a prazos decadenciais e exigências de constituição, extinção, *quorum* de votação, para todo o tipo de pessoa jurídica. Importante destacar o artigo 52, que prevê a proteção dos direitos da personalidade à pessoa jurídica. Evidentemente, nem todos os direitos da personalidade podem ser detidos pela pessoa jurídica, não sendo imaginável a proteção do direito à vida. Mas a pessoa jurídica deve ter seu nome protegido e sua honra objetiva ou seja, o reflexo da sua imagem na sociedade; certamente fortalece o entendimento já existente do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da reparabilidade do dano moral à pessoa jurídica, pela Súmula 227.

A respeito das associações, cabe mencionar que o artigo 53 parece ter um equívoco, porque diz que as associações se constituem pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos. Normalmente, se entendia que a associação tinha finalidade não lucrativa, mas econômica poderia ter. Do modo como ficou o dispositivo, uma instituição de ensino, ou a sua mantenedora, para serem associações terão mais dificuldade, porque o intuito econômico, ou seja, de gerar receita, existe, mas não para lucro.

Outrossim, GAGLIANO e PAMPLONA entendem que isso em nada alterou o entendimento da natureza jurídica da associação: *note-se que, pelo fato de não perseguir escopo lucrativo, a associação não está impedida de gerar renda que sirva para a manutenção de suas atividades e pagamento do seu quadro funcional. Pelo contrário, o que se deve observar é que, em uma associação, os seus membros não pretendem partilhar lucros (pro labore) ou dividendos, como ocorre entre os sócios nas sociedades civis e mercantis.*⁷

As fundações têm mudança significativa, que é a limitação do objeto, que ficou fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Essa matéria provoca controvérsias desde a entrada em vigência do Código, porque as fundações hoje têm diversas finalidades, desde que mantenham sua caracterização: patrimônio destinado a um fim, que não é lucrativo. Poderia inclusive ser econômico, desde que não visasse o lucro, mas o reinvestimento de sobras na atividade realizada. As instituições de ensino, em sua maioria fundações, podem não ser consideradas incluídas no rol de atividades permitidas, porque não são propriamente culturais, mas educacionais. Parece-nos, porém, que tal assunto será resolvido mediante

alteração ou supressão do parágrafo único do artigo 62, o que já consta de projetos de lei.

Na parte de bens, o que muda é a sistematização. Além disso, parece resolvida a polêmica envolvendo as categorias “coisa” e “bem”, já que o Código Civil se refere, ao longo de todo o livro, a BENS, e não mais a coisas e bens como no Código de 1916. Desse modo, pode-se afirmar com mais certeza de que bem é a espécie do gênero coisa, ou seja, bem é a coisa com valor econômico, suscetível de apropriação e, portanto, que interessa ao direito.

O artigo 43, do Código anterior, trazia tudo o que era imóvel; mas agora, o artigo 79 apenas prevê que são bens imóveis o solo (por natureza) e tudo o quanto se lhe incorporar, natural ou artificialmente (por acessão física natural ou artificial). O artigo 80 prevê como imóveis, para os efeitos legais, os direitos reais sobre imóveis (não mais mencionando o penhor agrícola expressamente) e o direito à sucessão aberta. De acordo com o novo artigo 81 (em substituição ao 46 atual) não perdem o caráter de imóveis não apenas os materiais provisoriamente separados para serem, no mesmo prédio, reempregados como também as edificações que, separadas do solo, mas conservando sua unidade, forem removidas para outro local, podemos citar, como exemplo, as casas pré-fabricadas.

Os móveis tinham conceito no artigo 47 do Código de 1916, muito semelhante ao novo artigo 82, que menciona expressamente a característica de não se alterar a substância ou destinação com a remoção ou movimento. No entanto, os direitos autorais deixaram de estar explícitos, constando apenas os direitos pessoais de caráter patrimonial.

As demais classificações ficaram iguais, tendo sido acrescentado o conceito de universalidade de direito, como o complexo de relações jurídicas de uma pessoa dotadas de valor econômico.

A novidade é a menção às pertenças (arts. 93 e 94), que o professor Orlando Gomes sempre tratou. São bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao serviço ou aformoseamento de outro. E, diferentemente dos acessórios, as pertenças não estão necessariamente agregadas ao principal. São pertenças coisas que facilitam o uso de principais, mas não fazem parte deles, como as máquinas de uma fábrica, móveis de uma residência, que os adquirentes não prevêem como princípio que acompanhem um imóvel na compra, a não ser mediante disposição contratual expressa.

Também é interessante a previsão do novo artigo 95, prevendo que frutos e os produtos de um bem, ou seja, os acessórios, podem ser objeto de negócio jurídico mesmo ainda não separados do principal. Fica a regra de que o acessório

segue o principal também como princípio de direito, porque o antigo artigo 59 fica alterado para o 95. A previsão é cabível para a compra de colheita ainda não existente, árvores de corte, entre outros.

Relação jurídica: os fatos jurídicos, atos jurídicos e negócios jurídicos

Os artigos gerais sobre fatos jurídicos e aquisição de direitos, 74 a 80 do Código de 1916, foram revogados pelo novo Código.

Fato jurídico é *tudo acontecimento em virtude do qual começam ou terminam as relações jurídicas*.⁸ Em sentido amplo, fato jurídico pode ser definido *como acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas*.⁹

São aqueles que fazem nascer, modificar, extinguir ou transferir direitos. São todos os fatos que trazem conseqüências jurídicas. Os que não trazem são fatos simples. Os artigos tratavam de aquisição por si ou por outrem, de extinção e perecimento dos direitos e do direito de ação, que já está contido na Constituição.

O título I do livro dos Fatos Jurídicos não é mais sobre ato jurídico, mas sobre negócio jurídico, ficando clara a distinção, antes só doutrinária, entre as categorias; em outro título, está o ato jurídico lícito. Isso porque o negócio jurídico é ato jurídico qualificado, pelo intuito negocial que lhe é inerente. E, em leitura aos artigos pertinentes, verifica-se claramente a intenção do legislador de, a esses atos, se referir.

A novidade na primeira parte do título é na manifestação da vontade e sua interpretação. O Código passa a adotar a teoria da declaração da vontade, e não a teoria puramente voluntarista.

Há menção ao que se chama de reserva mental, que ocorre quando uma pessoa manifesta sua vontade em querer um negócio jurídico, mas na verdade não está pensando em realizá-lo, ou seja, a declaração de vontade não expressa a real vontade, deliberadamente. Para esses casos, o que vale é a vontade declarada, e não a intencionada, porque foi deliberada a declaração, para preservar o princípio da segurança jurídica.

Se foi por erro, é diferente. Como se sabe, o erro é um engano, a pessoa manifesta sua vontade por equívoco quando a declara, o faz justamente porque se enganou; não declarando, reserva, uma vontade interna diversa. A reserva mental só tem validade se a outra parte sabia, mas isso deve ser provado. Exemplo comum é o da pessoa estrangeira que se casa apenas para obter um visto de permanência no país; depois que o obtém, quer invalidar o casamento. Se o outro cônjuge não

sabia, não pode anular o casamento, porque não se trata de erro, mas de se aproveitar da própria torpeza. O que pode é separar, mas não invalidar ou anular o ato. Da mesma forma quem vende um bem prevendo a retrovenda, mas não a expressa, e depois pretende exigir o cumprimento. Não é possível. E, se for, pelo conhecimento da outra parte, há que se verificar se não se trata então de simulação, para prejudicar interesse de terceiros.

Menção interessante também é o artigo 111, que trata o silêncio como anuência, quando for questão de usos e costumes, e desde que não seja necessária a declaração de vontade expressa, como em contratos de prestação de serviços não qualificados, em que se aceita o serviço e paga repetidas vezes, não mais solicitando, mas continuando a pagar.

O artigo 113 é a primeira menção à boa-fé, que é objetiva, analisada desde o início das negociações para o fechamento do negócio. Muito se vem estudando sobre a boa-fé com o novo Código Civil. Embora o princípio da boa-fé seja fundamental em todos os períodos da história da teoria contratual, seu estudo como se fosse princípio novo deve-se à sua evolução, que está também relacionada à constitucionalização e socialização dos contratos, principalmente pelo desenvolvimento da teoria da boa-fé objetiva.

A boa-fé constitui princípio não somente contratual, mas princípio geral de direito, advindo do Direito Natural; pressupõe-se presente em todas as relações jurídicas e não apenas nas que envolvem direitos patrimoniais como os contratos.

Os doutrinadores de direito civil também têm dificuldade em conceituar boa-fé. Venosa afirma que *coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhe efeitos residuais. [...] Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico. É ponto de interpretação da vontade contratual.*¹⁰

Álvaro Villaça Azevedo, por sua vez, sem afastar-se muito do entendimento geral, confirma que *a contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos. Sim, porque a aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito. A boa-fé é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança.*¹¹

O princípio da boa-fé, genericamente considerado, foi alterado substancialmente, passando-se a considerar que essa boa-fé, que representa um *estado psicológico relativo ao conhecimento ou desconhecimento de algum vício*¹², é a boa-fé subjetiva. É uma noção, um sentimento, uma certeza interna do contratante de que está agindo leal e corretamente na relação contratual. O principal exemplo da boa-fé subjetiva em nosso ordenamento está na previsão de posse de boa-fé, que assim considera a ignorância de um vício. E a boa-fé subjetiva não é mais relevante para a apreciação do cumprimento leal do pacto entre pessoas, graças à socialização do contrato, porque não é suficiente para garantir segurança aos contratantes nem estabelecer a confiança necessária, desde as primeiras tratativas, visando o negócio jurídico contrato até a sua consecução integral.

Surge assim a boa-fé objetiva, como verdadeira norma de conduta. *A boa-fé objetiva é um padrão genérico, objetivo, de comportamento, que exige do contratante uma atuação refletida, preocupada com a outra parte. Cuida-se de um princípio que impõe a cada uma das partes a observância de comportamento respeitoso com a outra parte, que seja leal, não abusivo, nem lesivo.*¹³

Não se trata mais de uma postura passiva, de sentimento de lealdade, mas de uma conduta comissiva, que traz deveres diversos, como de informar, anteriormente ao contrato, tudo o que diz respeito ao seu objeto, condições, etc., o dever de cooperar, colaborar, entre outros tantos. A idéia é que pela boa-fé objetiva se possa buscar a verdadeira finalidade do contrato, com os contratantes estando cientes exatamente do negócio que irão realizar e das suas condições, e assim o contrato possa ser apreciado no futuro, se necessário.

Comporta-se de acordo com a boa-fé objetiva aquele que, sendo analisado por alguém estranho à relação contratual, demonstra *manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado.*¹⁴

O Capítulo II, do Título I – Do Negócio Jurídico, do Livro III – Dos Fatos Jurídicos, chama-se Da Representação. Pelo artigo 115, os poderes são conferidos por lei ou pelo interessado; ou seja, é a interpretação dos incapazes, que é por lei, ou por mandato, procuração. O que o representante fizer dentro dos seus poderes obriga o representado. Em princípio, pelo artigo 117, é anulável o negócio jurídico que o representante celebre consigo mesmo, ou seja, o representante vende, em

nome do representado, um imóvel a si mesmo, representante, por preço menor, evidentemente. O parágrafo único lembra que se aplica, se tiver ocorrido substabelecimento, e o representante faz o negócio com o substabelecido.

É ainda anulável o negócio que o representante fizer, em conflito de interesses como representado, a não ser se não pudesse ser do conhecimento da outra pessoa.

O Capítulo II trata das modalidades do negócio jurídico, ou elementos acidentais, que são a condição, o termo e o encargo.

Quanto à condição, é um evento futuro e incerto. Então, se afirmar-se que um negócio jurídico está subordinado a uma condição, é porque ele se realizará apenas se um evento ocorrer, do que não se tem certeza. As condições podem ser resolutivas ou suspensivas. Na primeira, o negócio é realizado, mas fica subordinado a um evento futuro e incerto que, se ocorrer, desfaz o negócio.

