

A Leitura

Caderno da Escola Superior
da Magistratura do Estado do Pará

Volume 2 / Número 1

Maio / 2009



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Presidente

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Vice-Presidente

Des.ª Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Corregedora da Região Metropolitana

Des.ª Eliana Rita Daher Abufaiad

Corregedora do Interior

Des.ª Maria Rita Lima Xavier

Coordenadora dos Juizados Especiais

Des.ª Célia Regina de Lima Pinheiro

Tribunal Pleno/ Desembargadores

Albanira Lobato Bemerguy

Maria Helena D' Almeida Ferreira

Carmencin Marques Cavalcante

Sônia Maria de Macedo Parente

Milton Augusto de Brito Nobre

Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Rosa Maria Portugal Gueiros

Therezinha Martins da Fonseca

Rômulo José Ferreira Nunes

Luzia Nadja Guimarães Nascimento

João José da Silva Maroja

Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha

Raimundo Holanda Reis

Maria Rita Lima Xavier

Eliana Rita Daher Abufaiad

Brigida Gonçalves dos Santos

Vânia Lúcia Silveira Azevedo da Silva

Constantino Augusto Guerreiro

Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos

Ricardo Ferreira Nunes

Maria Angélica Ribeiro Lopes Santos

Leonardo de Noronha Tavares

Marneide Trindado Pereira Merabet

Cláudio Augusto Montalvão das Neves

Maria do Carmo Araújo e Silva

Célia Regina de Lima Pinheiro

Maria de Nazaré Saavedra Guimarães

Dahil Paraense de Souza

Leonam Gondim da Cruz Júnior

Diracy Nunes Alves

UNIDADES ADMINISTRATIVAS

Secretaria Geral de Gestão

Teresa Lusía M. C. Cativo Rosa

Secretaria de Administração

Francisco de Oliveira Campos Filho

Secretaria de Informática

Mário José Matos Tavares

Secretaria de Planejamento, Coordenação e Finanças

Sueli Lima Ramos Azevedo

Departamento de Comunicação Social

Walbert da Silva Monteiro

Coordenadoria de Imprensa

Linomar Saraiva Bahia



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ

Conselho Superior da Escola

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Des. Milton Augusto de Brito Nobre

Des.ª Albanira Lobato Bemerguy

Des.ª Maria de Nazaré S. Gouveia dos Santos

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Presidência

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Diretoria Geral

Des. Milton Augusto de Brito Nobre

Diretoria Geral Adjunta

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Secretaria Geral

Ana Cristina Klautau Leite Chaves

Departamento Acadêmico

Thais Helena Pereira Carvalho Cruz

Departamento de Ensino e Pesquisa

Raimundo Wilson Gama Raiol

Departamento Administrativo/Financeiro

Rosinéli Guerreiro Salame

CADERNO DA ESM-PA

Conselho Editorial

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Des. Milton Augusto de Brito Nobre

Des.ª Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos

Jean Carlos Dias

Jorge Alex Athias

Reynaldo Andrade da Silveira

Zeno Augusto de Bastos Veloso

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Editora responsável

Lorena Souza - 791 DRT-PA

Revisão

Lilía Chaves

Normalização e ficha catalográfica

Maria da Conceição Ruffeil Moreira

(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca/ESM-PA)

Francisca Maria dos Prazeres Bezerra

Riassunto e parole-chiave

Guido Oddenino (Liceo Italiano)

Abstracts e key words

Silvia Benchimol (CCBEU)

Fotos

Elza Lima (capa)

Marcus Rocha e Ricardo Lima (Assessoria de Imprensa do TJE-PA)

Arquivo O Liberal

Projeto gráfico e capa originais

Casa Brazil Design

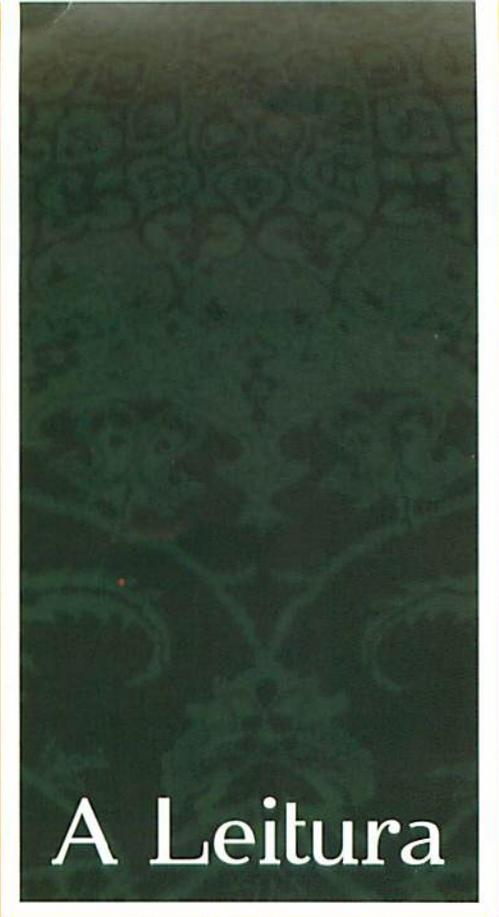
Adaptação do projeto gráfico e editoração eletrônica

Griffo Comunicação

Impressão

GTR Gráfica e Editora LTDA

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA).



A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.2, n.1, p. 1-108, maio 2009

Belém/Pará
2009

A imagem que ilustra a capa deste volume de **A Leitura** é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
— Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – Belém: ESM-PA, 2008 –
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	5
ENTREVISTA	6
Desembargador Rômulo Nunes	
REPORTAGEM	9
Série "Crimes que abalaram o Pará"	
Severa Romana: do crime passional à devoção popular	
ARTIGOS	
O poder normativo da jurisdição constitucional.....	18
Inocêncio Mártires Coelho	
Execução e exceção de contrato não cumprido: notas ao art. 582 do CPC.....	26
Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira	
Direito penal do inimigo.....	34
Rogério Greco	
O ensino de "Direitos Humanos".....	42
Paulo Klautau Filho	
Litisconsórcio alternativo e o Código de Defesa do Consumidor.....	54
Daniel Amorim Assumpção Neves	
Jogo de azar ou direito penal democrático? Façam as suas apostas.....	62
Ana Cláudia Bastos de Pinho	
Factores de risco para a segurança interna dos estados inerentes aos enclaves problemáticos das zonas urbanas.....	74
Horácio Pinto	
Responsabilidade civil médica: corpo estranho no organismo humano proveniente de acesso cirúrgico.....	78
José Carlos Maldonado de Carvalho	
Os direitos humanos e o cidadão internacional: uma planificação à luz do discurso dos direitos fundamentais.....	84
Elder Lisboa Ferreira da Costa	
CONTOS	
A Fuga.....	94
Roberto Gonçalves de Moura	
Imissão na Posse.....	96
Humberto Gomes de Barros	
POEMAS	
Receita (Deliciosa) / Juiz Ideal.....	102
Humberto Gomes de Barros	
RESENHAS	
O inimigo no direito penal.....	104
por Marcus Alan de Melo Gomes	
Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.....	106
por Raimundo Wilson Gama Raiol	



Entrevista

Desembargador Rômulo Nunes*

Chegamos ao segundo número de “a leitura”. Certamente não é muito. Porém, embora pouco, é a reafirmação de um compromisso de manter este veículo de divulgação do pensamento jurídico atualizado e aberto às contribuições para aperfeiçoar o direito e a justiça como instrumentos de realização da paz social e da construção de uma sociedade livre, democrática e, portanto, reflexiva de todas as opções de ideologias e de crenças, em busca da felicidade e do pleno respeito à dignidade humana.

Como afirmamos no seu número inicial, este é um espaço de reflexão, de crítica e de intercâmbio de ideias voltadas à inovação da ciência jurídica, mas, igualmente, ao fluir de outras manifestações intelectuais reveladoras do pluralismo e da diversidade que caracterizam o nosso existir e realizar.

Daí porque, conforme anunciamos naquela edição, desta feita, além da parte reservada às entrevistas, das seções referentes aos ensaios doutrinários e às resenhas, estamos inaugurando um novo espaço destinado à produção literária de contos e poesias, abrindo, assim, uma janela para arte, já que toda instituição auto-intitulada de ensino superior deve ampliar sua visão para alcançar todos os produtos culturais.

Este momento é deveras especial para as Escolas Superiores da Magistratura. As grandes responsabilidades que lhes foram atribuídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, têm exigido não só reestruturação organizativa como de seus quadros de professores, conforme vem orientando a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, tão bem dinamizada na eficiente gestão do Ministro Nilson Naves e ora entregue à direção competente do Ministro Fernando Gonçalves. Por isso, a permanência desta publicação tem um significado muito importante, na medida em que também demonstra o empenho da nova gestão do E. Tribunal de Justiça de dar continuidade às boas iniciativas e manter este veículo de comunicação, intercâmbio e revelação da criatividade.

Por outro lado, como estamos em vias de completar a chamada reforma do Poder Judiciário, em decorrência da assinatura, pelos representantes dos Poderes da República, do II Pacto de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, tudo indicando que o Congresso Nacional, em decorrência, irá realmente priorizar o exame das Propostas de Emenda Constitucional nº 358, de 2005, e 324, de 2009, deixa-se aqui a esperança – rótulo elegante que substitui o termo provocação – de que “a leitura” sirva de plataforma para o lançamento de novas ideias que contribuam para esse fim.

Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ

Editorial



Por: Linomar Bahia
Coordenador de Imprensa do
Tribunal de Justiça do
Estado do Pará (TJE-PA)

O presidente do Tribunal de Justiça do Estado, desembargador Rômulo Nunes, é o entrevistado desta edição. Ingressou na magistratura em 1979, através de concurso público para juiz, em que obteve a primeira colocação, iniciando, como todos em primeiros tempos de carreira, em comarcas do interior. Paralelamente à função judicante, é professor de Direito Penal e Processo Penal em universidades de Belém.

Ao longo desses 30 anos de atuação no Judiciário, quatro deles como diretor do Fórum Cível da Capital, o desembargador Rômulo Nunes tem construído uma sólida carreira, somando experiência judicante e administrativa em que se inclui o exercício da vice-presidência, corregedoria e presidência do Tribunal Regional Eleitoral. No período anterior à eleição para a Presidência, também exerceu a vice-presidência do TJE.

A Escola Superior da Magistratura já merecia, antes, e passou a merecer, agora, ainda mais atenção do desembargador Rômulo Nunes, na condição de presidente do Poder Judiciário, assegurando o apoio e incentivo ao trabalho desenvolvido pelo desembargador Milton Nobre como diretor geral do estabelecimento. Assim, na abertura desta entrevista, a pergunta não poderia ser outra:



“O Brasil precisa avançar, com urgência, na reforma de seus Códigos. Muitos dos problemas que provocam a demora nas decisões judiciais têm suas raízes ou no anacronismo legal ou nas muitas possibilidades recursais que fazem o processo se arrastar no tempo”

A Leitura: Como Vossa Excelência analisa o papel da Escola Superior da Magistratura na formação dos magistrados?

Des. Rômulo Nunes: A contribuição da Escola para a qualificação de magistrados e servidores tem sido da maior relevância. Graças aos cursos regulares, palestras e seminários pontuais, juízes e assessores são instrumentalizados com os conhecimentos e a experiência funcionais, transmitidos por magistrados mais experientes nas diversas áreas e por conceituados mestres do Direito – entre os quais expoentes da Justiça brasileira e de Tribunais Superiores, convidados a proferirem aulas especiais. A Escola proporciona, assim, a formação requerida, o que inclui desde o treinamento inicial dos juízes substitutos recém-concursados, até as oportunidades subsequentes de reciclagem e atualização, indispensáveis à constante melhoria na prestação jurisdicional com que temos obrigação de atender às expectativas dos jurisdicionados. Em minha gestão, no biênio iniciado em fevereiro último, a Escola da Magistratura receberá o apoio permanente às suas iniciativas e o aparelhamento tecnológico e operacional necessário para que possa cumprir cada vez melhor e de forma mais eficiente a sua função de ensinamento e difusão da cultura jurídica e de boa gestão da Justiça. Já há, por exemplo, canais abertos à geração via internet de palestras e cursos, para que magistrados possam acompanhá-los em suas próprias comarcas. A isso, estarão sendo adicionados novos recursos de comunicação destinados a permitir, inclusive, a interação entre os emissores e a audiência das mensagens.

*Desembargador, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Mestre em Instituições Jurídico Políticas pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

AL: O Poder Judiciário está sempre diante de novos desafios, entre os quais corresponder à crescente demanda dos cidadãos que nele buscam seus direitos...

DRN: Tanto como as gestões dos presidentes que me antecederam, todos atentos e dedicados ao atendimento dessas necessidades, continuarei a facilitar ainda mais o acesso da sociedade à Justiça. O Judiciário paraense tem ampliado em muito a estrutura em 107 comarcas do Estado, reformando, ampliando e modernizando Fóruns, em que se destacam a informatização e o aumento do número de juízes e serventuários. Para isso, estão sendo realizados frequentes concursos, lamentando-se, contudo, que o índice de aprovação fique muito abaixo das expectativas. Ainda no final do ano passado, um concurso para juiz logrou a aprovação de somente 11 dos mais de 1.700 candidatos que se habilitaram a 50 vagas. Atualmente, está sendo realizado outro concurso também para preencher 50 vagas. Igualmente está em andamento um concurso para quase 250 servidores de níveis superior e médio. Nesse particular, por sinal, regionalizamos o concurso, abrindo a possibilidade de nomear aprovados para a mesma região onde residem e, assim, evitar a evasão futura por conta de distanciamento dos servidores de seus domicílios.

AL: Como Vossa Excelência está administrando a eventual redução de repasses orçamentários para o Judiciário como decorrência da queda da atividade econômica e da arrecadação do Estado?

DRN: A necessidade de compatibilizar as disponibilidades orçamentárias com as do Judiciário sempre será um permanente exercício de controle no uso dos recursos. São investimentos na estrutura, nas atividades-meio e, principalmente, nas atividades-fim, e aí se inclui a ampliação e reforma das dependências do Judiciário na capital e no interior. Claro que, atualmente, diante das circunstâncias econômicas do momento, há um esforço maior de racionalização de custos e potencialização de recursos orçamentários. As medidas já adotadas e que virão a ser implementadas envolvem todos os itens dos custos do Poder Judiciário, excetuando-se, apenas, aqueles que dizem respeito aos avanços e aperfeiçoamentos da prestação jurisdicional.

AL: Quais os avanços propostos pela administração de Vossa Excelência na busca da celeridade processual?

DRN: As últimas administrações do Poder Judiciário do Pará foram, não apenas no meu ponto de vista particular, mas, por consenso da sociedade, muito eficazes. Foram tantos os avan-

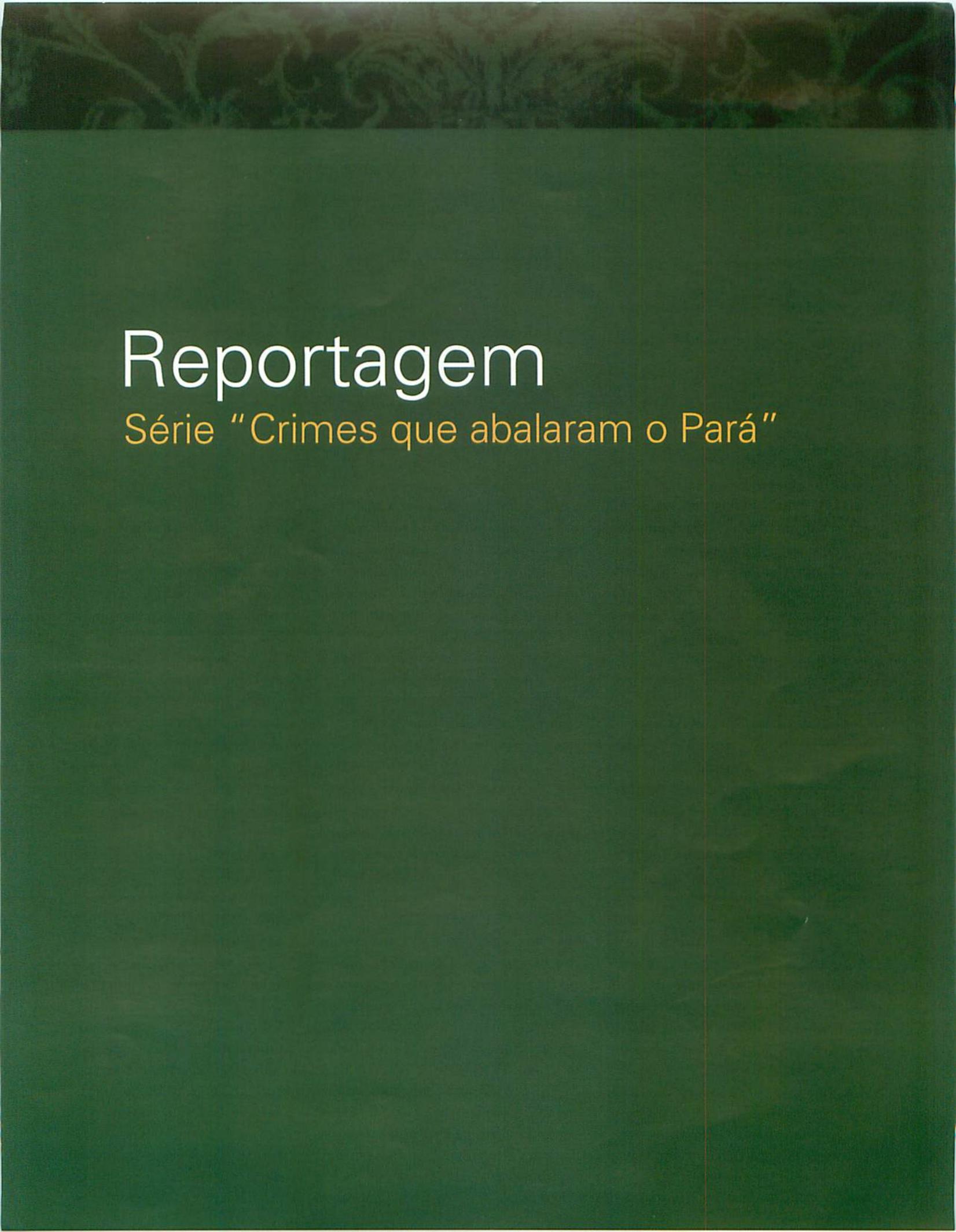
ços, tanto nas atividades-meio, como nas atividades-fim, que se tornaria exaustivo enumerá-los nesta entrevista. Mas desejo partir dessa premissa para expressar que meus objetivos estão voltados para ampliar esses avanços, consolidando o que já foi realizado, aperfeiçoando o que possa ser melhorado e implementando o que, eventualmente, não tenha podido ser feito. É fundamental que se valorizem, cada vez mais, os servidores do Judiciário para que se sintam sempre motivados a desenvolver suas atividades com o melhor de suas habilidades. É claro que o objetivo final está voltado para o bom atendimento de todos os jurisdicionados. Por outro lado, penso ser importante investir na imagem da Justiça junto à população, para que tenhamos o cidadão sempre bem informado e, assim, possa bem compreender o que ainda impede a excelência de nossos serviços, uma meta que pretendemos, tenazmente, perseguir.

AL: Quais as medidas que considera prioritárias para as atividades do Judiciário no Estado?

DRN: Não há dúvidas de que procuraremos melhorar, dentro dos meios ao nosso alcance, a celeridade no trâmite processual, aspiração maior de toda a população brasileira, já que não somos os únicos a enfrentar essa questão. Deveremos voltar uma atenção maior aos Juizados Especiais, buscando identificar eventuais gargalos e adotar as medidas que sejam cabíveis para superá-los.

AL: Como será possível superar as deficiências que dificultam a agilidade e eficácia da prestação jurisdicional?

DRN: É necessário que todos tenham consciência de que alguns problemas que hoje contribuem para a existência dessas dificuldades independem da vontade política, da habilidade técnica ou da competência administrativa de quem esteja à frente de um Poder como o Judiciário. Dois exemplos. Em primeiro lugar, o Brasil precisa avançar, com urgência, na reforma de seus Códigos, inclusive os de processo, e essa iniciativa é competência exclusiva do Legislativo. Muitos dos problemas que provocam a demora nas decisões judiciais têm suas raízes ou no anacronismo legal ou nas muitas possibilidades recursais (e o cumprimento de seus prazos) que fazem o processo se arrastar no tempo. Em segundo lugar, urge vencer um problema tipicamente regional, ligado à grande extensão territorial do Pará, às dificuldades de acesso a algumas comarcas e à carência de infraestrutura. A isso, acrescente-se o déficit de magistrados e funcionários, que estamos procurando superar, com os concursos de que já falei.



Reportagem

Série "Crimes que abalaram o Pará"

Severa Romana: do crime passionnal à devoção popular

O caso da jovem que foi assassinada prestes a dar à luz e virou santa dos paraenses. As circunstâncias e o processo do assassinato mais repercutido no Estado no início do século XX.

Edson Coelho de Oliveira
Jornalista



O primeiro assassinato cometido em Belém em 1900, no dia 2 de julho, se destinava a ser o mais repercutido do século que começava, figurando na história do Pará em várias áreas do conhecimento: jurídica, religiosa, jornalística, sociológica, antropológica, artística.

O cabo de esquadra Antônio Ferreira dos Santos, 39 anos, cearense, morava no mesmo quartel do Exército em que servia, o 15º Batalhão de Infantaria, em Belém. Ali conheceu o soldado Pedro Cavalcante Ferreira, de quem se tornou próximo. Um dia comentou com Pedro a necessidade de arranjar uma nova engomadeira e passadeira de roupas. Pedro indicou a própria mulher, Severa Romana, que, mesmo grávida, realizaria o trabalho. Antônio ainda hesitou, mas Pedro Cavalcante insistiu e, já no dia seguinte (2 de fevereiro de 1900), Antônio Ferreira entregava a Severa Romana a primeira leva de roupas.

A amizade entre o cabo e o soldado se estreitou, a ponto de, três meses depois, no dia 17 de maio, Antônio Ferreira mudar-se para a mesma casa onde residiam Pedro Cavalcante, Severa e seu senhorio, Joana Gadelha, 60 anos. O convite teria partido de Pedro Caval-

cante, compadecido com a inadaptação do amigo à rotina de até dormir no quartel onde servia. Antônio aceitou de pronto o convite, conversou com Joana Gadelha e mudou-se em seguida (a casa, o número 81 da João Balby, era na verdade um barraco semelhante a outros que havia nas redondezas, à época um grande matagal onde se ergueram casas muito pobres, muitas para aluguel. O cabo passou a morar na sala da pequena casa-pensão).

A confiança de Pedro na mulher era referendada pelo testemunho de parentes e vizinhos: Severa era boa, íntegra, solidária, prestativa, religiosa e se esmerava no enxoval do filho que nasceria em dois meses. O amigo Antônio Ferreira, na convivência diária com Severa, é que viu aumentar o desejo que sentia quando entregava as roupas para lavar. Como Severa resistisse a qualquer investida, e evitasse a todo custo os contatos entre os dois na casa (conforme estampavam, já no dia seguinte ao crime, os dois diários da época, *A Província do Pará* e *a Folha do Norte*), Antônio amanheceu descontrolado, naquele 2 de julho, e foi várias vezes do quartel à casa para tentar ver a esposa do amigo (Pedro Cavalcante

estava impedido de sair do Batalhão, porque teria se ausentado de um recinto militar contra a ordem de um superior).

À noite, encontrou Severa em companhia do senhorio, Joana Gadelha. Tão logo ficaram a sós, matou-a a golpes de navalha. Severa tinha dezenove anos e estava prestes a dar à luz.

Dezoito meses depois, em 20 de novembro de 1901, o réu era condenado à pena máxima, 30 anos de reclusão (ratificada em novo julgamento, a 31 de maio de 1902) e Severa era adorada em Belém como santa popular.

O crime

As circunstâncias reais do assassinato de Severa Romana jamais serão esclarecidas, pois a única descrição "verdadeira" é a do próprio assassino, o cabo Antônio Ferreira, e com a evidente intenção de incriminar Severa.

Outra versão importante é a do senhorio Joana Gadelha, que, como testemunha, acusou o cabo e se disse também ameaçada por ele (documento reproduzido na página ao lado).

De acordo com Joana, o acusado chegou a casa por volta das 19 h. Foi servido por Severa, que não aceitou

sentar-se à mesa. Antônio Ferreira se recusou a comer, alegando que faltavam cebola e azeite doce. Severa foi ao quarto, arrumar a trouxa de roupa para passar a noite em casa da amiga Maria Antônia, a costureira "Mariquinha". Travou uma discussão com o cabo Ferreira e foram apartados por Joana. Esta foi ao banheiro, no quintal, e ouviu os gritos de Severa, outra vez dentro do quarto. Ao correr para acudir, encontrou a amiga de bruços, já na saída da casa, perto da cerca para a rua, onde teria recebido, caída, o golpe fatal da navalha, na garganta.

Joana questionou Antônio Ferreira sobre o que acontecera e o cabo, enquanto saía, compondo a farda desalinhada, teria dito "não se meta e não fale disso com ninguém, ou faço o mesmo com você". Saiu apressado, evitando as pessoas que já acorriam, e foi direto se entregar no próprio quartel onde servia (o crime foi na João Balby, entre Alcindo Cacela e 14 de Março, e o quartel ficava na praça Justo Chermont, ao lado da basílica de Nazaré: a uns 800 metros).

Em "defesa" ditada a um colega de cela (o cabo Ferreira era analfabeto) e apresentada por escrito ao júri, o acusado conta uma história diferente. Acusa Severa de seduzi-lo, de manterem uma relação amorosa de pelo menos dois meses e de tê-la matado num acesso de ciúmes, porque ela supostamente o traía "com outros homens" (ler "A defesa" nesta página).

O processo foi instaurado em 3 de julho pelo tenente-coronel Carlos Infante de Castro, suplente de juiz substituto do Terceiro Distrito Criminal,

e teve dois julgamentos: no dia 20 de novembro de 1901 e no dia 31 de maio de 1902. No primeiro, o juiz foi Geraldo de Souza Paes de Andrade e, no segundo, José Ernesto Pará-Assú, juiz substituto do 1º Distrito Criminal de Belém. O advogado de defesa foi Alberto Dias e o promotor, Francisco

cias do crime e iniciando um dos cultos mais poderosos da história do Pará. À medida que crescia a figura da Severa mulher correta, de bem, honrada, aumentava o ódio contra o cabo Antônio Ferreira, que traía a confiança do melhor amigo e assassinara *uma mulher* prestes a dar à luz. São vários os relatos de animosidades da população contra Antônio e colegas de farda, além de protestos em frente ao quartel onde se recolheu o preso (documento na página seguinte ilustra a questão).

Instaurado o processo, procederam-se as diligências necessárias ao esclarecimento das principais circunstâncias do assassinato, e se definiram as testemunhas. A principal foi Joana Maria Gadelha. Quarenta pessoas foram convocadas como jurados.

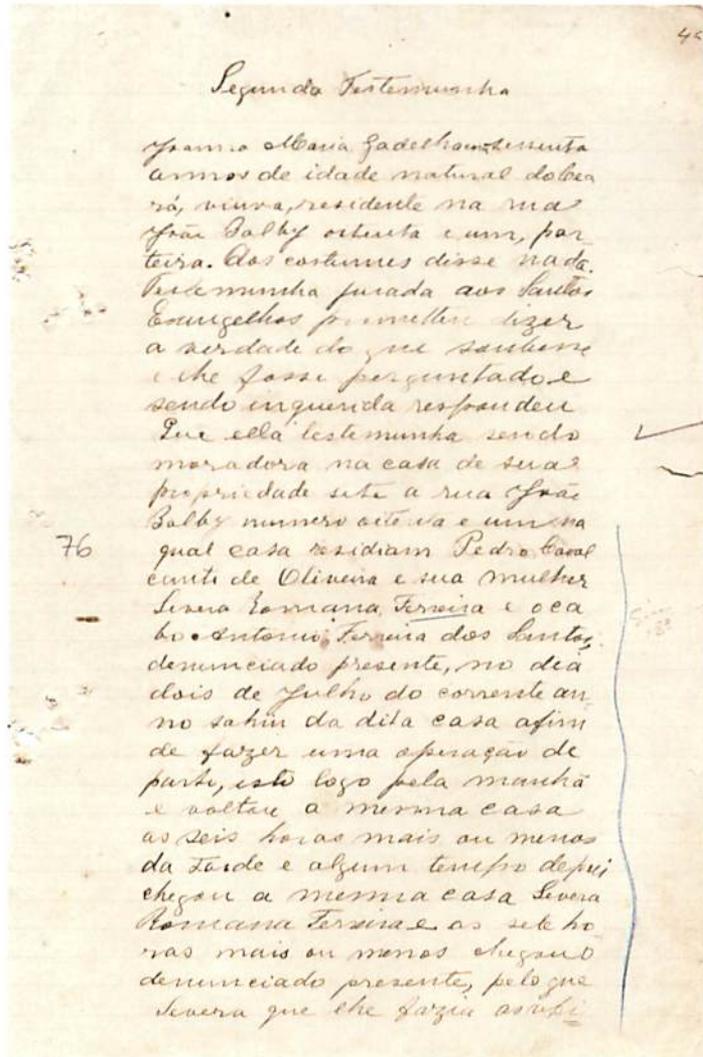
Durante o júri, o principal instrumento da defesa, no entanto, foi o próprio depoimento do réu, por escrito, que continha muitas falhas e fornecia elementos para a acusação.

A defesa

Antônio Ferreira, cearense de Russas, havia matado pelo menos duas pessoas em Grajaú, no Ceará, em defesa de um superior.

Na entrevista que deu à *Província do Pará*, é descrito pelo repórter como "um homenzinho de baixa estatura, mulato, magro, macilento mesmo, com bigodes algo fartos, caídos de ambos os lados [...]. É analfabeto, mas falante e seguro, e se declarou sem arrependimentos".

Consta dos autos um texto chama-



Olimpio de Lyra. A sentença foi rati ficada: 30 anos de prisão.

O processo

O assassinato ganhou proporções gigantescas na Belém do início do século, governada pelo prefeito Antônio Lemos, e com mais de 90 mil habitantes. A imprensa cobriu o caso de forma massiva, configurando as circunstân-

do pelo próprio Antônio Ferreira de "Defeza" (com "z") em que ele relata uma história muito diferente da que já fora comprovada pela imprensa e se instalara no imaginário da cidade. O cabo afirma que morava no quartel e, certo dia, comentou com o soldado Pedro Cavalcante que precisava de alguém para engomar e passar. Pedro indicou a esposa, Severa, e no dia seguinte, Antônio a conheceu, ao levar as primeiras roupas.

No texto manuscrito, Antônio diz que, já nos primeiros dias, Severa pediu-lhe certa quantia em dinheiro, fato que passou a se repetir, sem o conhecimento de Pedro Cavalcante. Antônio dos Santos diz que Severa, na frente dos outros, se comportava como santa, mas, a sós, dizia-lhe pilhérias e intimidades. Severa então teria aumentado o cerco sobre ele, a ponto de, após muito insistir, conseguir que Antônio fosse morar com ela e o marido, na pensão de Joana Gadelha.

No dia 17 de maio, Antônio teria aceitado mudar-se para a mesma casa de Severa. "Dona Joana já estava sabendo e de acordo, e me disse que eu nem precisava pagar adiantado". Com Pedro Cavalcante, Antônio teria acertado uma quantia fixa, para compra de mantimentos, e também havia um acerto com Severa, que, além de engomar e passar a roupa do hóspede, cozinhará.

Antônio garante que, certa vez, durante um passeio, Pedro Cavalcante re-

velou ter uma amante, a quem visitava a pretexto de que estaria na casa da mãe. O cabo diz que o marido de Severa não se importava com a esposa e que, "a bem dizer", estavam já separados. Antônio chega a afirmar que Pedro lhe propôs até dividir a amante, Júlia, além de os dois alugarem uma casa maior.

Tais fatos teriam levado Antônio a olhar com antipatia o amigo e com

sano" que encontrava.

No dia 2 de julho, procurou-a algumas vezes, mas ela nunca estava em casa, até que, no início da noite, encontrou-a na rua, convencendo-a a ir para a residência. Ali, de acordo com o réu, Severa se recusou a cumprir as tarefas diárias, como preparar a ceia, o que teria sido testemunhado por Joana Gadelha.

Ao saber que Severa se dispunha a passar a noite fora, em residência de "uma tal Mariquinha", onde funcionaria uma "casa de coito", Antônio se dispôs a usar todos os meios para impedir-lhe a saída. Joana Gadelha chegou à cozinha, onde os dois discutiam, e os ânimos se acalmaram. Joana Gadelha foi então ao quintal, "verter água", e Antônio procurou na cozinha uma faca para cortar uma laranja que havia sobre a mesa. Não encontrando a faca, lembrou que portava a navalha com a qual fizera a barba à tarde. Ao começar a descascar a laranja, Severa manifestou de novo a decisão de dormir fora. Foi aí que Antônio tentou impedi-la e acabou ferindo-a com a navalha.

Joana Gadelha voltou à cozinha, e Antônio lhe disse "Estou desgraçado!". Ela o teria aconselhado a não se entregar, mas ele saiu direto da casa para o quartel, onde confessou o crime e ficou preso.

A "defesa", no entanto, continha falhas e contradições e se tornou um elemento a mais de acusação contra o



Commando do 1.º Districto Militar

Belém, 22 de Julho de 1900.

Secretaria

N.º 1337

Sr. Dr. Carlos Infante de Castro
Juiz substituto do 1.º Districto Criminal
da Comarca de Belém

Presente em auto. Belém, 22 de Julho
de 1900. Sr. Carlos Infante de Castro.

55

Transmittindo-vos, por aqua, a seguinte
parte do Comandante da escolta, que a
presentou-vos, na ultima audiencia de 17
Junho, o Cabo de esquadra do 35.º Batalhão de
Infanteria Antonio Ferreira dos Santos, para
ser processado, pois vos dignos providencias
no sentido de não reproduzir-se o facto,
alle mandado, de ter sido ouvido aquella
escolta e ameaçado de aggressão o preso
sob sua guarda.

Saudes e fraternidade

Miguel Mano Real
1.º de Junho

mais simpatia a mulher dele. O acusado disse em sua "defesa" que Severa então aumentou os assédios, e que, mais de uma vez, convidou-o a estar com ela na rede, o que ele aceitou. Severa, no entanto, teria se afastado do cabo – por causa de outros amantes – já que não parava em casa e conhecia todo "pai-

réu. Antônio portava uma navalha, o que indicava premeditação; procurou Severa durante todo o dia, o que sugeria premeditação de, no mínimo, doze horas. Severa fugira dele desde a manhã e tencionava dormir fora na noite do crime (ao levar o almoço ao marido, ela teria dito da paixão e das ameaças do cabo, e Pedro Cavalcante aconselhou-a a dormir em casa de uma amiga). Como Severa

poderia se envolver com prostituição se estava prestes a dar à luz? Da mesma forma, como poderia ter os amantes imputados pelo réu? Como Severa e o cabo conviveram como amantes apaixonados num casebre e não foram percebidos pela outra moradora, Joana Gadelha, a primeira a acusar o réu e a defender a honra de Severa no julgamento? Se a morte fosse um acidente, por que Severa gritaria tanto (o que fez Joana Gadelha acudir)? Antônio já havia confessado o crime, inclusive ao jornal *A Província do Pará*, ao qual dissera que tinha um caso com Severa, que ela não lhe era constante,

que teria outros amantes e que a matara numa crise de ciúmes. Além disso, o que torna a “defesa” de Antônio Ferreira quase um instrumento infantil é o fato de Severa ter sido assassinada com vários golpes, dois deles profundos, nas costelas e na garganta.

Estava claro que tal defesa fora ur-

dida após o assassinato, pois, durante o crime, Antônio fez tudo às claras: procurou a vítima o dia inteiro e, quando a encontrou, matou-a a poucos metros de uma testemunha, Joana Gadelha, que acabara de sair da cozinha (para onde logo voltaria, já que fora ao quintal); em seguida, entregou-se no quartel onde servia, confessando de pronto o assassinato.

Com conformidade das decisões do júri, julgando o réu Antônio Ferreira dos Santos incurso no grau máximo do artigo 294 § 1º do Código Penal, o condemnou a trinta anos de prisão celular, que cumprirá na cadeia pública desta capital; pagar as custas pelo mesmo réu.
Salta das Atas do Tribunal do Júri em Belém do Pará 31 de Maio de 1902.
José Antonio Ernesto da Silva

O processo 189, sobre o julgamento do assassino de Severa Romana, não transcreve os argumentos do promotor, Pedro Alcântara Moreira Batista, e do advogado de defesa, Alberto Dias, tidos como dois dos grandes juristas da época. Restou apenas o libelo acusatório e o que noticiou a imprensa.

A promotoria pediu pena máxima

– homicídio qualificado – com premeditação e sem dar chances de defesa à vítima (documento ao centro).

A defesa desistiu de explorar a versão do “acidente” e tentou usar a moral da época a favor do réu, colocando Severa como a causadora da morte. Novamente, o artifício se voltou contra o cabo Ferreira: acusava uma mulher de grande reputação, tentando manchar a

honra daquela que morrera exatamente em nome da honra.