O artigo 128 prevê que se extingue o negócio se vier a condição resolutiva; mas, se tratar-se de um negócio de execução continuada, advindo a condição, como, por exemplo, no caso de locação subordinada a condição resolutiva, os atos praticados não são anulados ou invalidados, não devendo ser devolvido dinheiro do aluguel que já aconteceu.

Os artigos 122 a 124 tratam das condições possíveis e impossíveis, lícitas e ilícitas. Há diferença de tratamento jurídico das condições resolutiva impossível e suspensiva impossível. No caso da resolutiva, tem-se a condição por inexistente. Se for suspensiva, invalida o ato a sua impossibilidade. O Código de 1916 declarava como inexistentes as condições fisicamente impossíveis, independentemente do tipo. De resto, mantém-se a disciplina anterior quanto à condição, o mesmo se podendo afirmar quanto ao termo, que é o evento futuro e certo.

Já o encargo sofreu alteração. O encargo é como tarefa que se estipula em contratos gratuitos; mas, diferentemente da condição, não suspende a aquisição do direito e, também diferentemente do termo, não suspende o exercício. O direito é adquirido e exercido, mas poderá ser revogado se o encargo não for cumprido. Sendo o encargo ilícito ou impossível é considerado não escrito, segundo o artigo 137. Mas se a ilicitude for determinante para a liberalidade, invalida-se todo o negócio.

A partir do artigo 138, o Código se dedica aos defeitos do negócio jurídico. São circunstâncias do negócio que, vindo à tona, geralmente por iniciativa de um prejudicado, podem ser causa de anulação do negócio. Os defeitos ou vícios podem ser classificados em vícios da vontade ou de consentimento e vícios sociais. Os vícios da vontade do novo Código são o erro, o dolo, a coação, o estado de

perigo e a lesão, sendo os dois últimos introduzidos pela nova legislação. Os vícios sociais são a fraude contra credores e a simulação. A simulação adquiriu *status* de causa de nulidade do ato, e não de mera anulabilidade, com as conseqüências que dessa declaração decorrem, como já mencionado.

O erro está nos artigos 138 a 144. Erro ocorre quando a pessoa tem falsa idéia da realidade; é essa idéia que a leva à prática de um negócio jurídico. Descobrimo a verdade, o negócio torna-se totalmente inútil, porque a pessoa realmente se enganou. Até 2002, o requisito da escusabilidade, ou seja, o erro desculpável, era doutrinário, mas o Código o prevê no artigo 138, ao mencionar que *poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*. Fica meio estabelecido que o que interessa é o homem médio, e isso não é muito bom, no nosso entendimento, porque uma pessoa sem qualquer instrução, que aceita um bem achando que é doação; mas é compra e venda, pode pedir a anulação. Isso não se aplicaria a um juiz, por exemplo. Os demais vícios de vontade, quando são apreciados judicialmente, certamente levam em consideração as condições pessoais do contratante prejudicado.

Além de ser escusável, o erro, para anular o ato, deve ser substancial ou essencial, ou seja, o erro tem que ter sido fundamental para a realização do negócio, de tal modo que se possa afirmar que, se o contratante soubesse da verdade, não teria firmado o negócio.

O artigo 139 contém previsão de erro de direito, o que é novidade e permite a anulação do negócio desde que o erro não implique recusa à aplicação da lei, e que tenha sido o motivo do negócio. Um exemplo é a importação de mercadoria proibida, pensando que é permitida, ou a importação por uma filial, pensando que é possível sem certificação, para produtos controlados. Pelo artigo 143, o erro de cálculo só leva à retificação da declaração de vontade, mas não anula.

Importante previsão é a do artigo 144, que estabelece a ratificação do ato. Se a pessoa que seria beneficiada, sabendo da situação, se oferecer para corrigir o erro, sendo possível, o negócio valerá. É o caso de um corretor de imóveis que, ao perceber que o futuro comprador incorreu em erro, busca outro imóvel, dessa vez adequado.

O dolo é o erro induzido por outrem. Contém as mesmas características e requisitos do erro para permitir a anulação do negócio. Está previsto nos artigos 145 a 150. A única alteração do texto novo é a explicitação maior que se faz quanto à não invalidade do negócio praticado com dolo de terceiro, se o contratante beneficiado não sabia do dolo, prevendo apenas a indenização. Além disso, prevê o art. 149 o dolo de representante, que anula o ato quando for essencial ou principal,

sendo certo agora que se o representante for convencional, o representado responde solidariamente, por tudo.

A coação é caracterizada por ameaça à pessoa que vai contratar, à sua família ou aos seus bens, de modo que há uma alternativa; mas é correr os riscos da ameaça (diferente da coação absoluta, que é aniquilação da vontade, por exemplo, escrever com a mão de alguém em coma). O parágrafo único do artigo 151 permite que seja declarada coação, em casos de ameaça a pessoa não pertencente à família, devendo o juiz apreciar o grau de afeição que justifique a assinatura do negócio.

O que realmente se altera é a coação de terceiro, contida no art. 154. Ao contrário do dolo, a coação de terceiro sempre anulava o ato, mesmo que o outro contratante não soubesse. Agora, só anula, a coação de terceiro, se a parte que teve proveito dela sabia ou deveria saber, que responderia solidariamente por perdas e danos. Se a parte não sabia nem devia saber, persiste o negócio mas o autor da coação responde pelas perdas e danos.

Em seguida, no artigo 156, está o estado de perigo, novo defeito. O estado de perigo se dá quando uma pessoa se obriga, de forma excessivamente onerosa em momento em que esteja premido da necessidade, de salvar a si ou a sua família de grave dano, que é conhecido da outra parte. É uma promessa de recompensa excessivamente onerosa, como exemplo.

A consideração, como vício autônomo, trouxe críticas da doutrina, entendendo muitos que deveria persistir recompensa, mas restrita a valor compatível.

Exemplo que vem sendo utilizado pela doutrina são os cheques caução, ou até fiança, nota promissória, quando um parente vai se internar, e o hospital exige, e é uma emergência, ficando estipulado que o atendimento emergencial só é concedido após a garantia. Se a pessoa não tem condições, de qualquer jeito tem que haver o atendimento emergencial e depois se remete à rede pública de saúde.

Mas não é ameaça, é norma, circunstância não há violência; e o perigo não é oferecido pelo favorecido, mas por outra razão, diferente da coação em que há ameaça feita pela pessoa que causa o perigo.

A lesão, por seu turno, ocorre quando uma pessoa se obriga a prestação excessiva e totalmente desproporcional em relação ao valor da prestação da outra parte, por necessidade ou inexperiência. A premente necessidade é obter recursos; não um estado de necessidade como no estado de perigo. No caso da lesão, pode ser anulado o negócio ou revisto para valores mais proporcionais.

O estado de perigo contém requisitos mais específicos, quais sejam, o negócio é praticado porque há perigo real, havendo dolo de aproveitamento da outra parte. Pode existir e para eles foi imaginado, em negócios unilaterais como a doação

e remissão de dívidas, enquanto a lesão, pelo conceito, que exige prestação e contraprestação, só cabe para contratos onerosos comutativos. Então, embora os requisitos para caracterizar o estado de perigo sejam mais específicos, aplica-se o estado de perigo a qualquer negócio.

Ainda quanto à lesão, é diferente de aplicar a teoria da imprevisão, porque o negócio aqui já é feito desproporcional; não é negócio que depois de firmado, por prestações sucessivas, se torna oneroso para uma das partes. Pelo Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, há previsão, como cláusula abusiva, de situações que configuram lesão, como a proibição de exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

A fraude contra credores está prevista nos arts. 158 a 165. Age em fraude contra credores quem pratica negócio jurídico de disposição ou desfazimento de patrimônio que o deixa insolvente, ou pratica já estando em estado de insolvência, e possui dívidas a pagar. Fica sem patrimônio porque se desfaz dele.

A novidade sobre a fraude contra credores está no parágrafo primeiro do artigo 158: hoje, só cabe ação pauliana para anular por fraude, aos credores quirografários, que são aqueles que não possuem garantia; mas agora também poderão os que tiverem garantia que se tornar insuficiente.

Trata o Código em seguida, no capítulo V, da invalidade do negócio jurídico. São as nulidades já expostas. Nas nulidades, agora no artigo 166, além de incapacidade, ilicitude do objeto, não ter a forma de lei e solenidade, há também o motivo ilícito, se determinante do negócio, quando tiver por objeto fraudar lei, ou quando a lei declarar nulo ou proibir a prática sem cominar sanção.

E, pelo artigo 167, é nulo o negócio praticado por simulação. A simulação se caracteriza pela declaração de vontade que diverge da verdadeira intenção e do verdadeiro negócio realizado; mas, nesse caso, as duas partes envolvidas têm conhecimento da verdade e pactuam para escondê-la, por razões diversas.

A simulação pode ser absoluta, quando se firma compra e venda, mas na realidade não mudou a situação fática nem foi recebida qualquer quantia a esse título; e relativa, quando oculta um negócio verdadeiro, como a compra e venda que oculta doação porque a doação não poderia ser realizada. A novidade é que, se for simulação relativa, o negócio dissimulado será analisado e, se for válido, persiste.

O Código omitiu a simulação inocente, que é a que se faz sem intenção de prejudicar outra pessoa ou fraudar a lei.

A simulação tem relação com a reserva mental. Se o estrangeiro se casa para conseguir a cidadania, como mencionado: se a outra parte sabe, é simulação, e

então se anula o negócio. Mas se não sabia, foi simulação de uma parte só, e não anula, ou seja, deixa de ser importante. Ele não pode se recusar aos deveres do casamento por causa da reserva mental.

A prova do negócio jurídico foi mantida como título autônomo. Há diversas adaptações à evolução natural das provas existentes e que podem ser obtidas, mas de forma ainda incompleta, porque não há menção a correio eletrônico e sua validade. Os documentos digitais são objeto de lei própria.

A novidade está nos artigos 231 e 232, mencionando, o primeiro, que a recusa ao exame médico não pode ser utilizada pelo que se recusou (por exemplo em processo de interdição por deficiência mental) a seu favor e o segundo, que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com ela. Em suma, é a positivação da presunção já aplicada judicialmente de paternidade, considerados os demais indícios e provas, quando o réu se recusa a realizar o exame de DNA.

O fator tempo nas relações jurídicas: prescrição e decadência

O fator tempo tem influência grande na aquisição e na extinção de direitos, nas relações jurídicas em geral. Isso porque as obrigações não podem ficar indefinidamente pendentes porque o titular não exerce seu poder de invocar o cumprimento. Até por questões de segurança jurídica, pelo interesse social e a ordem jurídica, as demandas não podem ficar em aberto de forma permanente.

Para resolver tal questão, existe o instituto da prescrição, fundamentalmente. Existem dois tipos de prescrição: a aquisitiva, que é o usucapião; e a extintiva, que é a prescrição da parte geral, meio de defesa.

O fundamento da prescrição está em 2 requisitos: a inércia do titular do direito, ante a violação do seu direito; e o decurso de tempo fixado em lei que implica a perda da ação judicial.

O momento inicial da contagem do prazo prescricional é a lesão do direito. A prescrição, como direito atribuído à defesa, pode ser renunciada por aquele que se aproveitaria dela, por meio de pagamento espontâneo após a ação prescrita.

A prescrição somente pode ser alegada pelo réu, sendo típica matéria de defesa; não é a preliminar propriamente dita, mas preliminar de mérito. O juiz não pode conceder *ex officio* (art. 166). O Ministério Público pode alegar a prescrição excepcionalmente quando houver interesse de incapazes.

Existem institutos afins à prescrição. Para o presente estudo, interessa a decadência. Também a decadência é o efeito do tempo nas relações jurídicas, mas é mais rigorosa, podemos assim dizer.

A distinção entre prescrição e decadência gera controvérsias e dificilmente conseguimos compreendê-la conceitualmente. Há critérios para distinguir, expostos pelos doutrinadores que, desde o novo Código, passaram a fazer sentido, eis que, tratando o Código de prazos decadenciais e prescricionais, é extremamente relevante o estudo das diferenças práticas entre a aplicação de um ou de outro ao caso concreto.

Então, atualmente, o estudo das diferenças entre prescrição e decadência deixou de ser acadêmico para se tornar essencial à aplicação do direito.

Quanto aos efeitos, um dos critérios afirma que a prescrição não corre contra determinadas pessoas, e a decadência é contra todos, em regra, com exceção dos menores. A prescrição pode suspender-se ou interromper-se, conforme as hipóteses previstas em lei e a decadência tem curso fatal, só podendo ser obstada a sua consumação pelo exercício efetivo do direito ou da ação, também com a mesma exceção aos menores.

Quanto ao campo de incidência, que é o critério clássico, dizemos que a prescrição atinge a ação e, por via indireta, faz desaparecer o direito; o que perece é a ação. Na decadência, o que parece é o direito. Hoje, na verdade, diz-se que a prescrição extingue a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio – o direito violado dá origem à pretensão.

Quanto à origem, na prescrição, o direito preexiste à ação, que só surge quando aquele é violado. A prescrição nasce com a violação do direito, porque nesse momento nasce o direito à ação; e é a ação que prescreve. Na decadência, o prazo começa quando o direito nasce. Além disso, prescrição resulta da lei, exclusivamente. A decadência pode resultar da lei, do contrato e do testamento.

Há a proposição da nova doutrina, pela qual se diz que quando houver um direito que corresponde a um dever alheio, com possibilidade de lesão, o prazo é prescricional. Se for uma faculdade, atinge diretamente o direito; e se houver prazo para exercê-la, será decadencial. (São os direitos potestativos; se para eles houver prazo, será de decadência, porque dizem respeito a direitos aos quais a outra parte apenas se submete).

E, por fim, o critério científico, baseado na divisão das sentenças, proposto pelo professor Agnelo de Amorim. De acordo com tal critério, em se tratando de sentença condenatória, o prazo existente é de prescrição; sendo constitutiva, com prazo, o mesmo será de decadência; as declaratórias não prescrevem (nem decaem).

Tópico sempre discutido é se a prescrição é realmente preliminar de mérito e se deveria estar no código de direito material, se é verdadeiramente direitos substantivo. Veja-se então que a prescrição é instituto que extingue a pretensão, ou seja, esse é o seu objeto. E pretensão é o poder que o titular de um direito tem de exigir o cumprimento pelo outro, ou seja, só há pretensão quando há o direito de um que advém do cumprimento de um dever pelo outro.

Então, pretensão é o poder de exigir de outra pessoa um fazer ou não fazer. E a prescrição está relacionada justamente a isso, ao comportamento de outro.

Quando o dever não é cumprido, ou seja, quando a pretensão se torna resistida, ela passa a se traduzir na possibilidade, pela via da ação judicial, de exigência específica de uma pessoa frente à outra.

Isso é bastante salutar, porque a Constituição garante o direito de ação, sem restrição; então não se poderia extinguir o direito de ação. O artigo seria inconstitucional. O que se extingue pelo prazo é a pretensão.

Pelo exposto, pode-se então afirmar que, como a pretensão é basicamente o poder de exigir o cumprimento de um fazer ou omitir, o prazo de prescrição vai atingir as ações cuja sentença seja condenatória, que é a que vai determinar o cumprimento da obrigação.

A decadência não se relaciona com pretensão e sim com direitos potestativos, que são aqueles a que as pessoas só se submetem frente ao seu exercício pelo titular. A revogação de um mandato, por exemplo. A possibilidade de anular um negócio jurídico tem prazo decadencial justamente porque o fundamento não é obrigação da outra parte; não é isso que se pretende no provimento final, mas a desconstituição do negócio.

A prescrição como extintiva da pretensão e não do direito subjetivo, está contida no artigo 189.

O Código estipula os prazos de prescrição unidos na parte geral, nos artigos 205 e 206. Qualquer outro prazo constante do Código, na área específica que atingir, será de decadência. Além disso, há normatização da aplicação da decadência nos artigos 207 a 211, nos quais se percebe que foram adotados, ainda que indiretamente, os critérios propostos pela doutrina.

O artigo 207 exclui suspensão, interrupção e impedimento à decadência. O artigo 208 prevê a aplicação, apenas para os menores, da suspensão. O artigo 209 declara nula a renúncia à decadência quando for prevista em lei, o que significa que é possível a renúncia à decadência convencional. A renúncia à prescrição é quase sempre possível. O dispositivo também acaba por prever a possibilidade de contra-

tos conterem norma de decadência, ao contrário da prescrição, cujos prazos não podem ser alterados por vontade das partes, como está no artigo 192.

O artigo 210 prevê a obrigação ao juiz de conhecer de ofício decadência que tiver sido estabelecida por lei, ou seja, se convencional, apenas mediante requerimento da parte, como consta do artigo 211.

Os prazos de decadência estão por todo o código. Na própria parte geral encontramos o artigo 178, que prevê prazo de quatro anos para pleitear anulação de negócio jurídico pelos vícios, que é de decadência, expressamente.

Os prazos de prescrição devem ser lidos com cuidado, porque foram alterados e, geralmente, para tempo inferior ao do Código de 1916. Não nos caberia aqui delinear cada situação e sua mudança. É certo, no entanto, que a mudança se fez necessária considerando a velocidade das informações nos dias de hoje, que não justificam prazos de vinte anos, como existiam. Na medida em que mudam os prazos de prescrição extintiva, também da aquisitiva, reduzindo-se o tempo necessário à aquisição da propriedade por usucapião.

O único prazo a que desejamos fazer referência é o prazo geral previsto no artigo 205 que, substituindo o artigo 177 do Código anterior, reduziu de vinte anos para dez e suprimiu qualquer distinção entre ações reais e pessoais para efeitos de prescrição.

Vale ressaltar que o prazo geral já não abrange tantas ações quanto no código anterior, havendo mais ações com previsão de prazos especiais; a que destacamos é a pretensão de responsabilidade civil, que passou a ter prazo de três anos, conforme o artigo 206, § 3º, V. Uma das controvérsias que certamente irá se estabelecer é se as ações que visam à composição de danos morais estarão sujeitas a esse prazo, já que são protetivas de direitos da personalidade e, teoricamente, imprescritíveis, embora já se tivesse adotado o prazo máximo de vinte anos na maioria dos julgados que abordavam o tema. Convenhamos que de vinte anos para três há uma redução bastante efetiva e que, no caso dos danos morais, pode ser até impeditiva da ação, porque o ilícito e o conhecimento dos efeitos ilícito, no caso de violação aos direitos da personalidade, não ocorrem necessariamente no mesmo momento.

Ato Ilícito

Há mudanças substanciais no estudo do ato ilícito, que são aprofundadas na disciplina da responsabilidade civil. Persiste o conceito de ato ilícito como sendo praticado voluntariamente, ou de forma negligente, imprudente ou imperita,

que causa prejuízo a alguém. A conseqüência é o dever de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado, que é a responsabilidade civil. O artigo 186 substitui o 159 antigo e faz menção expressa ao dano moral.

Novidade importante é o artigo 187, que prevê o abuso de direito como ato ilícito, caracterizando como abusivo o exercício que excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não sendo objeto do presente artigo o estudo da responsabilidade civil, não serão abordados os artigos a ela relativos.

Direito intertemporal: aplicação do novo Código

Por fim, é importante o estudo do direito intertemporal à Parte Geral, isto é, a aplicação dos novos dispositivos. Consoante a Lei de Introdução ao Código Civil, a aplicação da lei nova se dá de forma geral – para todos – e imediata – alcançando todas as situações jurídicas em curso e as futuras. De resto, devem ser respeitados o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, além da coisa julgada, não havendo, então, irretroatividade de leis como regra geral.

Mas como serão atingidas as relações jurídicas já iniciadas, ainda em curso, e alteradas ferozmente pelos novos dispositivos? Os sujeitos das relações devem se adaptar, ou a eles não se aplicam tais normas?

O próprio legislador se encarregou de tentar resolver esse problema, com o Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias. Nesse livro estão normas de aplicação da nova lei.

O artigo 2028 é o mais polêmico e com diversas interpretações. Afirma que aplicam-se os prazos do código anterior quando tiverem sido reduzidos pelo código novo, às situações em que já tiver se passado mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Então, se uma ação estava sujeita à prescrição de vinte anos e no dia 11 de janeiro de 2003 já haviam se passado doze, restam ainda oito anos, não importando o prazo da lei atual, desde que reduzido (o que evidentemente ocorreu porque não existe mais o prazo de vinte anos). Mas, se haviam se passado nove anos, o prazo será o da nova lei.

E, sendo o prazo da nova lei, a partir de quando se dará a contagem? Pela regra do próprio código civil, na Parte Geral, o prazo prescricional tem início com a violação do direito, que é o momento em que nasce o direito à pretensão. Ora, se o prazo do código tiver reduzido de vinte para três anos, como no caso da reparação civil, e se tiverem passado nove, pode-se afirmar, seguindo essa linha de argumentação, que, no dia da entrada em vigor do Código, já estava prescrita a pretensão.

E que não se alegue que há direito adquirido, porque não há direito adquirido a tempo que se passou e durante o qual o titular do direito permaneceu inerte. Tanto assim que as regras da previdência social podem mudar e, aqueles que não adquiriram tempo suficiente para o benefício aposentadoria submetem-se às novas regras, que podem aumentar seu tempo de contribuição..

Não negamos, contudo, que tal solução é injusta porque não considera o princípio da segurança jurídica, mesmo recordando que a *vacatio legis* de um ano poderia ter servido também ao propósito de interrupção de prescrição por meio de protesto judicial, ou pelo ajuizamento das ações.

De todo modo, a interpretação que vem sendo adotada pela maioria dos doutrinadores que já se manifestou sobre o tema é no sentido de se considerar o início do prazo, quando for valer o do Código de 2002, a partir do dia 11 de janeiro de 2003, ou seja, da sua entrada em vigor. Com isso, um grande número de prazos iniciaram não a partir da violação do direito, mas da vigência da lei, causando um fenômeno: o do término da prescrição no mesmo dia para casos totalmente diferentes. Com esse entendimento, no dia 10 de janeiro de 2006 todos que se subordinaram ao novo prazo para ações de reparação civil devem ajuizá-la. Resta saber como o Poder Judiciário poderá atender às demandas, porque é evidente que uma pessoa que imaginava ter ainda onze anos para ajuizar uma ação, tendo agora três, provavelmente vai ocupar o tempo buscando suas provas.

As duas linhas interpretativas mais mencionadas até o momento são as expostas, quais sejam, de se considerar prescritas as ações, a partir de uma leitura literal do dispositivo, ou de se iniciar a contagem da entrada em vigor da lei. Outras certamente surgirão e devemos estar abertos a elas.

Além desse dispositivo, o artigo 2031 concede o prazo de um ano às pessoas jurídicas para se adaptarem ao novo Código, em manifesto entendimento de que não há que se falar em direito adquirido a cláusulas de contrato social, com o que concordamos. Qualquer ato modificativo dos contratos sociais, porém, já deve ser feito de acordo com o Código.

O artigo 2032 garante às fundações constituídas sob o formato da lei anterior, especialmente quanto às finalidades, como mencionamos, que são o principal problema da nova disciplina legal da matéria, o direito de continuarem com a mesma estrutura jurídica, qual seja, de fundação, mas se subordinando, quanto ao seu funcionamento, ao novo Código.

Quanto aos negócios jurídicos, prevê o artigo 2035 que a sua validade é regida pela lei do momento da sua celebração, mas os seus efeitos serão os da lei atual. Isso é interessante, porque leva ao estudo dos planos da existência, vali-

dade e eficácia dos negócios jurídicos. A validade diz respeito aos requisitos do artigo 104 do novo Código, 82 do anterior, que são relacionados à capacidade, licitude e idoneidade do objeto e forma. Além desses, o que disser respeito à vontade e então se incluem os defeitos, também estão no plano da validade ou da existência, dependendo do doutrinador, mas não da eficácia, que trata dos efeitos.