Ao final, prevaleceu a tese de que Antônio Ferreira se apaixonara por Severa e, como não fora retribuído, desenvolvera uma obsessão de que ela o recusava, mas acolhia outros amantes. A obsessão chegou ao ponto de arranjar amantes para Severa mesmo faltando dias para ela ter o filho. Antônio, então, de forma premeditada, decidiu que, se Severa não seria dele, também não seria de mais ninguém. E matou-a na primeira oportunidade.

A sentença

“Em conformidade das decisões do júri, julgando o réu Antônio Ferreira dos Santos, incurso no grau máximo do artigo 294 § 1º do código penal, o condeno em trinta anos, de prisão celular, que cumprirá em cadeia pública desta capital, pagar as custas pelo mesmo réu. Belém, 31 de maio de

1902". Assim o juiz José Ernesto Pará-Assú proferiu a sentença definitiva, do segundo julgamento de Antônio Ferreira.

O réu começou a cumprir a pena no presídio São José, hoje Museu de Gemas São José Liberto. Nenhum dos pesquisadores do tema, no entanto, conseguiu qualquer registro de que a pena foi de fato cumprida por Antônio Ferreira.

Também não se teve mais notícia do marido de Severa, Pedro Cavalcante.

Se fosse hoje

O promotor estadual aposentado e advogado criminalista Clodomir Araújo lembra que o julgamento do matador de Severa se deu à luz da Constituição de 1891, influenciada pelo Iluminismo. Essa Constituição abolira penas cruéis e infamantes e classificava os homicídios em três tipos: culposo, simples e qualificado (na época do Império, só havia homicídios simples, punidos com trabalhos forçados, e qualificados, punidos com pena de morte, abolida em 1850).

"No processo de Severa, chama a atenção a não-presença de um advogado do réu no depoimento das testemunhas", nota Clodomir Araújo. "Cita-se apenas o promotor, o réu, a testemunha, o acusado, mas não um defensor" (o advogado seria Alberto Dias, mas só figuraria a partir da metade do processo). Para Araújo, o promotor teria, hoje, os principais elementos para a condenação: o corpo, a testemunha que presenciou uma discussão e, em seguida, ouviu gritos, a confissão do homicida, as contradições do assassino nos testemunhos, o fato de não ter dado à vítima chance de defesa, a impiedade e a crueldade (a vítima estava prestes a dar à luz...). "A primeira tarefa do promotor seria fazer o óbito se ajustar à prova testemunhal".

As testemunhas

José do Patrocínio da Costa Santos

Vizinho dos personagens envolvidos no crime

Afirmou que não conhecia pessoalmente o réu, e que nunca o vira embriagado ou presenciara qualquer ato que lhe desabonasse a conduta. Sabia que o réu recebia gentilezas da família, como o acolhimento para morar, roupa lavada e comida.

Maria Antônia Joana Gadelha

Senhorio e moradora da casa onde houve o crime

Afirmou que Severa tinha conduta irrepreensível e que pediu ajuda, aos gritos, durante o assassinato. Afirmou também que o cabo ameaçou-a ao ser surpreendido e que teria dito: "Estou desgraçado".

Antônia Maria Ferreira

Vizinha dos personagens envolvidos no crime

Afirmou ter ouvido gritos e apitos na rua, e visto o corpo de Severa ainda de bruços, no chão. Garantiu ser Severa mulher de bem, correta, boa e honrada. Classificou o crime de "perversidade".

Arnaldo Carneiro

Cabo a quem o réu se entregou, no quartel

Disse que o cabo Ferreira chegou ao quartel por volta das oito da noite, confessou o crime e foi imediatamente recolhido ao xadrez.

Henrique Damião

Agente de segurança pública

Foi ao local do crime atraído pelos gritos e, a seguir, pela denúncia de que acontecera um assassinato. Encontrou o corpo de Severa degolado e soube que o acusado era um cabo do Exército. Nada se comentou, na noite do crime, sobre o motivo.

O libelo

O libelo continha nove itens, dentre os quais se destacaram:

- o réu matou com premeditação de pelo menos 24h;
- não deu chances de defesa à vítima;
- tinha superioridade de forças;
- praticou o crime impelido por motivo reprovado;
- traiu a confiança da vítima e do seu marido.

Já o advogado de defesa teria, à luz da Constituição atual, vários instrumentos para tentar ao menos reduzir a pena do cabo. Seriam eles: um advogado, contratado pelo réu ou público, nomeado pelo Estado ("à época de Severa, havia o advogado *ad hoc*, "para o ato", figura jurídica que se manteve até 1980"); direito à ampla defesa; princípio do contraditório; crime sob violenta emoção, provocado por paixão amorosa e ciúmes; réu perturbado, longe do Estado natal, morando de favor na sala de uma casa ("a confissão, em si, poderia ser anulada: confessa-se também por interesses, como proteger alguém, ou por se ser doente mental..."); o réu também poderia mudar a versão dos fatos.

O Código Penal da época do julgamento (de 1900, ano do assassinato) tratava da violência masculina em questões de honra: "a mulher tinha que ser honesta, à luz da justiça". O promotor Edson Augusto Cardoso de Souza, que atua no Ministério Público desde 1990, lembra que essa parte moral do processo está não apenas ultrapassada, como é condenada pela sociedade, que faz inúmeras manifestações contra a violência doméstica.

"O crime de homicídio é um dos mais antigos do mundo, e é repudiado por todas as culturas", diz Edson Cardoso. "Quando esse crime, que atinge nosso maior bem, que é a vida, se dá de forma premeditada, a repugnância e a pressão da sociedade são ainda maiores". Para o promotor, o fato de o cabo Ferreira ter traído a confiança de Severa e seu marido já denota uma potencialidade criminosa, "que o levou à dissimulação e ao fingimento".

À época do julgamento, havia ainda o libelo acusatório (boxe ao lado), instrumento que perdurou até a década de 80, e que era uma espécie de formulação direta e contundente da acusação, com grande efeito sobre o júri e as pessoas presentes.

Controvérsias

A ligação do jornalista e pesquisador santareno Jorge Calderaro com o culto a Severa Romana começou em 1973, quando buscava sucesso nos estudos, e se reforçou em 1983, quando perdeu uma filha, com cinco horas de nascida. Em 2005, Jorge sofreu um infarto “e, mais uma vez, me peguei com Severa”. Decidiu então escrever o livro “Severa Romana - santa popular e heroína da honra”, publicado em 2007.

No livro, Jorge Calderaro lembra que o crime (em 1900) aconteceu no auge do ciclo da borracha (1880 a 1912), quando a primazia na produção do látex deu à Amazônia casas de ópera como o Teatro Amazonas (Manaus) e o Teatro da Paz (Belém) e, ao Pará, o período co-nhecido como *Belle Époque*. “Foi essa Belém com ares de Paris que se emocionou com o assassinato da lavadeira e transformou Severa em santa”.

Calderaro resgata informações interessantes da época, como o fato de Belém ter 53 ruas e avenidas e 52 travessas.

Jorge Calderaro também levanta questões curiosas alheias ao assassinato, como o fato de ter havido um “branqueamento” de Severa ao longo do processo. No dia seguinte ao crime, a *Província* descreve a moça como “morena”. O escritor Jacques Flores, em livro sobre o episódio, afirma ser Severa “morena-claro”. Documentos garimpados por Calderaro nos arquivos da igreja trazem o depoimento de um monsenhor, Américo da Silva Leal, que convivera com uma freira que dera aula para a pequena Severa e asseverava ser a menina filha de italianos e branca.

“Como se vê, já no dia seguinte ao assassinato havia controvérsia sobre a cor de Severa”, nota Jorge Calderaro. “Mas é certo que não descendia de italianos, e sim de maranhenses, e, pelo

que me foi dado levantar, junto a fontes como o escritor Nazareno Tourinho, Severa era mulata e tinha o cabelo, como se dizia, ‘enfarinhado’”.

Não há uma só nota nos livros de Calderaro e de Jacques Flores (ambos defendem a origem maranhense de Severa) sobre quem seria então o pai da moça.

“A autópsia do corpo de Severa foi a primeira oficial realizada pela Faculdade de Medicina do Estado”, informa Jorge Calderaro, que revela no livro que a Igreja começou a reunir,

O processo 189 está no Centro de Memória da Universidade Federal do Pará, que vai ‘traduzir’ e digitalizar os manuscritos, para disponibilização ao público, inclusive pela internet.

em 1985, informações com o fim de reivindicar ao Vaticano a santidade de Severa. Mas, pela dificuldade da comprovação de pelo menos dois milagres, o levantamento foi interrompido com a morte do responsável pelo processo, o padre italiano Vicente Schiena, em maio de 1991.

O nascimento do mito

“Quem é o herói, o mito? É aquele que não morre ou sobrevive à morte”, ensina a antropóloga e professora da Universidade Federal do Pará Suelene Leitão Pavão. “E há que considerar esse elemento poderoso, a dor. Herói é o que enfrenta a dor e a morte e as transpõe.”

Suelene é pesquisadora de temas envolvendo a morte e dirigiu, com Rael Helyan e Bio Souza, o curta-metragem “Severa Romana, a santa popular milagreira” (2007, 12 minutos). Por que Severa Romana virou heroína – virou santa popular? “O caso envolve não apenas um, mas vários elementos essenciais da existência, o que comoveu muito o imaginário do nosso povo”, analisa Suelene Pavão. “Sociologicamente, envolvia circunstâncias capitais da época, como a fidelidade e a honra.”

A análise de Suelene coincide nos principais pontos com a de outros pesquisadores, que destacam, na geração do mito:

- Severa estava grávida de quase nove meses;
- foi assassinada de modo violento, com um objeto pouco usual (uma navalha);
- assassinatos eram raros em 1900, o que impressionou muito os que tiveram contato próximo com o crime;
- o caso envolvia uma paixão amorosa;
- fidelidade da esposa;
- morte em defesa da honra e da família;
- traição ao amigo que abrigara o acusado;
- crueldade;
- premeditação;
- ciúmes;
- Severa era reconhecida por todos como boa, solidária, religiosa, mulher exemplar.

A professora Suelene fez por três anos uma pesquisa com dezenas de devotos de Severa; no tópico sobre as causas da devoção, um elemento era comum: todos destacavam o fato de Severa ser boa, ainda que muitos nem conhecessem sua história. Há pessoas de várias classes sociais, mulheres e homens, muitos jovens. A maioria afirma ter recebido graças por intermédio de Severa Romana. Graças como cura de doenças (câncer, inclusive), sobrevivências a naufrágios, partos difíceis, êxitos como passar no vestibular.

Suelene conta que, durante a pesquisa, os fiéis também respondiam que Severa era bonita, mesmo sem lembrar-lhe o rosto. “É que aí a dimensão humana já perdeu as feições: estas já serão identificadas com características comuns aos mitos ou santos, como a beleza.”

Para a antropóloga Suelene Pavão, seria possível, caso ocorresse hoje, o caso de Severa Romana ter repercussão semelhante, inclusive gerando a devoção religiosa. “Vivemos a banalização da violência e da vida, mas o caso de Severa – morta a navalhadas, grávida, em circunstâncias de paixão e honra – tem características únicas na história do Pará. Não é à toa o interesse dos artistas, por exemplo”.

No caso de Severa, há também a atualidade de temas como a violência contra a mulher e a maternidade. “À época, falou-se que Severa tentou defender o filho, morreu defendendo o filho. Aliás, no acervo sobre ela, pouco se fala do filho. Era um menino, de acordo com a autópsia do corpo”, informa Suelene.

Entre as obras escritas sobre o episódio, figuram “Severa Romana – a mártir popular paraense”, do eminente escritor Jacques Flores; a peça “Severa Romana”, de Nazareno Tourinho (de 1968); uma ópera composta por Wilson Malheiros, filho do compositor santareno Izoca; e “Severa Romana – santa popular e heroína da honra”, de Jorge Calderaro.

A devoção

A administradora aposentada Maria dos Prazeres Souza Botto, 74 anos, é devota de Severa desde a adolescência, quando se mudou de Brasília Legal (perto de Santarém) para Belém, no início da década de 50 do século passado. “Percebemos a movimentação em torno da sepultura dela e, ao descobrirmos a história, fomos tomadas, eu e minha mãe, primeiro de uma grande simpatia por aquela mulher, simpatia que foi se transformando em devoção”, diz Maria dos Prazeres. “Lembro que, ainda mo-

O túmulo de Severa é o de número 25.762, quadra 28-1, no cemitério Santa Izabel, bairro do Guamá, em Belém. Nele figura a frase ‘Severa Romana Ferreira – assassinada em defesa de sua honra, no dia 2 de julho de 1900, homenagem popular à virtude heróica’.



cinha, eu pensava que aquela santa tinha andado nas ruas de nossa cidade, como qualquer um de nós, o que criava uma proximidade quase física com Severa.”

A aposentada, que mora no Rio de Janeiro há mais de 20 anos, nunca perde um Círio em Belém, ocasião em que sempre visita o túmulo de Severa. “Este ano, vim agora em maio porque farei uma cirurgia difícil e decidi reencontrar, antes, amigos e parentes que moram em Belém e também no interior. Claro, fui ao túmulo de Severa, e rezei por muita saúde.”

O culto a Severa só cresceu ao longo do século XX, consagrando o túmulo dela como o mais visitado do cemitério Santa Izabel, ontem e hoje. “Toda segunda-feira, um grupo de devotos de Severa Romana, a maioria mulheres, se reúne aqui no cemitério e sempre reza no túmulo dela”, revela Ramiro Neto, funcionário do Santa Izabel há 35 anos.

Ramiro informa que a Prefeitura não mantém registros do número de visitantes do túmulo, nem da quantidade de manifestações ou pequenas celebrações, como ladainhas, em torno da fé em Severa Romana.

O culto a Severa

Na terça-feira, 3 de julho de 1900, cerca de 500 pessoas compareceram ao enterro. Nos dias seguintes, mulheres da alta sociedade renovaram as flores da sepultura. No dia 6 de julho, um leitor sugere uma campanha para indicar o túmulo de Severa aos visitantes. Começava o culto, quatro dias depois do assassinato.

No domingo, 8 de julho, aconteceu a primeira romaria até a sepultura de Severa. No dia 8, o jornal A Província do Pará iniciou o precatório para arrecadar fundos para a construção do túmulo da moça.

Panfletos sobre o crime e sobre a vida de Severa começaram a percorrer a cidade. A Associação dos Bombeiros Voluntários fez peregrinação por várias ruas, recolhendo os donativos para o túmulo.

O túmulo de mármore ficou pronto em 5 de agosto.

No dia 13 de agosto, 3 mil pessoas participaram de uma romaria, antes da inauguração do túmulo.

Na inauguração, houve discurso do prefeito Antônio Lemos e jornal dedicado exclusivamente à história de Severa.

No mês de novembro seguinte, uma dona de casa afirmou ter visto uma luz envolvendo a cruz do túmulo de Severa. O culto tinha uma “santa popular”.



Inocência Mártires Coelho
O poder normativo da jurisdição constitucional

Resumo

Situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes do Estado e cabendo-lhes dar a *última palavra* sobre o sentido e o alcance dos enunciados da Constituição, as Cortes Constitucionais são produtoras de normas, o que fazem naturalmente, até porque os seus veredictos, atos jurisdicionais que são, operam passagem do geral ao particular e do abstrato ao concreto. Se não existe norma, mas apenas norma interpretada/aplicada, e se as decisões definitivas dessas cortes a todos obrigam, então as suas sentenças revestem-se de caráter normativo. Dessa compreensão extrai-se, naturalmente, a possibilidade das chamadas *Súmulas Vinculantes*, que se editam sob a compreensão de que "indicar, *previamente*, qual a interpretação que se julga certa é o mesmo que dizê-lo, *a posteriori*, de forma irrecorrível.

Palavras-chave

Cortes constitucionais. Legislação judicial. Novo constitucionalismo. Súmulas vinculantes.

Abstract

Being placed beyond and above the traditional tripartition of the *parens patriae* authority and being responsible for the last word on the sense and range of the Constitutional enunciations, the Constitutional Courts are clause makers which proceed rather naturally as their verdicts - jurisdiction acts - perform the passage from the general to the specific and from the abstract to the concrete. If the rule does not in fact exist except for the interpreted and applied rule of law, and if the definite decisions of these courts exert authority above all, then, their sentences are revested with ruling character. In the light of this comprehension we naturally absorb the possibility of the so called Binding Judicial Precedent, which is rooted on the premise that: "making a prior indication of the interpretation to be judged as correct is the same as a making a subsequent one in an unappealable way".

Key words

Constitutional courts. Judicial legislation. New constitutionalism. Binding judicial precedent.

O poder normativo da jurisdição constitucional*

The normative power of constitutional jurisdiction

Inocência Mártires Coelho**

*Palestra proferida no Encontro Jurídico, evento promovido pela Escola Superior da Magistratura (ESM), do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), no dia 11/10/2008, em Belém do Pará.

**Doutor em Direito. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Introdução

Lendo, faz alguns anos, a *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de Hans Kelsen (1969, p. 182-183), deparei-me com a instigante observação, por ele atribuída a um certo bispo Hoadley, de que o verdadeiro legislador é aquele que dispõe de autoridade absoluta para *interpretar* quaisquer normas jurídicas – sejam elas escritas ou faladas –, e não a pessoa que por primeiro as escreveu ou transmitiu verbalmente, uma assertiva de resto semelhante à que formularam Hobbes (1996, p. 220) e Perelman (1996, p.625), para os quais o legislador [atual] não é aquele por cuja vontade se editaram as leis, mas aquele que, podendo revogá-las ou interpretá-las *autenticamente*, as mantém em vigor com o sentido em que vêm sendo aplicadas.

No desconcertante Nietzsche (2002, p.157; 2008, p.153, 260), por outro lado, deparei-me com a *sentença* de que não existem fatos, mas, apenas, *interpretações* de fatos, e tampouco fenômenos morais, mas, apenas, uma *interpretação moral* dos fenômenos, ainda que se possa objetar – reconhecia o próprio filósofo – que isso tudo já é uma *interpretação*.

De outra feita, consultando o fecundo Mauro Capelletti (1961, p.38), fiquei impressionado com a afirmação de que as cortes constitucionais estão situadas fora e

acima da tradicional tripartição dos poderes estatais; de que elas não podem ser enquadradas, nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os órgãos legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos estatais; e afinal, de que são dotadas de uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos três poderes tradicionais, antes incide de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais. Nessa mesma linha, encontramos também o douto Doehring (2008, p. 341-342) a nos advertir que, se desejarmos que os poderes estatais instituídos se mantenham estritamente no seu âmbito de competência, tanto em termos materiais quanto formais, necessitaremos de uma quarta instância que interprete o direito constitucional de maneira autêntica e que forneça àqueles poderes, inclusive ao próprio Judiciário, uma decisão abstrata. Mais ainda, Doehring (2008, p. 344) lembra que, se chegarmos à conclusão de que é quase impossível à jurisdição constitucional encarregar-se apenas de questões exclusivamente jurídicas, deveremos ter em mente que os membros do tribunal constitucional, tal como o parlamento e o governo, estão democraticamente legitimados, pois são instituídos em seu cargo por órgãos estatais democraticamente constituídos.

De outra feita, compulsando textos do clássico Alexander Pekelis a respeito da Constituição norte-americana, surpreendi-me com a passagem a seguir, sempre lembrada pelos admiradores dessa bicentenária carta política:

Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser *justa*; que a proteção da lei deve ser *igual*; que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*; que as cauções e as multas não devem ser *excessivas*; que as investigações ou as detenções não devem ser *motivadas*; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar *sem o devido processo legal*, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juízes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual (PEKELIS, 1951, p. 125).

Com igual admiração, anotei de Charles Hughes, que foi governador do Estado de Nova York e, depois, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, a frase-síntese da experiência constitucional do seu país, a proclamar que os americanos vivem sob uma constituição, mas que essa carta política é aquilo que os seus juízes dizem que ela é.¹

Mais adiante, desta feita lendo textos antigos do nosso Francisco Campos sobre o papel institucional do Supremo Tribunal Federal (STF) e a inevitável criatividade das suas decisões, deparei-me com estas considerações, de generalizada aceitação pelos constitucionalistas mais atentos:

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto

mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie (CAMPOS, 1942, p. 367).

Estudando, agora, o chamado novo constitucionalismo, sou informado por seus estudiosos que esse movimento de ideias, de significativa presença em diversos países, pode caracterizar-se pelos seguintes traços fundamentais, todos ligados à chamada interpretação especificamente constitucional e, nesse âmbito hermenéutico, à criação judicial do direito:

- *mais Constituição do que leis;*
- *mais juízes do que legisladores;*
- *mais princípios do que regras;*
- *mais ponderação do que subsunção;*
- *mais concretização do que interpretação.*

Vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, pode-se dizer que esses traços distintivos configuram e/ou sintetizam uma verdadeira *mudança de paradigmas* ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu desde o final do século XVIII até praticamente todo o século XX.

Para fundamentar essa assertiva de ordem geral, começemos pela *prevalência da Constituição*, que antes se considerava como fonte mediata ou, simplesmente, como *fonte das fontes* do direito, conferindo-se à lei a função de regular, de forma direta, imediata e soberana, todas as relações sociais e, ao legislador, a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei – expressão, sempre *renovada*, da vontade geral – era congenitamente legítima e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a nenhum controle ou censura estranhos aos parlamentos.

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que no passado era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas que não vinculavam o legislador – nesse sentido ela era apenas um *texto político*, sem pretensão de injuntividade –, assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de normatividade própria e imediatamente eficaz – a chamada *força normativa da Constituição* –, rebaixando-se a Lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, em face da Constituição.

¹A frase, frequentemente citada, é referida por Carrillo Flores, em seu *Prologo* à edição espanhola da obra de Hughes (1946).

Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da sua interpretação/aplicação, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que as que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado.

Como consequência necessária e imediata da supremacia e da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo – *mais juízes do que legisladores* – a sinalizar o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, não resolvem os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal, como ensina Emilio Betti (1975, p. 28), o intérprete não trabalha com meras suposições, mas apenas com o *feito* ou o *salado*.

Quanto à terceira característica do novo constitucionalismo – *mais princípios do que regras* –, o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não-correspondência entre texto e norma, os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de *enunciados abertos* e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores, em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio – em verdade, todo enunciado jurídico – é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as mudanças normativas, em geral, também conhecidas como *viragens de jurisprudência*.

Intimamente ligada a essa terceira nota distintiva, a rigor apenas uma consequência do que nela se contém, a quarta característica do movimento neo-constitucionalista – *mais ponderação do que subsunção* – traduz a singularidade da chamada *interpretação especificamente constitucional* como hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não podemos tornar operativas essas espécies normativas com o raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, pelo simples fato de que tais instrumentos só têm aplicação a preceitos, cujas hipóteses de incidência e respectivas consequências jurídicas vêm previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado *se A, então B*, em que o elemento *A* representa o suposto fático conformado juridicamente (*fattispecie*), cuja ocorrência, no mundo real, tem como consequência a atualização do elemento *B*, no mundo do direito.

Diferentemente do que acontece com as regras de direito, no que se refere aos princípios jurídicos – porque consistentes em pautas axiológicas abertas e indeterminadas –, esses dois elementos (*suposto e disposição*) não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas *razões* apontadas por ele para que, mais adiante, os intérpretes/aplicadores desses enunciados possam concretizá-los na forma adequada às diferentes situações hermenêuticas. Daí decorre que os seus operadores devam avaliar essas distintas razões, optando, afinal, pela solução que se lhes mostre *correta e justa*, à luz do caso concreto. Por isso, igualmente, é que se diz que, num conflito entre princípios constitucionais, por exemplo, funcionará como hipótese de incidência/suposto fático o próprio caso sob apreciação e, como disposição/consequência jurídica, o princípio que vier a prevalecer. Nesse sentido, lembrando Carlos Cossio, (apud NEVES, 1993, p.172), dir-se-ia que, à semelhança das leis, também é possível aplicarmos princípios por subsunção, mas só depois que os escolhermos por *valoração*, uma saída engenhosa a mais não poder.

Quanto à quinta e última característica do novo constitucionalismo – *mais concretização do que interpretação* –, para bem compreendê-la devemos ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios: as primeiras a demandarem a descoberta/fixação do seu sentido, seja ele o que foi idealizado subjetivamente pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade ou mesmo à sua revelia, veio a se estabelecer objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica não nos permite falar de apenas um, mas de múltiplos significados, postos à disposição dos seus operadores para que os concretizem à luz das peculiaridades do caso. A propósito, relembremos, com Böckenförde (1993, p.126-127), que, enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo *precedente*, a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o *futuro* e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela *leitura* que lhes parecer mais adequada à realização da justiça como referente fundamental da ideia de direito.

Diante de tudo quanto foi exposto, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente (1984, p. xvii) de que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucio-

nal, assim como da Teoria do Estado e, de alguma forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, na medida em que os traços fundamentais desse *novo constitucionalismo*, a depender do ponto de vista em que os analisemos, podem ser causa ou consequência da chamada interpretação constitucional especificamente constitucional.

Voltando, agora, ao nosso ponto de partida, anotamos que não é nova, nem tão incômoda, a ideia de se admitir alguma *carga de normatividade* em toda a interpretação judicial do direito, seja ao nível inicial da jurisdição, nas decisões monocráticas, seja no topo da hierarquia judiciária, nos veredictos dos colegiados judicantes, especialmente nos órgãos da jurisdição constitucional, pela natural irradiação dos efeitos e irrecorribilidade das suas decisões.

Afinal, como nos adverte Hans-Georg Gadamer (1993, v. 1, p.367, 479; 1994, v. 2, p.26, 329-330), é a interpretação que, frequentemente, leva à criação crítica do texto, e toda leitura contém, basicamente, também interpretação. Gadamer afirma ainda que até a tradução meramente literal é sempre um gênero de interpretação. Mesmo nas artes reprodutivas – na música, por exemplo –, é nítida a singularidade de cada intérprete. Sempre de acordo com o autor, aquilo a que chamamos leitura é um *ler compreensivo*. Enfim, a compreensão não é jamais um comportamento apenas reprodutivo, antes também produtivo, pois quando se logra compreender, compreende-se sempre de um modo próprio e diferente.

O caso brasileiro: o prejudgado da justiça do trabalho e súmula vinculante do STF

Pois bem, se é a interpretação que, *a partir do texto*, leva à criação da norma, não deve causar surpresa e, muito menos, reações emocionais², a Emenda Constitucional nº 45/2004, que facultou ao nosso STF, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante – idêntico ao que possuem as leis! – 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.

²Léno Luiz Streck (1998, p. 287-288) "... a imposição de Súmulas isto é, de normas gerais e abstratas (textos jurídicos) pela cúpula do Poder Judiciário às instâncias inferiores, é a própria negação da função da jurisprudência, convertendo-se esse Poder de Estado em um arremedo de legislador, o que, além de tudo, é constitucionalmente ilegítimo"

Muito pelo contrário, assim agindo, o nosso constituinte derivado mais não fez do que legitimar, em texto expresso, a velha tese hermenêutica de que "indicar, *previamente*, qual a interpretação que se julga certa é o mesmo que dizê-lo, *a posteriori*, de forma irrecorrível", argumento certo que fundamentou antiga decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) – a seguir desautorizada pelo STF –, em defesa da constitucionalidade dos seus *Prejulgados*, tidos à sua época como tão necessários e tão *vinculantes* quanto o são estas novas súmulas da nossa Corte Suprema, com a única diferença – não seria isto uma vantagem, a merecer aplausos? – de que eles foram concebidos e incorporados na boa e velha Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), há mais de 60 anos³.

De outra parte, consolidada a posição das cortes constitucionais, tornou-se banalidade considerar a jurisprudência desses super-tribunais como genuína fonte do direito constitucional, cuja legitimidade, ademais, não se deve e, a rigor, sequer se pode questionar, na medida em que os julgados que nela se condensam provêm de uma instituição que, sistematicamente, como vimos, está situada fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais e que, no exercício das suas atribuições, está autorizada, pela própria Constituição, a emitir a última palavra sobre o sentido e o alcance dos preceitos constitucionais, de resto *gloriosas ambiguidades*, que admitem as mais diversas leituras, a depender de cada situação hermenêutica⁴.

Nesse contexto, entre nós, já se fala até mesmo em constituição "reinventada" pela jurisdição constitucional (SAMPAIO, 2002) e, alhures, que Direito compreende não só as normas, mas também o trabalho dos seus operadores (DIAZ GARCIA, 1998, p.22); que o direito constitucional deixou de ser apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, para compreender, igualmente, a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo, incorporada na jurisprudência constitucional (LÓPEZ AGUILAR, 1998, p. 60).

Casos recentíssimos, no Brasil, de grande repercussão política, atestam a atualidade desse entendimento. Referimo-nos, por primeiro, às decisões do STF "esclarecendo" que os mandatos de todos os titulares de cargos eletivos – de vereador a presidente da República – pertencem, não aos candidatos eleitos sob as suas legendas, mas aos partidos po-

³Brasil, Tribunal Superior do Trabalho, Processo nº RR - MC - 2 241/68, Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 946-DF, RTJ 82/44-51.

⁴A expressão *gloriosas ambiguidades* é de Shirley M. Huffstetler, como informa Mauro Cappiellini (1993, p. 67).

líticos, razão por que se aqueles vierem a trocar de partidos estarão sujeitos à perda do mandato, nos casos e condições estabelecidos em “legislação judicial”⁵; em seguida, à decisão que mandou aplicar às greves no serviço público a legislação existente para o setor privado, enquanto não aprovada legislação específica⁶; finalmente, ao julgado do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que, apreciando pedido de impugnação de candidatura, considerou como *cônjuges*, para efeito da inelegibilidade estabelecida no art. 14, § 7º, da Constituição, as pessoas do mesmo sexo que vivem em estado de casadas, pois em tal situação, ao menos para esse efeito, devem ser consideradas como unidas por matrimônio⁷.

Nesse ambiente de mudança de paradigmas, quando figuras do porte de um Díaz García (1998, p. 110) já se perguntam – entre perplexos e apreensivos – se o atual Estado constitucional de Direito não é uma simples *máscara ideológica*, com que se disfarça um verdadeiro Estado *judicial* de Direito, não chega a ser “espantosa” a adoção da citada *Símula Vinculante*, instituto que, ao se agasalhar no texto constitucional, veio a se converter no símbolo mais vistoso da chamada *legislação judicial*, uma normatividade que, mesmo congênita à atividade de *dizer o direito*, nem por isso está imune a qualquer forma de controle *externo*, do tipo discussão doutrinária, por exemplo, via da qual se *dialoga* com as cortes supremas – como preconiza Peter Häberle (1997) –, na esperança de convencê-las da necessidade de modificar o seu entendimento, sumulado ou não, sobre qualquer tema, sempre que alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito acendam o sinal de alerta de que já se esgotou o poder de convencimento da jurisprudência dominante (REALE, 1968, p. 209-218).

Embora alçadas à condição de *super-leis*, porque, em princípio, não são passíveis de alteração ou cancelamento senão a critério do próprio STF, mesmo assim as suas *Símulas* hão de ser *lidas* de acordo com as regras gerais de interpretação do direito, bem assim, e com mais razão, em conformidade com os cânones da chamada *interpretação especificamente constitucional*, o que implica dizer que, sendo enunciados normativos, elas possuem *substrato* e *sentido*, ou *texto* e *significado*, sendo os primeiros elementos (*substrato* ou *texto*) imutáveis em sua configuração linguística, mas os segundos (*sentido* ou *significado*) de todo e necessariamente *abertos* à *ação do tempo* e, portanto, expostos às mudanças de compreensão, que são inerentes a todas as formas *significativas* e asseguram a sua permanente regeneração.

Afinal, uma coisa é preservar-se o corpo físico da norma lei e outra, bem diversa, é revitalizar-lhe o espírito, emprestando às suas palavras significados sempre renovados. O texto original da *Constituição* norte-americana, por exemplo, velho de mais de duzentos anos, permanece intacto e exposto à visitação pública – ao lado do pergaminho da *Declaração de Independência* –, numa cabine de vidro, que oferece a maior proteção possível contra a ação (física) do tempo... Graças a novas leituras, temporalmente ajustadas, que a Suprema Corte vai emprestando, sem cessar, àquele texto vetusto – que foi ditado “à luz de uma vela de sebo” –, a *Constituição* continua a ser venerada como a “religião civil” do país, “o supremo direito da terra” e a lei que rege “todas as crises dos negócios humanos” na maior potência econômica e militar do planeta (BITAR, 1951, p.66; OBRAS completas..., 1978, v. 2, p.43; MARSHAL, 1903, p.24-26).

Evidenciado, assim, que qualquer decisão judicial contém, por menor que seja, alguma carga de *criatividade* e de *normatividade* – “toda interpretação judicial é inevitavelmente criativa”; “toda decisão judicial incide de alguma maneira e em certo grau sobre relações jurídicas futuras”⁸ –, então o de que se trata não é de acusar os juízes de agir como legisladores, menos ainda de rotulá-los de ativistas irresponsáveis, mas, antes, de instituir mecanismos de controle dessa *legislação heterônoma*. Isso só será possível se, institucionalmente, além da usual motivação dos seus julgados, eles forem obrigados a revelar o que está por trás dos seus veredictos (do latim *vere dictum*, verdadeiramente dito), de que premissas partiram e por que as elegeram, ao invés de outras; numa palavra, se tiverem de

⁵Brasil. STF. Informativo n. 482, de 01 a 05 de outubro de 2007. Omissis o Congresso Nacional em disciplinar esse aspecto crucial da *fidelidade partidária*, embora tal paralisa viesse se tornando crescentemente incômoda, para dizer o mínimo, a jurisdição constitucional não criou direito novo, apenas “explicitou” – por via de interpretação sistemática –, algo que já se continha no corpo e na alma da Constituição: num regime político em que ninguém pode se eleger sem filiação partidária, os mandatos pertencem aos partidos e não aqueles que se elegem sob as suas legendas. Como essa decisão foi “extraída” do texto constitucional em vigor, caso o Congresso Nacional queira restabelecer o “troca-troca” de partidos sem perda de mandatos, terá de assumir essa “coisa” e emendar a Constituição.

⁶MI 689 / PB. Mandado de Injunção. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 07/06/2006. Ementa: mandado de injunção. Concessão de efetividade à norma inscrita no artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Aplicação da lei federal n. 7.783/89, que rege o direito de greve na iniciativa privada, até que sobrevenha lei regulamentadora.

⁷Brasil. TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, acórdão publicado em sessão, em 14-10-2004. Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

⁸Mauro Cappelletti, Lon Fuller, apud Francisco Fernández Salgado (2007, p. 65).

justificar suas próprias justificações, levando a cabo o que já se convencionou chamar de justificação *última e profunda*, uma justificação que se baseie em outras razões – tais como *justiça, razoabilidade, oportunidade e correção* –, que não derivam diretamente das normas ou dos princípios do ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do direito (SEGURA ORTEGA, 1998, p.117-118).

Ao que parece, portanto, também em matéria de *legislação judicial*⁶ não ficamos nada a dever a outros sistemas jurídicos, supostamente mais adiantados do que o nosso, graças aos pioneiros *Prejulgados* da Justiça do Trabalho e às atuais *Súmulas Vinculantes* do Supremo Tribunal Federal, uns e outras expressões inequívocas do *poder normativo* inerente a todo ato de interpretação/aplicação judicial do direito.

Referências

- BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. 435p.
- BITAR, Orlando. *A Lei e a Constituição*. Belém: Ed. do autor, 1951.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CAMPOS, Francisco. *O poder judiciário na Constituição de 1937*. In: _____. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. 434p., p. 367.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle da constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v.2, n.3, p.37-73, jan./jun., 1961.
- _____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993. 134p.
- CARRILLO FLORES, Antonio. *Prólogo*. In: HUGHES, Charles Evans. *La Suprema Corte de Estados Unidos*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1946. 244p.
- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 63-67.
- DÍAZ GARCIA, Elías. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998. 205p.
- DOHRING, Karl. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 466p.
- FERNANDEZ SALGADO, Francisco. *Fétichisme de da loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789.1958)*. *Teoria y realidad constitucional*, Madrid, UNED, n. 19, p.65, 1º semestre 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v.1.
- _____. _____. Salamanca: Sígueme, 1994. v. 2
- GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. México: Porrúa, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 55p.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 618 p.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM, 1969.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *Prólogo*. In: ALONSO GARCIA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. 568p.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. *Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y orden jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- MARSHALL, Jonh. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos finais*. Brasília: UnB, 2002. 237p.
- _____. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. 516p.
- OBRAS completas de Orlando Bitar. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978, v.2.
- PEKELIS, Alexander. *El actual pensamiento jurídico norteamericano: la tecla para una ciencia jurídica estimativa*. Buenos Aires: Losada, 1951. 333p.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722p.
- REALE, Miguel. *Gênese e vida dos modelos jurídicos: problemas de semântica jurídica*. In: _____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. 294p., p. 209-218.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.
- STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 269p.

⁶ Ver, a respeito, Riccardo Guastini. (2000, p.47-49); LA CONSTITUCIONALIZACIÓN del ordenamiento jurídico. (2005, p.63-67).



Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira

Execução e exceção de contrato não cumprido: notas ao art. 582 do CPC.

Resumo

Este ensaio tem por objetivo examinar o regime jurídico processual da alegação da *exceção de contrato não cumprido*, dando especial atenção ao art. 582 do Código de Processo Civil brasileiro.

Palavras-chave

Execução forçada. Exceção de contrato não cumprido.