Com isso, pode-se afirmar que o estudo da coação em um negócio jurídico diz respeito à formação do mesmo e, assim, à sua existência e à sua validade. Dessa forma, um pedido de anulação do negócio será fundamentado no Código de 1916.

Seguindo esse mesmo raciocínio, não se poderá alegar lesão para anular um negócio jurídico constituído na vigência do Código anterior, porque a lesão não é relativa a efeitos do negócio jurídico, mas à sua formação e constituição válida.

Há quem pretenda interpretar diversamente, afirmando que o conhecimento do fato – lesão –, ocorrendo agora, passa a ser efeito do negócio e não condição de validade. Respeitamos a posição, mas não vemos como possa perdurar.

Considerações finais

O Código Civil manteve a sistemática adotada por outros países de conter uma Parte Geral, que se reflete em todos os outros livros do texto legal. O estudo da Parte Geral é sempre importante porque contém aplicação genérica, a qualquer situação e traz conceitos fundamentais utilizados posteriormente em todos os ramos do direito.

O conceito de pessoa jurídica e as espécies só estão na Parte Geral e para qualquer estudo de direito que se faça as normas que regem a matéria estarão na Parte Geral.

O mais importante, contudo, em ser promulgada uma nova legislação, nova codificação, é o verdadeiro convite à reflexão que o novo texto faz, a juristas e não juristas, porque o direito civil é o “direito das gentes”, o direito comum, que todos devem conhecer.

Notas

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 207.

² Como lembram GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98.

- ³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 77-78.
- ⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.
- ⁵ GAGLIANO, ob. cit., p. 98.
- ⁶ Idem, p. 101.
- ⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo, ob. cit., p. 214.
- ⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 291.
- ⁹ GAGLIANO, Pablo S. E PAMPLONA, Rodolfo, ob. cit., p. 296.
- ¹⁰ VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002. 2 ed. p. 378.
- ¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.
- ¹² ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3, p. 41.
- ¹³ Idem, p. 41.
- ¹⁴ AZEVEDO, ob. cit., p. 27.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.
- ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002. 2 ed.

Resumo

O presente artigo traz um breve estudo sobre a Parte Geral no Código Civil de 2002, iniciando com o estudo dos sujeitos de direitos, pessoa natural e jurídica. Destaca, em relação à primeira, as incapacidades e, quanto à segunda, a desconsideração da personalidade jurídica e o novo tratamento jurídico aos tipos de pessoas jurídicas. Em seguida, aborda brevemente o livro dos bens, para passar à relação jurídica por meio do estudo do negócio jurídico. Nesse específico, o enfoque é ao novo tratamento conferido, em especial quanto aos defeitos ou vícios do negócio jurídico e suas inovações, com particular ênfase ao novo conceito de boa-fé. Por fim, abordando superficialmente o ato ilícito, chega ao fator tempo e seus institutos, prescrição e decadência, além do direito intertemporal no direito civil.

Palavras-chave: Código Civil; Pessoa natural; Pessoa jurídica; Bens; Fato jurídico; Negócio jurídico; Prescrição; Decadência.

Abstract

The present article conveys a brief analysis of the general part of 2002 Civil Code, departing from the study of the law subjects, natural person and legal entities, with emphasis on incapacities as to the first, and on the dismissal of juridical personality and the new juridical treatment to the types of juridical persons. Following it, the Assets Book and the juridical relation through the study of the legal transaction In this particular regard, emphasis is given to the new form of dealing with the defects or failures of the legal transaction and its innovations, and to the new concept of good faith. Finally, through a superficial consideration of the illicit act, time and its institutes, prescription and decadency and the intertemporal law in Civil Law are approached.

Key words: Civil Code; Natural person; Legal entity; Goods; Juridical fact; Legal transaction; Prescription; Decadency.

Resumen

El presente artículo ofrece un breve estudio de la parte general del Código Civil de 2002, iniciando con el estudio de los sujetos de derechos, persona natural y jurídica, con destaque en lo que atañe a la primera, a las incapacidades y, a la segunda,

a la desconsideración de la personalidad jurídica e al nuevo tratamiento jurídico a los tipos de sujetos jurídicos. A continuación, enfoca el libro de bienes, para seguir con la relación jurídica por medio del estudio del negocio jurídico. En este sentido, el enfoque es al nuevo tratamiento conferido, en especial, a los defectos o vicios del negocio jurídico y sus innovaciones, con particular relieve al nuevo concepto de buena fe. Finalmente, enfoca de modo superficial el acto ilícito para llegar al factor tiempo y sus institutos, prescripción y decadencia, además del derecho ínter temporal en el derecho civil.

Palabras clave: Código Civil; Persona natural; Persona jurídica; Bienes; Facto jurídico; Negocio jurídico; Prescripción; Decadencia.

COLABORAÇÃO DISCENTE

Alexis Lemos Costa

Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da UPIS. Presidente do Centro Acadêmico Josaphat Marinho.

Kelton de Oliveira Gomes

Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da UPIS. Diretor de Pesquisa do Centro Acadêmico Josaphat Marinho.

Dos operadores do direito, prisão sistêmica e conformismo

Introdução

Esse artigo é fruto de uma angústia dos autores. Um sentimento certamente compartilhado por diversos outros acadêmicos de direito: quais seriam as raízes desse *ethos* do operador do direito hodierno? Onde estará a origem dessa forma de encarar o direito como um maquinário operacionalizável? Por que essa impressão de que os conhecimentos jurídicos transmitidos na graduação não passam de uma técnica, ao invés de um saber?

As questões aduzidas levaram os autores a um estudo histórico das teorias jurídicas dominantes – juntamente com seu pressuposto gnoseológico basilar (o pensamento de Kant) que culminaram numa visão de direito que perdura até os dias atuais: o direito como ciência. Importante ressaltar que é a análise da fundamentação dessa “ciência” e de suas conseqüências – sendo a principal delas a gênese desse *ethos* do operativismo jurídico – que constituem o enfoque do artigo.

Formalismo jurídico, pureza metodológica: a ética do operativismo em sua filiação kantiana

As raízes do espírito ético assente entre os “operadores do direito” está fundada, em parte, na doutrina do formalismo jurídico. Essa doutrina, que tem lá a sua história particular, influenciou largamente na construção de muitos conceitos que hoje consubstanciam a trama de valores morais asseverada pelos atores do discurso jurídico operativista.

No que o formalismo jurídico foi importante nessa construção? Para respondermos a essa pergunta, precisamos estabelecer uma noção preliminar sobre o que seja o formalismo – a qual pode ser estabelecida por uma certa conceituação. O formalismo, no seu sentido historiograficamente observado, é um conjunto de

estruturas gnosiológicas¹ que visa, por meio do controle da forma do fato juridicamente relevante, estabelecer um critério de verdade suficiente para a produção de uma decisão judicial correta e condizente com a realidade material. Portanto, esse conceito, a princípio, tem função precipuamente metodológica: sua finalidade primitiva é garantir ao jurista acesso seguro ao direito.

A gestação da doutrina formalista, em âmbito geral, iniciou-se entre os círculos acadêmicos neokantianos, os quais, diz a história, dividiam-se em duas correntes básicas: a do neokantismo sudocidental de Baden e de Marburg. Interessamos, precipuamente, a escola de Marburg, na medida em que foi essa linha intelectual, com base nas suas teses gnosiológicas, que guiou mais propriamente a formação do formalismo jurídico:

“Hermann Cohen e Paul Nartop lideram a Escola de Marburg na investigação das condições do sujeito diante da teoria do conhecimento. É este lado dos neokantianos que aqui interessa mais de perto [...]. Seu reflexo na filosofia do direito é também importante: Rudolf Stammler, Hans Kelsen e o italiano Giorgio Del Vecchio são alguns dos que, à sua maneira, transferem para o estudo do direito parte da gnosiologia e a busca pela pureza metodológica da Escola de Marburg.”²

A Escola de Marburg estava preocupada em preservar a essência lógica da existência, inclusive quando a existência fosse abordada em sua perspectiva prática. Essa interpretação da filosofia kantiana tem como característica principal um uso aplicado e circunstanciado do idealismo transcendental esmerado por Kant:

“Para a Escola de Marburg, o erro primordial de Kant estava em fazer a intuição sensível preceder à lógica, dentro do processo de conhecimento, mesmo que em seu todo peculiar sentido transcendental – conceito complexo em Kant, como visto acima. Para os neokantianos não é correto afirmar, como o faz Kant, que todo conhecimento começa com a experiência, mesmo que não necessariamente proceda dela: a lógica do pensamento preexiste em todos os sentidos, ela é a própria essência do pensar, e supor qualquer dado real anterior ou paralelo, causa objetiva inicial do conhecimento, é minar sua pureza intrínseca. Retiram-se assim de Kant as concessões feitas ao empirismo, evitando, segundo Cohen, o “preconceito do dado” e radicalizando Kant a uma posição gnosiologicamente corrente, na visão neokantiana.”³

O idealismo transcendental, por seu turno, defendia que a razão teria uso puro e uso prático. O uso puro se voltaria para os interesses da razão por si mesma; o uso prático seria o uso interessado empiricamente, isto é, o uso aplicado à experiência sensível:

“O que nestas há de razão é algo que é conhecido a priori e esse conhecimento de razão pode referir-se ao seu objecto de duas maneiras: ou pela simples determinação deste e do seu conceito (que deverá ser dado noutra parte) ou então realizando-o. O primeiro é o conhecimento teórico, o segundo o conhecimento prático da razão. Em ambos, a parte pura, isto é, aquela a razão determina totalmente a priori o seu objecto, por muito ou pouco que contenha, deve ser exposta isoladamente, sem mistura com o que de outras fontes provém, pois é mau governo dispendir [sic] proventos levemente, sem que posteriormente se possa distinguir, quando eles acabam, a parte que pode suportar as despesas e a parte destas a reduzir.”⁴

O uso puro da razão (que, como se pode observar, pode assumir carácter tanto teórico quanto prático) estabeleceria, por assim dizer, a estrutura abstrata subjacente a todo o conhecimento, na medida em que o conhecimento seria processo racional presidido pela faculdade do entendimento, que se sobreporia às outras duas faculdades: a imaginação e a razão (que, destarte, passa a ter dois sentidos).

Mas, se a razão pura determinaria *a priori* todo o conhecimento possível, qual a necessidade de cingi-la em dois usos? Ocorre que, num certo ponto de sua trajetória bibliográfica, Kant assumiu a insuficiência prática do conhecimento fornecido pela razão pura para que o homem pudesse orientar-se no mundo. Parafraseando o filósofo, foi então necessário suprimir o saber para dar lugar à fé: eis a origem de uma noção de razão prática⁵. Os conceitos puros, no fim das contas, não fornecem ao homem base para sua ação no mundo, mas somente para imaginar seu pensamento como existente, para acreditar na sua humanidade num plano formal, lógico.

Essa discussão, portanto, está relacionada à admissão, da parte de Kant, de que os postulados racionais das ciências em geral não funcionam como sistema isolado e que, além disso, a ação do cientista no mundo não prescinde, em seu conteúdo, de elementos que se encontram apartados da razão pura teórica.

Pois bem: o que se quer dizer com esse uso aplicado e circunstanciado do idealismo transcendental, da parte da Escola de Marburg, se caracteriza, costuma-

se apontar, pela afirmação de que a lógica transcendental *basicamente constituída pelas categorias do entendimento, que seriam derivações da tipologia clássica da teoria lógica dos juízos*⁶ precede a estética transcendental (conjunto de elementos que subsidiariam formalmente a possibilidade de qualquer fenômeno, consoante a anterior afirmação de Adeodato). Essa discordância em relação à conjectura kantiana, que asseverava a existência harmoniosa de elementos estéticos e lógicos na razão pura⁷, permitiu à Escola de Marburg a crença na possibilidade em se estabelecerem conhecimentos práticos por meio de processos típicos da razão pura teórica. Kant havia levantado a questão atinente à impossibilidade de se agir com base no conhecimento puro teórico. O que fazer com esse conhecimento? Como utilizá-lo? O neokantismo, de modo geral, manteve certa indiferença a esse problema, desenvolvendo o raciocínio que anteriormente detalhamos. A definição da própria vontade estaria, segundo esse prisma, subsidiária à definição da subjetividade dada na razão pura especulativa. A primazia da constituição gnosiológica do homem está elencada nos pontos fulcrais da doutrina neokantiana de Marburg.