Riassunto

Questo saggio ha l'obiettivo di esaminare il regime giuridico processuale dell'allegazione dell'eccezione di inadempimento delle obbligazioni contrattuali, con particolare attenzione all'articolo 582 del Codice brasiliano di proceduracivile.

Parole-chiave

Esecuzione forzata. Eccezione di inadempimento delle obbligazioni contrattuali.

Execução e exceção de contrato não cumprido: notas ao art. 582 do CPC.

Esecuzione ed eccezione di inadempimento delle obbligazioni contrattuali; note all'art. 582 del CPC.

Fredie Didier Jr.*

*Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre - UFBA e Doutor - Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual. Advogado e Consultor Jurídico.

Rafael Oliveira**

**Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito. Professor dos cursos de especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE), da Faculdade Baiana de Direito e do JUS POD da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Município de Salvador (BA). Advogado

De acordo com o *caput* do art. 582, em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta.

Como se percebe, o referido dispositivo cuida da hipótese em que, sendo recíprocos e interdependentes os deveres de parte a parte, uma delas, dizendo-se credora, vem a juízo para exigir o cumprimento do dever da outra. Em casos tais, se a prestação devida pelo executado depender do prévio cumprimento, pelo exequente, da sua própria prestação, poderá o executado, invocando a *exceção substancial de contrato não cumprido*, recusar-se ao adimplemento. De acordo com a sistematização de Teori Zavascki (2003, p.169), o substrato fático necessário para que incida a hipótese normativa contida no art. 582 pressupõe:

(a) que o credor-exequente seja devedor de prestação recíproca e simultânea à do devedor-executado (se a prestação do exequente for sucessiva, isto é, exigível após ter havido a prestação do executado, é certo que o art. 582 não incide); (b) que o exequente não tenha cumprido a sua prestação; (c) que o executado tenha oferecido, por meios "idôneos", a prestação que lhe toca, ou seja, que se disponha a cumprir sua parte de modo

integral e adequado; e (d) que o exequente recuse, sem motivo justificado, a oferta do executado.

Para entender o art. 582 do CPC, é fundamental compreender o que é uma *exceção substancial*.

Pode-se definir a exceção substancial, segundo a lição de André Fontes (2002, p. 49-50), como o "meio autônomo com que se tende a neutralizar a pretensão, mas não destruí-la". É uma espécie de contradireito (situação jurídica ativa) de que o sujeito passivo de uma relação jurídica (que, no processo, costuma ser o réu/executado) dispõe em face do sujeito ativo de uma relação jurídica (que, no processo, costuma ser o autor/exequente), que tem aptidão para impedir ou retardar a eficácia da sua pretensão. As exceções substanciais são sempre defesas indiretas, ou seja, com elas não se negam os fatos afirmados pelo autor/exequente para fundar sua pretensão, nem as consequências jurídicas extraídas, traz-se fato novo apto a neutralizar sua eficácia.

As exceções substanciais podem ser peremptórias ou dilatórias: *peremptória* é a exceção cujo acolhimento impede os efeitos da pretensão do autor (por exemplo, a compensação e a prescrição); *dilatória* é a exceção cujo acolhimento apenas retarda esses efeitos (por exemplo, a exceção do contrato não cumprido e o direito de retenção).

O art. 582 do CPC cuida da possibilidade de o executado invocar a *exceção substancial de contrato não cumprido* (arts. 476-

477, CC¹), que é uma exceção substancial *dilatória*, contra a pretensão executiva do credor, nos casos em que a relação jurídica material envolve prestações recíprocas e interdependentes e o credor/exequente não cumpriu a sua própria prestação, quando deveria tê-lo feito em primeiro lugar ou, pelo menos, simultaneamente à prestação do executado, ou mesmo quando o adimplemento da prestação que cabia ao credor/exequente foi parcial ou defeituoso².

Há, porém, uma advertência de Teori Zavascki (2003, p. 166-167):

Ao mencionar a figura do “contraente” o dispositivo induz a suposição de que a referida interdependência decorre de contrato. Realmente, é em atos negociais que, geralmente, se estabelecem obrigações com aquelas características. Todavia, elas podem surgir também de situação jurídica sem natureza contratual, como no caso do possuidor de boa-fé que tem direito de retenção por benfeitorias.

De todo modo, a possibilidade de o executado alegar o direito de retenção, que também é uma exceção substancial dilatária tal como a exceção do contrato não cumprido, já consta do art. 745, IV, do CPC.

Importante também a advertência de Pontes de Miranda (2001, t. 9, p. 148): “As regras jurídicas do art. 582 e parágrafo único apenas se referem a processo de execução, seja sentencial, seja extrajudicial o título executivo”. De fato, conquanto o dispositivo faça referência a “contraente” e a “obrigação”, dando a entender que somente se aplica no campo do direito obrigacional, parece possível a sua aplicação também às execuções fundadas em título executivo judicial, quando a relação jurídica material sobre a qual recaiu a decisão envolve prestações recíprocas e interdependentes. É o que se dá, por exemplo, quando a decisão judicial, esquadrinhando o modo de ser de um determinado compromisso de compra e venda de imóvel, declara que o réu deve providenciar a liberação de crédito de financiamento imobiliário junto ao agente financeiro, transferindo-o ao autor, e que

este deve, antes disso, providenciar a apresentação, para o agente financeiro, de documentos que estão em seu poder a fim de que o referido crédito possa ser liberado. Neste caso, há certificação de prestações recíprocas e interdependentes, de modo que, se o autor, antes de cumprir o seu próprio dever (exibição dos documentos que estão em seu poder), for cobrar do réu o cumprimento da prestação que lhe cabe, poderá este último invocar, com base no art. 582 do CPC, exceção substancial dilatária que justifique/legitime o seu inadimplemento.

Segundo Serpa Lopes (1959, p. 135), a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), ou simplesmente a exceção de inadimplemento, “paralisa a ação do autor ante a alegação do réu de não ter recebido a contraprestação que lhe é devida, estando o cumprimento de sua obrigação, a seu turno, dependente do adimplemento da prestação do demandante”. Ela constitui uma exceção substancial porque, por ela, se busca apenas neutralizar a pretensão do demandante/exequente, encobrindo a sua eficácia, sem, contudo, negar o direito em que essa pretensão se funda. Trata-se de exceção substancial dilatária, porque o seu acolhimento implica tão-somente o retardamento do cumprimento da prestação devida pelo excipiente/executado, e não a sua liberação.

Em outros termos, o que se tem é que o direito invocado pelo demandante/exequente é certo, líquido, exigível e, por isso mesmo, pode ser cobrado. O demandado/executado, no entanto, por não ter recebido ainda a prestação devida pelo demandante/exequente ou por ter sido ruim ou defeituoso o adimplemento, e desde que a sua própria prestação dependa do cumprimento integral daquela (nexo de reciprocidade e interdependência), pode, legitimamente, recusar-se a cumprir a sua própria prestação, ao menos até que o demandante/exequente tenha adimplido o seu dever.

Segundo Teori Zavascki (2003, p. 168),

o art. 582 do CPC parte do pressuposto de que a exigibilidade da contraprestação devida pelo executado somente ocorrerá se e quando houver a entrega da prestação que cabe ao exequente. Antes disso, não sendo exigível sua contraprestação, não há falar-se em inadimplemento. E, sem inadimplemento, não se pode realizar a execução.

Na verdade, a exceção de inadimplemento só tem razão de ser se a prestação devida pelo executado *já for exigível*³. Para que seja exigível o direito, vale lembrar, basta que esteja ele

¹ Art. 476 do Código Civil: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes do cumprimento da sua obrigação, pode exigir o cumprimento da do outro”. Art. 477 do Código Civil: “Se, depois do concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio o capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

² Admitindo essa possibilidade (LOPES, 1959, p. 296 e seguintes). Trata-se da chamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, que nada mais é que uma outra face da *exceptio non adimpleti contractus*, da qual substancialmente não difere (p. 303). Ela pode ser utilizada em caso de adimplemento parcial ou defeituoso por parte do credor/demandante e desde que o excipiente não tenha aceitado a prestação, ainda que parcial ou defeituosa, como pagamento. Também nesse sentido (ABRANTES, 1986, p. 92 e seguintes).

³ Segundo Araken de Assis (2007, v. 5, p. 671), “A exceção de inadimplemento supõe que a prestação e a contraprestação sejam exigíveis”.

livre de qualquer condição ou termo que impeça a sua plena eficácia e, pois, o pleno exercício da pretensão. Assim, independentemente de o exequente ter cumprido, ou não, a sua própria prestação, se o direito é plenamente eficaz, ele é exigível. Se o direito do exequente não for ainda exigível – porque, por exemplo, a dívida cobrada ainda não venceu –, o principal argumento do executado contra a pretensão executiva do autor não será a exceção de inadimplemento, mas sim a ausência de exigibilidade e, pois, a irrelevância acerca da questão do adimplemento/inadimplemento⁴. Com base neste fundamento, poderá pleitear a improcedência da demanda executiva.

Se já há exigibilidade, então o executado se encontra, sim, em estado de inadimplência. A peculiaridade é que, uma vez cobrado, o executado pode, legitimamente, recusar-se a cumprir a sua própria prestação, até que o exequente cumpra a dele. A *exceptio non adimpleti contractus*, desde que acolhida, legítima, pois, esse estado de inadimplência (CRUZ MORENO, 2004, p. 90), impedindo que ele gere efeitos jurídicos em relação ao executado (por exemplo, a mora e seus consectários, a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa, ainda que isso se dê em decorrência de caso fortuito ou força maior etc.).

“É pois”, diz José João Abrantes (1986, p. 128),

uma *causa justificativa de incumprimento das obrigações*, que se traduz numa simples recusa provisória de cumprir a sua obrigação por parte de quem a alega. O excipiente apenas se opõe à exigência de cumprimento da sua obrigação feita pelo outro contraente, enquanto este não realizar ou não oferecer a realização simultânea da contraprestação a que, por seu turno, está adstrito. Limita-se à recusa da sua prestação enquanto se mantiver a situação de recusa de cumprir por parte do outro contraente

O principal efeito do acolhimento da exceção do contrato não cumprido é, pois, a *suspensão da exigibilidade da prestação devida pelo executado* (ABRANTES, 1986, p. 127). Em outras palavras, a prestação, que até então era exigível, deixa de sê-lo em decorrência do acolhimento da exceção de inadimplemento. Eis o principal efeito jurídico da *exceção de contrato não cumprido*.

Saber que o direito do exequente já é exigível e que o executado se encontra em estado de inadimplência não é apenas uma firula técnica. Esse detalhe tem relevância prática. Isso porque, se o executado não opuser a exceção do contrato não cumprido no momento oportuno (por exemplo,

em seus embargos de executado), não poderá mais fazê-lo, porque preclusa estará a matéria⁵. Sendo assim, por não se ter valido da exceção substancial, o estado de inadimplência do executado se torna injustificado, razão por que o procedimento deve prosseguir a fim de que se tenha a execução forçada do seu dever. Ou seja: o executado perde, então, a oportunidade de retardar, legitimamente, o cumprimento da sua própria prestação⁶.

Se fosse outra a premissa – a de que o direito do exequente seria inexigível e, pois, o executado não seria, ainda, inadimplente –, decerto que a ausência da exceção de inadimplemento não permitiria que a execução prosseguisse, visto que, sendo inexigível o crédito, haveria de ser julgada improcedente a pretensão executiva. Mas não é este o caso.

Resta saber como se desenvolve o procedimento em que há alegação de exceção de contrato não cumprido.

Ao ajuizar a sua demanda executiva, o exequente precisa, pelo menos, *afirmar* o inadimplemento do executado. Trata-se, como já se viu, de requisito de admissibilidade do procedimento executivo. Mas é necessário ir além. Ele precisa também afirmar e demonstrar, documentalmente, que adimpliu a sua própria prestação (art. 615, IV, CPC). A ausência deste documento é, segundo o legislador, causa de inadmissibilidade da demanda executiva, acaso o vício não seja sanado a tempo (art. 616, CPC).

A despeito do que dizem os arts. 615, IV, e 616, do CPC, parece que a ausência de documento que comprove o adimplemento da prestação devida pelo exequente *não tem aptidão para ensejar a inadmissibilidade da demanda executiva*. É necessário analisar a lei processual em consonância com a regra de direito material a que ela serve de instrumento.

Conforme já se viu, a exceção do contrato não cumprido a que se refere o art. 582 do CPC é um contradireito que pode, ou não, ser exercido pelo executado.

Porque inserido em sua esfera de disponibilidade, o demandado pode perfeitamente renunciá-lo. E se assim o fizer,

⁴Segundo Pontes de Miranda (1983, t. 6, p.111), “do conceito de exceção é inelminável que depende do demandado, ou devedor, exercê-la. A vontade do titular do direito de exceção é que pode cobrir a eficácia do direito, da pretensão, da ação ou da exceção de quem vai contra ele”.

⁵“O nosso meio de defesa é uma verdadeira exceção, é um contra-direito que o réu pode fazer valer, paralisando a demanda do outro contraente, o seu efeito é tornar ineficaz a pretensão deste outro contraente – pretensão que vale por si só [...] O demandado tem um direito subjectivo ao cumprimento simultâneo, direito esse que é disponível, ou seja, que está na sua disponibilidade exercer ou não. Ele pode renunciar tacitamente à faculdade de exigir tal simultaneidade de cumprimento, não alegando a exceção [...] Se não a alegar, o juiz não pode substituir-se-lhe ociosamente. Daí deriva, por exemplo, que o réu pode ser condenado, ainda que o autor não tenha cumprido” (ABRANTES, 1986, p.149, *italico do autor*)

⁶Nada obsta, porém, que, com base no princípio da eventualidade (art. 300, CPC), o executado traga o argumento subsidiário da exceção do contrato não cumprido, para a hipótese de a dívida vencer no curso do procedimento. Conferir, a propósito, Assis (2007, v. 5, p. 675).

seja expressa ou tacitamente (não-alegação da exceção, por exemplo), a sua conduta não poderá ser suprida por atuação oficiosa do juiz. É dizer: o magistrado não pode, de ofício, exercer a exceção substancial em nome do executado. Se não pode conhecer dessa matéria de ofício, não faz sentido que possa ele indeferir a petição inicial em razão de o exequente não ter provado que cumprira a prestação que lhe cabia; somente se o executado suscitar a exceção de inadimplemento é que, então, o exequente, chamado a manifestar-se sobre o assunto, terá o ônus de provar o adimplemento da sua prestação – salvo se se tratar de prestação negativa (não-fazer), caso em que o ônus da prova do adimplemento caberá ao executado. Se o executado não suscitar a referida exceção, haverá preclusão da matéria e, pois, tornar-se-á irrelevante e indiferente à sequência do procedimento executivo a apresentação, pelo exequente, de prova do seu adimplemento.

Nesse sentido, Araken de Assis (2007, v. 5, p. 689) ensina que, diante dessas considerações, duas são as conclusões a que se pode chegar:

(a) a exceção constitui assunto confiado à disposição dos contratantes, nada obrigando o executado a alegá-la; (b) o art. 615, IV, é uma regra acerca do ônus da prova. Portanto, abrindo o órgão judiciário o prazo do art. 616, o que só beneficia o exequente, jamais poderá indeferir a petição inicial da execução. [...] Em síntese, malgrado o ônus instituído no art. 615, IV, o regime legal permite e conduz à citação do executado. E a razão consiste no fato de que não é dado ao juiz conhecer de ofício a exceção de inadimplemento.

Em suma, a prova documental do adimplemento da prestação cabível ao exequente, nos termos dos arts. 615, IV, e 582, ambos do CPC, não é e nem pode ser vista como um requisito de admissibilidade da demanda executiva. A se pensar assim, está-se colocando em pauta, já no início do procedimento e no âmbito da esfera de atuação oficiosa do juiz, uma questão que, segundo as regras de direito material, só poderia ser discutida por provocação do executado/excipiente.

Uma vez citado/intimado, o executado pode: (a) alegar, em sede de defesa (impugnação ou embargos de devedor), a exceção substancial de que fala o art. 582 do CPC, seja para afirmar o inadimplemento, seja para afirmar o adimplemento ruim/defeituoso por parte do exequente – segundo dispõe o art. 743, IV, do CPC⁷, ela se enquadra na hipótese de “excesso de execução”; (b) apresentar defesa versando sobre outras matérias, sem alegação a exceção substancial em

comento; (c) simplesmente adimplir a prestação que lhe é cobrada, caso em que o procedimento será extinto; (d) requerer, em se tratando de execução por quantia fundada em título executivo extrajudicial, o benefício de que fala o art. 745-A, CPC; (e) não comparecer aos autos, nem adimplir a prestação exigida.

Nas quatro últimas hipóteses, torna-se indiferente à execução o fato de a prestação do executado depender da prestação que cabia ao exequente, bem assim o fato de esse último encontrar-se em situação de inadimplência. No caso da letra “b”, a defesa será apreciada e, se rejeitada, o procedimento terá sequência para buscar-se a execução forçada da prestação devida pelo executado. No caso da letra “c”, o pagamento voluntário opera o fim almejado do procedimento executivo. No caso da letra “d”, deve-se trilhar o rito previsto no próprio art. 745-A do CPC. No caso da letra “e”, o procedimento terá curso normal, buscando-se alcançar a satisfação do direito do credor/exequente.

Optando por alegar, em sua defesa, a exceção substancial do art. 582, CPC – letra “a” –, o executado pode adotar uma dessas duas posturas: (i) exigir o cumprimento da prestação devida pelo exequente, mediante a promessa de cumprir a sua própria prestação (art. 582, *caput*, CPC); (ii) depositar em juízo, desde já, a prestação ou a coisa, caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor/exequente a receba, sem cumprir a contraprestação que lhe cabe (art. 582, p. único, CPC).

Diante dessas hipóteses, abrem-se ao exequente as seguintes possibilidades: (a) opor-se, em sua manifestação sobre a defesa, à exceção substancial invocada pelo executado, provando⁸ que já cumprira a prestação que lhe era exigível, caso em que o magistrado deverá avaliar se houve, ou não, inadimplemento do exequente, bem assim se é, ou não, legítima a recusa de cumprimento do executado; (b) cumprir a prestação que lhe toca ou depositá-la em juízo, caso em que o executado será chamado a cumprir ou depositar em juízo (se assim já não o fez) a sua própria prestação, sob pena de prosseguir o procedimento executivo, já que aí não mais terá em seu favor a causa de legitimação do seu estado de inadimplência; (c) não se manifestar sobre o assunto, caso em que a alegação do executado deverá ser presumida como verdadeira, porque incontroversa.

⁷Obviamente, não precisará lançar mão da prova se: (i) já juntou à petição com que deflagrou o procedimento executivo o documento de que fala o art. 615, IV, do CPC, (ii) a prestação cujo inadimplemento se lhe imputa é negativa (não-fazer), caso em que o ônus da prova incumbe ao executado e (iii) a exceção substancial do executado se baseia na alegação de adimplemento ruim ou defeituoso.

⁸Art. 743. Na excessão de execução [...] IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582).

Se o magistrado afastar a exceção substancial arguida pelo executado, deve dar prosseguimento à execução no intuito de buscar a satisfação forçada do direito do exequente.

O problema surge nos casos em que a exceção substancial do art. 582 é acolhida. Qual a solução a ser adotada neste caso?

Ao que parece, não pode o magistrado, acolhendo a exceção do contrato não cumprido, julgar *improcedente* a demanda executiva formulada pelo exequente. Isso porque, como já se viu, ao suscitar uma exceção substancial dilatória, o executado não nega a existência do direito do exequente; ele apenas busca retardar, temporariamente, os efeitos da pretensão dele resultante, através do retardamento (legítimo) do adimplemento da sua própria prestação. Desse modo, não se pode dizer, tecnicamente, que a demanda executiva é improcedente. Também não se pode dizer que ela é *procedente*, visto que, a despeito da certeza, liquidez e exigibilidade do direito invocado pelo exequente, há um contradireito do executado que legitima o seu inadimplemento.

A questão não é fácil. É necessário pensar numa solução processual que seja adequada ao direito material. Se o executado arguiu a exceção do art. 582 do CPC, prometendo cumprir a sua prestação por meios considerados idôneos pelo juiz, ou se já depositou a sua prestação em juízo, mas o exequente, ainda assim, se recusa, injustificadamente, a cumprir ou depositar a sua própria prestação, o melhor caminho aí é o magistrado determinar a intimação do exequente para que, num determinado prazo, venha cumprir ou depositar a prestação que lhe cabe, sob pena de configuração de abandono unilateral, que é causa de extinção do procedimento sem análise do mérito (art. 267, III, CPC⁹).

Araken de Assis (2007, v.5, p. 690), adotando esta mesma solução, sugere – e essa parece ser uma boa saída – que o prazo fixado pelo juiz deve ser de trinta dias, em conformidade com o aludido art. 267, III, CPC, durante o qual o procedimento deve ficar suspenso. Em sua opinião, findo o prazo fixado, o juiz ordenará a intimação pessoal do demandante “para realizar o ato que lhe compete, extinguindo a execução no caso de o exequente não suprir sua falta no prazo de quarenta e oito horas (art. 267, III, e §1º, do CPC)”.

A própria legislação processual prevê solução semelhante para a hipótese de exercício, pelo executado, do direito de retenção em sede de embargos à execução. Não custa lembrar que o direito de retenção é, assim como a exceção do contrato não cumprido, uma exceção substancial dilatória. Uma vez acolhida, ela não fulmina o direito do exequente de receber a coisa que está em mãos do executado; ela apenas retarda a eficácia dessa pretensão, condicionando o recebimento da coisa ao pagamento da indenização pelas benfeitorias que foram realizadas (art. 745, IV, §§1º e 2º, do CPC)¹⁰.

Como se percebe, o legislador admite, no §2º do art. 745 do CPC, que o exequente exija do executado o cumprimento da sua prestação, desde que preste caução ou deposite o valor que deve.

É o que, por analogia, deve ser aplicado ao art. 582 do CPC: a execução somente poderá prosseguir contra o executado, acaso o exequente, dentro de um determinado prazo, cumpra a sua prestação ou a deposite em juízo. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, o processo deve ser extinto, sem apreciação do mérito, por abandono unilateral.

Ainda há aqui mais uma dúvida: como devem ser distribuídos os honorários de advogado e as despesas processuais nesse caso?

A solução vai depender do desfecho: (a) se o procedimento foi extinto por abandono do exequente, caberá a ele o pagamento das verbas de sucumbência; (b) se o exequente cumpriu ou depositou a sua prestação, mas o executado, a despeito disso, não honrou a sua promessa de cumprir a sua prestação após o adimplemento da prestação do exequente (hipótese do *caput* do art. 582, CPC), caberá ao executado arcar com as verbas da sucumbência; (c) se ambas as partes cumpriram ou depositaram judicialmente suas respectivas prestações, caberá ao juiz aplicar o princípio da causalidade, que é o que rege a distribuição do ônus da sucumbência; deve, pois, investigar quem *dei causa* ao processo e imputar a essa parte a responsabilidade pelos seus custos. De um modo geral, se a exceção substancial foi acolhida e, diante dela, o exequente cumpriu ou depositou a sua prestação, certamente a ele caberá arcar com o ônus da sucumbência¹¹. Isso porque a situação faz ver, ao menos em tese, que o executado, de fato, somente não cumpriu anteriormente a sua prestação em

⁹Art. 267 do CPC. “Extingue-se o processo sem resolução de mérito [...] III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”.

¹⁰Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: [...] IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); [...] § 1º. Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exequente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo. § 2º. O exequente poderá, a qualquer tempo, ser admitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.

¹¹Nesse sentido, Assis (2007, v. 5, p. 691).

⁹Art. 267 do CPC. “Extingue-se o processo sem resolução de mérito [...] III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”.

função do inadimplemento do próprio exequente, que teria, então, dado causa, sem necessidade, à existência do processo.

Surge, por fim, um outro ponto importante, que diz respeito à prescrição da pretensão que dá ensejo à exceção substancial. O Código Civil atual trouxe, no seu art. 190, uma disposição nova. Diz o referido dispositivo que a exceção, como o inverso da pretensão, prescreve no mesmo prazo que ela. O objetivo da norma foi acabar com as dúvidas que até então existiam sobre o assunto, ante o silêncio do Código Civil de 1916.

Para aplicar esse dispositivo corretamente, contudo, é importante atentar para a classificação que se deve fazer das exceções em *dependentes* e *independentes*.

Chama-se de *exceção dependente (não-autônoma)* aquela que decorre de uma pretensão ou de um direito (depende dela/dele). "As exceções dependentes (ou não-autônomas) existem com o direito, de que provém, e a ele são ligadas" (MIRANDA, 1984, t. 6, p. 12-13). Extinto o direito (que caducou, p. ex.) ou neutralizada a pretensão (que prescreveu, p. ex.), extinta/neutralizada estará a exceção dele/dela dependente. Assim, por exemplo, a exceção de compensação, que prescreverá quando prescrita estiver a pretensão que se quer exercitar pela via da exceção. A regra é muito simples: "se a matéria da exceção podia ser posta por via de ação, cessa com a ação" (MIRANDA, 1984, t. 6, p.13).

Denomina-se *exceção independente* aquela que se apoia em si mesma; não surge de algum direito ou pretensão; é ela "o conteúdo (imediato) do próprio direito de excepcionar" (MIRANDA, 1984, t. 6, p.12). A exceção de prescrição é exemplo de exceção independente.

Sobre o assunto, eis o que diz Serpa Lopes:

As exceções dependentes, como a própria palavra o indica, são as de existência vinculada a um direito, do qual se originam e que se extinguem com a extinção do seu elemento causal. As exceções independentes são as desvinculadas de qualquer direito, existentes por si mesmas, como sucede na exceção de prescrição [...]¹²

As únicas exceções que prescrevem são as chamadas *dependentes*, ou seja, aquelas que decorrem de um direito material (ou pretensão) que também poderia ser exercido por ação. Ela prescreve quando prescreve a pretensão (direito) a que corresponde.

As exceções substanciais do contrato não cumprido e do direito de retenção, por exemplo, prescrevem no momento em que prescrevem a pretensão (direito) a que correspon-

dem. Assim, se o executado já não mais pode exigir a prestação do exequente, porquanto prescrita, também não poderá invocar o art. 582 do CPC para neutralizar os efeitos da pretensão executiva.

Referências

- ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*. Coimbra: Almedina, 1986.
- ASSIS, Araken de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa; ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: artigos 421 a 578 do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, 1084 p.
- CRUZ MORENO, María. *La exceptio non adimpleti contractus*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. 186 p.
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 174 p.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. 374 p.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 566 a 611*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. 9, 454 p.
- _____. *Tratado de direito privado: parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1984. t. 6.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. 186 p.

¹²Exemplo de exceção independente - e, pois, não sujeita a prescrição - é a própria exceção de prescrição (LOPES, 1959, p. 47).



Rogério Greco
Direito penal do inimigo

Resumo

O Direito Penal do Inimigo, um dos membros mais agressivos da “família” do Direito Penal Máximo, não observa os princípios fundamentais, nem tem a visão garantista do Direito Penal do Cidadão. Há indeterminação na conceituação de inimigo, pois compreende uma lista interminável, abrangendo traficantes de drogas, terroristas, organizações criminosas especializadas em sequestros para fins de extorsões etc. Sua perspectiva (prospectiva) visa ao fato futuro e não ao fato cometido (retrospectiva): as penas previstas são altamente desproporcionais e determinadas garantias processuais são relativizadas ou suprimidas. Apresenta semelhança com o projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos estranhos à comunidade, que, editado em 1944, ao ensejo da reorganização do Estado Alemão, propôs prisão por tempo indeterminado e esterilização dos considerados associados.

Palavras-chave

Direito penal máximo. Inimigo. Tolerância zero. Movimento da lei e da ordem. Estado de guerra. Nacional-socialista. Associados.

Abstract

The Criminal Law for the enemy, one of the most aggressive members of the Maximum Criminal Law “family”, does not follow the fundamental principles, nor does it possess the citizenship status guarantee perspective which is intrinsic to the Citizen Criminal Law. The concept of enemy is still undetermined in that it embraces an endless list of violations ranging from drug dealers, terrorists to criminal organizations specialized in kidnappings for ransom etc. Its perspective (prospective) aims at the future fact not the committed fact (retrospective): the foreseen penalties and sanctions imputed are highly disproportional whereas some procedure warranties are either relative or suppressed. Moreover, it shows similarity to the national - socialist project in what concerns the treatment of the unfamiliar to the community, in conformity with what was proposed in 1944, at the event of the German State organization, that is, undetermined time imprisonment and sterilization of those considered non-social.

Key words

Maximum criminal law. Enemy. Zero tolerance. Movement of law and order. State of war. National-socialist. Non-social.

Direito penal do inimigo*

The criminal law for the enemy

Introdução

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.

Como bem destacou Leonardo Sica (2002, p.77),

o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.

Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, "sequestros-relâmpagos", chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em "cadeia nacional", somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam

Rogério Greco**

*Texto retirado da obra GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2005. 191p.

**Doutorando pela Universidade de Burgos (Espanha). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Teoria do Delito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Procurador de Justiça, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupro de crianças, presos que, durante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução de todos os seus problemas.

O Estado Social foi deixado de lado para dar lugar a um Estado Penal. Investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. A toda hora o Congresso Nacional anuncia novas medidas de combate ao crime.

Como bem enfatizou João Ricardo W. Dornelles (2003, p.54),

o mito do Estado Mínimo é sublinhado, debilitando o Estado Social e glorificando o "Estado Penal". É a constituição de um novo sentido comum penal que aponta para a criminalização da miséria como um mecanismo perverso de controle social para, através deste caminho, conseguir regular o trabalho assalariado precário em sociedades capitalistas neoliberais.

Sempre vem a lume o exemplo norte-americano, principalmente do movimento denominado *Tolerância Zero*, criado no começo da década de 90, na cidade de Nova York.

Naquela oportunidade, o então prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, após o sucesso de sua campanha eleitoral, em 1993, assume o cargo de chefe do Poder Executivo muni-

cipal, dando início ao plano denominado *Tolerância Zero*, juntamente com o chefe de polícia William Bratton. Nas precisas colocações de Loïc Wacquant (2001, p. 26),

essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por William Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York, promovido a chefe de polícia municipal. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.). Usam para isso três meios: aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e “outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto”, segundo a terminologia de Kelling.

Também merecem destaque as críticas realizadas por Jock Young (2002, p.199-200), quando condena a política de tolerância zero:

Como manobra que objetiva limpar as ruas de “destroços” humanos, como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade com grande população marginalizada e empobrecida, a qual deve ser dominada e contida – um processamento atuarial que se preocupa mais com saneamento do que com justiça. Pois os felizes compradores nos *shoppings* não podem ser perturbados pelo grotesco dos despossuídos, que bebem em pleno dia.

A política de tolerância zero é uma das vertentes do chamado movimento de Lei e Ordem. Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador.

Nesse raciocínio, procura-se educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico. O papel educador do Direito Penal faz com que tudo interesse a ele, tendo como

consequência lógica desse raciocínio um Direito puramente simbólico, impossível de ser aplicado. Discorrendo sobre o simbolismo do Direito Penal, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, com maestria, prelecionam:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito *simbólico*, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia (Zaffaroni et al, 2003, p.631).

Ou ainda, conforme aduz Cláudio do Prado Amaral (2003, p. 155-156),

usa-se indevidamente o Direito Penal no ledro engano de estar dando retorno adequado a toda criminalidade moderna, mas que em realidade não faz mais que dar revide a uma reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade.

Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra.

Beccaria (1999, p.87), já dizia em 1764, que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade [...]”.

Para os adeptos do movimento de Lei e Ordem, as penas ditas alternativas, que evitam o desnecessário encarceramento do agente que praticou uma infração penal de pouca ou nenhuma importância, estimulam o cometimento de outros delitos.

Ralf Dahrendorf (1997, p.109), criticando o raciocínio das penas substitutivas, assevera:

Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por “restrições ao padrão de vida”, não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, como também está socialmente errada. Ela sacrifica a sociedade pelo indivíduo. Isso pode soar a alguns como incapaz de sofrer objeções, até mesmo desejável. Mas também significa que uma tal abordagem sacrifica certas oportunidades de liberdade em nome de ganhos pessoais incertos. Ser gentil com infratores poderá trazer à tona a sociabilidade escondida em alguns deles. Mas será um desestímulo para mui-

tos, que estão longe do palco criminoso, de contribuir para o processo perene de liberdade, que consiste na sustentação e na modelagem das instituições criadas pelos homens.

Assim, resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.

Obviamente que tal raciocínio, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar. Isso porque a própria sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos anti-sociais, aos quais já está acostumada a praticar cotidianamente. O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estranhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os "outros" e, se possível, nem o "mínimo" para nós.

Os adeptos, portanto, do movimento de Lei e Ordem, optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal.

Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, citando H. Packer, afirmam com precisão:

Como refere Packer, cada hora de labor da polícia, do ministério público, do tribunal e das autoridades penitenciárias gasta nos domínios marginais do direito criminal, é uma hora retirada à prevenção da criminalidade séria. Inversamente, cada infração trivial ou duvidosa eliminada da lista das infrações criminais representa a libertação de recursos essenciais para uma resposta mais eficaz às prioridades cimeiras do sistema penal (DIAS; ANDRADE, 1997, p.411).

Luiz Luisi (2003, p.28-29), com brilhantismo, nos faz lembrar que

no nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos ao da inflação monetária, pois "desvalorizam as leis, e no concernente as leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral".

Em recente publicação – onde o fenômeno da hipertrofia do Direito Penal é ampla e exaustivamente analisado –, Carlos Enrico Paliero, fala em crescimento "patológico" da legislação penal.

Todavia o fenômeno do crescimento desmedido do Direito Penal também ocorre no mundo anglo-saxão. Herbert Packer, em um livro intitulado *The limits of criminal sanction*, registra que a partir do século passado houve um enorme alargamento das leis penais pelo fato de ter sido entendido que a criminalização de toda e qualquer conduta indesejável representaria a melhor e mais fácil solução para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa e interdependente em contínua expansão. Nos Estados Unidos, Kadish em trabalho a que deu o nome de *The crisis of overcriminalization* fala do emprego "supérfluo ou arbitrário" da sanção criminal, contendo uma massa de crimes, que em seu quantitativo superam as disposições incriminadoras previstas nos Códigos Penais. No Canadá – segundo informa Leclercq –, a comissão encarregada da reforma penal, fez, em 1974 um levantamento dos crimes previstos na legislação canadense, tendo chegado ao número assustador de 41.582 tipos de infrações criminais.

Enfim, o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão-somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorra um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando, assim, o nível de descontentamento e revolta na população mais carente, agravando, conseqüentemente, o número de infrações penais aparentes, que, a seu turno, causam desconforto à comunidade que, por sua vez, começa a clamar por mais justiça. O círculo vicioso não tem fim.

O direito penal do inimigo

Ainda na “família” do Direito Penal Máximo, como um de seus membros mais agressivos, podemos destacar o chamado *Direito Penal do Inimigo*, desenvolvido pelo professor alemão Günther Jakobs, na segunda metade da década de 1990.

Jakobs (2003), por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.

O raciocínio seria o de verdadeiro *estado de guerra*, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes. O Direito Penal do Inimigo, conforme salienta Jakobs (2003), já existe em nossas legislações, gostemos ou não disso, a exemplo do que ocorre no Brasil com a lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995).

Segundo o autor,

o Direito penal conhece dois pólos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p.42).

Há pessoas, segundo Jakobs que decidiram se afastar, de modo duradouro, do Direito, a exemplo daqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas. Para esses, “a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito da preparação, e a pena se dirige a assegurar *atos futuros*, não a sanção de *atos cometidos*” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 40).

Para Jakobs, há pessoas que, por sua insistência em delinquir, voltam ao seu estado natural antes do estado de direito. Assim, segundo ele,

um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p.40-41).

O Estado, conclui, “pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que há de impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p.47).

Manuel Cancio Meliá, analisando a proposta de Jakobs, esclarece:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 79-81).

O chamado Direito Penal do Inimigo encontra-se, hoje, naquilo que se reconhece como a *terceira velocidade do Direito Penal*. De acordo com o que se denomina *processo de expansão do Direito Penal*, podemos, seguindo as lições de Jesús-Maria Silva Sánchez (2001, p 159), visualizar três velocidades, três enfoques diferentes que podem ser concebidos ao Direito Penal.

A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais.

Numa segunda velocidade, temos o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei no 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.

Percebemos isso com clareza quando analisamos a mencionada Lei dos Juizados Especiais Criminais, que permite a utilização de institutos jurídicos que importem na aplicação de pena não privativa de liberdade, sem que, para tanto, tenha havido a necessária instrução processual, com o contraditório e a ampla defesa, como acontece quando o suposto

autor do fato aceita a proposta de transação penal, suspensão condicional do processo etc.

Assim, resumindo o raciocínio com Jesús-Maria Silva Sánchez (2001, p.163), teríamos:

uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “do cárcere”, em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais, e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção.

Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma *terceira velocidade*. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

Na verdade, a primeira indagação que devemos fazer é a seguinte: Quem poderá ser considerado inimigo, para que sejam diminuídas ou mesmo suprimidas suas garantias penais e processual-penais?

Em muitas passagens de sua obra, Jakobs (2003) aponta como exemplo as atividades terroristas. Tentando adaptar esse raciocínio à realidade brasileira, poderiam ser considerados como inimigos, por exemplo, os traficantes que praticam o comércio ilícito de drogas, principalmente nas grandes cidades, a exemplo do Rio de Janeiro, e que, basicamente, criam um estado paralelo, com suas regras, hierarquias etc.?

O que foi destacado pelo professor de Direito Penal da Universidade Autônoma de Madri, Manuel Cancio Meliá, como uma das propostas de Jakobs, é a de, justamente, antecipar a punição do agente pela sua *condição de vida*, voltando-se a um antigo conceito preconizado por Edmund Mezger, cujo passado nazista foi recentemente colocado a descoberto por Francisco Muñoz Conde, como teremos oportunidade de observar mais adiante, valendo-se de um autêntico e combatido direito penal do autor, ao invés de um direito penal do fato.

Dessa forma, assevera Manuel Cancio Meliá (2003, p. 100-101),

o Direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal

por meros pensamentos, quer dizer, como rechaço de um Direito penal orientado com base na “atitude interna” do autor.

Após a assunção do poder, em 1933, pelo partido nacional-socialista, iniciou-se na Alemanha uma série de reformas que visavam ao cumprimento das promessas levadas a efeito nas campanhas eleitorais.

Deve-se lembrar de que, naquela oportunidade, a Alemanha já tinha sido vencida na Primeira Guerra Mundial, que durou de 1914 a 1918, encontrando-se enfraquecida sob diversos aspectos, principalmente pelas condições que lhe foram impostas no tratado de *Versailles*¹.

Com a assunção de Hitler ao poder, o partido nacional-socialista tratou, imediatamente, de começar a reorganizar, de acordo com seus critérios escusos, o Estado alemão, culminando, em 1944, com a edição do projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos *estranhos à comunidade*, que nos foi trazido à luz, recentemente, por meio de um trabalho incansável de pesquisa levado a efeito pelo professor Francisco Muñoz Conde, em sua obra intitulada *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo* (2005).

Tal projeto, considerado como um dos mais terríveis da história do Direito Penal, propunha, dentre outras coisas: a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados associiais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento anti-social, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais etc., sem que houvesse necessidade, inclusive, de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados associiais e inúteis para a sociedade.

Na verdade, apontava determinadas pessoas como perigosas, a exemplo do que ocorria com os delinquentes habituais, e sobre elas fazia recair uma espécie de “tratamento”, que podia, segundo a sua estúpida visão, curá-los, aplicando-lhes medidas de internação por tempo indeterminado, inclusive nos conhecidos *campos de concentração*, ou, quando fossem reconhecidamente entendidos como *incuráveis*, condenados à

¹ Firmado em 28 de junho de 1919, teve as seguintes consequências: “As regiões da Alsácia e Lorena se reintegram à França. Eupen e Malmédy passam à Bélgica. Schleswig do Norte se integra, depois de um plebiscito, à Dinamarca, e a Alta Silesia, da mesma forma, à Polónia. Posnania e uma parte da Prússia passam à reconstituída Polónia. Prússia oriental fica separada da Alemanha pelo corredor polaco que dá saída ao Báltico. As cidades de Dantzig e Memel se convertem em livres (Memel seria anexada pela Lituânia em 1923). O Sarre fica transferido a Sociedade das Nações pelo espaço de 15 anos. No total, a Alemanha vê diminuir seu território em 88 000 km² e perde 8 000 000 de habitantes. Seu exército fica reduzido a 100 000 homens, sem aviação, nem tanques, nem submarinos. Não pode manter tropas na Renania e se suprime o serviço militar. Perde a autonomia aduaneira. Deve assumir a culpa da guerra e indenizar os aliados com 24 milhões de libras esterlinas, assim como ceder todas as suas colónias”. (REVISTA HISTÓRIA Y VIDA, n. 436, 2004).

morte, ou, ainda, em algumas situações, utilizados como *carne de canhão*, ou seja, aquelas pessoas que durante a Segunda Guerra Mundial eram colocadas no *front* de batalha.

Enfim, medidas que atropelavam o princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por desconsiderá-la como pessoa, lembrando muito o que Jakobs (2003) pretende fazer com o seu Direito Penal do Inimigo, desconsiderando o inimigo como um cidadão. Muñoz Conde, com a lucidez que lhe é peculiar, dissertando sobre o princípio da culpabilidade, concebido durante os anos 20, do século passado, a fim de chegar a um conceito de perigosidade, desenvolvido na Alemanha durante o período do regime nacional-socialista, assevera que não se pode discutir que o conceito de culpabilidade, em suas linhas básicas, tenha sido uma

das conquistas mais importantes da dogmática jurídico-penal alemã daquela época. Entendido como garantia e limite frente ao poder punitivo do Estado, é considerado hoje como um dos princípios fundamentais de um Direito Penal democrático e respeitoso com a dignidade humana. Mas um sistema estritamente dualista como o que se forjou na República de Weimar, no qual a pena limitada por sua culpabilidade podia ser substituída ou complementada por uma medida de segurança de duração indeterminada, fundamentada em um conceito tão vago e perigoso como o de perigosidade, traduz um conceito de Direito Penal muito vinculado às teses do amigo-inimigo tão caras ao Estado nacional-socialista: um Direito Penal com todas as suas garantias, baseado e limitado pelo princípio da culpabilidade, para o delinquente ocasional, integrado no sistema, ainda que alguma vez se aparte dele; e um Direito Penal, baseado na perigosidade e sem nenhum tipo de limitações, para o delinquente perigoso e especialmente para o delinquente habitual que com seu comportamento e sua forma de condução de vida (*Lebensführungsschuld*) questiona as bases do sistema mesmo. (MUÑOZ CONDE, 2005).

E continua o autor asseverando que esse dualismo, ou seja, a culpabilidade ligada como conceito ao delinquente ocasional e perigosidade vinculada ao delinquente habitual,

deu lugar também ao desenvolvimento durante o nacional-socialismo de medidas praticamente voltadas ao extermínio dos marginais sociais (prostitutas, mendigos, vadios, delinquentes habituais), aos que eufemisticamente se chamou “estranhos à comunidade”, com medidas esterilizadoras, internações por tempo indeterminado em campos de concentração, etc. Já então se falava também de um “Direito Penal para inimigos”, para o qual não cabiam nem garantias, nem nenhuma outra forma de limitação dos excessos do poder estatal (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 64-65).

Como se percebe sem muito esforço, a semelhança entre o que pretende Jakobs, com a sua distinção amigo/inimigo, em muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, capitaneado por Hitler.

Dizer que a sociedade, na qual todos nós estamos inseridos, é composta por cidadãos e por inimigos, e que estes últimos devem receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra, é querer voltar ao passado cuja história a humanidade quer, na verdade, esquecer.

Com o argumento voltado ao delinquente habitual, ou a criminosos pertencentes às facções organizadas, como terroristas e traficantes de drogas, taxando-os de irrecuperáveis, propondo, para eles, medidas de privação da liberdade com tempo indeterminado, enfim, tratar o ser humano como um *estranho à comunidade* é o máximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal.

Não podemos desistir do homem sob o falso argumento de ser ele incorrigível, de possuir um defeito de caráter, que o impede de agir conforme os demais cidadãos. Tanto o projeto criado durante o regime absurdo do nacional-socialismo, como o que agora se discute como uma das frentes mais radicais do Direito Penal Máximo, ou seja, o Direito Penal do Inimigo, devem ser repudiados pela nossa sociedade.

Isso, para a nossa própria segurança. Como já deixamos antever acima, quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em sequestros para fins de extorsões... E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuproador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido por quaisquer das garantias conquistadas ao longo dos anos.

Recentemente, assistimos aos episódios de tortura praticados por soldados americanos que humilhavam os presos pertencentes ao exército iraquiano. Será que, mesmo tendo praticado as atrocidades reveladas pelos noticiários de jornal, aqueles presos poderiam receber o tratamento degradante que lhes era aplicado pelo exército vitorioso?

É claro que, por mais que sejamos esclarecidos, por mais que nos revoltamos com as cenas veiculadas pelos meios de comunicação, mostrando pessoas inocentes sendo mortas brutalmente pelos membros do exército iraquiano, até mesmo o soldado mais vil tem o direito de, ao ser preso, ver assegurados os seus direitos e garantias fundamentais.

Não podemos afastar todas as nossas conquistas, que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão *versus* inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que *inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo*, e lá estarei eu sendo preso, sem qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento vazio e desumano.

Referências

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo : IBCCRIM, 2003. 252 p. (Monografias, n. 24).
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999.
- DARHENDORF, Ralf. *A Lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. 573 p.
- DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. 222 p.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid : Thomson ; Civitas, 2003. 102 p. (Cuadernos Civitas)
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre : S.A. Fabris, 2003. 327 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Tradução por Paulo César Busato, da 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005. 282 p.
- REVISTA HISTORIA Y VIDA, Barcelona, n. 436, jul., 2004.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002. 216 p.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001. 167 p.
- WACQUANT, Loïc. *As Prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 174 p.
- YOUNG, Jock. *A Sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 314 p. (Coleção pensamento criminológico, 7).
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.



Paulo Klautau Filho
O ensino de “Direitos Humanos”

Resumo

O artigo trata da experiência no ensino da disciplina “Direitos Humanos” na graduação em Direito. Defende o diálogo do Direito com a Filosofia Moral e Política na formação dos futuros profissionais da área jurídica. Enfatiza uma leitura da Constituição Federal de 1988 à luz dos direitos humanos, tratando, sobretudo, das colisões entre direitos fundamentais, dos desafios da interpretação-aplicação e da efetividade dos direitos humanos. Sugere a ênfase no estudo de casos julgados pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave

Direitos humanos. Direitos fundamentais. Ética. Política. Interpretação-aplicação. Colisão de direitos. Efetividade. Atuação e limites do Poder Judiciário.

Abstract

The article deals with the experience in teaching the “Human Rights” subject in the Laws undergraduate curriculum. It defends the dialogue between the Law Science and the Moral and Political Philosophy in the process of formation of future professionals from the Legal field. Furthermore, it emphasizes a view of the 1988 Federal Constitution from the perspective of the human rights, glancing mainly through the collisions of fundamental rights, challenges involving interpretation-application and effectiveness of human rights. It suggests greater emphasis placed on case studies judged by the Judicial Department.

Key words

Human Rights. Fundamental Rights. Ethics. Politics. Interpretation-application. Collision of rights. Effectiveness. Range of action and judicial department.

O ensino de "Direitos Humanos"

The teaching of "Human Rights"

Paulo Klautau Filho*

*Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws pela New York University. Professor de Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará. Advogado. E-mail: klautau@uol.com.br

Considerando o espírito plural e inovador de *A Leitura – Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*, gostaria de oferecer um franco e crítico relato da experiência do ensino da disciplina Direitos Humanos (DH) no curso de graduação em Direito.

Ante a relativamente recente adoção da disciplina nos cursos jurídicos do país e a ainda frequente mistificação que cerca a expressão "direitos humanos", pareceu-me oportuno, neste espaço, partilhar experiências, apontar alguns dos desafios (e oportunidades) que o trabalho com a disciplina suscita e reportar como tenho tentado lidar com eles, tendo em vista a formação de futuros intérpretes-aplicadores do Direito.

Desse modo, submeto o texto aos profissionais do Direito, e em especial à magistratura paraense, como um convite ao livre diálogo, no qual a crítica é muito bem-vinda e necessária para este árduo e complexo processo coletivo de efetivação dos direitos humanos, que tem, cada vez mais, demandado a atuação transformadora do Poder Judiciário.

Direitos Humanos: "O quê?", "Por quê?" e "Como?"

Na elaboração dos cursos, tenho buscado acompanhar e estudar com os estudantes os problemas contemporâneos relativos ao reconhecimento, à promoção e à proteção dos

direitos humanos em nosso Estado, no país e no mundo. Nesse esforço, frequentemente, os questionamentos e provocações trazidos pelos próprios estudantes têm orientado minhas reflexões sobre como melhor trabalhar a disciplina. É dessa contribuição espontânea dos acadêmicos que parto neste tópico.

Com as três indagações entre aspas, tento sintetizar o conjunto de perguntas, críticas e provocações que os estudantes de DH costumam manifestar. Penso que tais indagações sintetizam, também, para além da disciplina acadêmica, os grandes desafios diante daqueles que lutam pela promoção e efetivação dos direitos humanos em nossa sociedade. Faço notar, portanto, minha convicção de que, de modo geral, os futuros profissionais do Direito chegam ao curso com impressões acertadas sobre as questões mais sensíveis que devemos enfrentar. O primeiro desafio do professor é, pois, ajudá-los a sistematizar sua compreensão intuitiva dos grandes problemas referentes aos DH, assim como orientá-los a respeito do instrumental teórico e prático minimamente necessário para enfrentar tais problemas.

Independente do conteúdo temático de um determinado curso de DH (por exemplo: "Direitos Humanos na Constituição Brasileira", "Os Tribunais e os Direitos Humanos", "Justiciabilidade e Efetividade dos Direitos Econômicos, So-

ciais e Culturais", "Direito Internacional dos Direitos Humanos", ou o curso mais geral e introdutório de "Direitos Humanos" que costumo ministrar na graduação em Direito), procuro mostrar que estas três grandes perguntas sempre estão presentes como pano de fundo de nossas discussões e que os futuros profissionais do Direito devem tentar construir e permanentemente aperfeiçoar suas próprias respostas, a partir dos materiais do curso, de seus estudos posteriores e de suas futuras atuações profissionais.

"O que (e quais) são os DH?", "Por que DH?" e "Como realizar os DH?" são questões interdependentes e inter-relacionadas (tal como afirmou a Declaração de Viena de 1993 sobre o conjunto dos direitos humanos). As respostas que damos a cada uma delas determinam reciprocamente as respostas das demais. Tais respostas nunca serão definitivas (dura realidade para os alunos ainda moldados pelas supostas certezas do dogmatismo acrítico, ainda dominante em nossas faculdades) e são historicamente condicionadas e construídas. Cabe a eles também dar sua contribuição neste processo histórico.

Porque são intuitivas, abrangentes e diretamente formuladas, estas perguntas servem como útil instrumental didático para iniciar o estudo dos DH.

Em que pese o risco da redundância, esclareço ao leitor que com a pergunta "O que são DH?" refiro-me ao aspecto ontológico da disciplina: qual é o seu objeto, qual sua melhor descrição e/ou definição, qual o âmbito de nosso estudo e qual o seu significado no contexto do curso de direito, no conjunto do ordenamento jurídico e em nossa sociedade? Estas últimas questões levam-nos à pergunta seguinte, "Por que DH?", por meio da qual posso entrar na discussão sobre as razões e os fundamentos teóricos, filosóficos (morais, políticos, ...) dos DH. Mas sob uma outra perspectiva, a pergunta "Por que DH?" abre-nos o caminho para a discussão sobre a razão da existência da disciplina em um curso de graduação em Direito. Por fim, admitindo-se que haja uma mínima compreensão sobre o que são e quais são os fundamentos dos DH, deparamo-nos, em geral, com a questão de sua efetividade: "Como realizar os DH?"

Opto por não explicitar as três perguntas (das quais, por evidente, decorrem muitas outras no estudo dos DH) no momento inicial da apresentação do curso. Minha expectativa é a de que os alunos cheguem a elas por si sós. Parto da ideia de que, na produção do conhecimento, é melhor buscar as perguntas corretas, do que as respostas definitivas. Espe-

ro que os alunos ao se fazerem estas perguntas, e buscarem suas próprias respostas, tornem-se mais protagonistas de sua formação. Não é fácil. Os estudantes suspeitam que se não há respostas precisas sobre o que são, por que devemos respeitá-los e como podemos realizá-los ("tirá-los do papel"), há algo de "errado", de insatisfatório, com a disciplina e/ou com os próprios direitos humanos. Mas alguns percebem que essas dificuldades (de encontrar as mesmas precisas respostas) se estendem às demais disciplinas e ao Direito como um todo. Então, eles "correm o risco" de estender suas suspeitas ao próprio Direito: há algo de "errado" ou de insatisfatório com o Direito (ou com o "senso comum teórico do jurista", de que nos fala Warat)? Em minha opinião, é somente nesse momento (que pode ocorrer no estudo de qualquer disciplina, e não apenas no curso de DH), que muitos começam realmente a *estudar* Direito. E, aqui, surge outro grande desafio para o professor: o de estar, de fato, preparado para lidar com um aluno protagonista de sua formação. Mas, para o momento, gostaria, ainda, de relatar um pouco de minha experiência com o surgimento e com alguns dos possíveis encaminhamentos destas perguntas no decorrer de um curso de DH.

"Isto é injusto/errado, mas não sei explicar por quê"

Os alunos da disciplina DH, geralmente, já concluíram a grade curricular de Direito Constitucional. Desse modo, já tiveram um extenso contato inicial com os direitos humanos através do estudo dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição de 1988. Muitos já sabem que os direitos fundamentais constitucionais, praticamente, correspondem ao conjunto dos direitos humanos reconhecidos ao longo da História (e nos tratados internacionais de DH, mas isto não é tão evidente para muitos). Quando reafirmo essa correspondência (um dos caminhos para a discussão sobre "o quê?" e "quais são os DH?"), surge, com frequência, a pergunta: então, "por que (incluir no currículo obrigatório a disciplina) DH?". Aqui, abrem-se (sempre entre muitas outras possibilidades não mencionadas ou mesmo não percebidas por mim) a oportunidade de se discutir que o Direito (Constitucional) brasileiro está inserido em uma longa tradição histórica, no contexto contemporâneo de globalização (sobretudo, econômica e tecnológica), de reconhecimento e de afirmação do regime democrático pela maioria dos países..., enfim, que os direitos fundamentais na CF 1988 não surgiram por geração

espontânea da iluminada mente do “Constituinte” (ou “Legislador”).

Na primeira aula, costumo apresentar algumas matérias jornalísticas recentemente veiculadas sobre questões de direitos humanos. Pergunto, então qual a visão predominante (ou quais as visões predominantes) na mídia e no senso comum sobre direitos humanos. Normalmente, os alunos apontam, correta e lamentavelmente, que ainda predomina a visão dos direitos humanos, como “direitos de bandidos”: quando ocorre algum crime horrendo que chama a atenção da mídia, lá vem “aquele pessoal dos direitos humanos” defender os marginais (“e os direitos humanos das vítimas?...”). Alguns, ainda, lembram a fórmula: “direitos humanos para humanos direitos (DH para HD)”.

A maioria dos alunos não concorda com tal visão, considerando-a pejorativa, socialmente injusta e “errada”. Associam, de forma vaga, DH com os termos “dignidade” e “igualdade”. Mas, geralmente, têm muita dificuldade em explicar porque consideram equivocada a visão “DH para HD”. Também, não é incomum encontrar alunos que, diante de tantos crimes atrozes sempre em evidência, ainda defendam essa visão, desafiando os demais. Como responder, de forma fundamentada, ao rótulo “direito de bandidos”?

Todas as turmas de graduação com as quais trabalhei ainda se sentem estimuladas com esse tipo de questão – o que, por um lado, facilita o trabalho de despertar seu interesse pelo curso; mas, por outro lado, é preciso dizer, atesta a superficialidade e a fragilidade da cultura dos DH entre os estudantes.

Como se percebe, estamos diante de questões ainda meramente introdutórias sobre a disciplina. Mas é uma oportunidade preciosa de mostrar que limitar o problema dos direitos humanos à matéria policial é incorrer em reducionismo simplista diante de um universo tão amplo e complexo – o qual, de modo meramente exemplificativo, envolve questões como igualdade de gêneros, orientação sexual, “raças”, as diferentes liberdades públicas constitucionais, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a regulamentação de pesquisas em biogenética (clonagens, células tronco etc...) o direito à saúde, à educação.

O reducionismo, sugiro aos alunos, é característico dos que não se perguntam, com um mínimo cuidado, afinal “o que são?” e “quais são os direitos humanos?”. Sem dourar a pílula: o reducionismo provém da ignorância. E isto não se

pode admitir entre os acadêmicos e futuros profissionais do Direito (tal provocação sempre motiva).

Podemos, então, sempre exemplificativamente, partir para uma releitura e uma reinterpretação do texto constitucional (e do ordenamento pátrio) à luz dos direitos humanos. Ou podemos acompanhar a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Pós-guerra, a partir da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (a qual buscava dizer quais eram os DH da, então, nova ordem mundial).

Mas, antes disso, é possível apontar a oposição, trazida pelos próprios alunos, entre duas perspectivas sobre os DH baseadas, respectivamente, sobre uma lógica de exclusão e uma lógica de inclusão. A lógica de exclusão fala de *nós* (os “humanos direitos”, os “homens de bem”) contra *eles* (“os bandidos”). Mas, quem são “os bandidos”? Quem diz quem são os “bandidos”? “Bandido” significa a mesma coisa que criminoso – aquele que após o devido processo legal foi julgado culpado? Mas não temos *todos nós* direito ao devido processo legal?

Provoco, sugerindo que *eles* variam historicamente. Os “bandidos” não costumam corresponder também aos que estão à margem na sociedade humana? Podem ser, dependendo do local e do momento histórico, os ciganos, os negros, os judeus, as mulheres (“bandidas”, “desavergonhadas”), os homossexuais, enfim, *o outro*. O *não-eu*, o *não-nós*. O *outro* é geralmente mais fraco. A inclusão entre os “humanos direitos” depende, então, de força? Como afirmava Trasímaco perante Sócrates: “o justo não é mais nem menos do que a vantagem do mais forte”¹.

Por outro lado, a lógica de inclusão remete à ideia de igualdade de *todos nós*. O que nos une é nossa humanidade. Todos podemos ser “homens de bem” e/ou “bandidos”. Numa perspectiva cristã, podemos dizer que somos todos filhos de Deus, criados à sua imagem e semelhança. Na perspectiva do imperativo categórico kantiano, porque somos todos humanos, somos todos dotados de dignidade. Esse, o “fundamento filosófico” ou o “fundamento moral” dos DH, segundo repetem à exaustão tantos doutrinadores. Mas esse argumento convence? Ele realmente explica “por que” devemos reconhecer (estudar), promover e proteger os direitos

¹ PLATÃO *A República*, 338c e seguintes. A referência, aos alunos, ao diálogo platônico tem a intenção de mostrar que o debate sobre os direitos humanos insere-se numa longa tradição do pensamento ocidental sobre moral e justiça.

humanos? O desafio de Trasímaco a Sócrates foi realmente superado? No Direito Internacional, nas relações internacionais, prevalece essa perspectiva moral kantiana inspiradora de tantos tratados de DH? Ou prevalece uma perspectiva mais "realista" ou "hobbesiana"? E no Direito Interno? É diferente? O Direito é algo mais que "a lei do mais forte"? Uma vez mais: este problema é exclusivo dos DH ou é um problema do próprio Direito?

Procurou mostrar aqui para os alunos como a disciplina DH aponta para o estudo de filosofia moral e teoria política. A teoria e a filosofia do Direito decorrem desses estudos a partir de reflexões sobre as relações entre justiça, moral, política e direito.

Tais questões, insisto, inserem-se na grande pergunta: "por que DH"? Penso que nenhum acadêmico ou profissional do Direito pode ignorá-la. Devemos ser capazes de debater e de reconhecer as complexidades que envolvem os fundamentos últimos dos direitos humanos. Tais complexidades podem ser vivenciadas no estudo de casos-problemas referentes, por exemplo, ao chamado relativismo cultural contraposto a uma visão kantiana de universalidade da moral e, conseqüentemente, dos direitos humanos. No âmbito internacional, como advogar a igualdade entre gêneros ou o direito à livre orientação sexual em sociedades que atribuem papel inferior à mulher ou criminalizam a homossexualidade? Mas esse desafio não é exclusivo do Direito Internacional. Basta, no caso brasileiro, pensar nas diversas questões que envolvem o conflito de tradições dos povos indígenas com o nosso ordenamento jurídico e/ou com os costumes da sociedade brasileira urbana. Essa questão, por exemplo, permeia todo o debate no caso da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ainda se encontra inconcluso no momento em que escrevo³.

A essa altura do curso, supõe-se que os alunos já tenham se distanciado bastante da perspectiva simplista inicial: "direitos humanos/direitos de bandidos". Alguns alunos, já sugerindo o tema da efetividade dos DH, e questionando a necessidade desses "estudos mais filosóficos" (como eles dizem), trazem uma citação quase onipresente de Norberto Bobbio (1992,

p.24): "o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".

Procurou apontar diferentes aspectos da afirmação do eminente jurista italiano. Se por um lado, ela traduz uma louvável preocupação do autor com a realização dos direitos humanos; por outro lado, fora de contexto, ela tem sido interpretada e reproduzida sob uma pobre perspectiva positivista que prejudica o entendimento do significado, seja filosófico, seja político, dos direitos humanos. O que tento demonstrar prejudica, em última instância, a sua proteção e promoção.

Costumo, com a preocupação de atribuir a cada questão (fundamentos e eficácia) o peso devido, também, trazer e provocar, neste momento do curso, o debate a partir desta fala de Bobbio contraposta ao seguinte comentário de Dalmo Dallari:

Se Bobbio vivesse e atuasse no Brasil, ou em muitos outros lugares do mundo, nos quais andam de mãos dadas o materialismo capitalista e o áctico positivismo jurídico, iria perceber a necessidade de reiterar conceitos fundamentais de Direitos Humanos, adicionando novos argumentos e enfrentando resistência de aparente cunho teórico, para demolir os pretextos invocados por governantes e por tradicionais beneficiários de privilégios, que afirmam ser impossível a efetivação de muitos Direitos Humanos⁴.

Retomando no curso uma linha mais próxima do direito positivo, à qual os alunos estão mais acostumados, podemos dizer que a resposta do Direito brasileiro a questões morais e políticas consistiu na adoção (na positivação) do que chamei de lógica de inclusão (uma "perspectiva kantiana"). Esse o significado da dignidade da pessoa humana constar no Artigo 1º da CF 1988, entre os fundamentos da Federativa do Brasil. Isso quer dizer, digo a eles, que as convicções morais e políticas de todos os profissionais do direito em nosso país devem ser limitadas, na vida pública, por este fundamento. Ou seja, se não é um "erro" moral ou político sustentar que os direitos humanos deveriam valer apenas para os "humanos direitos", trata-se, sim, de um erro grosseiro do ponto de vista da técnica jurídica. Um estudante de direito (muito menos um profissional) não pode se permitir tal erro. Pense-se no Juiz de Direito que, intimamente, é favorável à pena de morte ou acha que o homossexualismo "é doença". Ele tem toda a

³ Muitas vezes, alguns alunos passam a se perguntar, de forma angustiada, a partir da compreensão dos grandes obstáculos perante os direitos humanos: "afinal, existe alguma correlação entre direito e justiça ou o direito é apenas uma técnica cujo conhecimento torna-me habilitado e competente a exercer uma profissão com razoável demanda no mercado?"

⁴ Veja-se, também, o seguinte relato de caso: Moreira, Soares (2009) A propósito a "casoteca", promovida pela Escola do Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, e fonte de valioso material de trabalho, com o "método do caso", para nossa disciplina

⁵ Texto extraído do prefácio ao livro: Weis (1999, p. 6).

liberdade moral e intelectual de defender suas crenças (por mais grotescas ou lamentáveis que sejam), em sua vida privada. Mas não pode, como autoridade pública, no ordenamento brasileiro, condenar nenhum criminoso à pena de morte ou decidir qualquer causa de modo desfavorável a quem não partilhe de suas convicções quanto à liberdade de orientação sexual. Lamentavelmente, parte do exemplo (que reconheço ser um tanto caricato) não é apenas didático ou cerebrino. Sabe-se de decisões recentes de magistrados brasileiros eivadas de gritante preconceito e homofobia, violando preceitos básicos de respeito ao princípio constitucional da isonomia. Um profissional desse tipo está longe de compreender o que são os direitos humanos, qual o seu fundamento e (muito menos) como efetivá-los. Insisto, desse modo, com os alunos, que a compreensão das dimensões histórica, moral e política dos direitos humanos é condição necessária para uma boa interpretação-aplicação do direito positivo e para melhor se enfrentar as questões referentes à sua efetividade.

Voltando ao texto constitucional, proponho que os direitos humanos (direitos fundamentais) podem ser interpretados como uma pauta ética, positivada pelo “Constituinte” para promover a dignidade da pessoa humana. O conjunto desses direitos surgiu juntamente com uma expectativa histórica de superar o passado recente sob um regime político autoritário e com o propósito de construção de uma sociedade mais justa (literalmente, um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, como disposto no Art. 3º, inc. I da CF 88). Note-se, uma vez mais, o papel do jurista como o criador de instituições capazes de atender às aspirações éticas e políticas da sociedade. Em paralelo, é sempre possível analisar, sob esse mesmo viés, a criação de um sistema internacional de direitos humanos, após a Segunda Guerra Mundial. Naquele momento, os juristas que atuaram na elaboração da Carta da ONU e da Declaração Universal de Direitos Humanos (assim como de todos os tratados internacionais de direitos humanos subsequentes) se empenharam em oferecer a resposta jurídico-institucional às expectativas de reconstrução ética e política da ordem mundial. Tanto no contexto brasileiro da CF 1988, como naquele verdadeiro momento de fundação do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵, os direitos humanos surgem como a tentativa de

resposta da técnica jurídica a questões como: “qual o mínimo necessário para se respeitarem todas as pessoas (do Brasil e/ou do mundo)?”; “qual o mínimo necessário para uma boa (digna) vida?”; “o que devemos (eticamente) uns aos outros?”; “como podemos viver melhor?”; “como podemos viver melhor em sociedade?”. O estudo de DH reaproxima o profissional ou o futuro profissional do Direito dessas questões essenciais.

A percepção do esforço do jurista, no sentido da estruturação e do reconhecimento de um catálogo de direitos humanos, como resposta inicial às demandas éticas e políticas da vida em sociedade, abre o caminho para se acompanhar a atuação (e os limites) do conhecimento jurídico na criação dos meios para realizar tal catálogo de direitos.

Isso tudo é muito bonito no papel, mas não funciona na realidade!

Nesse ponto, passamos ao âmbito do estudo das questões ligadas à pergunta “como realizar os DH?”. Externando uma ideia corrente no senso comum (e mesmo no chamado “senso comum teórico dos juristas”), os estudantes, após as discussões iniciais e, muitas vezes, desde o primeiro dia do curso, protestam com afirmações como a que dá título ao presente tópico.

Digo a eles que, ante a crueza dos fatos no Brasil e no mundo, só posso concordar. Mas chamo a atenção que esse é apenas o ponto de partida de nosso curso, não podendo ser usado como sua conclusão. Cabe a nós definir caminhos para, pelo menos, melhor conhecer o problema e compreender se e em que medida o direito pode contribuir para enfrentá-lo. Além disso, sempre importa lembrar que a questão da efetividade dos direitos humanos surge do avanço que caracteriza o seu reconhecimento jurídico. Ou seja, pode-se dizer que, em sua dimensão jurídica, esse é um problema criado pela própria atuação dos juristas no sentido comentado anteriormente.

Na linha sugerida de uma interpretação da Constituição Federal à luz dos direitos humanos, e partindo do significado ético e político da adoção da dignidade humana como fundamento constitucional, decorre a obrigação do Estado brasileiro de reconhecer, proteger e promover os direitos humanos. Neste exato sentido, os tratados internacionais de DH atribuem aos Estados-membros o dever, não apenas de respeitar, mas também de assegurar os direitos reconhecidos nos respectivos documentos. Tal dever é reforçado, expressamente, em nosso texto constitucional, ao incluir a prevalência dos

⁵ Particularmente, nesse aspecto, penso que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por ser muito recente, por se encontrar em processo de construção e por desvelar as relações entre Direito e Política, oferece-nos um material com privilegiadas possibilidades de estudo comparado e esclarecedor de situações assemelhadas do Direito Interno. Serão referidos mais exemplos ao longo deste texto.

direitos humanos como um dos princípios que devem reger nossas relações internacionais (Art. 4º, II).

Tudo isso confirma a legitimidade da perspectiva defendida por Comparato (1989, p. 45) de que, na técnica constitucional, os DH correspondem a princípios jurídicos fundamentais. Por isso, sua realização deve ser entendida como a função primordial e essencial de todos os poderes públicos. Em outras palavras, a eficácia dos direitos humanos deve ser o vetor e a meta a orientar a atuação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário em todas as unidades da Federação. Provoco, afirmando que todos os poderes públicos de nossa Carta Constitucional, assim como todo nosso ordenamento jurídico, existem, em última instância, tão-somente para prover a dignidade da vida humana e os consequentes direitos humanos.

Só com a adoção desta mentalidade é que se pode cogitar seriamente um primeiro passo decisivo para a efetividade dos DH. Desse modo, abre-se na disciplina a ampla perspectiva de se acompanhar a atuação dos três poderes públicos diante da pergunta "como realizar os DH?". Nesse estudo, os acadêmicos podem avaliar em qual medida as autoridades públicas adotam a referida mentalidade e como têm procurado pô-la em prática.

Do ponto de vista do Legislativo e do Executivo, deparamo-nos, de imediato, com o cada vez mais repetido (e, infelizmente, pouco estudado) tema da necessidade de "políticas públicas", as quais, esclareço a eles, consistem em programas de ação governamental que não se esgotam em normas ou atos isolados. Caracterizam uma atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, dos mais variados tipos, conjugados para a realização de um objetivo determinado". Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie (insisto nesse aspecto para mostrar aos alunos a necessidade de extenso e minucioso trabalho de técnica jurídica envolvido na concreção de direitos humanos). Lembro que o que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos

jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos, ou a eles imposta pela Constituição ou pelas leis.

Cabe-nos, pois, investigar se e como os três poderes têm elaborado e executado políticas públicas (*policies*) aptas a promover os DH. Após esta discussão inicial sobre o seu significado e finalidade, os alunos podem pesquisar, por exemplo, quais as políticas públicas elaboradas nas três esferas federativas para saúde, educação etc. Podem, então, verificar como vêm sendo executadas tais políticas (quando e se existirem). Esse exercício pode partir do estudo das normas orçamentárias. Pode-se questionar se as alocações de recursos *nelas previstas* vêm sendo respeitadas, como têm sido aplicados esses recursos, se há critérios definidos para justificar a distribuição de recursos, como podem ser elaborados esses critérios e se é possível, com base em critérios bem definidos, avaliar judicialmente a razoabilidade-proporcionalidade da utilização de recursos. Em última instância, pode-se ainda indagar se, no contexto contemporâneo, o Poder Público é realmente capaz de realizar tal tarefa sem a co-responsabilidade de poderosos agentes privados.

Este tipo de exercício permite, penso, que os alunos percebam que há ainda um extenso campo inexplorado pelos profissionais do direito na busca da eficácia para os DH. Há, portanto, muito que fazer antes de lamentar a distância entre o "papel e a realidade". Além da capacidade de se avaliar a elaboração e a execução de políticas públicas, exige-se, cada vez mais, dos que vão atuar no direito público, uma formação que, indo além do formalismo dogmático-processualístico, os habilite a formular políticas públicas substanciais. Costumo usar o exemplo do profissional do direito que atue na área do direito (humano) à educação. Na formulação, na execução e no acompanhamento de políticas públicas, tal profissional terá que aliar, ao conhecimento jurídico, um conhecimento mínimo sobre educação, além de atuar necessariamente em conjunto com profissionais da área. O exemplo vale para todo o catálogo de direitos humanos (por exemplo, segurança pública, liberdade de expressão, saúde, meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.). Esse é, também, um caminho para que os alunos compreendam, pela vivência (e/ou pelo estudo de casos-problemas), a natureza transdisciplinar da disciplina DH.

Quanto à atuação do Poder Judiciário, as possibilidades de estudo e o campo de atuação aberto aos profissionais do direito não são menos férteis.

³Baseo-me na definição oferecida por Fábio Konder Comparato em texto do trabalho da Escola do Governo "O Ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais", mimeo, 2001. Para um estudo sistemático sobre as políticas públicas como categoria jurídica ver: Buccì, Maria Paula Dallari (2002, 2008).

Além da exigência do conhecimento mínimo sobre políticas públicas já referido⁷, a atuação do profissional, com vistas à concretização dos DH, ou perante o Poder Judiciário, envolve outras questões afeitas ao conhecimento jurídico, das quais a jurisprudência do STF Brasileiro (e de outras Cortes Constitucionais, ou das Cortes Internacionais) oferece, evidentemente, rico material de estudo.

No estudo retrospectivo das decisões dos tribunais brasileiros, com ênfase no cada vez mais concentrado poder do STF, venho destacando a questão hermenêutica da “colisão de princípios” e a questão da “justiciabilidade” dos direitos econômicos, sociais, culturais e difusos, assim como das políticas públicas. (Neste ponto, merece destaque, por seu imenso valor como material didático, a coletânea organizada por Oscar Vilhena Vieira e Flávia Scabin (2006). A obra traz as principais decisões do STF a respeito de dignidade humana, liberdade, igualdade, devido processo legal e cidadania, com esclarecedores textos introdutórios e sugestões de perguntas para trabalhar os casos com base no método socrático. Os parênteses são justificados pela minha convicção de que esse livro também deve fazer parte da bibliografia básica obrigatória da disciplina DH.)