Ao leitor mais atento, pode estar aparecendo algo mais sobre a doutrina formalista e sua matriz teórica. Analisando a Crítica da Razão Pura e considerando que sua missão principal, como já foi dito, resume-se basicamente a estabelecer as bases para a identificação de um conhecimento verdadeiro, vê-se que seus temas poderiam ser postos em duas grandes investigações, a da verdade e a da ciência, na perspectiva de se pensar não só o conhecimento em si, mas o conhecimento científico verdadeiro e a verdade do conhecimento científico. E essa intrincada construção não deveria, a princípio, ser suficiente para a ciência? A resposta é sim. Kant estava lançando, do seu ponto de vista, o solo onde poderia se assentar um conhecimento sólido decorrente de atividades afeitas à prática científica:

“O destino não foi até hoje tão favorável que permitisse trilhar o caminho seguro da ciência à metafísica, conhecimento especulativo da razão completamente à parte e que se eleva inteiramente acima das lições da experiência, mediante simples conceitos (não, como a matemática, aplicando os conceitos à intuição), devendo, portanto, a razão ser discípula de si própria; é, porém, a mais antiga de todas as ciências e subsistiria mesmo que as restantes fossem totalmente subvertidas pela voragem de uma barbárie, que tudo se aniquilasse. Na verdade, a razão sente-se constantemente embarçada, mesmo quando quer conhecer a priori (como tem a pretensão) as leis que a mais comum experiência confirma. É preciso arrear caminho inúmeras vezes, ao descobrir-se que a via não conduz aonde se deseja; e no que

respeita ao acordo de seus adeptos, relativamente às suas afirmações, encontra-se a metafísica ainda tão longe de o alcançar, que mais parece um terreiro de luta, propriamente destinado a exercitar forças e onde nenhum lutador pôde jamais assenhorar-se de qualquer posição, por mais insignificante, nem fundar sobre as suas vitórias conquista duradoura. Não há dúvida, pois, que até hoje o seu método tem sido um mero tacteio e, o que é pior, um tacteio apenas entre simples conceitos.”⁸

Os neokantianos se deixaram levar por essa vagueza semântica e, a partir do momento em que eles admitiram que o conhecimento estaria sujeito a fundamentos relativos à razão pura teórica, iniciou-se a diagnosticar a já aludida parcialidade de seu uso do kantismo, uso seletivo de suas teses em roupagem nova. Está diante de nossos olhos, aqui, um erro de julgamento que se alastrou na história do pensamento moderno, pois o neokantismo se distanciou de Kant exatamente pelo seu desejo científico positivista (num sentido comteano). Isso posto, não podemos deixar de concordar que, sendo a primeira crítica uma obra destinada ao “caminho seguro da ciência”, a interpretação neokantiana dos temas gnosiológicos de Kant é, além de possível, justificável.

A Crítica da Razão Pura, que se jacta sedimentada no horizonte do *a priori*, torna-se difícil num ponto muito importante, inserto na idéia do que seja seu esquematismo transcendental. Esquematismo transcendental é o elemento que une as intuições aos conceitos, a partir da chamada determinação transcendental do tempo⁹: *É claro que tem de haver um terceiro termo, que deva ser, por um lado, homogêneo à categoria e, por outro, ao fenômeno e que permita a aplicação da primeira ao segundo. Esta representação mediadora deve ser pura (sem nada de empírico), todavia, por um lado, intelectual e, por outro, sensível. Tal é o esquematismo transcendental.*¹⁰ Aqui, Kant explora a relação entre a faculdade do entendimento, que preside os atos cognitivos e a faculdade da imaginação. Fica a cargo dessa última submeter as intuições aos conceitos e aplicar os conceitos às intuições. Kant sugere que a participação dos quadros da imaginação, na formação dos entes cognitivos, não causa desequilíbrio ao processo cognitivo, pois a faculdade que preside tal processo é a do entendimento; a imaginação estaria submetida, enfim, aos ditames da faculdade do entendimento:

“[...] o esquema não consiste em uma imagem, mas em relações espaço-temporais, que encarnam ou realizam relações propriamente conceituais. O esquema da imaginação é a condição sob a qual o entendimento legis-

lador formula juízos com os seus conceitos, juízos que servirão de princípios a todo conhecimento do diverso. Ele não responde à pergunta: como os fenômenos são submetidos ao entendimento? mas a esta outra: como o entendimento se aplica aos fenômenos que lhe são submetidos?”¹¹

O problema é que a faculdade da imaginação ainda dispõe de grande liberdade teórica nesse sistema, pois, ainda que aquilo que advém das intuições e das categorias do entendimento não seja modificável pela imaginação, essa faculdade ainda pode combinar as categorias às intuições livremente, no que se demonstra a total ausência de garantias no tocante aos referenciais materiais do conhecimento. A confusão, assim, é gerada na obscuridade da distinção de duas coisas diversas: a imaginação não pode intervir no fenômeno, alterando-o conforme suas motivações próprias – ou seja, não pode modificar as impressões estéticas do homem, muito menos suas condições lógicas dadas pelas categorias do entendimento; porém, a imaginação é determinante na conjunção dessas intuições a essas categorias, o que a torna fundamental não na definição da realidade fenomênica, mas na produção de conhecimento. A grande conclusão que podemos tirar disso é a de que é a imaginação, e não o entendimento, que preside os processos cognitivos, no sentido de que o entendimento é faculdade que garantirá, no sistema kantiano, um mero relacionamento entre o conhecimento e a realidade fenomênica; mas nunca assegurará uma aderência verdadeira entre ambos. Perde-se, então, a alusão do conhecimento a seu referente real. Deleuze aclara essa idéia:

“Que relações espaço-temporais possam ser adequadas a relações conceituais (apesar de sua diferença de natureza) consiste, segundo Kant, em um profundo mistério e uma arte oculta. Mas não se deve pensar, a partir dessas palavras, que o esquematismo seja o ato mais profundo da imaginação ou a sua arte mais espontânea. O esquematismo é um ato original da imaginação: só ela esquematiza. Mas ela só esquematiza quando o entendimento preside ou tem o poder legislador. Ela só esquematiza por um interesse especulativo. Quando o entendimento se encarrega do interesse especulativo, quando se torna, portanto, determinante, então e só então a imaginação é determinada a esquematizar. Veremos mais adiante as conseqüências dessa situação.”¹² (grifo nosso)

Os neokantianos não assumiram, de modo geral, essa interpretação sobre o processo cognitivo. No entanto, foi essa confusão escamoteada e velada na sofis-

ticação da filosofia kantiana que lhes permitiu a liberdade de considerar os objetos da razão prática aptos de serem conhecidos pela pureza textual da primeira crítica – entre esses objetos, o direito. O que se desejava salientar nessas considerações, quiçá extemporâneas, mas, de qualquer sorte, comprometidas com certa verdade historiográfica, é fazer possível uma reflexão que coloque em xeque a convicção ampla de que foram os neokantianos que nos proporcionaram, de modo integral, o formalismo e seu excessivo desassombro ante a realidade em geral. Quer se mostrar que, em relação à gênese do formalismo como método racional, Kant, em mal-entendidos, logrou ser muito mais responsável do que seus seguidores posteriores.

Stammler é o ícone da ascensão das idéias neokantianas ao debate metodológico jurídico. Sua arguição de um direito *a priori*, independente da sua manifestação material na cultura, está assentada inteiriça na proposta neokantiana de aventar um objeto puro, independente da experiência, o qual é a forma em que se inserem os conteúdos da empiria. Consoante Larenz:

*“Também as idéias jurídicas surgem na consciência como algo já coordenado, formado, de determinada maneira. Assim, deve haver, segundo Stammler, formas puras do pensamento jurídico, que, no que têm de característico, de nenhum modo dependem das particularidades de uma matéria mutável e alterável, que não são outra coisa senão formas que determinam a ordenação unitária. São as diretrizes últimas que condicionam o pensamento jurídico.”*¹³

O direito justo stammleriano, dessarte, é entidade, *a priori*, enraizada na própria perspectiva do entendimento de humanidade. O direito se encontra, para Stammler, presente necessariamente na razão humana, que se serve daquele para entender e efetivar experiência do direito:

“La significación del concepto del Derecho se puede resumir así: se encuentra entre las formas puras (v. § 3, esp. N. 4 y 7), con arreglo a las cuales se puede determinar y ordenar la materia condicionada de toda aspiración transitoria, sin hallarse dominado por ningún elemento variable en su modo de ser formal (o, lo que es lo mismo, condicionante). No hay, pues, razón para investigar, como a veces se hace, las variantes del concepto del Derecho en el pueblo griego o en el germano, por ej. El concepto del

Derecho es siempre uno y el mismo; lo que puede variar es la claridad de nuestras nociones sobre el patrimonio de la consciencia que cada uno lleva consigo y en el que se encuentra necesariamente el concepto del Derecho como uno de los principios puros de ordenación.”¹⁴

A doutrina do formalismo ganha, assim, sua existência jurídica: o controle do fato jurídico (o fenômeno em sua relevância para o direito) a partir de sua matriz formal (a estrutura racional definida pelo direito justo). Naquele trecho da história, em outros filósofos do direito, essa estruturação teórica pode ter variado, mas não a ponto de abandonar por completo a necessidade de balizas conceituais independentes da experiência concreta; o que se fazia, então, era afastar do campo histórico – observada a volatilidade daquele momento – os fundamentos da atividade jurídica:

*“A entrada em vigor do Código Civil Alemão, em 1900, foi precedida de um surto rápido, mas intenso, de formalismo jurídico. Com a sua elaboração, a ciência oitocentista ficara exangue. Sob a pressão ameaçadora dum positivismo naturalista que parecia não ter, então, limites exteriores ao conhecimento humano, o pensamento jurídico tentou refugiar-se na especulação jurídica transcendental.”*¹⁵

Ocorre que o direito, como a história provou e continua provando, no que tange à interpretação da filosofia kantiana, não é objeto da razão pura, mas da razão prática, não podendo se submeter, sem as devidas conseqüências, a esse tipo de análise da problemática jurídica.

*“A renovação da filosofia do Direito alemã nos começos do nosso século é obra, em primeira linha, de Rudolf Stammler. Foi ele quem introduziu um movimento filosófico que, por mais diversificados e ramificados que sejam seus trilhos, se caracteriza no seu todo pelo abandono do positivismo. Abandono do positivismo que se entrecruza geralmente com a afirmação da historicidade do Direito, tendendo para uma síntese das duas grandes correntes do espírito: o jusnaturalismo e o historicismo.”*¹⁶

O formalismo jurídico deseja ser, como já foi salientado, um instrumento metodológico (em nível prático) e um critério de verdade (em nível teórico). O controle da forma, na análise de sua história que foi feita anteriormente, termina por tirar o solo cultural que é natural ao fundamento do saber jurídico, já que desliga

esse fundamento de qualquer experiência contingente, coarctando-o ao nível puramente abstrato, formal. Isso vai culminar num domínio ainda mais específico, o qual requer análise mais minudente.

Stammler operou a conversão do formalismo ao pensamento jurídico situando a noção de direito justo numa imputação independente da experiência e, ao mesmo tempo, caracterizado como ideal social.¹⁷

Apesar de o formalismo colocar a questão da realidade jurídica de maneira contundente, não se eximia de abordar temáticas alheias à sua real capacidade teórico-instrumental – pela razão que apontamos: a obscuridade decorrente da confusão sobre a relação entre as faculdades do entendimento e da imaginação nos processos cognitivos. Assim, existiam questões que eram do interesse dos formalistas no direito, mas suas análises eram, em nível de fundamento gnosiológico, de caráter muito duvidoso – mormente quando se intentava promover deduções entre formas puras e contingências históricas.