O primeiro tema decorre naturalmente da extensa pauta de DH reconhecida pela CF 1988 (o mesmo se dá no conjunto dos tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos – lembrando que é sempre interessante mostrar as similitudes e os desafios comuns dos sistemas interno e internacional). Como se sabe, muitas vezes, uma decisão em favor da concretização de determinado direito fundamental pode se afastar da concretização de outro direito de mesma hierarquia. Admitido o caráter de princípios constitucionais dos direitos humanos, estamos diante do desafio hermenêutico de uma “colisão de princípios”, questão recorrente entre teóricos contemporâneos do direito, cujo pensamento tem servido de fundamento frequente a votos de Ministros do STF. Desse modo, os alunos podem ver como alguns dos membros do STF têm aplicado as ideias de, por exemplo, entre os mais citados, Ronald Dworkin e Robert Alexy, em casos concretos que oponham direitos humanos fundamentais.

Abre-se a oportunidade de relacionar textos teóricos sobre interpretação-aplicação do direito e a atuação de profissionais em casos concretos. Os alunos podem avaliar criticamente como os magistrados (e todos os profissionais do

direito) absorvem e aplicam determinadas teorias, se estas teorias (e o modo como são usadas) contribuem para a construção de uma motivação racional e convincente dos casos mais complexos envolvendo direitos humanos em oposição.

Apenas a título de exemplo, um dos exercícios com participações mais motivadas dos alunos tem sido com o “Caso Ellwanger” (STF, HC 82.424-2-RS). Nesse caso, como se sabe, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio produziram votos com conclusões absolutamente díspares, invocando e aplicando o mesmo “princípio da proporcionalidade” (ambos citando obras de Robert Alexy), acerca de suposta colisão entre liberdade de expressão e dignidade humana.

No estudo crítico dos julgados, os alunos tornam-se muito mais familiarizados com os desafios trazidos pelos DH perante o intérprete-aplicador. Nas diferentes visões expressas na jurisprudência sobre o significado jurídico de dignidade humana, sobre os choques entre a realização de distintos direitos, emerge a questão das escolhas morais e políticas que envolvem a atuação dos profissionais do direito na realização dos direitos humanos. Tais escolhas apontam para um relevante desafio, pois elas somente poderão escapar à arbitrariedade se forem racionalmente motivadas, com base no mais profundo e qualificado conhecimento sobre os fundamentos históricos e teóricos dos DH (novamente, destaco a interdependência entre “o que são”, “por quê” e “como” realizar os DH).

O segundo tema que surge do estudo retrospectivo de decisões judiciais é o da “justiciabilidade” de determinados direitos humanos (especialmente os direitos sociais listados no Artigo 6º da Constituição Federal) e das políticas públicas destinadas à sua realização. Aqui, deparamo-nos com questões ainda pendentes e na ordem do dia no meio jurídico nacional. Os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser protegidos em juízo? O Judiciário pode desempenhar um papel ativo na promoção dos direitos sociais? O Judiciário pode julgar, formular e implementar políticas públicas para promover o acesso a direitos humanos recusado por outros Poderes do Estado? Em que medida? Mas isso não viola o princípio da separação dos Poderes? O Judiciário está preparado/qualificado para isso?

Estas questões remetem-nos, primeiramente, à ainda necessária discussão acerca das supostas diferentes prestações, exigíveis aos Poderes Públicos, para a concretização dos direitos civis, políticos e individuais, por um lado; e dos direi-

⁷Veja-se, por todos, e com extensa e qualificada indicação bibliográfica Dias, Jean Carlos (2007).

tos sociais, econômicos e coletivos e/ou difusos (passarei a referir a todos por "direitos sociais"), por outro.

Enfrentamos aqui, a explicação, ainda predominante na doutrina, de que os primeiros exigem prestações negativas, sendo realizáveis com a "mera abstenção do Estado", cuja única missão seria proteger o livre exercício destes direitos. O segundo grupo de direitos, por sua vez, demandaria prestações positivas do Estado, concretizadas através de políticas públicas limitadas pelos recursos disponíveis. Repete-se que os direitos sociais têm um "custo", exigem investimentos e dependem de recursos que são escassos (como se o mesmo não ocorresse com os direitos individuais civis e políticos).

A forte carga ideológica deste tipo de classificação é, ainda, reproduzida de modo acrítico, em manuais de Direito Constitucional e de Direitos Humanos/Fundamentais e pelo próprio Poder Judiciário, que, reiteradamente, aceita argumentos como o princípio da separação dos poderes, a "reserva do possível" e restrições orçamentárias e de planejamento financeiro, para não atuar de modo mais ativo na concretização de direitos sociais.

Novamente, o estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) pode ser muito esclarecedor. Pode-se demonstrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) afirma, sem distinções ou gradações de eficácia, todos os direitos humanos, sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos etc.

A primeira distinção relevante, no plano do DIDH (e, portanto, no plano jurídico), surgiu, no contexto das contendas político-ideológicas da Guerra Fria, quando, em 1966, o trabalho de elaboração de um tratado internacional que dotasse de força vinculante os direitos constantes da DUDH gerou não um, mas dois tratados internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Nesse momento do curso, considero muito proveitoso o estudo comparado dos dois Pactos. Por exemplo, após a constatação de que possuem a mesma principiologia, expressa nos seus idênticos Preâmbulos e Artigos Primeiros, lemos e discutimos, em classe, as diferenças dispostas em seus respectivos Artigos Segundos (nos quais se trata da natureza do dever dos Estados-partes em relação aos direitos reconhecidos em cada tratado):

(PIDCP)

Art. 2o - 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os estados-partes comprometem-se a:

a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso. (grifo nosso)

(PIDESC)

Art. 2o - 1. Cada estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (grifo nosso)

2. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Fica evidente que o PIDCP atribuiu aos Estados-membros o dever de reconhecer uma eficácia imediata e incondicionada aos direitos civis e políticos, inclusive com todas as garantias de ordem judicial.

Por sua vez, o PIDESC, apesar de impor aos Estados-partes a chamada cláusula de progressividade (segundo a qual, os Estados devem implementar, gradualmente, os direitos sociais, não podendo retroceder sobre os avanços alcançados), acabou por limitar a eficácia dos direitos sociais ao "máximo dos recursos disponíveis" (com o que os países do bloco socialista não concordavam, mas aceitaram como o texto possível naquele momento histórico). Qualquer semelhança entre "máximo dos recursos disponíveis" e a "reserva do possível" não é mera coincidência. E se o máximo dos recursos for quase nada, o mínimo de realização destes direitos restará como promessa indefinidamente.

A distinção no tratamento dispensado aos direitos sociais, com seu caráter marcadamente político-ideológico, foi incorporada pela doutrina jurídica brasileira como uma descrição da realidade das coisas. Isto explica, ao menos em parte, como surgiram as classificações das normas constitucionais segundo sua "eficácia", opondo as normas dotadas de "plena eficácia" às que são "meramente programáticas" (interpretadas, por muitos, perniciosamente, como normas sem qualquer força vinculante).

Daí, não é incomum que decorram crenças delirantes, como, por exemplo, a de que para a plena realização do direito de liberdade de expressão de todos os cidadãos brasileiros basta a abstenção do Estado(!), porque a Constituição já reconheceu a (supostamente natural) aplicabilidade imediata desse direito. Ou seja, acredita-se que hoje, no Brasil, gozamos todos do pleno exercício de liberdade de expressão(!). Ao Judiciário, caberá apenas agir no caso de violação desse direito para fazer valer sua a "situação original" de eficácia plena e imediata (exatamente como disposto na alínea "b" do Parágrafo 3º do Artigo 2º do PIDCP). Por sua vez, a aplicabilidade de direitos como educação e saúde seria diferente,

pois dependeria de escolhas políticas (na formulação, adoção e execução de políticas públicas) do legislador e do administrador diante da onipresente reserva do possível (como se a plena liberdade de expressão dos cidadãos numa sociedade de meios de comunicação em massa não dependesse também de políticas e recursos públicos). E o Judiciário não poderia se substituir ao Legislativo e ao Executivo na avaliação ou formulação de políticas públicas, posto que elas estariam reservadas ao domínio político, "seara exclusiva" dos dois outros Poderes. Trata-se, aqui, além da questão ideológica, da questão da legitimação política do Judiciário para decidir sobre políticas públicas e direitos sociais.

Se a percepção das questões político-ideológicas envolvendo as diferentes "gerações" de direitos humanos não produz a sua eficácia imediata (esta depende de escolhas políticas de toda a sociedade) e não afasta outras dificuldades na atuação do Judiciário, ela é muito útil para a compreensão mais profunda sobre como o direito é pensado, produzido e aplicado historicamente. Penso que este deve ser um dos objetivos da disciplina DH e que, se alcançado satisfatoriamente, justifica por si só a sua adoção em todos os cursos de Direito.

Recentemente, o protagonismo judicial na defesa de direitos sociais foi objeto de emblemática decisão do STF, nos autos da ADPF nº 45-DF/MC (29.04.2004). Antes de concluir que a arguição de descumprimento de preceito fundamental restava prejudicada, por perda superveniente de objeto, o Ministro Relator Celso de Mello, em juízo monocrático, enfatizou que o Poder Judiciário, em bases excepcionais, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem normas constitucionais fundamentais, poderá formular e implementar políticas públicas, de modo a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente negada pelo Estado. Os alunos têm percebido que, do ponto de vista da dogmática processual, o Ministro Relator não precisaria adentrar neste tema para julgar prejudicada a ação. Eles notam, com clareza, que há um debate (ou mesmo um combate) político subjacente à causa, acerca do papel do Judiciário na promoção de direitos sociais (e no julgamento de políticas públicas). A contundência da manifestação do Ministro Celso de Mello (ainda que absorvendo a tradicional distinção entre direitos de "primeira e segunda geração", e

a ideia de uma limitação maior dos direitos de segunda geração pela "reserva do possível") não deixa dúvidas e merece a reprodução de alguns trechos por sinalizar com uma nova posição diante de problemas aqui levantados e pelo potencial como material para discussão do tema com os alunos:

Cabe assinalar, [...], que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei Fundamental do Estado." (RTJ 175/1212-1213, rel. Min. Celso de Mello).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas de tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (Stephen Holmes/Cass Sustein, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (diretos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, dela não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa -, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Prossigo propondo aos alunos que se a posição do Ministro decano da Corte passar a ser dominante, admitindo-se, ao menos subsidiariamente, a "justiciabilidade" dos direitos sociais e das políticas públicas, será (já é) preciso investigar em que medida o Poder Judiciário está habilitado para desempenhar tal função.

Um enorme obstáculo (e terrível problema para nós, professores da disciplina) reside na mentalidade e na formação dos profissionais do Direito voltados exclusivamente para lidar com questões de justiça comutativa, que envolvem litígios bilaterais opondo indivíduos ("Caio vs Túlio"). Ocorre que as questões ligadas à concretização dos direitos sociais remetem-nos, via de regra, a desafios de justiça distributiva, que diz respeito à participação de todos no gozo dos escassos recursos socialmente produzidos. Nesses casos, e em todo tipo de questão de justiça distributiva, não é tão simples identificar a parte contrária, o réu nos processos judiciais. Como diz José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 128)⁸,

Mesmo que se apresentem alguns réus determinados (o Estado, uma agência governamental, uma federação de patrões, uma empresa ou pessoa jurídica privada), o que está em jogo é, muitas vezes, algo que diz respeito à organização social, eventualmente concretizada num litígio determinado. Aqui está uma das dificuldades enfrentadas pelo Judiciário hoje: a discussão judicial, a discussão política, faz-se ainda sob o signo do confronto de vontades, de interesses, de atores individualizados (mesmo que os atores sejam sindicatos, corporações). Uma política pública (uma política industrial, um regime de importações, uma política educacional, um plano de estabilização monetária) não pode ser compreendida senão em referência plurilateral, e às disputas em torno de um bem comum, que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação social. Nesse sentido, chega ao Judiciário, como fórum de discussão pública, questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver.

Há também que se considerar a inércia institucional. Afinal, o Judiciário, de modo diverso aos demais Poderes, só age se e quando provocado pelos interessados. Muitas vezes, os grupos mais interessados na atuação do Estado em prol dos direitos sociais desconhecem ou não têm meios de acesso ao Judiciário. Isso significa que a pauta desse Poder é limi-

⁸ Sigo, aqui, este precioso artigo (o qual tenho utilizado para trabalhar com os alunos a diferença entre justiça comutativa e justiça distributiva) com referência aos limites do Poder Judiciário para enfrentar os desafios da justiça distributiva.

tada pelo ponto de vista determinado e limitado dos que já têm acesso à máquina judicial – o que em nada favorece uma distribuição mais justa de recursos. Pois quando se trata de questões de natureza distributiva, a iniciativa de alguns pode significar, mediamente, a lesão de outros. Por exemplo, a pretensão de alguns de não pagarem impostos, mediante provocação ao Judiciário, pode ser prejudicial a muitos outros que deixarão de receber serviços públicos.

Além disso, há que se ver as dificuldades trazidas pelo tradicionalismo da cultura jurídica, a qual torna a introdução de novas categorias transformadoras da prática jurídica (e, é claro, buscando transformação e justiça social), neste ambiente dominado pelo precedente (seja jurisprudencial, legal ou doutrinário), lenta e desinteressante para os grupos dominantes.

Atualmente, o aparelhamento do Judiciário é insuficiente para lidar com questões que envolvem o exame de políticas públicas. Como colher informações? Os tribunais e juizados poderiam contar com peritos especializados? A lentidão do sistema cartorial pode ser modificada para atender urgentes necessidades sociais?

Tais problemas, assim como todos os demais, levantados ao longo deste artigo (sem pretensão de abrangência universal) mostram o amplo espaço de trabalho na disciplina DH, que, penso, não deve se limitar ao conhecimento retrospectivo do processo histórico, político e jurídico de afirmação dos direitos humanos, mas também, e, sobretudo, deve buscar capacitar nos alunos para refletirem e atuarem de forma qualificada diante dos desafios do presente e do futuro.

Concluo enfatizando que muitos dos limites hoje existentes na realização dos direitos humanos esbarram nos limites sociais e políticos do próprio Direito, do conhecimento jurídico e da formação dos futuros juristas. Tenho tentado trabalhar a disciplina DH como um meio para compreender tais limites, estimulando os estudantes a superá-los. Há um longo caminho a percorrer, tanto na melhor formação dos professores e estudantes, como na concepção do próprio curso de Direito. Em certo sentido, um curso de Direito verdadeiramente dedicado à temática dos direitos humanos, talvez, até mesmo dispensasse a disciplina "Direitos Humanos". Afinal, a dignidade humana e sua promoção seriam, em última instância, a razão de ser de todo o conhecimento e prática jurídica.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. 342 p.
- _____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Julio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 377p., p. 225-260.
- COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. In: _____. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. 214 p., p. 45.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. 176 p.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição? In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. 304p., p. 128.
- MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; SOARES, Gysle Amanajás. *Sangue na internet*. Disponível em: <http://www.gvdirito.com.br/casoteca/casos>. Acesso em: 6 abr. 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena; SCABIN, Flávia. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. 688 p.
- WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.



Daniel Amorim Assumpção Neves
Litisconsórcio alternativo e o
Código de Defesa do Consumidor

Resumo

A tutela do consumidor tal como erigida em nosso sistema jurídico tem possibilitado a revisão de uma série de institutos processuais de modo a viabilizar a mais efetiva proteção jurídica. O processo civil brasileiro tem-se moldado a esse tipo de demanda, reconstruindo suas bases clássicas de modo a torná-lo capaz de fazer frente a tais demandas. Em especial, a identificação dos responsáveis pela lesão sugere a retomada do litisconsórcio nessas situações, destacando-se o litisconsórcio alternativo, que autoriza a integração dos diversos agentes à relação processual. A necessidade de se analisar a possibilidade de instrução probatória para fins de configuração dessa modalidade de litisconsórcio é de fundamental importância para a exitosa conexão desse instituto com a proteção ao consumidor.

Palavras-chave

Consumidor. Litisconsórcio. Instrução probatória. Tutela processual.

Abstract

The consumer guardianship as it has been erected in our legal system has enabled the revision of a series of procedural institutes, thus fostering the most effective judicial protection. The Brazilian Civil Procedure has moulded itself to this sort of demand, re-creating its classical basis in order to comply with such legally enforceable requests. The special emphasis given to the identification of those who respond for the injury suggests the retake of the joint action under these circumstances, more specifically the alternative joint action, which authorizes the integration of the several agents involved in the procedural relationship. The necessity of examining the possibility of probative instruction with the purposes of configuring this joint action modality is essential for the successful connection of this institute with the consumer's protection.

Key words

Consumer. Joint Action. Probative Instruction. Procedural guardianship.

Litisconsórcio alternativo e o Código de Defesa do Consumidor

Alternative Joint Action and the Consumer Code

Daniel Amorim Assumpção Neves*

*Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Processo Civil na Universidade Mackenzie, Universidade Paulista (UNIP) e na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Advogado em São Paulo e Santos. E-mail: daniel@aneves.com.br

Em tema enfrentado com extrema raridade pela doutrina, encontrando-se na doutrina nacional de forma mais aprofundada apenas as lições de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 391), encontra-se o instituto do litisconsórcio alternativo. Pergunta o processualista:

Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (cúmulo alternativo)?

O instituto do litisconsórcio alternativo representa, portanto, a possibilidade aberta ao autor para demandar duas ou mais pessoas quando tenha dúvidas fundadas a respeito de qual delas, efetivamente, deveria participar no pólo passivo da demanda. Na realidade, a construção do instituto do litisconsórcio alternativo atinge também o pólo ativo, quando exista dúvida fundada a respeito de quem seja o titular do direito a ser discutido no processo. O que caracteriza, fundamentalmente, o litisconsórcio alternativo, é a indefinição a respeito do sujeito legitimado a litigar, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo da demanda.

Observe-se que o litisconsórcio alternativo não se confunde com o litisconsórcio eventual ou sucessivo. Nestes, a parte sabe, com precisão, quem são os sujeitos que devem participar da relação jurídica processual e o fator que caracteriza essa espécie de litisconsórcio é a cumulação de pedidos dirigidos contra ou por sujeitos distintos, que formarão o litisconsórcio; somente é possível o acolhimento do segundo pedido se for acolhido o primeiro ou ainda que o

segundo seja acolhido não o sendo o primeiro. Rodrigo Reis Mazzei, em artigo específico sobre o tema, ainda não publicado e cedido gentilmente pelo autor, dá como exemplos de litisconsórcio sucessivo as hipóteses previstas nos arts. 1.698 e 928, parágrafo único, do CC¹.

As precisas lições do mestre capixaba reforçam a ideia de que, nas hipóteses de litisconsórcio sucessivo, não existe dúvida quanto à legitimidade; essa diferença é essencial para conceituar tal litisconsórcio de maneira diversa do alternativo, ora analisado (MAZZEI, 2006, no prelo)². A distinção,

¹Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamadas a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide"; Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem". No direito português, encontra-se positivado, no art. 31º B, CPC o litisconsórcio sucessivo, como o nome "pluralidade subjectiva subsidiária". José Lebre de Freitas (2008, p.70), aponta a utilidade do instituto para as hipóteses de responsabilidade subsidiária.

²A seguir os caminhos que estamos traçando no texto, como ponto de partida para a configuração do litisconsórcio sucessivo, na ação deverá constar – pelo menos – dois pedidos não idênticos, sendo que o segundo pedido (secundário) somente será analisado se ultrapassado o primeiro pleito – com decisão positiva. Contudo, essa situação, por si só, não gerará o litisconsórcio sucessivo, sendo necessário adequar a situação para o embate pedido e formação do pólo plúrimo. O pormenor que gera o litisconsórcio sucessivo está no fato de que – quando se passa para o segundo pedido – há a análise subjetiva diferenciada do pedido antecessor, ou, com outras palavras, somente se avançará para o patrimônio jurídico do segundo litigante após a análise positiva (de resultado) em relação ao primeiro. Mister se fará que conste, *primeiramente*, comando decisório (aqui, *capítulo de sentença*) quanto ao primeiro litisconsorte, para, após, adentrar no segundo pedido, que é concernente ao litigante que está em *litisconsórcio sucessivo*.

inclusive, afasta o instituto do objeto do presente estudo, apesar de sua inegável complexidade e importância prática.

Alguns exemplos para justificar a construção são dados por Dinamarco (2002, p.394), em sua maioria retirados das lições a respeito do tema dos italianos Giuseppe Tarzia e Ludovico Mortara, com as devidas citações. Aponta, primeiramente, para a hipótese de duas ou mais pessoas jurídicas, componentes do mesmo grupo econômico, realizarem diversos negócios jurídicos com terceiro de forma que não se saiba, com exatidão, qual delas é a efetivamente legitimada a propor a demanda, o que somente restará demonstrado com a análise de documentos em poder da parte contrária. Afirma que, nesse caso, será possível uma cumulação subjetiva eventual no pólo ativo, de modo até mesmo a evitar a propositura de ações conexas – mesma causa de pedir – propostas em separado por tais pessoas jurídicas, a fundamentar o liticonsórcio no art. 46, inc. III, do CPC.

Esse é um bom exemplo também para o pólo passivo da demanda, em situações nas quais o autor não tem a exata concepção de quem realmente deverá tal pólo processual. Atualmente, são tantas as empresas criadas por um mesmo grupo econômico, por exemplo, que, muitas vezes, existe a real dificuldade em individualizá-las no tocante a quem, efetivamente, participou da relação jurídica de direito material e que, por essa razão, deverá figurar no pólo passivo da demanda. Um mesmo conglomerado financeiro exerce atividades de banco, financiadora, seguradora, administradora etc., exercidas por pessoas jurídicas diferentes, o que nem sempre fica muito claro para aqueles que com esse conglomerado fazem negócios.

Nesse tocante, é importante ressaltar algumas particularidades do direito consumerista, em que a figura do liticonsórcio alternativo deve ser tratada de forma diferenciada. Para análise, demanda-se o enfrentamento de duas situações distintas em decorrência da aplicação do art. 7º, parágrafo único, e 12 e 13, do CDC.

O art. 7º, parágrafo único, do CDC, vem assim redigido: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Esse dispositivo constitui a regra geral de responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que participaram da cadeia de fornecimento do serviço ou produto perante o consumidor. A regra justifica-se pela responsabilidade objetiva adotada pelo CDC, que dispensa a culpa como elemento da responsabilidade dos fornecedores³. Dessa maneira, independente de a culpa não ser do

fornecedor demandado, ou não ser de todos os fornecedores demandados, haverá a condenação de quem estiver no pólo passivo a indenizar o consumidor; assim, é inviável imaginar, em uma situação tratada à luz do dispositivo legal comentado, uma sentença terminativa por ilegitimidade de parte, se for comprovado que a culpa não foi daquele fornecedor demandado.

Em razão da solidariedade entre todos os fornecedores e de sua responsabilidade objetiva, o consumidor poderá optar contra quem pretende litigar. Poderá propor a demanda a buscar o ressarcimento de seu dano somente contra um dos fornecedores, alguns, ou todos eles. A doutrina que já enfrentou o tema aponta acertadamente para a hipótese de liticonsórcio facultativo, considerando ser a vontade do consumidor que definirá a formação ou não da pluralidade de sujeitos no pólo passivo e mesmo, quando se formar o liticonsórcio, qual a extensão subjetiva da pluralidade (NUNES, 2000, p. 130; NERY JR.; NERY, 2005, p.960; PAULA, 2002, p. 75).

Nesse caso, portanto, de responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores, não será aplicável o instituto do liticonsórcio alternativo, pois, ainda que exista uma dúvida fundada por parte do consumidor sobre quem foi o causador direto de seu dano, a legislação consumerista, expressamente, atribui a responsabilidade a qualquer dos fornecedores que tenha participado da cadeia de produção do produto ou da prestação do serviço. Por ser inviável antever a ilegitimidade de qualquer deles, ainda que nenhuma culpa tenha no evento danoso, pouco importa, para os fins do processo, a individualização do fornecedor que tenha sido o responsável direto pelo dano, de modo que é inviável, nesse caso, falar em liticonsórcio alternativo.

Essa disposição do CDC, repetida em outras normas do diploma consumerista – como os arts. 18, *caput*, 19, *caput*, 25, §§ 1º e 2º, art. 28, § 3º, e art. 34 –, é demonstração clara de proteção ao consumidor, que não poderia ser afetado por incertezas a respeito de qual dos fornecedores foi o responsável direto pela ofensa a seus direitos. A ideia é que os fornecedores, solidariamente, respondam perante o consumidor independente de sua culpa no caso concreto; assim, é lícito àquele que pagou e que não teve culpa ingressar com ação de repetição de indébito contra o fornecedor causador direto do dano. A proteção do consumidor, a criar um liticonsórcio facultativo entre os fornecedores, afasta, por completo, a necessidade do liticonsórcio alternativo.

Registre-se que a melhor doutrina aponta para a possibilidade de o fornecedor condenado a satisfazer o consumidor, caso não tenha tido culpa no evento danoso, ou ainda que

³ Nesse sentido, as lições de Marques; Benjamin; Miragem (2004, p. 188-189); Nunes (2000, p. 131); Friemeno, p. 139 ver Grinover et al (1999).

a culpa não tenha sido exclusivamente sua, ingressar com outro processo perante o fornecedor culpado pelo dano, para receber aquilo que pagou ao consumidor (NUNES, 2000, p. 131). O direito de regresso, entretanto, não poderá ser exercido no próprio processo em virtude da proibição explícita do art. 88 do CDC, que impede a denúncia da lide nas demandas consumeristas. A disposição tem o fim de evitar complicações procedimentais naturais da ampliação subjetiva da relação jurídica processual, o que poderia trazer desvantagens ao consumidor (KAZUO WATANABE, p. 760 ver GRINOVER et al (1999); ARAÚJO FILHO, 2002, p. 109).

Questão mais interessante vem da aplicação conjunta dos arts. 12 e 13 do CDC; indica o primeiro a responsabilidade solidária do fabricante, produtor, construtor e importador pela reparação de danos causados aos consumidores por defeito no produto, já o segundo dispositivo prevê uma responsabilidade subsidiária do comerciante desde que:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Apesar de forte corrente doutrinária entender que, nesse caso, o comerciante também terá responsabilidade de ressarcir o consumidor, ainda que possa, depois de satisfazê-lo, pleitear o ressarcimento perante o fabricante, produtor, construtor e importador (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2004, p. 240; NUNES, 2000, p. 176-177), a leitura conjunta dos dois dispositivos legais anteriormente referidos demonstra que, ao ser verificada uma das hipóteses previstas pelo art. 13 do código consumerista, o comerciante não responderá perante o consumidor, por ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo do processo, em razão de sua responsabilidade somente subsidiária, não solidária (FILOMENO, p. 169 ver GRINOVER et al, 1999). A hipótese que mais interesse traz ao presente trabalho é certamente aquela prevista pelo referido art. 13, inc. III, do CDC, que trata da causa excludente de responsabilidade do comerciante nos casos em que tenha conservado adequadamente produtos perecíveis.

Nessa hipótese, estar-se-á diante de típica situação em que o instituto do litisconsórcio alternativo poderá ser aplicado. É evidente que, em relação ao consumidor, existirão situações em que dificilmente conseguirá determinar, com exatidão, o responsável pelos defeitos do produto, sabendo somente que adquiriu de um determinado comerciante um

produto perecível, o qual, por não estar no estado esperado, causou-lhe um dano. A dar o exemplo de um iogurte estragado ingerido pelo filho do consumidor, Luiz Antonio Rizzato Nunes (2000, p. 176)⁴ afirma que, em casos como esse, “não é tão simples determinar quando e onde ocorreu a deterioração do produto perecível”.

Resta evidente que essa seria uma hipótese em que a fixação da legitimidade passiva somente poderá ser clarificada com a produção da prova pericial, pela qual se descobrirá, afinal, se o comerciante teve os cuidados necessários na conservação dos produtos perecíveis. Caso a prova técnica a ser produzida indique que o defeito do produto nada teve a ver com a conservação deste pelo comerciante, não haverá qualquer responsabilidade em ressarcir o consumidor, considerando até mesmo sua ilegitimidade passiva para figurar na demanda judicial. O consumidor, nesse caso, ingressaria com o processo contra os sujeitos que participaram da cadeia de produção do produto, formando um litisconsórcio alternativo em razão da dificuldade em aferir, no início da demanda, a responsabilidade ou não – e consequentemente sua legitimidade – do comerciante.

Outro exemplo, dado por Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 395), refere-se a pessoa que

haja participado de negócio, sem ficar claro a ela própria se o fez em nome próprio, ou como representante de outrem. Se for o caso de vir a juízo poderá ela comparecer em litisconsórcio com o possível representado, postulando um provimento de mérito a favor de um ou de outro deles; se for o caso de mover-lhe ação, poderá o adversário demandar a quem negociou e ao seu possível representado, para que um deles seja atingido pelo julgamento do mérito e o outro, considerado parte ilegítima (litisconsórcio alternativo passivo).

Aos exemplos dados pelo processualista paulista poderiam ser acrescidos outros, o que, entretanto, não se faz necessário, por serem suficientes os apresentados para a visualização de algumas hipóteses em que teria cabimento o litisconsórcio alternativo. O fenômeno processual sugerido somente passa a fazer sentido no momento em que se percebe nem sempre ser a questão da legitimidade – ativa ou passiva – facilmente resolvida antes da propositura da demanda judicial, o que resta claro somente após a produção de provas. Nesses casos, em que exista uma dúvida fundada a respeito da legitimidade, permitir-se-ia à parte a formação de um litisconsórcio mesmo

⁴ Em complemento: “Ora, e como fica o consumidor, que teve o filho intoxicado, com graves problemas de saúde, e sofreu enorme prejuízo financeiro?”.

que se saiba que nem todos os sujeitos participantes do processo deveriam estar ali; o problema seria, justamente, determinar quem deveria e quem não deveria participar da relação jurídica processual.

Existirá, claro, problema a ser resolvido no tocante à condenação nas verbas de sucumbência com relação à parte tida por ilegítima ao final do processo. Quem deverá arcar com tais verbas? O sujeito que não deveria ter sido parte no processo ou aquele que incluí o sujeito que não tinha legitimidade? Parece ser mais correto aplicar-se ao caso a regra da causalidade, pela qual deverá responder pelas verbas de sucumbência aquele que deu causa à demanda⁵.

Ao ser demonstrada que a dúvida surgida quanto à legitimidade não é de nenhuma responsabilidade do sujeito que venha a ser considerado parte ilegítima, não haverá qualquer razão para arcar com as verbas de sucumbência. Esse seria mais um problema a ser enfrentado pelo demandante.

Independente desse problema, o instituto do litisconsórcio alternativo gera uma nova e clara utilidade para ação probatória autônoma com a função de demonstrar, mais claramente, que sujeito tem legitimidade para participar da relação jurídica processual. Ainda que o problema de indefinição quanto à legitimidade repita-se na ação probatória autônoma, é inegável que os transtornos criados por tal instituto serão de menor monta em um processo que tenha como único e exclusivo objetivo a produção de prova que indique a legitimidade. Ao invés de forçar uma parte ilegítima a participar de todo o processo de conhecimento, com a demora e os custos típicos de tal espécie de processo, a participação desse sujeito ficaria limitada a um processo judicial bem mais simples, rápido e barato, em manifesto benefício ao sistema processual.

Cumprir registrar que, nos países em que se adota o instituto das *diligencias preliminares*, como Espanha, Argentina, Uruguai, Chile e Bolívia, existe uma hipótese de cabimento específica concernente à fixação da legitimação do pólo ativo e passivo – cada qual com sua particularidade –, como forma de

permitir ao autor o ingresso do “processo principal” somente contra sujeitos legitimados.

Realça-se, nesse caso, a função primordial desse instituto: preparar a futura demanda judicial, de modo a evitar os percalços de ingresso de demanda judicial contra parte ilegítima, ainda que em litisconsórcio com a parte legitimada. Prepara, portanto, um processo formalmente regular no tocante aos seus elementos subjetivos.

Na Espanha, a previsão se encontra no art. 256, 1º, da LEC; na Argentina, no art. 323, 1, do CPCCN; no Uruguai, no art. 306, 1, e 309, 1, do CGP; no Chile, no art. 273, do CPC; na Bolívia, no art. 319, 1, do CPC. Apesar da fonte comum, existem algumas diferenças entre as disposições legais mencionadas, que fazem necessária uma análise individualizada dos diferentes ordenamentos.

O art. 256, 1º, da LEC da Espanha encontra-se assim redigido:

Por petición de que la persona a quien se dirigiria la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

Da literalidade do texto, é possível perceber uma restrição do âmbito de aplicação do instituto, porquanto somente a questão referente ao pólo passivo da demanda poderá ser objeto de esclarecimento anterior à propositura da demanda por meio das *diligencias preliminares*.

Apesar da restrição suscitada, o dispositivo permite o esclarecimento a respeito de diferentes aspectos do réu e não somente da legitimação, o fenômeno tratado no presente tópico. Assim, será possível o ingresso de *diligencias preliminares* para verificar a capacidade jurídica do sujeito, que se confunde com sua capacidade de ser parte, aspecto do fenômeno que efetivamente importa ao processo judicial. Naturalmente, essa demanda dificilmente será proposta contra pessoa física, que adquire a capacidade de ser parte com a concepção e perde-a com a morte, sendo mais factível imaginarem-se hipóteses envolvendo pessoas jurídicas (BANACLOCHE PALAO, 2003, p. 74). Há também a possibilidade de ingresso de *diligencia preliminar* para a verificação da capacidade de estar em juízo do sujeito, a significar sua capacidade de praticar atos processuais validamente sem que para isso seja assistido ou representado.

⁵ Ovidio A. Baptista da Silva (1993, n. 40, p. 56), afirma que “segundo este sistema, o litigante somente suportará o pagamento das despesas processuais feitas pelos adversários quando houver dado causa à demanda, em virtude de alguma forma de comportamento injustificado, antes da propositura da ação, ou no curso do processo”. E conclui: “sendo a jurisdição um serviço público como qualquer outro, aqueles que o procuram deverão arcar com as despesas correspondentes, a não ser nos casos em que o sucumbente tenha agido com dolo ou culpa, ou tenha-se comportado temerariamente no curso da causa, de modo que se deva reconhecer em sua conduta algum tipo de abuso do direito de demandar”.

Quanto à representação, a melhor doutrina entende que a finalidade da *diligencia preliminar* é descobrir se o sujeito que participou da relação de direito material que será o objeto do futuro processo o fez como representante de um incapaz, de uma sociedade, ou ainda representante civil de qualquer outra pessoa ou entidade. Essa verificação se fará necessária para que o autor saiba, com exatidão, a quem atribuir as consequências de seus atos, a ele mesmo ou ao sujeito representado; isso significa dizer que a *diligencia preliminar* terá, ao fim e a cabo, auxiliado o autor a determinar qual sujeito deverá ser a parte legítima da ação judicial. Apesar de a lei mencionar a representação, trata-se, na verdade, de hipótese em que a descoberta de tal representação influirá na determinação do sujeito que deverá compor o pólo passivo da demanda (BANACLOCHE PALAO, 2003, p. 74-75).

Finalmente, essa espécie de *diligencia preliminar* tem o condão de estabelecer a legitimidade do sujeito para figurar no pólo passivo e abrange, segundo a doutrina, as mais diversas situações em que exista uma dúvida fundada a respeito dessa condição da ação⁶. A verificar-se a dúvida fundada a respeito de qual o sujeito é efetivamente o legitimado a compor o pólo passivo, condição *sine qua non* para que seja admitida essa *diligencia preliminar* (GIMENO SENDRA, 2004, v. 1, p. 271-272), abrir-se-á à parte a oportunidade de verificar perante o suposto legitimado se é efetivamente ele quem deverá compor o pólo passivo da demanda; é também possível que, em caso de dúvida entre dois ou mais sujeitos, chamem-se todos a juízo para obter-se tal esclarecimento, em fenômeno muito próximo do litisconsórcio alternativo ora analisado.

O ponto peculiar do direito espanhol é que este admite a confissão nessa *diligencia preliminar*, o que não se admite, conforme já visto, nas ações probatórias autônomas do direito brasileiro⁷. De qualquer forma, é interessante perceber que o procedimento dessa *diligencia preliminar* consistirá na oitiva do demandado – pela qual será possível a obtenção da confissão – ou a exibição de documento que demonstre qual o sujeito que deverá compor o pólo passivo da demanda. Como se per-

cebe, são procedimentos plenamente compatíveis – exceto a figura da confissão – ao direito brasileiro, no qual, além da prova oral e documental, parece ser possível também a prova pericial, inclusive em hipótese como a já analisada, a respeito de produtos perecíveis que causem dano ao consumidor.

O art. 323, I, do CPCCN argentino dispõe:

Que la persona contra quien se proponga dirigir la demanda preste declaración jurada, por escrito y dentro del plazo que fije el Juez, sobre algún hecho relativo a su personalidad, sin cuya comprobación no pueda entrarse en juicio.

A redação do dispositivo legal segue a antiga redação da legislação espanhola ao apontar para direitos relativos à personalidade; não resta dúvida, entretanto, que estão incluídos os direitos relativos à capacidade, representação e em especial à legitimação (VELERT FRAU, 2003, p. 58-61; PALÁ-CIO, 2003, p. 343; FALCÓN, 2005, v. 1, p. 220)⁸.

A legislação argentina é mais restrita que a espanhola a respeito do procedimento a ser adotado nessa espécie de *diligencia preliminar*, considerando que não há qualquer menção à possibilidade de exibição de documentos que possam auxiliar na fixação da legitimação passiva. Segundo a redação do dispositivo legal ora analisado, somente haverá espaço para a manifestação do demandado, que deverá ser feita por escrito por meio de declaração juramentada. A restrição não parece ser tão absoluta quanto parece, ao menos no tocante à forma de manifestação do demandado, já que existem províncias argentinas que permitem a oitiva do demandado em audiência, como previsto no art. 489 da Lei 8.465/95 (*Código de Procedimientos de la Provincia de Córdoba*).

Há dois aspectos interessantes a serem analisados nessa espécie de *diligencia preliminar* no direito argentino. Em primeiro lugar, as consequências da ausência de resposta por parte do demandado ou ainda da verificação de respostas evasivas que, na verdade, nada esclarecem. Segundo a previsão do art. 324 do CPCCN, tal atitude do demandado fará com que se tenham os fatos consignados como verdadeiros, em nítida aplicação da *ficta confessio*, admitida pela doutrina espanhola. O dispositivo legal, entretanto, é bastante claro ao apontar que essa confissão poderá ser afastada em virtude de outras provas produzidas no processo principal (VELERT FRAU, 2003, p. 63-64).

⁶Ignacio Diéz-Picazo Gimenez, 2002, p. 229 "A través de esta diligencia el solicitante puede pretender averiguar, por ejemplo, si una persona tiene la condición de sucesor de otra, si es con la que contrato, o si una persona es el representante legal de una persona jurídica" Julio Banacloche Palao, 2003, p. 75. "Imaginemus la importancia que esto puede tener para obtener información sobre sucesiones, contratos privados que modifiquen el régimen de responsabilidades, títulos cuya existencia no consta, etc."

⁷Cumprir registrar que a doutrina espanhola, apesar de admitir a verificação da *ficta confessio*, assevera ser possível que, no processo principal, a presunção seja afastada. Alvarez Alarcón, 1997, p. 161-162; Guasp Delgado, Aragoneses, 2002, p. 608; Banacloche Palao, 2003, p. 200

⁸Era esse também o entendimento da doutrina espanhola a luz da antiga legislação, muito similar com a Argentina. Alvarez Alarcón, 1997, p. 20-23

Em segundo lugar, afirma a melhor doutrina que, no caso de o demandado, maliciosamente, levar o demandante a crer sobre sua legitimidade passiva e somente no processo principal demonstrar que não tem a legitimidade exigida, apesar de o processo ser extinto sem o julgamento de mérito o demandado será condenado a pagar as verbas de sucumbência. Leva-se em conta a regra da causalidade, considerando que o demandado foi o responsável pela propositura equivocada em termos subjetivos da demanda judicial (VELERT FRAU, 2003, p. 63). Não será, entretanto, uma atitude muito inteligente, porque, já demandado na *diligencia preliminar*, poderia perfeitamente demonstrar sua ilegitimidade passiva, o que o dispensaria de compor o pólo passivo do processo principal.

No processo uruguaio, a previsão legal geral a respeito da *diligencia preliminar* ora analisada encontra-se no art. 306, 1, do CGP: “determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso”. O art. 309, 1, do CPC, especifica essa hipótese de *diligencia preliminar* e indica, inclusive, seu procedimento. A literalidade do dispositivo legal demonstra sua maior amplitude subjetiva se for comparada com as previsões legais constantes do ordenamento espanhol e argentino. A definição da legitimação não se limita ao pólo passivo da demanda, pois também é admissível quando existir dúvida a respeito do pólo ativo que deverá ser formado no futuro processo judicial.

Diferentemente do direito argentino, o direito uruguaio exige do autor uma indicação precisa de suas perguntas já na petição inicial e prevê que a resposta ocorra por escrito; sempre que necessário, haverá a realização de uma audiência após a apresentação da defesa escrita⁹.

De maneira mais clara do que no direito argentino, há previsão expressa no art. 309, 1, do CGC, de que também ocorrerá a *ficta confessio* no caso de omissão nas respostas às questões elaboradas ou diante de respostas evasivas. A exemplo do que ocorre no direito argentino, o dispositivo legal indica expressamente que a presunção gerada nas diligências preliminares poderá ser afastada em razão de provas produzidas no “processo principal” que indiquem a ilegitimidade passiva do demandado. O grande mérito do dispositivo legal é prever expressamente que o juiz deve, nesse caso, se entender que a demanda não teria existido se não tivesse ocorrido

a confissão na *diligencia preliminar*, impor ao demandado “las máximas sanciones procesuales al demandado ganancioso”, o que significa que será condenado por custas, despesas e honorários advocatícios¹⁰.

No Chile, o instituto é chamado de *medida prejudicial*, prevista no art. 273, 1, do CPC: “Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes”. Percebe-se pela redação do dispositivo legal que há, no direito chileno, apenas uma especialidade digna de nota. A medida prejudicial – instituto similar às providências *preliminares* – pode ser utilizada para descobrir o nome do demandado, o que é mais específico que saber quem será, e também para descobrir o domicílio dos representantes do demandado.

Em trabalho de maior fôlego (NEVES, 2006), procurei demonstrar a importância para o direito brasileiro da adoção de uma ação probatória autônoma, desvinculada dos tradicionais requisitos cautelares. Dentre as várias utilidades práticas imaginadas com a adoção dessa espécie de demanda judicial, que teria como objeto exclusivamente a produção probatória, visualizasse a preparação de outras demandas, no caso, da descoberta do pólo passivo da demanda, como ocorre com as *diligencias preliminares* analisadas.

Apesar de não se tratar de identidade plena do instituto das *diligencias preliminares* com a ação probatória autônoma sugerida, fica evidente que, nos países indicados, também existe a dificuldade, em certas circunstâncias, de determinar-se a legitimação dos sujeitos que deverão compor os pólos da relação jurídica do “processo principal”. Nesses países, a própria legislação resolve o problema a prever um processo prévio para que as dúvidas sejam afastadas e proponha-se o processo regular do ponto de vista subjetivo.

Em conclusão, apesar da sugerida ação probatória autônoma não afastar por completo a existência do litisconsórcio alternativo, é bastante claro ser mais benéfico ao demandado que não é parte legítima e, por consequência, também ao próprio sistema processual, participar de um processo bem mais simples, barato e rápido que tenha como objeto exclusivo a prova de fatos que esclareçam a dúvida a respeito da

⁹ Tango, 2004, v. 2, p. 343 “La finalidad de esta prevision es, precisamente, la de que la mera incomparecencia del citado – futuro demandado – no haga absolutamente inutil la referida diligencia preparatoria

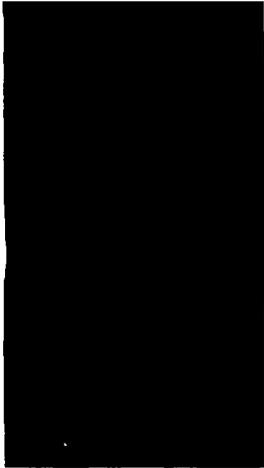
¹⁰ Tango, 2004, v. 2, p. 344 “Si el tribunal, entonces, estimara que el proceso principal no se hubiera iniciado a no ser por esa circunstancia, podrá imponer al demandado, y a pesar de que este haya triunfado, las máximas sanciones procesales, o sea el pago de todos los gastos de un proceso que resulto absolutamente inutil y que no se hubiera realizado de no haber adoptado el futuro demandado aquella conducta omisiva en el proceso preliminar al no comparecer, al no contestar o al hacerlo en forma evasiva”

legitimidade. Manter-se-ia a figura do litisconsórcio alternativo na ação probatória autônoma, mas o fenômeno se tornaria totalmente dispensável no processo principal.

VELERT FRAU, Jaime A. *Diligencias preliminares y prueba anticipada*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2003.

Referências

- ALVAREZ ALARCÓN, Arturo. *Las diligencias preliminares en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1997.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. 290 p.
- BANACLOCHE PALAO, Julio. *Las diligencias preliminares*. Madri: Thomson Civitas, 2003.
- DIÉZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. *Derecho procesal civil*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 416 p.
- FALCÓN, Enrique M. *Manual de derecho procesal*. Buenos Aires: Astrea, 2005. v. 1, 1048 p.
- FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.1.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración: parte general*. Madri: Colex, 2004. v.1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Derecho procesal civil*. 5. ed. Madri: Civitas, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *Litisconsórcio sucessivo: breves considerações*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMO, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sergio (Coord.). *Atualidades do processo civil de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. No prelo.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Processual) - USP: Faculdade de Direito, 2006.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PALÁCIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 17. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. 981 p.
- PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumo: do processo civil nas relações consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 341 p.
- SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Responsabilidade pela sucumbência no Código de Processo Civil*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 40, p. 55-59, jul. 1993.
- TARICO, Enrique. *Lecciones de derecho procesal civil*. 3. ed. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2004. v. 2.



Ana Cláudia Bastos de Pinho
Jogo de azar ou direito penal democrático?
Façam as suas apostas.

Resumo

O presente artigo inicia com um alerta crítico sobre os Juizados Especiais Criminais e, à continuação, questiona – a partir de uma referencial constitucional – a lei de contravenções penais e, em especial, o tipo de “jogo de azar”, demonstrando sua total incompatibilidade com o modelo de Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

Crítica constitucional. Juizados especiais criminais. Lei de Contravenções Penais. Jogo de azar. Incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Abstract

The current article begins with a critical warning about the Criminal Small Claims Court and as it progresses it questions – based on a constitutional stand point – the misdemeanor, especially the “game of chance”, thus, showing its total incompatibility with the model proposed by the Democratic State of Right.

Key words

Criticism of constitution. Criminal small claims court. Misdemeanor Law. Game of chance. Incompatibility with the Democratic State of Right.

Jogo de azar ou direito penal democrático? Façam as suas apostas.

"Game of chance or democratic criminal law?
Place your bets!"

Para começar o jogo: mudando o foco em torno dos Juizados Especiais Criminais – do deslumbramento romântico à crítica constitucional

A matéria referente aos Juizados Especiais Criminais é um dos maiores exemplos de como a efetivação infraconstitucional (desejada por todos que dela não desistem como dirigente e compromissória) pode ser um arremedo – ou uma farsa – se conduzida de maneira inadequada. (COUTINHO, 2005, p. 3).

Tão logo veio a lume a Lei nº 9.099/95, provocando, nas palavras de Grinover, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Gomes, "uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro" (GRINOVER et al, 2005, p.41, grifo nosso), muitas vezes levantaram-se em prol das novas medidas despenalizadoras.

Por todo país elogiava-se, candidamente, a composição civil extintiva da punibilidade, a transação penal, a suspensão condicional do processo. Todos (ou quase) apostavam numa promissora desburocratização da justiça penal e acreditavam que as infrações de pequeno potencial ofensivo seriam, finalmente, tratadas sem o rigor tradicional que merece(ram) no passado.

Entretanto, passados mais de treze anos do início de vigência da lei, a constatação não é tão alentadora. A falta de estrutura dos Juizados Especiais em muitas comarcas, a

Ana Cláudia Bastos de Pinho*

*Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora de Direito Penal da UFPA. Promotora de Justiça do Estado do Pará. E-mail: anaclaudiapinho@uol.com.br

dificuldade em operacionalizar a tão esperada celeridade (oralidade, informalidade, desburocratização), os entraves criados pela própria lei ao silenciar quanto a aspectos importantíssimos dos institutos por ela criados, findaram por transformar um sonho em pesadelo.

E o pior de tudo: a falta de um debate amplo e democrático acerca da lei e das alterações nela insertas, a crença utópica na decantada eficiência jurisdicional, aliados à ilusão de que se estaria iniciando um caminho rumo à intervenção mínima do Direito Penal, acabou por escamotear o mais grave reflexo da tal "revolução" – a permissão velada de descumprimento à Constituição da República, já que, em vários aspectos, tanto a lei, quanto as práticas dos atores jurídicos demonstram um (ainda) arraigado atuar inquisitivo e a pouca consciência constitucional.

Ao fim e ao cabo, os Juizados Especiais Criminais inserem-se num esquema neoliberal de efficientização e patrimonialização da justiça (e dos conflitos), o que compromete garantias e põe em risco os direitos fundamentais. Urgência, eficiência, resultado, aceleração, definitivamente, não são bons ingredientes para a realização de um projeto democrático¹.

¹Em artigo sobre os Juizados Especiais Criminais, Alexandre Moraes da Rosa faz a crítica, sempre precisa: "O pior de tudo isto é que os novos arautos defensores dos Juizados Especiais, sem que tenham qualquer modelo de legitimação do Direito Penal numa sociedade complexa e às margens do capitalismo, acabam se acoplando ao modelo de maneira irrefletida, mas com 'unhas e dentes'. Exercer as funções nos JECrim passa a ser uma atividade voltada aos anseios 'da defesa social', na linha mais eficiente, ou seja, aplicar uma sanção que pela rapidez e, na grande maioria das vezes, inconstitucionalidade, deveria receber o certificado ISO 9002" (WUN-DERLICH; CARVALHO (Org.), 2005, p. 63-64).

O objetivo deste breve artigo, portanto, não é outro, senão chamar a atenção para a necessidade do desvelamento. Há que se mudar o foco. Deixar a ingenuidade para os incautos. Já é hora de abandonar o deslumbramento romântico e encarar, com seriedade e compromisso, os Juizados Especiais Criminais, desnudando-os criticamente, apontando suas nódoas (que, sabe-se, não são poucas) e mirando, sempre, a um modelo acusatório de processo penal.

O primeiro passo para aspirar a uma mudança é a consciência. Saber e compreender como as coisas operam e, depois, pensar criticamente são requisitos irrenunciáveis para qualquer pesquisa que se pretenda minimamente séria.

A proposta do artigo é, nesse sentido, crítica. Despir os Juizados Criminais para reconstruí-los sob outra roupagem, cujo estilista sempre será o constituinte originário.

Portanto, caso não se queira ceder ao descrédito em relação à efetivação do ideal constitucional, é de vital importância que se trate do tema "Juizados Especiais Criminais" sempre a partir do texto fundamental, conduzindo a prática da forma mais cautelosa possível, procurando salvar os (complexos) institutos, sem matar as garantias constitucionais do processo.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, já se acompanhava certa tendência – tanto na doutrina, quanto na jurisprudência – em descriminalizar as chamadas infrações bagatelares. A aplicação – ainda que tímida – do princípio da insignificância era uma realidade já sentida e que poderia ter tido outro destino, mais condizente com os princípios democráticos do Direito Penal, não fosse a pedra no meio do caminho...

Um dos efeitos mais deletérios da Lei nº 9.099/95 foi, sem dúvida, ressuscitar infrações penais que já estavam sepultadas na consciência jurídica geral. Ao invés de cumprir um projeto de redução da intervenção penal – como poderiam julgar os desavisados –, a lei da justiça negociada, em verdade, manteve-se na linha neoliberal repressivista, reproduzindo o modelo posto, por meio de práticas inquisitórias. Enfim, aquilo que, antes da lei, era afastado do sistema penal, com a lei voltou a fazer parte do dia-a-dia daqueles que operam nos Juizados².

Um dos exemplos mais emblemáticos dessas infrações que estavam adormecidas e foram despertadas pela Lei nº

9.099/95 é o do JOGO DE AZAR, contravenção penal prevista no art. 50, sob a seguinte redação³.

Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena – prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

Sabe-se inexistir diferença ontológica entre crime e contravenção e que tão somente razões de política criminal é que determinam a definição de determinada conduta como delito ou simples modalidade contravencional. Entretanto, sabe-se, também, que tais razões de política criminal devem estar baseadas na gravidade do dano causado e, mais ainda, na categoria do bem jurídico afetado. Assim, é primário que as contravenções penais são infrações de menor gravidade e que, por isso, recebem tratamento punitivo menos rigoroso.

Todavia, ainda assim, há determinadas condutas que não deveriam, sequer, ser consideradas como ilícitos penais, seja porque não chegam a ofender bem jurídico algum, seja porque o bem jurídico tutelado não possui dignidade constitucional, seja porque o interesse em jogo pode ser protegido por outra via de controle, seja, ainda, porque sua criminalização implica um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma, dada a aceitação ampla da prática no seio da coletividade.

O chamado "jogo de azar" integra, exatamente, essa modalidade contravencional que se deve condenar à invalidade, caso se pretenda salvar a democracia e a Constituição.

Abaixo, segue um breve panorama da Lei de Contravenções Penais (LCP), indispensável para alcançar-se o grau de ilegitimidade democrática de determinadas infrações, que – por ingenuidade de alguns e descompromisso de muitos – ainda insistem em ocupar o cenário.

² Nesse sentido, Aury Lopes Júnior: "[...] a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório [...], está intimamente relacionada ao afastamento do Estado imposto pelo modelo neoliberal e também com o movimento da lei e ordem, eis que **ressuscitou no imaginário coletivo um rol de condutas que não deveriam mais ser objeto da tutela penal (no caso dos delitos de menor potencial ofensivo)**. Contribui, assim, para a **panpenalização**" (WUNDERLICH, CARVALHO (Org.), 2002, p. 125-126, grifo nosso).

³ A opção por se trabalhar, aqui, com a contravenção dos jogos de azar derivou do enfrentamento da questão no âmbito prático, no exercício do cargo de Promotor de Justiça Criminal, com atuação da 4ª Vara do Juizado Especial Criminal de Belém-PA. Aliás, a vivência diária nos Juizados, com a riqueza de questões que lhes são submetidas – envolvendo, em sua grande maioria, infrações absolutamente insignificantes (algumas delas, nem sequer penais) – tem contribuído de maneira determinante para reforçar a ideia da necessidade de repensar o modelo que está posto e assumir a Constituição, em toda a sua integralidade. Por isso, todas as razões aqui delineadas servem para deslegitimar outras tantas infrações penais que padecem dos mesmos vícios.

A primeira cartada: lei de contravenções penais – o Estado Democrático de Direito pede passagem ao estado de polícia

O exercício do poder punitivo não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito. A legitimação do poder punitivo é, portanto, simultaneamente, legitimação de componentes de estado de polícia e atua em detrimento do estado de direito (ZAFFARONI et al, 2003, v.1, p. 96).

É lamentável constatar que um diploma legal de outra época e outro momento político – punindo condutas que não afetam bens jurídicos de dignidade constitucional – ainda segue sendo um importante referencial normativo, sem que sobre ele se lance qualquer questionamento crítico.

Imprescindível, portanto, uma breve referência ao contexto histórico-político marcador da Lei de Contravenções Penais, com o objetivo claro de demonstrar o quanto os ideais que embalsamaram a sua fabricação (bem como a do Código Penal de 1940 e Código de Processo Penal de 1941) distanciam-se daqueles outros que originaram a atual Constituição da República – que, embora tendo completado duas décadas de existência, continua sendo, como diz, com propriedade, Aury Lopes Júnior (2004, p. 44), “uma ilustre desconhecida em muitas delegacias, foros e tribunais brasileiros”.

A lei de contravenções penais data de 1941 e, no embalo dos Códigos Penal e de Processo Penal, foi fabricada em meio ao momento autoritário pelo qual atravessava o país (Estado Novo varguista). Ditadura implica necessidade de afirmar valores estatais supremos, autorreferenciais. É a consagração do Estado de Polícia (em oposição ao Estado de Direito): onipotente, controlador, acima do bem e do mal.

Talvez isso explique a adoção de um modelo intervencionista de Direito Penal, com a criminalização de condutas que não afetam bens jurídicos, mas unicamente “valores” ético-estatais (como a polícia de costumes, por exemplo). Talvez justifique a opção por tipos penais de autor (criminalização do ser, do pensamento, da moral – cuja preocupação era punir o sujeito pelo que era, não pelo que fazia), tipos penais abertos e indefinidos (o que deixa a critério do julgador a interpretação mais conveniente e, nem sempre, mais justa ou razoável), tipos penais que invadem setores de natureza meramente administrativa. Enfim, a eleição de uma política criminal de defesa social e segurança pública.

É exatamente esse o panorama da Lei de Contravenções Penais, bastando uma leitura despreziosa de seus dispositivos para constatar-se o que foi dito no parágrafo acima. Tipos penais com pouca (ou nenhuma relevância), proteção de interesses que carecem de qualquer justificação legítima, proibição de manifestações de comportamentos/pensamentos, descrições penais abertas (ou melhor, escancaradas!), punições discriminatórias e autoritárias.

Mendicância, vadiagem, perturbação de tranquilidade, jogo de azar, jogo de bicho são alguns exemplos emblemáticos de infrações que, seguramente, inserem-se nessa fotografia da criminalização primária ilegítima.

Como bem enfatiza Luigi Ferrajoli, esse fenômeno de hiperinflação penal com a criminalização de condutas no âmbito estatal-administrativo, e a consequente substituição de sanções administrativas por penais, teve início na segunda metade do século XIX, desenvolveu-se durante o fascismo e alcançou dimensões absolutamente patológicas nos últimos vinte anos¹.

Ao lado dessa intervenção penal desmedida, sempre caminhou uma dogmática penal asséptica, que se conforma com a chamada subsunção típica formal, entendendo que a tipicidade estaria satisfeita tão somente com a adequação do fato ao tipo penal correspondente, sem considerar qualquer razão de ordem valorativa. Assim, a subtração de um alfinete, um puxão de cabelo ou um beijo roubado poderiam, na visão do penalista do século passado, constituir crimes de furto, lesão corporal e atentado violento ao pudor, respectivamente.

O senso comum teórico dos juristas, para usar a genialidade de Warat⁵, ainda opera desde um ultrapassado modelo cartesiano/normativista/legalista incapaz de dar conta da complexidade da hermenêutica constitucional forjada com o Estado Democrático de Direito.

¹ “[...] a ingerência inflacionista do direito penal no âmbito administrativo terminou por confundir seus limites e por desembocar em um excesso injustificado de penalizações. O fenômeno – que se iniciou na segunda metade do século XIX, se desenvolveu durante o fascismo, e que alcançou dimensões absolutamente patológicas nos últimos vinte anos – é um reflexo da ampliação crescente da intervenção normativa do estado na vida civil e da conseguinte transformação em públicos de setores cada vez mais amplos e numerosos de atividade e do interesses econômicos e sociais”. (FERRAJOLI, 2000, p. 714; grifo nosso, tradução livre).
⁵ O termo “senso comum teórico” será aqui utilizado, segundo Luis Alberto Warat (no sentido de “lugar do secreto”, que serve ao poder, já que a fala autorizada canoniza “imagens e crenças para preservar o segredo que esconde as verdades”). Porém, convém ressaltar que, em diversas ocasiões, Warat apresenta significados ao termo “senso/sentido comum teórico dos juristas”. Para maior compreensão, cf. as obras de Warat (1994, v.1, 1995, v.2, 1997, v.3, 1984), dentre outras.

A crença nas verdades absolutas, no formalismo da lei, na racionalidade sem limite, no tudo ou nada causa uma miopia no jurista, sempre encastelado e refratário às mudanças e aos enlances interdisciplinares.

“Filosofia é para os filósofos”; “é perda de tempo”: afirmativas como essas são recorrentes entre os membros do “monastério dos sábios”⁶. Na verdade, muitos estudantes, professores e profissionais do Direito adorariam retirar as disciplinas propedêuticas do programa do curso de graduação (e pós-graduação. Pasmem!). Prefeririam, seguramente, permanecer presos por detrás da “grade” curricular das disciplinas dogmáticas e enganados por fórmulas vazias e frases feitas, do tipo “o princípio que rege o processo penal é a verdade real”... – a propósito, é preciso não se ter a menor noção do que é processo penal, do que é verdade e do que é real, e jamais ter ouvido falar em Inquisição para se repetir tal coisa...⁷

Por conta dessa cegueira, o jurista não viu (e não vê) acontecer as grandes (r)evoluções em outras áreas do conhecimento. Não incorporou o *linguistic turn*, pois continua aprisionado à filosofia da consciência⁸. Não se deu conta de que a relatividade de Einstein abalou todas as estruturas do pensamento cartesiano⁹. Não compreendeu, enfim, que o Direito não é autorreferencial, tampouco autossuficiente, e que a arrogância do discurso jurídico (que acha que vai dar conta do todo) é pura ilusão metafísica. A circularidade hermenêutica e a morte do sujeito cartesiano enterraram, de vez, a racionalidade linear. O paleopositivismo agoniza¹⁰.

Mas (quase) ninguém se deu conta disso e esse esquema aprisionante (e aprisionado) segue impregnando o campo jurídico, impedindo de enxergar para além da lei e, por consequência, de entender e viver a Constituição. Impede de visualizar que com a entrada em vigor do texto constitucional de

1988, o Direito e o Processo Penal tomaram novo e diferente formato. Foi uma escolha política do constituinte originário e da democracia, rompendo totalmente com o modelo autoritário que antecedeu o texto fundamental.

O Estado Democrático de Direito é uma realidade, quer se queira, quer não. Está lá: no art. 1º da Constituição, elevando, à categoria de fundamento da República, a dignidade humana e o pluralismo político. Por conta disso, fica desde logo registrada a total inviabilidade democrática de um Estado de Polícia, como o que vigorava na década de 1940.

Mais abaixo, no art. 5º, vê-se um extenso rol de direitos e garantias individuais, que demonstra a preocupação clara com a limitação ao exercício do poder estatal (e o poder de punir aqui se inclui, por óbvio), através de técnicas racionais de contenção, como, por exemplo, os princípios da presunção do estado de inocência, ampla defesa, contraditório, retroatividade da lei penal benéfica, proibição das penas cruéis etc.

Ou seja, a Carta Política forjou um sistema de valores de tal sorte harmônico, que não há como negar o perfil democrático, humanístico e garantista que o constituinte originário pretendeu atribuir ao estado brasileiro.

Na esfera do Direito Penal e do Direito Processual Penal, essa opção constitucional ganha dimensões gigantescas, pois é exatamente no campo do exercício do poder punitivo que se verificam as possibilidades de maior violação aos direitos e garantias individuais. Daí a necessidade de (re)ler o Direito Penal à luz da Constituição, e não o inverso.

Se a CRFB/88 definiu mecanismos claros de contenção e limitação do poder de punir – e não há dúvidas de que o fez –, o único modelo de Direito Penal compatível com esse perfil democrático é o de intervenção mínima, subsidiária e razoável.

Em *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Santiago Mir Puig (1994, p.29), penalista espanhol, ressalta a necessidade de se reconhecer abertamente a vinculação axiológica entre a função da pena (e do Direito Penal) e a função do Estado¹¹. É dizer, dependendo do tipo de estrutura polí-

⁶A expressão é cunhada por Warat (1995, v. 2, p. 68, grifo nosso): “Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras do vordado se não é filho (reconhecido) de uma comunidade ‘científica’, de um monastério de sábios”

⁷Sobre verdade real, sistema inquisitório, sistema acusatório, consultar o pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em excelentes trabalhos, dentre eles (COUTINHO, 2001, p. 3-55)

⁸Sobre a virada linguística, a superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, cf. Streck (2005), Oliveira (2001), e Ludwig (2006)

⁹Sobre a influência da física quântica no Direito, cf. a interessante dissertação de mestrado de Moretto (2005)

¹⁰Uma crítica ao discurso jurídico-penal em nosso artigo (PINHO, 2008, p. 247-265)

¹¹No original: “Pero, precisamente, creo que la primera condicion para resolver el problema es reconocer abertamente la vinculacion axiológica expresada entre función de la pena y función del Estado”.

tica do estado, ter-se-á um determinado modelo de Direito Penal. Nada mais correto.

Num estado autoritário, em que as violações aos direitos fundamentais são naturais e, até, recomendadas, por óbvio o Direito Penal será de intervenção máxima, sem garantias, dogmaticamente orientado para fazer incidir a repressão sobre quaisquer condutas que se mostrem lesivas aos interesses do estado. Pune-se a simples desobediência à norma. Pune-se a pessoa pelo que é, e não pelo que fez (direito penal de autor). Pune-se por ser negro, por ser judeu, por ser homossexual, por ser vadio, e não por ter feito algo. Exemplos desse modelo foram o Estado Nazista e o Stalinista (e o Estado Novo varguista, lembrando que o Código Penal em vigor foi uma réplica do Código Rocco italiano, da época de Mussolini).

Todavia, num estado que se pretende democrático de direito (como o Brasil, por mandamento constitucional – CF/88, art. 1º), a situação deve ser bem diversa. O Direito Penal há de ser mínimo, democrático, de garantias, com estabelecimento de técnicas de limitação ao exercício do poder de punir. Deve-se punir o fato, não o autor. Deve-se punir a lesão, e não a simples conduta, ou mera desobediência. Deve-se diferenciar crime de pecado (princípio da secularização). Devem-se criminalizar apenas as condutas que causem danos a bem jurídico de *status* constitucional, e não a meros interesses estatais que podem ser protegidos por outras vias de controle.

Destarte, a opção pelo modelo de Direito Penal democrático não é uma escolha meramente acadêmica ou metafísica, mas uma constatação de um mandamento constitucional cogente¹².

Para adaptar as ciências criminais à nova realidade constitucional, é imprescindível uma (re)compreensão de seus institutos e uma (re)construção de seus conceitos, deixando para trás todas aquelas “verdades”, construídas com a tríade dos diplomas legais dos 40 (Código Penal, Código de Processo penal, Lei de Contravenções Penais).

Infelizmente, muitas dessas “verdades” ainda são repetidas e admiradas na academia e no foro e, dentre elas, há uma que precisa ser desconstruída com urgência: a que diz que basta a subsunção formal do fato à norma incriminadora para se afirmar a tipicidade de uma conduta. Nada mais falacioso, em tempos de Direito Penal da ofensa.

Com efeito, desde uma perspectiva constitucionalmente orientada, a mera subsunção do fato à norma (tipicidade formal) não basta para reconhecer a tipicidade (penal) da conduta. Para além disso, é preciso trabalhar com todos os princípios que dão forma ao Direito Penal democrático, a fim de saber, em primeiro lugar, se a norma infraconstitucional é válida e, em segundo, se a punição é legítima, necessária, justificada.

Por questões de método e considerando o curtíssimo espaço deste artigo, foram selecionados três princípios constitucionais do Direito Penal democrático para trabalhar com a deslegitimação da categoria contravencional do jogo de azar, a fim de demonstrar que a norma prevista no artigo 50 e parágrafos da lei de Contravenções Penais não foi recepcionada pelo texto constitucional de 1988, devendo ser declarada sua invalidade, pela via incidental.

Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos: polícia de costumes? Não, eu passo

Não se pode nem se deve pedir mais ao Direito Penal. O princípio axiológico da separação entre direito e moral veda a proibição de comportamentos meramente imorais ou de estados de ânimos pervertidos, hostis, ou, inclusive, perigosos (FERRAJOLI, 2000, p. 465, tradução livre).

Por evidente, não se pretenderá aqui formular um conceito qualquer sobre bem jurídico (até mesmo pela impossibilidade de – nessa seara – precisar definições), mas tomar a teoria do bem jurídico – no embalo da doutrina contemporânea de viés democrático – como limitação ao exercício do poder de punir do estado. É dizer, mais do que um critério de legitimação, o bem jurídico há de servir como instrumento de deslegitimação do sistema penal, através do fornecimento

¹² Já tivemos oportunidade de manifestação clara nesse sentido (PINHO, 2006).

de referenciais negativos, que permitam afirmar o que não pode ser objeto de repressão penal (FERRAJOLI, 2000, p. 471, grifo nosso, tradução livre)¹³.

Essa função de impor freios, limites ao exercício do poder foi muito bem percebida por Juan J. Bustos Ramirez e Hernán Hormazábal Malarée¹⁴.

Respecto de los bienes jurídicos cabe reconocer diferentes funciones. Desde luego, está la función político-criminal de límite al poder de definición del Estado. Éste solo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, no de sentimientos o valores éticos o morales¹⁵.

A principal missão do direito penal numa democracia é, assim, limitar a intervenção (sempre perniciosa) do sistema de repressão. Portanto, basta uma simples leitura do capítulo VII da lei de contravenções penais para constatar sua invalidez: **DAS CONTRAÇÕES RELATIVAS À POLÍCIA DE COSTUMES**. Onde estaria a dimensão constitucional desse interesse que o legislador pretendeu tutelar? Como é possível compatibilizar essas proibições de condutas que afetariam a “polícia de costumes” com o Estado Democrático de Direito desenhado pelo constituinte originário?

¹³ Em realidade, não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico. O que significa que uma teoria do bem jurídico não pode quase nunca nos dizer positivamente – e, ademais, não serviria de nada que nos dissesse – que uma determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. **Pode nos oferecer unicamente uma série de critérios negativos de deslegitimação [...] para afirmar que uma determinada proibição penal ou a punição de um comportamento proibido concreto carecem de justificação, ou que esta é escassa. Porém, de outra banda, isto é tudo o que se pode à categoria do ‘bem jurídico’, cuja função de limite ou garantia consiste precisamente no fato de que a lesão de um bem deve ser condição necessária, ainda que nunca suficiente, para justificar sua proibição o punição como delito**”.

¹⁴ Entre nós, defendendo o princípio da **EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS**, o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 46 e ss., grifos nossos). “Com o intuito de se descobrir qual seria a missão (ou missões) do Direito penal, conviria sublinhar, em primeiro lugar, **tudo o que não faz parte (ou não deveria fazer) das suas finalidades**. Remarque-se que o Direito penal, a propósito, revela-se um **instrumento absolutamente ilegítimo para proteger a moral ou a ética**, a religião ou a obediência divina, os **valores culturais enquanto tais ou os interesses ou estratégias governamentais ou supranacionais** [...] Essa tese foi premissal e hoje amplamente majoritária, inclusive no direito pátrio, porque a missão de tutela de bens jurídicos, para além de constituir uma garantia essencial do Direito penal, surge como uma das fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional de Direito, de cariz social e democrático, fundado tanto em valores-chaves (assim, por exemplo, a dignidade humana, liberdade e justiça) como na concepção de que **o Estado não deve estar a serviço dos que governam ou detêm o poder, senão em função da pessoa humana [...]**. **O que acaba de ser mencionado, como não poderia ser do outro forma, revela o núcleo essencial do denominado princípio da exclusiva proteção do bens jurídicos** que, ao lado de tantos outros princípios fundamentais (da materialidade do fato, da ofensividade, da legalidade, da culpabilidade, etc.), tem (também) **a função de delimitar o ius puniendi estatal**”.

¹⁵ Em relação aos bens jurídicos cabe reconhecer diferentes funções. Desde logo, está a função político-criminal de limite ao poder de definição do Estado. Este somente pode ditar normas penais em função da proteção de bens jurídicos, não de sentimentos ou valores éticos ou morais. (BUSTOS RAMIREZ, HORMAZABAL MALAREE, 1997, v. 1, p. 61, grifos nossos, tradução livre).

A proibição justificou-se no passado, em que havia um verdadeiro estado de polícia e, assim, a utilização do Direito Penal para coibir atos que atentassem contra valores éticos/morais desse estado era viável (e até fomentada).

Mas, repita-se, os tempos são outros.

O estado de polícia cedeu lugar ao estado democrático de direito; assim, usar a repressão penal para proteger interesses que dizem tão-somente com valores ético-administrativos do estado, sem a presença de nenhum bem jurídico individual (ou coletivo), é totalmente ilegítimo.

Por certo, quando o legislador de 1941 proibiu penalmente jogo de azar, jogo do bicho, loteria não autorizada, vadiagem, embriaguez – que integram, todos, o mesmo capítulo (contravenções relativas à polícia de costumes) – mirava, com isso, garantir um discurso (hipócrita) ético-moral de higienização social, tentando fazer crer que, assim, estaria assegurando a “moral e os bons costumes”, e protegendo a família monogâmica cristã de sujeitos indesejáveis (bêbados, vadios, jogadores, boêmios, apostadores, mendigos, prostitutas etc.). Hoje em dia, isso teria outro nome: Direito Penal do inimigo (para usar essa nomenclatura tão *fashion*. Porém, vale ressaltar, inimigo não é uma categoria criada no século XX, tampouco Günther Jakobs foi seu inventor. Desde que o poder punitivo se instalou houve seletividade e demonização do outro)¹⁶.

“Polícia de costumes”, portanto, desde a Constituição Federal de 1988, jamais pode ser invocada como “bem jurídico” e, destarte, não pode justificar proibições penais. Trata-se de um interesse que, em verdade, contrasta com os ideais de um estado democrático de direito, na medida em que deixa clara a intenção de reprimir alguém por uma opção de vida que, em absoluto, gera risco concreto a bens jurídicos relevantes¹⁷.

Se alguém quer fazer a opção por não trabalhar ou passar a vida jogando, bebendo ou se prostituindo, tal opção deve ser respeitada, em nome do pluralismo e da tutela das diferenças – esteios constitucionais. O ser humano, no exercício de sua liberdade, pode escolher o modelo de vida que lhe aprouver, ainda que isso desagrade qualquer eventual maioria. O que lhe é vedado, num Estado Democrático de Direito, é praticar condutas que ofendam, ou coloquem em sério perigo bens jurídicos alheios.

¹⁶ Sobre o tema, o necessário texto de Eugenio Raúl Zaffaroni (2007).

¹⁷ Ressalte-se, por oportuno, que quando crianças, adolescentes ou pessoas com escassa (ou nenhuma) capacidade de resistência estão envolvidas a solução ha de ser outra.

Principalmente em um país onde a taxa de desemprego é preocupante, e o Estado muito pouco (ou quase nada) faz para alterar o quadro social alarmante, parece até escárnio exigir da população que consiga trabalho honesto e, mais, criminalizar a conduta de quem não o obtém, como no caso da vadiagem.