Evidenciou-se posteriormente uma *solução* tão engenhosa quanto notável, só digerível na medida em que nos acostumamos com as inversões típicas da observação histórica. Aliou-se ao formalismo jurídico a corrente do positivismo legalista. Mas como isso pôde acontecer?

Essa conjunção é no mínimo estranha, se considerarmos que o positivismo legalista tem base filosófica firmada no positivismo lógico, tão ligado ao Círculo de Viena, que é exatamente um movimento de negação do idealismo alemão oitocentista¹⁸. Existem duas razões básicas. A primeira é uma afinidade finalística de ambas as doutrinas. Tanto o positivismo legalista, quanto o formalismo jurídico jogavam o fundamento do direito para o campo material – seja por meio do pensamento racional afeito a abstração formal (formalismo), seja por meio da vinculação ao texto da lei (positivismo legalista). A segunda é a obscuridade historiográfica do fundamento de ambas as doutrinas: a do formalismo já foi exposta aqui; a do positivismo legalista, podemos acenar. O problema é o seguinte: a lei tem sua validade, mas dessa validade não decorre dedutivamente qualquer soberania e, para agravar a situação, a indução que se perfaz entre esses dois conceitos dirige o espírito do jurista não para estudos de lógica deôntica, mas, antes, das influências exercidas pelo político na prática legislativa em sua técnica jurídica. É natural (aos olhos do positivista ingênuo) que a lei seja válida e que dessa validade lhe decorra a soberania. Isso também será esclarecido mais adiante.

A união dessas duas tendências direcionou o pensamento jurídico para um horizonte diferente. Agora, importava estabelecer não somente um objeto *a priori*,

mas também era salutar que esse objeto fosse empiricamente lógico e presumidamente válido – isto é, no campo empírico, o objeto *a priori* era presumido como correto, o que pode se ajustar à idéia de uma impositividade necessária da lei. A radicalidade dessa transformação se torna mais avassaladora quando se percebe que, nessa transição, passou a se defender a materialidade da soberania sem recurso à história concreta. Quer-se demonstrar, por fim, que essa ampliação formal de objeto temático operou-se no exato ritmo pelo qual o formalismo jurídico foi suplantado pela idéia de pureza metodológica.

No fim das contas, surgiram homens que decretaram esse casamento teórico. Podemos pensar em Von Wright, Alf Ross, Del Vecchio... Mas o nome que assume todas as características desse paradigma é Kelsen¹⁹. É em Kelsen que surge claramente a pureza metodológica em sua filiação a Kant, a Stammler, ao Círculo de Viena. A pureza metodológica surge nessa transição, mas só o pensamento kelseniano vai dizer a que veio a pureza metodológica, no que podemos nos antecipar: a pureza metodológica no direito veio se declarar indiferente ao fundamento prático da atividade jurídica. Como iremos ver, Kelsen imitará Pilatos – Kelsen lavará as mãos.

Conformismo com o sistema posto e ideário de repetição: o *ethos* do operativismo jurídico

A questão a ser colocada em foco não é grande teorização do pensamento kelseniano, mas sim breve digressão sobre suas linhas mestras para demonstrar sua influência na formação do *ethos* do operativismo jurídico, um *ethos* que, na visão dos autores, é totalmente despropositado em relação aos fins a que o Direito deveria propor-se.

Kelsen vislumbrou que era necessária a separação do fenômeno normativo – propugnado como o direito objetivo e objeto unívoco de uma Teoria Pura do Direito – dos fenômenos vinculados à produção ou ajuizamento das normas jurídicas, eminentemente políticos. Que bem se perceba, há grande diferença entre a limitação de um segmento e a infinitude de uma reta; não há em Kelsen uma separação fática e abismal entre o jurídico e o político, mas sim a idéia de que se necessita de uma separação. A união se dá pela não-separação, Kelsen vislumbra que há necessidade de se *impor* uma separação entre o que é e o que não é fenômeno eminentemente jurídico! Ele precisa de um objeto “puro” o suficiente, aparentemente livre das garras da ideologia e do pragmatismo da política, para a partir dele estruturar uma episteme jurídica. A independência política não significa ignorância

da politicidade do fenômeno normativo. Não é necessário descobrir verdades para arrancar resultados; Kelsen não pode ser considerado um pensador tolo e pueril a ponto de crer na total apoliticidade do direito. A Teoria Pura do Direito é um jogo epistemológico que visa dar caráter científico ao discurso normativo. Como? Pela separação. Kelsen, *in verbis*:

“Quando a si própria se designa como ‘pura’ a teoria do Direito, significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo que não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”²⁰

O discurso, aparentemente libertário, perfaz um aprisionamento total. Cinge, rompe, constrói um abismo entre o mundo fenomênico e o mundo jurídico. Inaugura o mundo da normatividade regido pela lógica formal, aplicada dentro de sistema específico – o chamado ordenamento jurídico (a lógica do Direito é aplicada aos enunciados normativos, a chamada lógica deôntica²¹). Um ordenamento que impescinde de fundamentação externa, já que se propugna puro. Contudo, há certo entendimento passivo entre os operadores jurídicos que coloca esse ordenamento de origem kelseniana como fundamentado na premissa do positivismo legalista, da legitimação do poder normativo por meio da *suprema potestas*, a tão cara soberania, ganhando a lei o adjetivo de *soberana*²². Ora, segundo Kelsen, o que é externo à normatividade é irrelevante para a Teoria Pura; para ela importa a norma como elemento de um sistema. Seria lícito dizer que há antítese em relação ao que preceitua a Teoria Pura do Direito e a noção de que a soberania é fundamento de validade do ordenamento jurídico. Essas breves linhas gerais sobre o pensamento kelseniano e a antítese levantada ensejam duas questões fulcrais para o entendimento da ética do operativismo jurídico: o conformismo com o sistema posto (fundamentado pela soberania que, como será exposto, é inserida à noção kelseniana de direito para exercer forma elementar de coação simbólica) e o ideário de repetição.

É fato que o mundo hodierno é palco de diversos conflitos, intra e extranacionais, e também diversas são as teorias que buscam explicá-los. Contudo, raras são aquelas que encaram o problema como sintoma de crise *real* que atinge o fundamento de constituição e legitimação dos Estados nacionais. A soberania (esse poder supremo do Estado-nação, que lhe dá a capacidade de controlar a

fogueira de vontades dentro de seu território, fazendo uso da força se necessário, e também de ser respeitado e fazer-se respeitar em âmbito internacional) perdeu o sentido no mundo em que vivemos. Tal colocação não significa que aqui se postula que a soberania já tenha tido um sentido, mas simplesmente que o poder de coação simbólica, que o termo possuía, foi perdendo força e a fraqueza revelada gerou crise, não uma crise da soberania, mas o desvelamento da ilegitimidade dos Estados-nação. Essa é uma realidade que vem sendo, cada vez mais, passível de observação. Basta analisar algumas das conseqüências trazidas pelo fenômeno da globalização, que é uma forma constante e irreversível de deslocamento do poder. Por meio dela, a rede de dependências que gera o desenvolvimento desigual da economia e a uniformização da política e da cultura concretiza um poder que se separa do fenômeno político-estatal²³. Entenda-se, esse *poder* passa a residir na circulação mundial do capital e da informação, totalmente desvinculado da estrutura de poder estatal, presa à territorialidade, enquanto o primeiro é desprovido de qualquer vínculo dessa ordem. O poder está nas mãos de todos e o que está nas mãos de todos não está de fato na mão de ninguém. O poder tornou-se um “ser” incontrolável, visto que não mais detido por uma estrutura unívoca, mas espreado por toda a sociedade mundial. É por essa razão que se vive momento tão confuso e desconexo no panorama mundial; há uma guerra por um poder que não pode pertencer a ninguém, pois está espalhado entre todos. Os conflitos acabam se instaurando por meras tentativas de se dominar aparentemente esse fenômeno. Entretanto, ainda existem instâncias de controle social, poderes consolidados na sociedade e nas mãos dos Estados. Esse *poder*, esse *ser* que aparentemente se funda numa concretude, em fatos, na verdade nunca existiu. O que há é um poder simbólico, cujo centro de dominação é a expressão obrigatória da linguagem, a língua. A própria fundamentação do discurso normativo na soberania (que pode se valer de tantos sinônimos atraentes e sedutores como: vontade do povo; poder popular; poder do povo e para o povo...) é forma de dominação simbólica²⁴. Como confrontar um poder que, em tese, é de todos, para todos e visa ao bem-comum? Por que se questionar algo que está alicerçado nos ideais da democracia, do Estado de Direito? A força simbólica é muito grande, expressões como *tal atitude é anti-democrática, esse ato atenta contra a soberania nacional e essa postura vai de encontro às bases do Estado Democrático de Direito* têm o condão de, *prima facie*, derrubar qualquer argumento²⁵. Contudo, o real fundamento dessas questões não passa de potência simbólica, fundada na *crença* – entendido o termo como o ato humano de creditar veracidade a algo que não se tem a capacidade de provar racionalmente

– de que esses são pilares que não podem ser abalados. Foi exatamente a partir da crença nos citados pilares que se imputou noção de legitimidade fática ao ordenamento jurídico. Este seria faticamente legítimo por derivar, em tese, e vontade e aspirações de toda a sociedade. Iremos nos restringir à soberania porque ela é paradigmática, o ponto-chave, a grande legitimadora. Qual seria o fundamento da soberania? A resposta mais sincera que se pode obter é análoga a esta: *Se ninguém me perguntar, eu sei o que é o tempo. Mas, se alguém me pergunta, eu não sei o que dizer*²⁶. Ora, diriam alguns, não seria a vontade popular? Aparentemente sim, contudo a questão é um pouco mais nebulosa do que aparenta ser.

Com a análise de como Kelsen tratou a questão da validade das normas jurídicas, em sua teoria pura, pode-se perceber que a soberania se encontra como um termo perdido, sem lugar, mas que serve, incrivelmente, de sustentação *retórica* de todo o ordenamento jurídico – não uma sustentação imposta pela teoria pura, mas que veio a preencher a elipse por ela deixada. Kelsen, ao estruturar a questão da validade das normas jurídicas, afirma que *a norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser ‘verdadeira’ ou ‘falsa’ (...). Uma norma é válida ou não-válida*²⁷. Tendo isso em mente, passa a expor o critério de validade das normas jurídicas: “*o fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável*”²⁸. Kelsen expõe, portanto, que o fundamento de uma norma jurídica advém de outra norma jurídica da qual aquela deriva, ou seja, há uma relação de fundamentação e derivação entre as normas jurídicas; é essa relação que, por conseguinte, garante a validade do próprio ordenamento jurídico. Entrementes, sem um ponto inicial, tal sistema fica sujeito a regressões *ad infinitum* – onde estaria o real fundamento, o fundamento primeiro de todo o ordenamento jurídico? Kelsen sabia que havia respostas demasiadamente políticas ou valorativas a tal questão e, assim, incoerentes com sua Teoria. Portanto, estruturou uma resposta lógica e consentânea com o que propunha: *chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem*²⁹. Com tal afirmativa, Kelsen escapa de uma resposta material a questão com uma colocação meramente formal, posto que, *do ângulo da razão, o máximo que se pode estabelecer é uma norma fundamental absoluta quanto sua forma*³⁰. A norma fundamental de Kelsen, fundamento primeiro de validade de todo o ordenamento jurídico, *é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico*³¹. Entrementes, qual seria

o fundamento da norma fundamental, de onde derivaria sua validade? Em verdade, a norma fundamental prescinde de fundamento por ser o princípio primeiro, fundamento de origem de todo o sistema jurídico. Não pode ter fundamento algum, já que, formalmente, é o princípio primeiro do sistema jurídico e, assim, não pode derivar de nenhum outro. Se possuísse fundamento, esse teria de possuir outro e assim sucessivamente, ou, como já foi dito, a norma fundamental é posta para se impor fim a uma digressão *ad infinitum* sobre os fundamentos de validade da ordem jurídica. Fica latente que, dentro do paradigma da Teoria Pura do Direito, a idéia de norma fundamental nada mais é do que um gancho formal de sustentação de todo o sistema jurídico³².

Não há, portanto, lugar para a soberania dentro do paradigma da teoria pura kelseniana. A noção de soberania, como foi visto, está vinculada à noção de legitimidade do ente estatal, sendo uma tentativa do Estado de justificar um poder que não possui. Incapaz de se auto-sustentar, o conceito de soberania (eminentemente valorativo), por uma jogada meramente retórica, é misturado à estrutura formal-científica do pensamento kelseniano, dando a impressão de que a soberania teria relação de necessidade com o ordenamento jurídico. Essa tentativa de imputar fundamento material, soberania, ao ordenamento jurídico é sustentada por um poder, não um poder concreto, mas simbólico do qual trataremos a seguir.

Apesar da sua propugnada pureza, a ciência do Direito se vale de um cabedal de termos que possuem carga significativa-axiológica. Entre eles estão a soberania, a democracia, a ordem pública... todos exemplos de expressões com significação predominantemente ética. A partir daí, pode-se começar a entender o *modus operandi* do poder simbólico dentro do Direito. Luiz Alberto Warat é bem elucidativo nesse sentido:

“Em geral podemos dizer que a significação ética constitui o nível de transmissão de conteúdo ideológico. São termos que se usam para obter a consolidação e a aceitação dos valores predominantes da comunidade. (...) Desta forma, mediante a utilização de uma linguagem impregnada de significações éticas, se consegue introduzir, sob uma suposta aparência de uma descrição objetiva, uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica.”³³

O método de coação simbólica usado pelo discurso da Ciência do Direito é o básico das mensagens persuasivas – confundir, dentro do discurso, o fato e a

opinião, isto é, a descrição e a valoração. O Direito, tomado em seu sentido supostamente científico, escorando-se em critérios objetivos, escondendo-se detrás de uma estrutura (pseudo) epistêmica, lança mão de um conteúdo altamente ideológico. O discurso jurídico – que pode ser entendido como o conteúdo do sistema – põe-se como objetivo, contudo se pauta na subjetividade de termos ideológicos e constantemente re-ideologizados, tendo como principal deles a soberania. A própria noção atual de soberania popular – que impõe aos atos legislativos uma dita soberania derivada (de uma delegação de poder advinda, v.g., do voto numa democracia representativa) e que acaba por levar à conseqüência retórica de que haveria uma presunção de validade do sistema jurídico por sua derivação da soberania – constitui mensagem persuasiva. É carregada nessa inferência, que se pretende objetiva, um conjunto de valorações – democracia, legitimidade, bem-comum, cidadania – que visam tornar o sistema jurídico uma necessidade para a preservação desses valores. Não há nenhuma necessidade lógica entre esses e o sistema jurídico; há apenas uma jogada estética. Esse jogo epistemológico tem muitas artimanhas, tenta fazer com que a ideologia que transmite seja inferência lógica, estruturando o discurso objetivo em conjunto com sua base axiológica. Tal estrutura acabou construindo um poder de coação simbólica tão forte que suas bases se arraigaram como senso comum, o que Warat chamaria de *senso comum teórico dos juristas*³⁴. Em tal senso, seriam condicionadas as *verdades* jurídicas, que nada mais são do que imposições valorativas que se pretendem objetivas.

Essa nebulosa, porém contundente estrutura simbólica, causou e causa uma conseqüência, já citada, no *ethos* do operador do Direito. O que chamamos de *conformismo com o sistema posto*. O operador do Direito, aquele que maneja as normas jurídicas (e que, por vezes, tem bom conhecimento teórico, não do Direito em seu sentido *lato*, mas dos escritos sobre as normas jurídicas – que ao nosso ver estão aquém de uma Dogmática Jurídica, não passando de meros manuais de instrução para se operar a normatividade posta) passa ao largo das discussões epistemológicas e nem sequer tem em mente a problematização gnoseológica que enfrenta o suposto ordenamento jurídico que opera. O operador do Direito é o primeiro a se perder no labirinto da já descrita coação simbólica, prisão perigosa em que o prisioneiro nem se imagina preso. O operador do Direito não busca um saber sobre o sistema, mas um saber para agir dentro do sistema; não pensa sobre ele, mas como e para ele. O ato de operar o direito acaba sendo uma internalização de seus valores.

Um segundo ponto que foi colocado em relação à ética do operativismo jurídico é o que chamamos de ideário de repetição. Esse é conseqüência direta da

pureza metodológica kelseniana. No começo, parece contra-senso. A pureza metodológica de Kelsen é feita pela separação radical do mundo jurídico (sistema normativo) do mundo fático. A pureza está exatamente no fato de o sistema jurídico não levar em consideração nada além de si mesmo, separando-se brutalmente de sua finalidade, que é a aplicabilidade dentro de determinada sociedade. A expressão supra-mencionada, de que Kelsen lavou as mãos, significa que, ao criar um sistema jurídico baseado na pureza metodológica e, assim, auto-referente, ele, aparentemente, abandonou as questões da práxis jurídica. É dessa elipse que brota o ideário de repetição. Contudo, essa elipse não pode ser confundida com um vazio de sentido, uma ausência pura e simples. Num pensamento como o de Kelsen, o silêncio, a não externalização, é extremamente representativo. Apesar de não teorizar sobre a práxis jurídica, Kelsen monta uma teoria do Direito que une o formalismo jurídico e o positivismo legalista – tendo, portanto, uma ciência jurídica estruturada em objeto *a priori*, empiricamente lógico e presumidamente válido – significando que, além de uma pureza formal que seria inerente ao sistema jurídico, no campo empírico, o objeto *a priori* seria presumido como correto, o que pode se ajustar à idéia de impositividade necessária da lei. A pureza metodológica da forma jurídica unida à presunção de validade da lei criou uma estrutura de pensamento que se pauta pelo categórico. É uma necessidade lógica desse sistema jurídico que a lei se presume válida e que o sistema seja formalmente puro. A força coercitiva que deriva dessa necessidade e que está implícita no discurso jurídico influi diretamente no *ethos* do operador do Direito. Esse caráter replicante do jurídico, implícito na teleologia da Teoria Pura de Kelsen (ou seja, na criação de um operativismo jurídico), foi claramente descrito por Stammler, anos antes, consoante explicita Tercio Sampaio Ferraz Jr., *verbis*:

“Com efeito, a genealogia dos conceitos de Puchta afirma que o conceito fundamental, a partir do qual os outros são deduzidos, determina os demais através de seu próprio conteúdo. Este, por sua vez, não podendo derivar do conteúdo dos conceitos inferiores sob pena de incorrer-se num círculo vicioso, tem antes um fundamento ético, aproximadamente, o conceito kantiano de liberdade, cuja função se esgota neste dar conteúdo ao conceito básico, não se transportando para os demais. Daí a possibilidade de se deduzir infinitamente, de modo estritamente formal, do conceito básico, os demais, criando-se, então, as condições para a dedução de novas proposições normativas. Para Stammler, ao contrário, o processo dedutivo não vai além dos conceitos básicos puros, extraídos do conceito de direito. Os conceitos condicionados

pressupõem uma matéria historicamente dada, anterior ao processo de abstração. Assim, se o conceito de direito está sempre presente na determinação formal dos conceitos condicionados, estes conservam o conteúdo inicial, ao qual nada se acresce. Com isto, a ciência do direito passa a ter uma função meramente reprodutora e não criadora, nada acrescentando à matéria historicamente dada, isto é, ao direito positivo. A construção jurídica dos conceitos reduz-se, então, a uma clarificação do presente em determinados conteúdos volitivos de direito” ³⁵. (grifamos)

Porém, antes de se fazer uma análise mais minudente sobre essa questão, é deveras importante a análise de algo que lhe é preliminar.

O discurso jurídico faz uso da linguagem natural, usa-a como instrumental – não que isso quer dizer que a linguagem jurídica é natural, é uma linguagem tecnocientífica, mas que se vale da linguagem natural, de sua estrutura morfológica e sintática ³⁶. Portanto, antes de analisarmos a impositividade do discurso jurídico, convém uma breve análise dessa questão na linguagem natural. Para Roland Barthes,

*“a linguagem é uma legislação, a língua é seu código. Não vemos o poder que reside na língua, porque esquecemos que toda língua é uma classificação, e que toda classificação é opressiva: ordo quer dizer, ao mesmo tempo, repartição e cominação. Jakobson mostrou que um idioma se define menos pelo que ele permite dizer, do que por aquilo que ele obriga a dizer.”*³⁷

Consoante Barthes, há uma opressividade inerente à língua (expressão obrigatória da linguagem), chegando o autor a dizer que *ela é simplesmente fascista, pois o fascismo não é impedir de dizer, é obrigar a dizer*³⁸. Se concordarmos com o autor e sua concepção de que a língua é fascista, porque obriga a dizer certas coisas de determinada forma, não deixando escapatória dentro de seus parâmetros – sendo, assim, opressiva, posto que classificatória e, também, aprisionadora, já que uma classificação é prisão (pois separa algo do resto do mundo, restringindo-o a certos termos e obriga a um uso segundo seus critérios) –, o que se afirmar de um discurso que vem potencializar a opressão característica da linguagem natural?

O discurso jurídico (fundado em Teoria Pura do Direito) é triplamente opressivo. Em primeiro lugar, porque o próprio instrumental de que se vale – a língua – é opressivo por definição. Opressivo, também, pela própria necessidade

de essa Teoria Pura ser fundada no categórico – imposição de um objeto *a priori* e uma pureza sistêmica e metodológica, por um lado e, por outro, a imposição de uma validade empírica de seu objeto. Categórico, que, como vimos, é sustentado por uma retórica de força coativa, que usa grande aparato estético para, aparentemente, imputar de uma forma lógica seus valores, tentando transformar subjetividade latente objetividade constatada. Mas também opressivo por propor uma classificação – uma definição, imposta como válida, das condutas numa sociedade. Todos esses são silêncios desse sistema, silêncios que estão voltados diretamente para uma práxis do Direito. Silêncios que não precisam ser enunciados para oprimir. A linguagem jurídica exerce sua opressão, principalmente, pelo seu caráter elíptico.

Toda essa opressão simbólica se reflete no *ethos* do operador do Direito. Preso em amálgama de forças, ele é compelido a replicância. Passa como mero repetidor da ordem jurídica posta, nunca chegando a uma reflexividade – nem sobre o Direito, nem sobre seu papel nessa práxis. Há uma alienação que parece ser inerente ao *ethos* do operativismo jurídico e que, *prima facie*, é o ideal hodierno do que deve ser bom operador do Direito. Um replicante, nunca um reflexivo.

Conclusões e hipóteses

São duas as conclusões básicas que este trabalho objetiva tirar. A primeira se refere à gênese histórica da postura ética do operador do Direito; a segunda se refere às conseqüências práticas dessa ética.

A construção da ética do operador tem suas raízes fincadas numa interpretação simplista, porém justificável hermeneuticamente, da filosofia kantiana, no que tange à arraigada opção metodológica pelo formalismo e, propriamente, pela pureza metodológica. É decorrente de um mal-entendido e esse mal-entendido deu subsídios para o pensamento idealista imaginado. Em face de seus seguidores, Kant é muito mais lúcido do que qualquer um deles. Portanto, é disso que se trata: um idealismo idealizado, veiculador de um compromisso ético de caráter muitas vezes duvidoso, para não dizer hipócrita.

O caráter replicante do pensamento do operador do sistema fundamenta a postura não reflexiva da atividade judiciária. É essa postura, e não as instituições judiciárias em si, que estabelece a má formação da moral operativista. Em síntese, temos, em mãos, um modelo racional que é naturalmente deficiente no tocante à assunção dos fins morais a que se propõe.