Na hipótese dos jogos de azar o argumento é o mesmo. Note-se que o legislador não está punindo somente quem explora o jogo, mas o próprio apostador (art. 50, §2º). Ora, se o público-alvo do estabelecimento são pessoas com capacidade plena (excetuados, portanto, crianças e adolescentes, que possuem tratamento legal específico) e se essas pessoas não são constrangidas a do jogo participar, volta-se à questão primeva: qual o bem jurídico em tensão? Que tipo de interesse relevante se está querendo proteger?

A resposta já foi dada acima: nenhum! Trata-se apenas de um discurso oficial que escamoteia a verdadeira função do sistema penal: servir como instrumento de repressão e exclusão de determinadas classes/categorias.

Sabe-se que no Brasil, nos últimos anos, não foram poucas as operações para fechamento de casas de bingo (exploração de jogos de azar com máquinas eletrônicas programáveis), não raro sob a justificativa de que tal atividade patrocinaria outras práticas delituosas graves, como, por exemplo, tráfico de armas, entorpecentes, lavagem de capitais etc.

Não se está aqui, em absoluto, a defender atividades ilícitas, pelo contrário. Se crimes graves estão por detrás da mera contravenção, devem ser criteriosamente investigados, apurados e reprimidos (como, aliás, afirma-se que ocorre com o jogo do bicho, que segue sendo um hábito comum entre os brasileiros – principalmente os de baixa renda – e continua sendo explorado, às escâncaras, nas grandes e pequenas capitais. Em Belém, inclusive, oferece um serviço chamado LIG-BICHO, anunciado em cartazes coloridos nas casas que exploram a referida atividade).

O que não se admite é a manutenção – indevida e institucional – da contravenção, para justificar a persecução de delitos de maior gravidade. Estes podem e devem, por si próprios, ser objeto de insistente e implacável perseguição, pois, a que tudo indica, afetam bens jurídicos relevantes e, portanto, precisam de resposta segura do sistema de repressão.

Em suma, em virtude de não se vislumbrar bem jurídico relevante a ser protegido pela norma penal em análise, é impossível se aproveitar o art. 50 da lei de contravenções

penais. Resta nítido que a lei penal criminalizou a pessoa, e não o fato. As pessoas, repita-se, têm o direito de escolher modelos de vida, têm direito a serem diferentes, direito à imoralidade (Ferrajoli). O que não podem – não têm o direito – é lesionar bens jurídicos alheios.

Princípio da necessidade: o Direito Penal ainda teimando em ser o grande curinga

Só se deve cominar penas a comportamentos socialmente lesivos se a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenais menos gravosos. O direito penal do futuro tem aqui um extenso campo – especialmente as numerosas leis extravagantes – para a descriminalização (ROXIN, 2006, p. 13)

Ainda que se admita, apenas pelo dever de argumentar, que os costumes merecem algum tipo de tutela jurídica, por certo não será do Direito Penal.

Como sabido, o Direito Penal é a última/extrema *ratio* do controle social formalizado. Assim, somente deverá intervir quando as demais esferas se mostrarem insuficientes. O Direito Penal é, destarte, subsidiário e fragmentário das outras instâncias (jurídicas e não jurídicas) de controle. Apenas deve ser chamado quando inequivocamente necessário (*nulla lex poenallis sine necessitate* – axioma cunhado por FERRAJOLI, 2000, p. 465).

Sobre o princípio em questão – também denominado por alguns de “intervenção mínima” – afirma Zugaldía Espinar (1993, p. 236-237, grifos nossos, tradução livre):

el Derecho Penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria) [...] para la protección de los intereses individuales y sociales deberá preferirse, ante todo, la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción [...]. Sólo cuando se há comprobado que ninguno de los medios anteriores es suficiente para la prevención de determinados hechos socialmente dañosos, estará legitimado el recurso al Derecho Penal¹⁸

¹⁸“O Direito Penal deve ser utilizado somente em casos extraordinariamente graves (caráter fragmentário) e quando não haja mais remédio, em virtude de já haverem fracassado outros mecanismos de proteção menos gravosos para a pessoa (natureza subsidiária) [...] para a proteção dos interesses individuais e sociais deverá preferir-se, antes de tudo, a utilização de meios desprovidos do caráter de sanção [...] somente quando restar comprovado que nenhum dos meios anteriores é suficiente para a prevenção de determinados fatos socialmente danosos, estará legitimado o recurso ao Direito Penal” (ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, p. 236-237, grifos nossos, tradução livre)

Nesse viés, a questão referente aos jogos de azar poderia ser disciplinada administrativamente e através de propagandas informativas e esclarecedoras para desestimular o hábito, mostrando os riscos que podem advir do vício, dependência e ruína financeira (como, aliás, deveria ser feito em relação ao consumo de entorpecentes, cuja proibição penal, pelas mesmas razões, não se justifica).

Imposição de multas e outras restrições, até o fechamento dos estabelecimentos que exploram as atividades, poderiam ser soluções viáveis e econômicas (o sistema penal custa caro, para todos). É o que ocorre, por exemplo, com a exploração de bares, que precisam de autorização expressa de funcionamento e devem seguir determinadas regras de cunho administrativo, sob pena de pagamento de multas e perda do licenciamento.

Exatamente por isso, muitos autores manifestam-se, claramente, no sentido da **DEPENALIZAÇÃO / DESCRIMINALIZAÇÃO** das contravenções penais, já que – para além de não protegerem bem jurídico legítimo – geram resultados de pouca (ou nenhuma) lesividade, não se justificando a intervenção do sistema oficial de repressão penal¹⁹.

A propósito, a Alemanha – em 02 de março de 1974 –, com as medidas do EGStGB, despenalizou as contravenções

penais contidas em seu ordenamento jurídico, o que bem demonstra uma clara revisão conceitual democrática, que deveria ser seguida pelos países ocidentais de mesma inspiração jurídico-política²⁰.

Vê-se, assim, que no caso dos jogos de azar a ingerência do sistema punitivo é – para além de desnecessária – ilegítima, já que numa democracia, em que as técnicas de controle de poder devem ser eficazes, é injustificável o uso iníquo do Direito Penal, nomeadamente em esferas nas quais outras instâncias (jurídicas e não jurídicas) podem, perfeitamente, atuar no conflito.

Princípio da adequação social: xeque mate!

A função metódica da adequação social consiste em recortar das palavras formais dos tipos aqueles acontecimentos da vida que materialmente a eles não pertencem (WELZEL, 2003, p. 109).

Embora careça de formulação dogmática precisa, o princípio da adequação social – cuja formatação atribui-se a Hans Welzel – pode ser perfeitamente invocado para advogar a invalidade da norma do art.50 da LCP, principalmente se avaliado *a latere* com a exclusiva proteção de bens jurídicos e necessidade.

Como se sabe, é o legislador que, em última análise, diz o que é e o que deixa de ser crime, através da proibição abstrata das condutas proibidas. Para isso, deveria ter a cautela de extrair – da consciência jurídica geral – aqueles atos que, realmente, apresentam-se como violares de bens jurídicos relevantes. *A contrario sensu*, não faz o menor sentido punir condutas plenamente toleradas e – não raro – fomentadas pela ordem jurídica e social, pois, nesse caso, o Direito Penal – para além de ineficaz – seria ilegítimo.

Observe-se, por exemplo, o que ocorreu com o crime de adultério. Em virtude da larga tolerância social em relação à infidelidade conjugal, a norma penal que descrevia o adultério como delito perdeu totalmente a efetividade. Antes mesmo de ser expressamente revogada, a norma em comento já era inválida, por força do princípio da adequação social e também da necessidade. Casos de adultério poderiam (e podem) ser discutidos nas Varas Cíveis de Família, mas desde há muito não são objeto de juízos criminais.

¹⁹ "Un replanteamiento racional de los límites del derecho penal en efecto, debería proceder, cuando menos, a la despenalización de todas las contravenciones [...] Esto, en una perspectiva de derecho penal mínimo, es sin duda, un primer criterio pragmático de despenalización, idóneo para satisfacer nuestro principio de necesidad o de economía del derecho penal" (FERRAJOLI, 2000, p. 715, grifos nossos).

"Pode-se indicar a guisa das muitas razões político-criminais que **desaconselham a criminalização dessa classe de infrações** a necessidade de se respeitar a vida privada e as implicações de sua violação, as **medidas alternativas de controlo social, que poderiam ser empregadas no lugar dos métodos tradicionais de intervenção do sistema de justiça criminal**, as **consequências negativas da criminalização desse tipo de comportamento**, os **custos sociais que essa intervenção demanda**, e a **ineficácia desta** – cuja vigência está condicionada à própria vontade das pessoas pretensamente beneficiadas [...] também **nosso rol se inserem as contravenções do jogo do bicho, JOGO DE AZAR, vadiagem, mendicância, etc.** (LCP, arts. 58, 59, 60, respectivamente)" (QUEIROZ, 2002, p. 113, grifos nossos).

"Essa ingerência exacerbada surge totalmente inadequada quando nos deparamos com a quantidade de delitos catalogados com a natureza de **CONTRAVENTÕES, que chegam, em não poucos casos, a beirar as raias do absurdo e do ridículo. A lesividade de tais condutas é tão irrisória que em hipótese alguma podemos considerar como razoável a inserção das mesmas no âmbito da ingerência estatal penal. A uma redefinição lógica e racional dos limites de atuação do direito penal impõe-se a DESCRIMINALIZAÇÃO DE TODAS AS CONTRAVENTÕES, lançando a provenção de suas práticas e a reeducação dos agentes que a cometem a âmbito meramente administrativo** [...] Ainda sobre as contravenções cabe mencionar o **absurdo que se encerra na repressão ao jogo do bicho e aos JOGOS DE AZAR**. Especificamente quanto ao primeiro, não podemos deixar de lembrar que se constitui em verdadeira instituição cultural de nosso povo que muito mais do que danos à organização da sociedade, realiza uma função social significativa, ao propiciar o sustento de milhares e milhares de famílias em todo o território nacional, não merecendo, portanto, qualquer espécie de perseguição pelo Estado. Por tudo o exposto, manifestamo-nos no sentido de que toda a legislação contravenucional não resiste à qualquer incidência dos princípios constitucionais" (QUEIROZ, 2002, p. 192-193, grifos nossos).

²⁰ A referência está em Francesco C. Palazzo (1989, p. 89).

Sem dúvida, assim como o adultério e a sedução, que foram revogados em virtude da tolerância social, a exploração de jogos de azar deveria ter o mesmo destino²¹.

Aliás, é, no mínimo, contraditório punir a exploração de jogos de azar (apenas por seu conteúdo contravençional), enquanto as casas de jogo de bicho proliferam-se a portas abertas, com a total convivência das autoridades e com o respaldo da população.

Não é apenas a adequação social do jogo de azar que o torna insuscetível de proibição penal, mas o fato de não atingir gravemente nenhum bem jurídico. Daí porque o princípio ora enfocado deve ser rigorosamente analisado em harmonia com os demais acima referidos.

Fim da partida: a sorte da Constituição está lançada

A vida é feita de escolhas. Não se pode ter tudo, por impossível.

Apostar num modelo autoritário de repressão (próprio dos Estados policialescos), baseado na ideologia da defesa social, com a adoção de tipos penais de autor, proibições abertas, criminalização do pecado, sistema inquisitório de processo implica, necessariamente, comprometer a Constituição e a democracia do Estado de Direito brasileiro, conquistadas a preço de muito sangue derramado.

Modelos de Direito Penal máximo e Estado Democrático de Direito são, repita-se, inconciliáveis. Dizer o contrário é retórica falsa. É embuste. É discurso totalitário, de Direito Penal do inimigo com sua divisão entre pessoas e não-pessoas. Numa democracia não existem “não-pessoas”. Os direitos fundamentais de todo e qualquer um devem ser respeitados e, mais, tutelados, ainda que não se trate de eventual maioria. Democracia, nunca é demais repetir, não é (apenas) regra de maioria. Em seu aspecto material, significa respeito, tolerância às diferenças (FERRAJOLI).

A democracia cobra um custo, por evidente. Já dito acima: não se pode ter tudo (e nem se quer, diga-se). Se a escolha é

viver num regime democrático, deve-se estar preparado para conviver com a possibilidade de culpados ficarem impunes, com a garantia de que nenhum inocente será levado à prisão. Deve-se estar preparado para ver garantidos os direitos humanos ao “pior dos facinoras”, com a certeza de que os nossos também o serão. Deve-se, enfim, estar preparado para o respeito às regras do jogo (pré-estabelecidas, por óbvio).

Mas essa escolha implica mudança de mentalidade. No aspecto jurídico-penal, por exemplo, implica compreender, em definitivo, que as regras do Código Penal, Código de Processo Penal e leis extravagantes em muito pouco (ou quase nada) se harmonizam com a Carta Política de 1988, até porque pertencem a momento histórico diverso. Assim, cabe aos atores jurídicos em geral – e ao juiz, em particular – fazer o crivo constitucional e deslegitimar comandos que se apresentem antidemocráticos e autoritários (como o art. 50 da LCP).

Como se dizia no início deste artigo, os Juizados Especiais, ao invés de se inserirem num projeto de minimização do sistema penal, acabaram por agudizar os conflitos, já que tudo (e por tudo) se jurisdicionaliza.

Espera-se da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário soluções pouco típicas do sistema penal. Não raro, utiliza-se a praticidade de um TCO (que dispensa formalidades e investigações criteriosas) para solucionar problemas outros, para muito além das aparências. São comuns, por exemplo, audiências preliminares, cujo TCO se originou por uma injúria ou ameaça, em que as partes desejam, de fato, cumprimentos de obrigações de vizinhança (construir um muro; limpar uma calçada; controlar o volume de um aparelho de som etc.). Porém, essas soluções deveriam ser buscadas no interior de cada um, a partir de instrumentos que deveriam ser facilitados pelo Estado (terapias, tratamentos a dependentes químicos, aconselhamento familiar, emprego justo etc.).

Entretanto, para usar as expressões de Lóic Wacquant (2001, p. 77), quando falta “Estado-Providência” sobra “Estado-Penitência”.

Este artigo já fez sua escolha. Cada um que aposte suas fichas.

²¹ Sobre o tema, Rogério Greco (2005, p. 95, gritos nossos) adverte: **Como proibir o jogo do bicho se o Estado ocupa a posição de maior “banqueiro” de jogos de azar? Será que a sociedade já se acostumou com esse tipo de aposta, de modo que tolera a sua prática, mesmo tendo consciência de sua qualidade de jogo de azar? Quantos jogos de azar existem que não são proibidos pelo Estado, principalmente aqueles que são por ele mesmo fomentados, a exemplo das chamadas “raspadinhas”? Enfim, o princípio da adequação social sorá do grande valia para que não sejam proibidas, impostas ou mesmo mantidas condutas que já estejam perfeitamente assimiladas pela sociedade.**

Referências

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. 1.
- COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000. 213 p.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 228 p., p. 3.
- _____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 282 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2000. 991 p.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 175 p. (Série as ciências criminais no século XXI, 5).
- GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2005. 191 p. (Série jurídica).
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099/95*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. 475 p.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 297 p.
- _____. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 220 p., p. 25-126.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Filosofia).
- PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1989. 120 p.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. Por um outro discurso (ou por um discurso do outro) em matéria penal: desconstruindo mitos e quebrando paradigmas. In: FÓPEL, Camil (Org.) *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 247-265.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Caráter subsidiário do Direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 149 p.
- ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 228 p., p. 63-64.
- ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? In: _____. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco; organização: Luís Greco, Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 239 p., p.13.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 174 p.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984. 103 p.
- _____. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. In: _____. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997. v. 3, 238 p.
- _____. A epistemologia jurídica da modernidade. In: _____. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1995. v. 2, 392 p.
- _____. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. In: *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1994. v. 1, 232 p.
- WELZEL, Hans. *Direito penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. 374p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p. (Pensamento criminológico, 14).
- _____. et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal (parte general): las teorías de la pena y de la ley penal: introducción teórico-práctica a sus problemas básicos*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. 366 p.



Horácio Pinto

Factores de risco para a segurança interna dos estados inerentes aos enclaves problemáticos das zonas urbanas

Resumo

Nas grandes áreas metropolitanas sobressaem zonas que concentram populações sócio e economicamente desenquadradas, sob o controlo intrínseco de grupos marginais e códigos de socialização autónomos, que tendem a eximir-se à autoridade do Estado e a constituir focos de emergência e expansão de actividades criminosas para outros territórios. Factores como a degradação do sistema de referências familiares, sociais e culturais fragilizam as condições de vida destas comunidades e potenciam, para além da criminalidade endógena, a estigmatização social e o desencadeamento de lógicas de gestão próprias que põem em causa o exercício da autoridade do Estado.

Palavras-chave

Bairros. Criminalidade. Violência. Segregação étnica. Delinquência. Radicalização. Autoridade do Estado.

Abstract

In the large metropolitan areas, those zones which concentrate socio and economic populations mismatching the regular standards tend to outstand among the others. Such zones are under the intrinsic control of marginal groups and autonomous socialization codes which tend to shun the State's authority, build emergency focuses and expand criminal activities beyond the frontiers and towards other territories. Factors such as the degradation of the familial, social and cultural references lessen the quality of the living conditions of these communities and yield not only the social stigma beyond endogenous criminality, but also the burst forth of typical management strategies which deplete the States authority.

Key words

Districts. Criminality. Violence. Ethnic segregation. Delinquency. Radicalization. State Authority.

Factores de risco para a segurança interna dos estados inerentes aos enclaves problemáticos das zonas urbanas

Risk factors for state internal security inherent in the urban zones troublesome enclaves

Horácio Pinto*

*Juiz de Direito, Diretor-Geral Adjunto do Serviço de Informação de Segurança (Portugal). E-mail: horaciopinto@sis.pt

Os guetos: criminalidade - violência - insegurança e autoridade do Estado

O aumento da criminalidade em geral e, em especial, dos crimes violentos e graves, tem marcado, nos últimos anos, as realidades urbanas, destacando-se em particular os aspectos qualitativos deste fenómeno e as transformações perceptíveis em termos de escala, no que se refere à natureza dos crimes, aos níveis de violência decorrentes do recurso sistemático a armas, ao aparecimento de novos *modi operandi*, ao perfil dos criminosos, às formas grupais de organização e ao surgimento de modalidades de crime importadas de outros países.

Em termos gerais, pode afirmar-se que o agravamento da criminalidade violenta e da insegurança nas áreas metropolitanas é imputável, em larga medida, a dois tipos de factores: à proliferação de guetos ou bolsas de concentração de minorias étnicas deficientemente integradas e à consolidação de diversos grupos do “crime organizado”.

A proliferação dos guetos, ou bairros problemáticos, na periferia das grandes cidades – traduzida na constituição de espaços ocupados e controlados por minorias étnicas, onde a autoridade pública dificilmente se exerce, marcados pela marginalidade e a delinquência juvenil (fenómenos típicos das “segundas gerações” de fluxos migratórios deficientemente

integrados) – dá lugar aos chamados *santuários da criminalidade*, ou seja, locais de concentração, de trânsito, de irradiação e de refúgio de criminosos, na sua maioria de origem estrangeira.

Destas áreas interditas, dominadas por regras marginais ao sistema, baseadas na lei do criminoso mais forte, indiferentes às políticas de realojamento e de reordenamento do território, assiste-se ao alastrar da insegurança a todo o tecido urbano, facilitado pela concentração, nessas comunidades, de grande número de jovens marginais (frequentemente oriundos de minorias étnicas) envolvidos em ações criminosas cada vez mais invasivas e violentas fora dos seus territórios de origem, pela diversificação dos eixos de penetração no tecido urbano (redes alargadas de transportes públicos), pela proliferação de grandes espaços públicos de convergência (centros comerciais, recintos desportivos, zonas balneares) e, ainda, pela aparente inadequação dos atuais modelos e estruturas de segurança na prevenção e combate da nova delinquência. Todos estes factores conjugados favorecem o aparecimento de crises securitárias, com inevitáveis implicações sociais e políticas.

É facto que a existência de grande número de jovens desenquadrados, em termos de valores de referência, quer familiares quer sociais, nestas zonas urbanas sensíveis, pro-

move a criação dos chamados *gangs*, cuja afirmação de identidade depende do exercício da violência e da criminalidade. Num processo psicológico semelhante ao que acontece no meio *hooligan*, nos jovens oriundos de bairros problemáticos – irmanados por razões étnicas, culturais ou de delinquência –, a formação dos *gangs*, para além de estar directamente relacionada com a necessidade de apoio e defesa, remete igualmente para a construção de uma identidade, que radica no sentimento de pertença e de integração numa hierarquia, com sinais identificativos específicos e territórios próprios de atuação e permanência.

É neste contexto de multiculturalidade que assistimos a alterações significativas do padrão da delinquência associado a estas bolsas étnicas. Caracterizando-se inicialmente por uma delinquência orientada para alvos fáceis e isolados da comunidade de acolhimento (e.g. o cidadão comum), indiscriminada e pouco sofisticada em termos de meios e métodos, mais recentemente, tornou-se evidente que, para além do aumento exponencial dos níveis de violência que os crimes contra os alvos tradicionais envolvem, a criminalidade com origem nos bairros problemáticos projecta-se, cada vez mais, sobre minorias étnicas rivais e, também, contra as próprias forças de segurança. As novas modalidades de delinquência que afectam o quotidiano das realidades urbanas são praticadas fundamentalmente por imigrantes excluídos e marginalizados e segundas e terceiras gerações de imigrantes. Este é um factor determinante uma vez que implica uma alteração das tipologias criminais, um agravamento dos níveis de violência e o avolumar dos sentimentos de insegurança nas populações, aspectos que condicionam a realidade urbana e suburbana dos países.

Instrumentalização política das populações dos guetos

Para além de aspectos associados à criminalidade, não é de menos importância destacar a intervenção social desenvolvida por indivíduos e organizações filiadas num espectro ideológico de extrema-esquerda radical, junto de população juvenil das zonas urbanas sensíveis, visando o despertar de uma mentalidade reivindicativa assente em causas tradicionais da luta antissistema – a injustiça social, a exclusão das minorias e a resistência à autoridade –, dinamizada por líderes de opinião conotados com movimentos de expressão juvenil, que funcionam como factor agregador e doutrinário no seio da população jovem dos bairros problemáticos, muitas vezes

explorando o prestígio de figuras internacionais de referência no ativismo revolucionário.

Em Portugal, como noutros países, a intervenção de organizações extremistas dos meios anarco-libertários e da interglobalização que pretendem enquadrar politicamente as populações dos guetos, explora com eficácia problemas reais de ordem social e económico¹ dos referidos espaços urbanos. Este tipo de intervenção, a coberto da criação de uma consciência social e cívica no seio das populações em referência, induz a factores de radicalização, patrocinando formas violentas de protesto e vincando os factores de erosão da autoridade do Estado, designadamente na vertente da resistência às forças policiais.

Explorando as vivências dos bairros problemáticos, sejam eles os designados *guetos*, *zonas interditas* francesas, *morros* ou *favelas* brasileiras, a mensagem difundida por estas organizações, podendo não constituir, por si só, um rastilho para a radicalização e para a violência, evidencia, contudo, a questão da discriminação racial e da promoção das populações imigrantes e das minorias étnicas contra as injustiças sociais.

De facto, as organizações próximas da extrema-esquerda praticam uma estratégia que visa, em última análise, a ocupação do espaço político nos bairros², transmitindo uma mensagem que incide na consciencialização dos direitos daquelas populações, na necessidade de união dos bairros para combater com maior eficácia os problemas que lhes são comuns e no apelo à realização de iniciativas (tais como manifestações públicas) em defesa dos seus interesses: em alguns casos, apelam, inclusivamente, à resistência à autoridade do Estado como forma de defesa dos seus direitos. Acresce que, alguns destes sectores mostram-se sensíveis à participação em iniciativas de intervenção direta de cariz mais radical, mostrando uma particular vulnerabilidade face a intervenções estruturadas, do ponto de vista político e ideológico, por parte de indivíduos que confirmam uma estratégia e um designio concretos às suas inquietações difusas.

Tendo em conta que os jovens dos bairros ignoram, genericamente, os mecanismos de participação democrática (por

¹ Cite-se como exemplo os motins em Clichy-sous-Bois, em França, em 2005.

² A falta de integração social destas populações dos bairros problemáticos leva a uma indiferença face à vida política nacional, uma vez que não se sentem representados ou defendidos pela classe política vigente. Em França, algumas Organizações Não Governamentais (ONG) lançaram uma campanha, com celebridades das comunidades minoritárias (cantor de música rap Joey Starr e o comediante Jamel Debbouze), de forma a levar os jovens habitantes dos subúrbios a recensearem-se para as eleições presidenciais e parlamentares de 2007. De acordo com dados locais, em Clichy-sous-Bois, apenas 7 000 dos 28 000 habitantes são eleitores recenseados.

mero desinteresse ou por se sentirem excluídos do sistema político), a “formação cívica” ministrada neste âmbito – com a tónica no “racismo na sociedade” e na “repressão policial” ou com referências ao exemplo da revolta dos jovens nos subúrbios de Paris, em 2005 – funciona como um apelo subliminar à radicalização e à prática de atos violentos, designadamente contra as forças de segurança.

Todos estes aspectos relevam factores de risco para a segurança interna dos Estados inerentes aos enclaves problemáticos das zonas urbanas, servindo, daí em diante, como o exemplo basilar dos problemas decorrentes da exclusão social e das dificuldades de integração dos imigrantes, em particular no que diz respeito à promoção social dos grupos juvenis das segundas e terceiras gerações.

Referências

- BASSAND, Michel. *Métropolisation et inégalités sociales*. Lausanne: PPU, 1997. 245 p.
- CHAMBLISS, William J. Crime control and ethnic minorities: legitimising racial oppression by creating moral panics. In: HAWKINS, Darnell Felix (Ed.). *Ethnicity, race and crime: perspectives across time and place*. Albany: Suny Press, 1995. 385 p., p. 235-258.
- COSTA, António Firmino da. *Sociedade de bairro: dinâmicas sociais da identidade cultural*. Oeiras: Celta, 1999. 539 p.
- COTTAM, Martha; HUSEBY, Joe; LUTZE, Faith. Political psychology and criminal justice: the potential impact of street gang identity and violence on political stability. *ISSP ANNUAL SCIENTIFIC MEETING*, 31, 2008. Paris, 2008.
- LOGAN, Samuel; BAIN, Ben. Street gangs, a transnation security threat. *ISN Security Watch*, 07 feb. 2006.
- MACEK, Steve. *Urban nightmares: the media, the right and the moral panic over the city*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. 372 p.
- MERKLEN, Denis. *Paroles de pierre, images de feu: sur les événements de novembre 2005*. *Mouvements. Sociétés, politique culture*, n. 43, p. 131-137. janv./févr. 2006.
- MUCCHIELLI, Laurent. *Violence et insécurité: fantasmes et réalités dans le débat français*. Paris: La Découverte, 2002. 160 p.
- SEABRA, Hugo Martinez de. *Delinquência a preto e branco: estudo de jovens em reinserção*. Lisboa: ACIME, 2005. 262 p.



José Carlos Maldonado de Carvalho
**Responsabilidade civil médica: corpo estranho
no organismo humano proveniente de acesso
cirúrgico**

Resumo

O artigo aborda a responsabilidade civil médica diante da correta aplicação da Lei nº 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC). Aponta que a doutrina e a jurisprudência vêm se inclinando no sentido de reconhecer que o contrato médico é de prestação de serviços, sendo a obrigação assumida pelo médico de meios, e não de resultado, havendo assim a necessidade da responsabilidade subjetiva para caracterizar a responsabilidade médica. Trata da culpa, conceituando suas três modalidades. Define os dois tipos de responsabilidades encontradas no CDC, a saber: a culpa subjetiva, que deverá ser provada, e a culpa presumida, decorrente do não cumprimento de uma obrigação. Ensina que a responsabilidade médico/paciente será definida conforme seja obrigação de meios (necessária a comprovação da culpa) ou de resultados (culpa presumida, desde que presente o ato médico, o dano e o nexo causal). Alerta para necessidade, apontada pela doutrina, em separar o “erro médico” do “mau resultado”. Ressalta a necessidade da existência de dano para caracterização da responsabilidade, defendendo que caso haja indenização deva ser proporcional ao dano ocorrido. Conclui, entre outras, que mesmo o erro profissional poderá ser escusável.

Palavras-chave

Responsabilidade civil médica. Código do consumidor. Culpa subjetiva. Culpa presumida. Dano. Erro médico. Mau resultado.

Abstract

The article glances through the medical civil responsibility in face of the correct applicability of the Law nº 8.078/90 – Consumers’ Defense and Protection Code(CDC). It indicates that both doctrine and jurisprudence have shown a bent towards the recognition that the medical contract is one of rendering of services, being the physician’s assumed duty related to means and not to ends, thus being the subjective responsibility necessary for the purpose of characterizing the medical responsibility. It also deals with the culpability, conferring conceptualizations to its three distinct modalities. It defines two types of responsibility found in the CDC, namely: subjective guilt, which must be proved, and the presumed guilt, resulting from an unfulfilled obligation. It teaches that the responsibility physician /patient is to be defined according to the obligation towards the means (in this case the guilt needs to be proved) or the ends (the presumed guilt, as long as the medical professional act, the damage or injury and the causal relation are present). It warns for the need to distinguish the “medical error” from the “bad result”. It places a great deal of emphasis on the necessity of damage evidence so that the culpability can be characterized and advocates that in case of indemnity it should be proportional to the verified damage. Among the final remarks, the article assumes that even the professional error may be excusable.

Key words

Medical Civil Responsibility. Consumers’ Code. Subjective guilt. Presumed guilt. Damage. Medical error. Bad result.

Responsabilidade civil médica: corpo estranho no organismo humano proveniente de acesso cirúrgico

Medical civil responsibility: foreign body in the human organism proceeding from surgical access

José Carlos Maldonado de Carvalho*

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: maldonado@tj.rj.gov.br

Introdução

O estudo da responsabilidade civil médica vem, neste novo milênio, ensejando acaloradas discussões entre os operadores do direito e os profissionais da medicina, que, diante de um novo texto com esboço constitucional em defesa do consumidor, divergem sobre a extensão e a correta aplicação da Lei nº 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC).

Sem pretender doutrinar em matéria de natureza eminentemente médica, já que não é esta a proposta deste trabalho, trago ao debate científico apenas preocupações e questionamentos que, diariamente, surgem no exame das ações judiciais objetivando a reparação por erro médico.

É é nesse campo fértil, marcado por incompreensões e expectativas curativas frustradas, que a relação médico-paciente nasce e se desenvolve, recheada, no mais das vezes, por intrigas e discussões, impondo ao magistrado, com o olhar voltado para a boa-fé objetiva, a aplicação dos princípios éticos e sociais que regem a relação de cunho eminentemente consumerista.

Responsabilidade civil médico-hospitalar

A técnica mecânica imposta à atividade médica, como decorrência natural dos progressos científicos, apesar de

propiciar um diagnóstico mais confiável e eficaz, afasta, diante da expectativa de maior segurança, quase sempre, o contato mais próximo entre médico e paciente.

Daí, e como concluem os estudiosos da matéria, é que decorre a presunção de culpa quando, no exercício de uma arte, ofício ou profissão, a negligência, a imprudência ou a imperícia médica causam ao paciente danos que inabilitem ou diminuam a sua capacidade de trabalho (SANTOS, 1958, v. 21, p. 247).

Independentemente da natureza jurídica que se dê a doutrina e a jurisprudência vêm se inclinando no sentido de reconhecer que, por se tratar de contrato de prestação de serviços (art. 593 e seguintes do Código Civil), a obrigação assumida pelo médico é de meios e não de resultado, já que o objeto do contrato não é a cura (resultado), mas sim a prestação de cuidados e atenção ao paciente (meios).

Submetido que se encontra ao CDC, o médico, como prestador de serviços, assume a posição de fornecedor (art. 3º, *caput*)¹, posicionando-se o paciente na condição de consumidor direto (art. 2º, *caput*)².

¹ Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

² Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Na prática, o Código de Defesa do Consumidor prevê duas espécies de responsabilidade civil nas relações de consumo: a objetiva, em que apenas se faz necessário provar o fato (ação ou omissão), o dano (material ou moral) e o nexo causal (o fato como causa direta e imediata do resultado danoso); a subjetiva, em que, além do fato, do dano e do nexo de causalidade, é necessário discutir-se a culpa em sentido estrito³.

Diante da lei de proteção ao consumidor-paciente, é de se concluir que os estabelecimentos médico-hospitalares, como fornecedores de serviços, respondem

independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (art. 14, § 4º, CDC).

Já os médicos – profissionais liberais – respondem subjetivamente, ou seja, “mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º, CDC).

Culpa

No campo da responsabilidade civil, como assim afirmam a doutrina e a jurisprudência, a culpa, em sentido estrito, tem por essência o descumprimento de um dever de cuidado, ou seja, a inobservância de determinadas diligências ou cuidados. Implica, em outras palavras, juízo de reprovabilidade ou de censura da conduta de alguém. É a violação de um dever pré-existente⁴.

De fato, caracterizada por uma ação negativa (negligência) ou por uma ação positiva (imprudência ou imperícia), a culpa, em sentido estrito, uma vez comprovada, dá azo à ação reparatória, sem embargo das ações penais e administrativas que, pelo mesmo fato, podem ser intentadas.

Segundo o ordenamento jurídico em vigor, imprudente é o profissional médico que pratica um ato de risco sem os cuidados que o caso requer. Tal conduta é caracterizada pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração; negligente é o profissional que não observa os deveres exigidos pelas circunstâncias e pelas condições do paciente. É toda conduta marcada pela inação, indolência, inércia, passividade, falta aos deveres que as circunstâncias exigem; imperito é aquele a quem falta aptidão téc-

nica, teórica ou prática, para o exercício da medicina. É o profissional médico que por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos deixa de observar as normas rudimentares fundamentais ao exercício do ofício (FRANÇA, 2001, p. 259-265).

Nesse campo teórico, figura, entre a responsabilidade subjetiva com culpa provada (art. 14, § 4º, CDC) e a responsabilidade objetiva independente de culpa (art. 14, *caput*, CDC), a culpa presumida, decorrente do não cumprimento de uma obrigação de resultado assumida pelo prestador de serviços (art. 14, § 4º, CDC).

Com efeito, cuidando-se de obrigação contratual, a culpa decorrente do simples inadimplemento é presumida. Na obrigação extracontratual, ao revés, a regra é a culpa provada, cujo ônus demonstrativo cabe à vítima.

Todavia, tal reconhecimento não é automático. O fato de o médico ter agido de acordo com as recomendações da técnica usual, com fiel observância das cautelas que ao caso se imponham (obrigação de meios), sem que tenha obtido o sucesso esperado, não significa o reconhecimento, de pronto, da inadimplência por descumprimento do contrato. Por outro lado, encontrando-se o paciente hígido e desejando apenas uma aparência mais agradável (obrigação de resultado), se a intervenção médica não atingir satisfatoriamente o pactuado, há responsabilidade civil.

É de concluir-se, pois, que, na obrigação de meios, além do ato médico (ação ou omissão), do dano (patrimonial ou extrapatrimonial) e do nexo de causalidade, a culpa tem que ser provada.

Já na obrigação de resultado, em que a culpa é presumida, apenas ao paciente-consumidor caberá provar o ato médico, o dano e o nexo causal, ficando a cargo do médico a prova da sua não culpa, ou seja, de que não foi negligente, imprudente ou imperito.

Erro

De maneira pontual, a doutrina majoritária vem sinalizando sobre a necessidade de se proceder à separação entre o “mau resultado” e o “erro médico” (CARVALHO, 2008, p. 44).

Segundo De Plácido e Silva (1973, p. 611), entende-se por erro – derivado do latim *error*, de *errare* (enganar-se, estar em erro, desviar-se) –, “a falsa concepção acerca de um fato ou de uma coisa”.

³Imprudência, negligência e imperícia.

⁴BEVILÁQUA, Clóvis. Comentários ao Código Civil. Observação 1, ao art. 159.

Embora não se possa falar em um direito ao erro – como faz ver Sergio Cavalieri Filho (2002, p.319) –, “será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto”. Inescusável, por sua vez, será aquele que, adotando procedimento inverso àquele que razoavelmente se poderia esperar de qualquer profissional de conhecimento e prática mediana, pressupõe uma falta de diligência, prudência ou perícia. O erro, ao contrário do resultado aquém do esperado pelo paciente, e para o qual o médico em nada contribuiu, é fruto, quase sempre, de uma investigação ou procedimento mal realizado, marcado, quase sempre, pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador.

Assim, uma vez comprovado que o médico, no momento em que procedeu ao exame do paciente, agiu de acordo com as regras técnicas atualizadas da ciência médica, diagnosticando de forma consciente e cuidadosa, afasta-se a possibilidade de o erro dar margem a culpa, apesar do mau resultado. Eventual erro porventura havido em tais situações, reconhece-se como escusável, desprovido do caráter punitivo-indenizatório da intervenção.

Em sentido inverso, por não adotar um procedimento seguro durante o processo inicial, descuidando-se da necessária observância do prescrito pela rotina médica, o profissional revela-se imprudente, negligente ou imperito e torna a sua atuação culpável, caracterizando o erro, conduzindo, por conseguinte, à responsabilidade civil médica.