Não há de se fazer aqui uma reprimenda moralista propriamente dita. O escopo deste trabalho é demonstrar a constatação de um duplo contra-senso na ética dos operadores do sistema: pregar moral que não pode ser levada a cabo com o instrumental teórico constituído e dar margem a uma contradição teórica enquanto a teoria refuta qualquer contradição.

O primeiro ponto nos indica um problema estrito ao campo da moral: a moral do operador do Direito não tem existência fática senão enquanto metáfora de uma condição não reflexiva, impassiva diante dos fatos por condição. Seu dogma reside na ausência de necessidades espirituais autênticas: a hipótese que se pode lançar é se essa moral não seria meio de se afixar no quadro existencial do operador o modo de se consolidar um tributo ao poder em várias de suas faces. A moral ausente não seria aquela que abre a porta e deixa a vontade despótica governar o recinto do humano?

Já o segundo ponto nos encaminha para a caracterização de outra fenda na ideologia do operador. A contradição teórica que se constata no fundamento dado à normatividade pelo positivismo legalista (a lei é porque é e é soberana) torna-se cáustica quando o seu próprio pensamento considera, além de desvio, de *per si*, imoral, qualquer contradição. É imoral, na moral do operador do sistema, contradizer-se; a coerência é sinal e símbolo de virtude e, porque não dizer, justiça. Aqui também se aproxima a percepção de um canal de movimentação do poder investido na atividade judicial e, quer-se também, jurídica.

A hipótese mais grave que se apraz lançar, por fim, é a de que foi a negação de um poder aplicado aos fundamentos da atividade judicial que forçou a criação de uma ética ausente, a qual pode veicular negativamente os poderes desse universo. Ética negativa, porque não pode se violentar e afirmar-se assertivamente contra seu lado político, tendo simplesmente ventilado o poder sem compromisso com ele. Essa ética não está em comunhão com o seu poder próprio, mas com uma estrutura, aparentemente ausente, de poder simbólico. E é por isso que dissemos que Kelsen foi o ícone dessa narrativa: seu arquétipo mítico é o do ato de lavar as mãos. Kelsen lavou as mãos, e então o horizonte do operador se modificou decisivamente, tornou-se escravo de uma apoliticidade, de um cientificismo, enquanto a sua proclamada ciência não passa de juguete retórico na afirmação e na sustentação de uma estrutura de poder estatal vazia de sentido. O jurista acabou abrindo mão de seu humanismo mais valioso, a possibilidade de reflexão sobre o seu agir, como se as vendas que cobrem as vistas da figura mítica de justiça pousassem, também, sobre seus olhos. Então é o que temos hoje: está tudo aí, tudo para ser redescoberto e reinventado. Se ficarmos atentos, essas mitologias podem até mesmo nos salvar.

Notas

¹ CORDEIRO, A. Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XV.

² ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade ne ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

³ *Ibid.*, p. 41.

⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4ª ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 16.

⁵ *Ibid.* p. 27.

⁶ “As categorias, segundo as quais se estabelecem as referidas relações, correspondem, pois, naturalmente, às formas lógicas do juízo”. In: PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. 5ª ed. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 65.

⁷ KANT, Immanuel. Op. Cit., p. 102.

⁸ *Ibid.*, p. 18-19.

⁹ “É pois na intuição do tempo que, na fórmula de Boutroux, ‘a imaginação traça *a priori* os quadros onde possam entrar os fenômenos, e que indicam a categoria sob a qual estes devem ser arranjados’”. In: PASCAL, Georges. Op. Cit., p. 75.

¹⁰ *Ibid.*, p. 182.

¹¹ DELEUZE, Giles. *Para ler Kant*. Trad. Sonia Dantas Pinto Guimarães. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 32.

¹² *Idem.*

¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. portuguesa. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 100.

¹⁴ STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. Tradução da segunda edição alemã. Madrid: Editorial Reus, 1930, p. 71-72 (nota 1).

¹⁵ CORDEIRO, A. Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XI-XII.

¹⁶ LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 97-98.

¹⁷ “Aproveitando categorias gnosiológicas kantianas, Stammler apela, como bitola, ao “Direito justo”, consonante como a idéia de uma forma, incondicionalmente válida, na qual a substância das aspirações sociais condicionadas se acolha ou a idéia de um método geral válido, segundo o qual, como lei fundamental geral e como medida orientadora formal, um querer e exigir jurídico possa ser

determinado'. Repetidamente afirmado como forma, o Direito poderia, afinal, apreender-se e desenvolver-se através de quadros mentais disponíveis, num apriorismo teórico típico do idealismo". In: CORDEIRO, A. Menezes. Op. Cit., p., XII. Ver também: STAMMLER, Rudolf. Op. Cit., p. 66-67.

¹⁸ "A filosofia analítica surge ao final do século passado sobretudo com G. E. Moore e B. Russell como uma dupla reação às correntes então dominantes na Grã-Bretranha, o idealismo alemão de inspiração hegeliana de F. H. Bradley, T. H. Green e B. Bosanquet dentre outros o empirismo psicologista e subjetivista influenciado principalmente por J. S. Mill. Um movimento semelhante, denominado por A. Coffa (1986) de 'tradição semântica' surge na Alemanha nas últimas décadas do século XIX, sendo que a obra de filósofos, lógicos e teóricos da ciência como B. Bolzano, G. Frege e E. Mach, apesar das diferenças teóricas entre eles, pode ser considerada, em grande parte, como uma reação à filosofia transcendental de origem kantiana, sobretudo no que diz respeito à questão da fundamentação da ciência. Podemos dizer que essas duas novas concepções filosóficas vão se encontrar na filosofia do Círculo de Viena". In: SOUZA FILHO, Danilo Marcondes. *Duas concepções de análise no desenvolvimento da filosofia analítica*. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoli de (org.). *Paradigmas filosóficos da atualidade*. Campinas: Papirus, 1989, p. 11.

¹⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. XV.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1.

²¹ VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 35/49.

²² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 75-76.

²³ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade – a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p.89.

²⁴ "A teoria da soberania persistiu como ideologia e como princípio organizador dos grandes códigos jurídicos por dois motivos. Por um lado, ela foi, no século XVIII e ainda no século XIX, um instrumento permanente de crítica contra a monarquia e todos os obstáculos capazes de se opor ao desenvolvimento da sociedade disciplinar. Por outro lado, a teoria da soberania e a organização de um código jurídico nela centrado permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que ocultava seus procedimentos e técnicas de dominação, e garantia o exercício dos direitos soberanos de cada um através da soberania do Estado. Os sistemas jurídicos – teorias ou códigos – permitiram uma democratização da soberania, através da constituição de um direito público articulado com a soberania coletiva, no exato momento em que esta democratização fixava-se profundamente, através dos mecanismos de coerção disciplinar. Mais rigorosamente: a partir do momento em que as coações disciplinares tinham que funcionar como mecanismos de dominação e, ao mesmo tempo, se camuflar enquanto exercício efetivo de poder, era preciso que a teoria da soberania estivesse presente no aparelho jurídico e fosse reativada pelos códigos. Temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e por outro, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social." In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. de Roberto Machado. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996. p.188-189.

²⁵ "Parece mais adequada, como vista, a teoria de que o fundamento das decisões jurídicas são *topoi*, opiniões mais ou menos indefinidas que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria

empresta sua adesão, ao mesmo tempo em que preenche os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal, baseada em pressuposições que permanecem implícitas como se evidentes fossem, como se fossem as opiniões “de todos”. São justamente esses *topoi* vagos e indefinidos, presentes nas leis e na concepção de “norma” estatais, que possibilitam o controle social pelo Estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa.” In: ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.280.

²⁶ Santo Agostinho, *mimeo*.

²⁷ KESLSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.161.

²⁸ *Ibid.*, p. 162.

²⁹ *ibid.*, p. 163.

³⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. XVIII.

³¹ KESLSEN, Hans. *op. cit.* p. 170.

³² “A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta válida por que sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito.” In: KESLSEN, Hans. *op. cit.* p. 170.

³³ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 140.

³⁴ *ibid.*, p. 15.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos tribunais/Universidade de São Paulo, 1976. p. 43.

³⁶ “Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos lingüísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Este uso oscila entre o aspecto *onomasiológico* da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*, isto é, a sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isso ocorre.” In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 255.

³⁷ BARTHES, Roland. *Aula*. 8. ed. São Paulo: Cultrix, 2000. p.12.

³⁸ *ibid.*, p.14.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARTHES, Roland. *Aula*. 8. ed. São Paulo: Cultrix, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARVALHO, Maria Cecília M. de (Org.). *Paradigmas filosóficos da atualidade*. Campinas: Papirus, 1989.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8.ed. Lisboa: Gulbekian, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. de Roberto Machado. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996.
- GOYARD - FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- JAPIASSU, Hilton & MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4ª ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LACOSTE, Jean. *A filosofia no século XX*. Trad. Marina Appenzler. Campinas: Papirus, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. 5ª ed. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1996.
- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1930.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

Resumo

Intenta-se com esse artigo fazer uma análise da ética do operador do Direito na atualidade. Para tanto, busca-se o caminho do estudo das teorias paradigmas do

pensamento jurídico – o formalismo e o positivismo jurídicos – juntamente com constatações sobre o chão epistemológico da idéia de ciência da modernidade (o formalismo kantiano). Dentro de um contexto crítico, pretende-se suscitar as conseqüências das imposições retóricas, tácitas a esses pretensos sistemas, na criação de um *ethos* do operativismo jurídico e na formação de uma técnica repetitiva, ao invés de um saber reflexivo.

Palavras-chave: *Ethos*; Ética; Formalismo jurídico; Kant; Positivismo jurídico; Operadores do direito; Técnica; Repetição; Reflexão.

Abstract

The article presents an analysis of Law operators ethics nowadays. In order to do so, it studies the paradigmatic theories of the juridical thought – formalism and positivism – along with considerations on the epistemological ground of the idea of science of modernity (the Kantian formalism). From a critical perspective, it intends to demonstrate the most important consequences of rhetoric imperatives, as implied in the philosophic and juridical knowledge studied, to the genesis of an *ethos* typically observed in the law operator and in the formation of a technique based on repetition and not on reflexive knowledge.

Key words: Ethos, Ethics, Juridical formalism; Kant; Juridical positivism; Law operators; Technique; Repetition; Reflexion.

Resumen

El artículo presenta un análisis de la conducta ética del jurista. Para tanto, estudia las teorías paradigmáticas del pensamiento jurídico – formalismo y positivismo – además de consideraciones sobre los fundamentos epistemológicos de la idea de ciencia de la modernidad (el formalismo Kantiano). Desde una perspectiva crítica, procurase demostrar las más importantes consecuencias de imperativos retóricos, implícitos en el conocimiento filosófico y jurídico en estudio, para la creación de un *ethos* típicamente observado en el jurista y en la formación de técnicas basadas en la repetición y no en el conocimiento reflexivo.

Palabras clave: Ethos; Ética; Formalismo jurídico; Kant, Positivismo jurídico; Jurista; Técnica; Repetición; Reflexión.

Normas para os colaboradores

1. Os artigos devem conter em torno de 25 laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres.
2. Os originais devem ser encaminhados ao Editor, em disquete, programa Word 7.0 (ou 97), com uma cópia impressa. *Usar apenas formatação padrão.*
3. Os artigos devem estar acompanhados de resumos em português, espanhol e inglês, contendo aproximadamente cada um oitenta palavras, palavras-chave.
4. Em seguida ao nome do autor, devem constar informações sobre a formação e a vinculação institucional, com o máximo de cinco linhas.
5. Notas, referências e bibliografia devem estar de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas e colocadas ao final do artigo.
6. Resenhas devem ter cerca de 75 linhas de 65 toques, ou seja, aproximadamente 4.900 caracteres.

diagramação, arte-final, impressão e acabamento

 *gráfica e editora*
inconfidência

fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilã distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br