Corpo estranho no organismo humano proveniente de acesso cirúrgico

Relatam os professores Alberto Schanaider e José Eduardo Ferreira Manso (2006, v. 33, n. 4, p. 250), em trabalho publicado na Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, que a descrição de corpos estranhos retidos na cavidade abdominal após um procedimento cirúrgico é escassa na literatura médica.

A subnotificação dos casos está diretamente correlacionada à natureza deste infortúnio, porquanto sua constatação expõe a equipe cirúrgica e também pode trazer dissabores sob a égide de uma demanda jurídica, qualificável como erro médico.

Esclarecem, ainda, que os objetos mais comumente abandonados ou esquecidos na cavidade abdominal são gazes, chumaços de algodão, compressas, instrumentos cirúrgicos (pinça tesoura, afastador), tubos ou drenos de borracha, agulhas e, por fim, pequenos cálculos provenientes de manipulação das vias biliares.

A presença de um corpo estranho na cavidade abdominal, concluem os professores-médicos, poderá servir de nicho para a proliferação de microorganismos e agir como um foco primário para formação de abscessos e de peritonite (SCHANAIDER; MANSO, 2006, v. 33, n. 4, p. 250).

Há, todavia, como também destacado pela ciência médica, situações de introdução intencional de corpo estranho no organismo, como, por exemplo, nas cirurgias laparoscópicas, em que cliques metálicos são normalmente utilizados, ou nas cirurgias bariátricas, nas quais anéis sintéticos fazem parte da técnica programada. Há, ainda, o uso de próteses para tratamento de aneurismas e fixações ósseas com uso de placas, hastes e parafusos que também são previstos para o êxito do procedimento cirúrgico.

Direcionando a discussão, porém, para os casos em que não se previu inserção e permanência de corpo estranho no organismo do paciente, a análise da responsabilidade civil médica volta-se para o exame da ocorrência, ou não, da culpa, por negligência médica.

Reduzido a esse único campo, duas são as situações que, a partir de agora, se submetem à análise crítica da responsabilidade civil médica: o erro inescusável e o erro escusável.

Como faz ver Jorge Alberto Riú (1981, p. 78-79), “*por lo tanto, debemos admitir que el error, para ser tal en el ejercicio profesional del médico, debe siempre ser inculpable. Sin esta condición, no debe ser aceptado como tal*”.

Quanto ao primeiro, uma vez identificado qualquer corpo estranho no organismo humano decorrente de intervenção cirúrgica sem previsão de permanência temporária ou definitiva, por comprovada tem-se a negligência médica, caracterizando, assim, o erro inescusável.

Em sentido inverso, justificada a necessidade de permanência do corpo estranho no organismo ou a ocorrência de determinada situação emergencial, marcada por dificul-

dades insuperáveis, não há como ser imputada ao médico a negligência, e, conseqüentemente, a responsabilidade civil.

É evidente que, nessa segunda hipótese – erro escusável –, o exame deve ser feito de forma cautelosa, levando-se em consideração o estado emergencial do paciente e o procedimento adotado, de acordo com as condições e circunstâncias do caso concreto.

Dano: reparação e liquidação

De forma pontual, como faz ver Sergio Cavalieri Filho (2002, p.70), “Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

O dano, como prejuízo, perda ou alteração de uma condição anteriormente favorável, é, pois, fato constitutivo da responsabilidade civil. É, por conseguinte, o elemento determinante do dever de indenizar.

Como lesão a um determinado bem jurídico, independentemente de sua natureza, o dano provocado pela ação médica tanto pode atingir a bens integrantes do patrimônio do paciente (dano patrimonial), como também a bens personalíssimos (dano extrapatrimonial).

Quanto à liquidação do dano, busca-se, a bem da verdade, recolocar-se o paciente na mesma situação anterior à lesão sofrida. Deve a indenização, pois, ser proporcional ao dano por ele suportado, integral, sem excessos.

O Código Civil em vigor dispõe que a “indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944). Logo, não havendo dano, não há responsabilidade civil, quer de ordem patrimonial, quer seja de caráter extrapatrimonial, como, aliás, apregoam a unanimidade dos autores.

No que se refere ao dano patrimonial, como preceitua o art. 402 do Código Civil, busca-se reparar o que a vítima “efetivamente perdeu” (dano emergente) e o que ela “razoavelmente deixou de lucrar” (lucros cessantes).

Por importar em efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima, o dano emergente corresponde ao desfalque patrimonial suportado pela vítima.

O lucro cessante, ou seja, o equivalente à perda do ganho esperável, por corresponder a bem ainda não integrante do patrimônio da vítima, deve, exatamente por isso, ser sopesado com extremo cuidado, já que seus efeitos se projetam para o futuro (art. 403, CC).

Quanto ao dano extrapatrimonial (dano moral), decorrente da violação a qualquer um dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF), por ser insuscetível de avaliação pecuniária, o arbitramento do valor indenizatório há de ajustar-se aos limites do razoável, já que não atua como meio de enriquecimento, mas, em última análise, como satisfação pessoal da parte ofendida.

Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, curando, quando o caso não exigir sanção pecuniária predominantemente punitiva, para que não enriqueça a vítima à custa do injusto.

Os critérios da razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para, sem exagero, atingir-se a indenização justa e adequada (GOMES, 2000, p. 101).

Conclusão

O Código Civil de 2002, ao contrário do que sucedia no ano de 1916, cuja regra jurídica fora direcionada apenas para os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas (art. 1.545, do Código Civil de 1916), passou a responsabilizar de forma bem mais abrangente, “todo aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (art. 951 do Código Civil).

O médico, como qualquer profissional no exercício de sua atividade-fim, deve observar, sempre, os princípios e os balizamentos que regem o exercício e o desempenho de sua profissão.

O erro profissional, por si só, não impõe, de pronto, a responsabilidade civil, diante da possibilidade de ser escusável. É escusável o erro decorrente de falha não imputável ao médico. O simples erro de diagnóstico ou de tratamento não é suficiente para gerar a obrigação indenizatória, uma vez que, na esteira do pensamento de Alberto Bueres (2006, p. 568-569), é difícil para o juiz, em princípio, na ausência de elementos suficientes, inferir culpa capaz de induzir ação reparatória.

Em se tratando de um ramo do saber em que predomina a matéria opinativa, resulta difícil fixar contornos precisos para limitar o que é correto e o que não o é, para fixação da culpa. O médico só será responsável quando cometer

um erro injustificável para um profissional de sua categoria ou classe.

Por outro lado, assumindo o médico uma tarefa sem adotar as precauções recomendadas pela doutrina médica para determinado procedimento cirúrgico, dando causa, assim, ao resultado danoso, tem-se por caracterizada a culpa médica, e, conseqüentemente, a responsabilidade civil, por erro inescusável.

Como cautela, sugere a doutrina médica a utilização de compressas de cor diferente da do sangue, a contagem anterior e posterior ao ato cirúrgico pelo instrumentador ou médico assistente do material utilizado, refazendo-se a contagem, sempre que necessário for (SCHANAIDER, MANSO, 2006, v. 33, n. 4, p. 250).

O acontecimento externo, efetivamente imprevisível e inevitável, que possa interferir diretamente no procedimento médico-cirúrgico, rompendo o nexos causal entre o ato cirúrgico e o resultado, pode conferir ao erro a condição de escusável, afastando, com isso, a responsabilidade civil decorrente da permanência de corpo estranho no organismo humano.

As demais excludentes previstas nos incisos I (que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente) e II (a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro), do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, com a vênua daqueles que sustentam em sentido inverso, não eximem a médico da responsabilidade civil decorrente de erro inescusável.

Referências

- BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3. ed. renov. Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Introgénia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. 394 p.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 7. ed. São Paulo: Fundação BYK, 2001.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 435 p.
- RIÚ, Jorge Alberto. *Responsabilidad profesional de los médicos: aspecto penal, civil y deontológico*. Buenos Aires: Lerner, 1981.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. v. 21.
- SCHANAIDER, Alberto; MANSO, José Eduardo Ferreira. *Corpos estranhos provenientes de acessos cirúrgicos à cavidade abdominal: aspectos fisiopatológicos e implicações médico legais*. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, v. 33, n. 4, p. 250-255, jul./ago. 2006.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2.



Elder Lisboa Ferreira da Costa

Os direitos humanos e o cidadão internacional: uma *planificação* à luz do discurso dos direitos fundamentais

Resumo

O presente texto aborda as questões dos direitos humanos numa planificação internacional e seus reflexos na ordem constitucional interna dos países do globo. Evidencia-se a fragilidade dos pressupostos de direitos humanos no regime democrático de direito¹ no tocante aos direitos e garantias fundamentais. São consideradas a historicidade, a evolução e as perspectivas desses direitos no plano global diante dos graves problemas que assolam as democracias no contexto da globalização e com o advento da *internet*, além da consequente internacionalização desses direitos, independentemente da nacionalidade dos seus titulares. O cidadão passa a ter cidadania dual com o discurso internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave

Direitos humanos. Plano internacional. Globalização. Democracia. Regime democrático.

Abstract

The present text examines the issues pervading the human rights within an international plan and their impacts over the internal constitutional order of the worldwide nations. Evidences allow a clear view of the fragility underlying the human rights presuppositions in the democratic system of citizens' rights in what concerns Fundamental rights guaranty. Historicity, evolution and perspectives of these rights are taken into account in a global context in face of the imperious problems which devastate democracies and with the arrival of the internet besides the consequent internationalization of these rights, regardless of the nationalities. Citizens start to bear dual citizenship with the international discourse of human rights.

Key words

Human right. International plan. Globalization; Democracy. Democratic system.

¹Temos como referencial teórico para pontuação e discussão os Estados Democráticos. Qualquer tentativa de análise do texto com comunidades autoritárias será infrutífera.

Os direitos humanos e o cidadão internacional: uma planificação à luz do discurso dos direitos fundamentais

The human rights and the international citizen: planning in the light of the fundamental rights discourse

Elder Lisboa Ferreira da Costa*

*Mestre em Ciências Jurídico-criminais da Universidade de Coimbra-Portugal. Doutorando em Direito da Universidade de Salamanca-Espanha. Professor da Universidade da Amazônia (UNAMA) e da Faculdade do Pará (FAP). Professor de Pós-Graduação da Escola Superior de Advocacia e da Escola da Magistratura do Pará. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). E-mail: elderlisboacosta@hotmail.com

Introdução

O presente texto versa sobre algumas reflexões e estudos realizados sobre a problemática dos direitos humanos, no âmbito das discussões de que participei como integrante do doutorado interdisciplinar em *Passado e Presente dos Direitos Humanos* da multissecular Universidade de Salamanca, na Espanha. As inquietações repousam na possibilidade de o Direito Internacional dos direitos humanos suplantar normas internas que entrem em conflito com as normas internacionais.

Inicialmente, é preciso fazer uma constatação: por onde quer que se irradiem o fenômeno e o alcance do discurso dos direitos humanos no seio das soberanias, seus predicados terão um papel significativo para a implantação de mecanismos vetores, no aspecto formal e material, com o fito de que as desigualdades sociais diminuam e se alcancem a solidariedade e a fraternidade entre os povos².

Segundo a maioria dos doutrinadores, os direitos humanos têm sua gênese nos primórdios da humanidade e as primeiras referências a eles teriam ocorrido no Código de Hamurábi, embora o enfoque e a visão sobre esses direitos

tenham influências notadamente religiosas. Como afirma Costa (2007, p. 47), "os ensinamentos do direito primitivo, na verdade, influenciaram e influenciam até os nossos dias diversas legislações positivas".

Outros escritos também fazem menção aos direitos humanos, como o direito hebreu através da *Thorá* e os ensinamentos do *Novo Testamento*. O apóstolo Paulo, o maior escritor e doutrinador do Cristianismo³, teve papel decisivo na difusão da nova doutrina. Posteriormente, os direitos humanos sofreram transformações decorrentes de adaptações históricas.

Mais tarde, com a nova concepção do Estado moderno e da soberania como vetor estatal, questiona-se se os direitos humanos invadem a competência interna das soberanias e teriam aplicação imediata dentro dos Estados soberanos. Representaria a intervenção uma invasão nas esferas de competência da ordem interna das soberanias? Ou, na verdade, o papel dos Direitos Humanos é integrar o direito interno a um direito supraestatal, oponível em qualquer esfera ou qualquer instância?

²Não se concebe um discurso unitário dos direitos humanos. O que acontece na Coreia do Norte, por exemplo, poderá, pelo fenômeno da automação e globalização, ter reflexos imediatos no Brasil; é a transnacionalidade presente em todos os atos de governo.

³Embora o maior escritor do Cristianismo seja Paulo de Tarso, a figura central da Nova Doutrina é Jesus Cristo que não escreveu uma linha sequer. Todavia não há dúvidas sobre seu aparecimento histórico.

Outro fator de inquietação quando se trata de direitos humanos é a constante violação de seus predicados nas chamadas democracias, ou no que chamamos *regime democrático*, provocando um antagonismo insuportável entre alguns institutos e os conceitos plasmados pelos ideais de democracia. O que fazer quando os mecanismos de controle interno não são suficientes para afastar o desrespeito, a não aplicabilidade desses direitos e, em alguns casos, o completo aniquilamento dos direitos humanos por parte dos agentes (cidadãos)?

Outro fator que agrava a situação e que preocupa os doutrinadores na busca de solução para essa problemática ocorre quando se verifica que o maior causador de desrespeito aos direitos humanos é o próprio Estado. Caberia, nesse caso, uma intervenção externa?

No presente ensaio, partimos da conceituação dos direitos humanos e de sua vertente no plano internacional para examinar os consequentes reflexos para a solução dessas demandas, a fim de que as democracias possam ser aperfeiçoadas, passando, os direitos humanos, de uma utopia distante a uma realidade presente.

A expressão Direitos Humanos

A expressão direitos humanos tem origem na Segunda Guerra Mundial, embora, como vimos, seus pressupostos tenham surgido nas comunidades antigas. Foi plasmada dentro de um contexto que levou os povos a uma nova concepção de relacionamento interestatal. Os resultados da guerra e a constatação de que os povos teriam necessariamente que conviver em uma tribo global denotam que o espaço de convivência das nações tornou-se comum. A queda da bolsa de Londres tem efeitos imediatos no Brasil em tempo real. O mundo tornou-se pequeno. Vivemos em uma grande aldeia planetária.

Não podemos esquecer também a Revolução Francesa que, em 1789, fincou os alicerces dos direitos do homem, plasmando as bases para o fim do absolutismo e dos governos de índole despótica.

No século XX, as manifestações acerca dos direitos humanos têm grande ênfase, mormente devido aos dois conflitos mundiais. O cenário de miséria e devastação dos territórios pós-guerra tornou-se palco propício para a aproximação entre os povos. Além disso, a existência de movimentos de reivindicações sociais no âmbito interno

ecoa através de organismos internacionais. Destaca Gonzalez Moreno (2002, p. 45):

La generalización de las reivindicaciones sociales para la elevación de las condiciones de vida de las clases menos favorecidas se produce en primer tercio siglo XX, aunque sus precedentes hay que buscarlos en los períodos revolucionarios del siglo XIX. El destinatario de tales demandas es el Estado, cuyo papel respecto de la sociedad experimenta una radical transformación .

Os direitos humanos são fruto de uma realidade cultural da vida social e sua efetivação necessita de *eficácia*. Daí a dificuldade, em uma realidade onde a informação é tão rápida quanto um raio de luz, de se adotar em um contexto interno um discurso internacional, o que envolve conjugar os predicados dos direitos humanos às diversidades culturais e realidades distintas, adaptando-os sem destruir as nuances que caracterizam os povos e preservando a dignidade das pessoas. Peces-Barba Martínez (1999, p.209) destaca:

Pero los derechos humanos son una realidad cultural de la vida social y, por consiguiente, persiguen la eficacia en la realización de sus objetivos lo que, como hemos podido constatar, en nuestro análisis, les vincula con la realidad del poder, aunque surjan para limitarlo, con un poder institucionalizado, es decir, que es capaz de asumir esos valores morales que fundamentan la idea de derechos, y convertirlos en valores políticos, en objetivos o fines de ese poder político, que lidera y orienta la vida en una sociedad determinada. Normalmente, el consenso moral, por la reflexión de sus teóricos y doctrinarios y por la acción práctica de legisladores, jueces, funcionarios o ciudadanos que deciden esa incorporación, lo que supone en algún momento actos de voluntad⁴.

A expressão direitos humanos exige explicação apropriada quando se define que a necessidade é um critério⁵ para se alcançar direitos. Os direitos humanos têm uma natureza eminentemente dialética, encontram-se plasmados no âmbito que se volta, sobretudo, para as prementes necessidades dos seres humanos.

O maior problema ocorre nas sociedades democráticas, onde os direitos e garantias fundamentais encontram-se positivados. Costuma-se dizer que, na verdade, vivemos uma crise que não passa pela positivação dos direitos hu-

⁴Disto depende a eficácia dos direitos fundamentais, que se realiza através do Direito, onde assumem primeiramente valores éticos, depois políticos, convertendo-se em jurídicos, organizando a convivência social com o fim do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o direito.

⁵O estudo de que os direitos humanos é uma necessidade foi preconizado por Norberto Bobbio.

manos, mas por sua afirmação por parte do Estado, no que tange à formatação de políticas públicas visando à diminuição da desigualdade entre os indivíduos. Se a política de direitos humanos de determinado Estado soberano não visa esse propósito, estará, por fim, a propagar uma política que fere direitos e garantias individuais. Nesse caso, os problemas a ser enfrentados na luta pelos direitos humanos resolvem-se pela negação de sua realização. Estes problemas são explicitados por López Calera (1990, p. 71-84) quando destaca:

Se dice que los grandes problemas de los derechos humanos están centrados en su conceptualización, fundamentación y realización. De todos ellos el problema más grave y con respuestas más insatisfactorias es hoy el problema de su realización (...). Millones de personas no disfrutan de las libertades más elementares. Incluso en las sociedades avanzadas, en lo Estados democráticos, existe, graves limitaciones y negaciones, aunque sean parciales o particularizadas.

Bobbio já afirmava que os direitos humanos centram sua problemática não para justificar sua existência em um conjunto de normas, mas pela necessidade de protegê-los. Os direitos fundamentais devem ser vistos como situações que afetam a dignidade do homem (ASIS ROIG, 1990, p. 39). Peces-Barba Martínéz⁶ discorre sobre os processos gerais dos direitos humanos a partir do momento histórico: a positividade, a generalização e a internacionalização.

O maior ponto de tensão dá-se nas chamadas democracias, onde os direitos humanos estão positivados. O antagonismo acontece quando esses direitos são infirmados, constantemente desrespeitados e, por vezes, de forma mais drástica, aniquilados.

Pode-se compreender, então, que a problemática dos direitos humanos será resolvida voltando-se para a *Constituição Democrática*, estabelecendo meios e mecanismos de controle para aproximar os cidadãos da esfera de poder, para que as necessidades de todos sejam atendidas.

A afirmação dos direitos humanos deve ser vista em um processo vinculado à participação da sociedade. A maioria das pessoas vive à margem de qualquer direito; vive-se a completa ausência dos direitos fundamentais. Os privilégios são de poucos apaniguados, que vivem à custa de um processo de usurpação dos bens e serviços. São sanguessugas,

verdadeiros parasitas sociais. A respeito dessa participação social, Habermas (2003, p. 169) afirma:

Esta sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e nos transmitem, a seguir, para a esfera pública política, são as vigas mestras da *democracia participativa*⁷. A reconstrução do direito situa-se no plano de uma explicação do significado. Através do sistema de direitos, explicitamos os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apoiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica. [...] os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda a associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos refletem-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*.

No mundo e, particularmente, no Brasil os direitos humanos vivem sob grandes tensões e um dos fatores primordiais para a negação desses direitos é a desigualdade social provocada pelo modelo de Estado neoliberal, que fincou seus pressupostos em seu principal vetor, a propriedade privada. O processo desencadeado pela hipertrofia do direito à propriedade causa um efeito dominó que produz a exclusão social detectável em vários níveis: habitação, educação, saúde. O processo será nefasto para a maior parte da comunidade, distorcendo os predicados da democracia⁸, tornando a *comunidade míope*, uma *sociedade caolba*. Se as pessoas são excluídas, ausentes estão os direitos humanos dessa sociedade. Como afirma Giddens (2005, p. 265):

Sobre a exclusão social, em vez de empregar o conceito de classe baixa, a maioria dos pesquisadores europeus prefere a noção de exclusão social. A idéia da exclusão social foi adotada pelos políticos, mas foi introduzida inicialmente por autores da sociologia para se referirem às novas fontes de desigualdade. A exclusão social diz respeito às formas pelas quais os indivíduos podem acabar isolados, sem um envolvimento integral na sociedade mais ampla.

A própria história encarrega-se de explicar os fenômenos sociais. Daí a explicação de que os direitos humanos têm base numa historicidade onde se entenda a sociedade em todas as suas nuances. O avanço tecnológico, as novas fontes de energia, a devastação desenfreada da Amazônia a pretexto de desenvolvimento, todos esses fatores têm papel relevante

⁷ Habermas (2003, p. 99).

⁸ Por isso afirmamos que democracia não é e nunca foi a vontade da maioria. Se assim o fosse, a Alemanha Nazista teria sido uma democracia, pois quando Hitler assumiu o poder tinha mais de 90% de aprovação popular. O conceito de democracia é, portanto, o respeito aos direitos e garantias fundamentais e, pois, aos direitos humanos.

⁶ Peces-Barba é sem dúvida um dos grandes referenciais dos direitos humanos no mundo. Para maiores esclarecimentos sobre sua teoria vide: Peces-Barba Martínéz (2004).

nos rumos do planeta. Os direitos humanos passam, assim, necessariamente por uma constante mutação ocasionada pelo processo da globalização, passando a uma fase seguinte, a da *internacionalização*. Haverá, por conseguinte, uma preponderância do direito internacional sobre a esfera nacional, representada pelo Estado nacional. É como se o ser humano⁹, e por essa condição humana, passasse a ter uma *nacionalidade dicotômica* em que, no âmbito interno, terá aspirações e, no plano externo, contará com a atuação de órgãos internacionais para fazer valer os direitos humanos quando não admitidos e firmados pela ordem nacional.

O fenômeno se dá por conta de um novo conceito de sociedade que passou por transformações sem precedentes: globalização, facilidade dos meios de comunicação e a necessária interação dos mercados. A comunidade não pode viver isolada¹⁰, o que se reflete na própria sobrevivência das sociedades. Surgiram novos conceitos, transformando as estruturas sociais. O enfoque no conhecimento e na modernização reflexiva dessa sociedade deverá, segundo Ulrich Beck (2002, p. 175), basear-se nos seguintes pontos:

Cuanto más moderna se hace una sociedad, tanto mayor conocimiento tiene sus fundamentos, estructuras, dinámicas y conflictos. 2- Cuanto más conocimiento tiene a su disposición sobre si misma y cuanto más lo aplica, tanto más enfáticamente se desmorona una constelación de acción dentro de estructuras definidas de forma tradicional y tanto más es sustituida por una reconstrucción y reestructuración de las estructuras e instituciones sociales que dependen del conocimiento y son mediadas por la ciencia. 3- El conocimiento impone decisiones y abre contextos de acción. Los individuos son liberados de las estructuras y deben, por tanto, redefinir su contexto de acción en circunstancias de inseguridad construidas bajo formas y estrategias de modernización "reflexionada".

Portanto, a expressão direitos humanos, cunhada a partir do Estado moderno, nasceu em terreno pós-guerra, em um cenário de miséria e insatisfação, de reivindicações de povos que galgavam novos patamares, adotando um novo referencial plasmado e fincado na dignidade da pessoa humana que nortearia os Estados modernos na busca de mecanismos de aproximação e diminuição das desigualdades sociais. O al-

cance dos direitos humanos no plano internacional terá papel fundamental nessa nova estrutura global.

A dignidade deve ser reconhecida como o caráter inviolável do ser humano, tanto o sujeito moral é dotado de razão e destinado a liberdades¹¹ e à dignidade¹².

O novo paradigma internacional dos direitos humanos: o cidadão internacional

Na mudança de paradigmas dos direitos humanos, a Europa terá um papel significativo. Winston Churchill¹³, em discurso, alertou para a necessidade de se criar um órgão que viesse a discutir assuntos relacionados aos *Direitos Humanos*. A conflituosidade entre os povos tinha o tamanho do planeta, o mundo estava em guerra. Passado o conflito, o que sobrou do pós-guerra foi a necessidade de um discurso universal sobre os direitos humanos.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹⁴ e os seus protocolos são uma prova disso, em que um cenário de guerra, pós Segunda Guerra Mundial, teve que ceder lugar a um discurso de direitos fundamentais.

A Europa¹⁵ tem tido papel de destaque na consagração dos direitos humanos. A globalização tem provocado mudanças estruturais no trato da questão, em que alguns problemas atuais como a pobreza são vistos como empecilhos para a afirmação dos direitos. A Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados Portugueses (2005, p. 25) afirma:

A união europeia mergulha raízes na intenção de salvaguarda das liberdades fundamentais, autênticas colunas fundadoras da arquitetura política do velho continente. Mas, num mundo em vias de globalização, para o bem e para o mal, globalizam-se as assimetrias, as distorções e as disrupções: a insegurança, a ansiedade social, o medo, os terrorismos, a exclusão e a pobreza constituem fenômenos que ameaçam e põem em causa a estabilidade das populações e das estruturas sociais.

⁹Sobre a liberdade, debruço-me sobre o livro de Ronald Dworkin (2007), onde o renomado autor trata da questão da igualdade e liberdade, questionando se sobre se de fato temos direito à liberdade como supunham Jefferson e outros.

¹⁰O pensamento de Ernst Bloch (2003, p. 146) que afirma "é um andar erguido, pois os humanos não são animais de um rebanho, têm consciência de sua liberdade".

¹¹Primeiro Ministro britânico durante a Segunda Guerra Mundial. Criou o termo "cortina de ferro" para se referir à guerra fria e tinha um posicionamento contrário à Alemanha Nazista.

¹²É considerado o primeiro tratado concluído em 1950, entrando em vigor em 03 de setembro de 1953.

¹³A Europa vive um momento marcado por uma trilogia na definição e aplicação dos direitos humanos. Essa trilogia se consubstancia na liberdade, segurança e justiça, em que se firmam os pilares básicos de toda a construção dos direitos humanos. O Tratado de Londres, assinado em 05 de maio de 1949, instituiu o Conselho da Europa tendo como principal objetivo a proteção dos Direitos Humanos.

⁹Não aventamos nada de novo. Os direitos do ser humano já estavam inclusive preconizados em diversas declarações de direitos, entre elas a *Petition of Rights*, de 1628 e o *Habeas Corpus Act*, de 1679.

¹⁰Dentro das comunidades globalizadas o direito ao desenvolvimento é inerente, todavia deve ser realizado equitativamente, respeitando as necessidades ambientais e de desenvolvimento de gerações presentes e futuras (DECLARAÇÃO e programa ..., 1993).

A Liga das Nações criada pelo Tratado de Versalhes também teve papel decisivo na busca de um entendimento entre as nações.

As cicatrizes provocadas pela guerra, principalmente em decorrência do Holocausto dos judeus, também foram um importante marco para a internacionalização dos direitos humanos. Vários países ficaram alheios à problemática judaica depois da ascensão de Hitler ao poder. Havia a necessidade de se criar um órgão que pudesse, de certa forma, não apenas controlar as violações de direitos, mas alertar para o momento em que uma delas estivesse para ocorrer ou estivesse ocorrendo.

A tentativa de Hitler de implantar um modelo de governo baseado no autoritarismo¹⁶ foi decisiva para que se compreendesse que o homem não está acima da lei e que existem direitos que se sobrepõem aos interesses do Estado quando forem conflitantes. Por isso a movimentação europeia para a aglutinação desse pensamento comum de criação de direitos internacionais deveria ser reconhecida por todos os países soberanos.

O grande desafio dos direitos humanos no cenário internacional é adaptar conceitos e costumes a um mínimo possível, a fim de que haja um discurso universal dos direitos humanos fincado no princípio norteador de todos os outros princípios, diante do qual todos devem curvar-se: *a dignidade da pessoa humana*.

Trata-se de uma identidade universal da pessoa humana e princípio da igualdade de todos os seres humanos. Os direitos humanos, estando ligados à qualidade de pessoa humana, têm um caráter objetivo, pelo que não podem ser atribuídos por tratado revogável a qualquer momento (MARTINS, 2006, p. 88), são inegociáveis e podem ser reclamados a qualquer tempo.

O Direito Internacional clássico será questionado quando se tratar de competência exclusiva para a proteção da pessoa humana. Assim, quando os direitos do Estado nacional forem insuficientes ou não estiverem devidamente protegidos, deverá haver ingerência do direito internacional até por meio de intervenções humanitárias. Os diversos setores do Órgão das Nações Unidas¹⁷ são um exemplo disso, além da insti-

tação e funcionamento de diversos tribunais internacionais com competência territorial abrangente, como o afirmado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁸ para violações aos direitos humanos.

O cidadão internacional ganhará, dentro do contexto mundial, diversos tratados defendendo a seguridade social, posto que giram em torno do protagonismo do direito do trabalho e da dignidade do trabalho. A crise que assola o mundo é de tal monta que o direito internacional trouxe para si esse monitoramento, impedindo, por exemplo, a prática da escravidão ou semiescravidão.

Com a crise mundial que assola as comunidades planetárias, teremos grandes perdas dos avanços dos direitos humanos, visto que a população desempregada será empurrada para a marginalidade e terá, conseqüentemente, seus direitos afetados.

Os direitos humanos no contexto brasileiro e a planificação internacional

A Constituição de 1988 estatui com muita segurança o princípio da igualdade de direitos entre os indivíduos, cabendo ao Estado ser o guardião desse princípio nos Estados Modernos¹⁹. Aliás, o primeiro estudioso a utilizar a palavra Estado com o sentido atual foi o segundo politólogo²⁰ da história, Maquiavel²¹.

Na verdade, é de fundamental importância a distinção entre Estado de Direito e Estado Democrático de Direito, tal como estampado no art. 3º e seus incisos, que traçam os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito da Carta da República Brasileira. Naquele, os direitos apenas estão alocados pelo ponto de vista formal e, neste, vê-se a necessidade de protegê-los de toda a materialidade necessária à consecução dos seus fins. Nesse particular, a constituição cidadã é modelo de preceitos aplicáveis aos direitos humanos. Então, conclui-se que, no caso brasileiro, a problemática que envolve os direitos humanos não está na sua positivação, mas na sua proteção.

A positivação e a proteção dos direitos são, assim, as vigas mestras da grande formação do Direito em que tudo estará

¹⁶ Quando se lê o estatuto, verifica-se que os Estados têm restrição para peitar ativamente, excluindo-se os indivíduos, dando preferência à pessoa humana.

¹⁷ A concepção do Estado por nós adotada será a de Marx Weber, para quem o Estado é a instituição social que mantém o monopólio sobre o uso da força. E ele quem aplica o poder coletivo. Na verdade, o ideal é o mesmo plasmado em Rousseau.

¹⁸ Politólogo é o cientista político e o primeiro deles foi Aristóteles.

²¹ Maquiavel criou a fórmula do esquema lógico "quando acontece X, acontecerá necessariamente Y, ou se quiser que suceda Y, é necessário praticar X".

¹⁶ A experiência nazista foi importante para alertar os povos de que deveria ser ligado o dispositivo vermelho quando houvesse um governo despota, pois ali haveria violação de Direitos Humanos.

¹⁷ Não se pode esquecer a crítica que se tem feito aos países ocidentais quando se arvoram a defender os direitos humanos, notadamente em países que não têm a mesma cultura, ocasionando constantes conflitos como, por exemplo, as intervenções dos Estados Unidos da América no Afeganistão ou mesmo no Iraque.

plasmado no sistema constitucional. Por estarem fincados na constituição democrática, qualquer transação sobre esses direitos é inegociável. Aliás, esse é o contexto de autonomia: a ideia de que os destinatários do direito podem ser considerados ao mesmo tempo os seus autores. Os direitos humanos estariam abalados se isso não ocorresse, como preconizado por Peces-Barba Martín (2004, p. 225):

Finalmente, conviene aclarar que la satisfacción de las necesidades radicales y las de mantenimiento debe ser innegociable, porque cualquier transacción al respecto, cualquier consenso fáctico, afectaría a la misma existencia del ser humano, como un fin en sí, o como expresión de una dignidad valiosa, lo que rompería a la posibilidad de la autonomía moral. Este argumento refuerza la idea de la imprescindible presencia de la libertad promocional, en el contexto de la libertad social, política y jurídica que fundamenta los derechos humanos, aunque esta necesidad lógica no se produzca siempre en la realidad histórica. En cuanto a las necesidades de mejora no le sería aplicable esta argumentación

A desigualdade é reflexo da falta de políticas públicas que beneficiem particularmente a população de baixa renda, desprovida de quaisquer direitos sociais. Ela transforma as classes sociais em castas intransponíveis²². A maioria dessas pessoas não possui nenhum tipo de instrução, não frequentou a escola, não possui documentos. São cidadãos desvalidos que vivem do beneplácito governamental, num círculo vicioso em que a dignidade não é resgatada. Daí a necessidade de as instâncias formais de controle constitucional entrarem em ação para corrigir essas distorções por meio de políticas públicas adequadas. Ciddens (2005, p. 148) destaca:

Pesquisas sociológicas revelam conexões próximas entre doença e desigualdade. Dentro dos países industrializados, os grupos mais pobres têm uma média mais curta de expectativa de vida e são mais suscetíveis a doenças dos mais ricos. Os países mais ricos também têm médias mais altas de expectativas de vida do que os mais pobres. Algumas pessoas acreditam que as desigualdades de saúde baseadas na classe social podem ser explicadas por fatores culturais e comportamentais, como alimentação e estilo de vida. Outros enfatizam influências estruturais, como o desemprego, moradias abaixo do padrão e condições de trabalho precárias.

O Brasil vive problemas de toda a ordem no que se refere aos direitos sociais. Todavia, é signatário de vários tratados

internacionais e membro da Organização das Nações Unidas e, portanto, está sob a batuta de planos internacionais de proteção aos direitos humanos²³ em todas as esferas. Ao firmar esses acordos, o Brasil coloca-se em duas posições que devem ser aproximadas: uma, de índole nacional, com sua legislação interna que deve ser garantidora desses direitos; outra, internacional, *in casu*, as convenções e tratados internacionais, pelos quais se vê obrigado a cumprir com o que foi ratificado.

O papel dos direitos humanos no plano internacional é, justamente, por meio de tratados e convenções, interagir com o direito interno das soberanias para a consecução desses direitos. Se a ordem interna não for suficiente para assegurar a planificação desses predicados, o direito internacional deverá ser acionado, pois o homem, com o discurso universal dos direitos humanos, passou a ter reconhecida sua dignidade sob dois planos, um interno e outro internacional. No caso brasileiro, as violações são tão gritantes que o direito internacional tem sido acionado em alguns casos.

Um dos grandes fatores responsáveis pela violação dos direitos humanos é a miséria social. As desigualdades provocadas no plano interno serão resolvidas se aplicarmos a fórmula adotada por Peces-Barba Martín (2004, p. 182), onde a equiparação é uma meta e a diferenciação entre os homens, uma técnica para se chegar à equiparação.

En la tres situaciones estamos ante status sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas, y de papel en seno de sociedades desarrolladas, llevan supuesta una debilidad que el Derecho intenta paliar o corregir, o dicho de otra manera, que suponen una diferencia con los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales. Se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima. Para ello se utiliza de la técnica de la igualdad como diferenciación, considerándose titulares solo a quienes tienen la carencia y no a todos, (a diferencia de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano que parten de la igualdad como equiparación y son derechos de todos), En este caso la equiparación es una meta y la diferenciación una técnica para alcanzar esa equiparación (grifos nossos).

²²Logicamente não estamos a nos referir às castas indianas, mas ao preconizado por Marx Weber a respeito da estratificação. As bases foram construídas sob a teoria de Marx. Weber baseava sua teoria no conceito de que todo o conflito entre os seres humanos se dava sob dois pontos: o poder e os recursos.

²³Não entraremos na polémica entre Direitos Humanos e Direito Natural. Interessante distinção é a adotada por Rafael Hernández Marín (1993, p. 511-522).

Todavia, essas oportunidades esbarram em relações sociais de desigualdade social e exigem um equilíbrio dessa relação:

La situación que ocupan las personas en unas determinadas relaciones sociales. Se refieren a los genéricos *hombres* o *ciudadanos* cuando se encuentran en una circunstancia concreta, son derechos del hombre situado cuando la otra parte de la relación tiene un papel preponderante, hegemónico o de superioridad, que exige equilibrar a sus correlativos por medio de una protección reforzada (PECES-BARBA MARTINÉZ, 2004, p. 182).

Outro fator de grande importância concernente à necessidade de proteção aos direitos humanos foi o recrudescimento das desigualdades sociais no âmbito mundial e, necessariamente, uma preocupação com o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

A miséria passou a ser uma fonte de violação dos direitos do homem, seu principal pilar repousa na propriedade privada¹¹ e na má distribuição de renda, o que provoca um fosso profundo entre os mais ricos e os mais pobres. Na verdade, os chamados direitos sociais, onde estão sedimentados os direitos humanos, vão ficando para o segundo plano, como um direito de segunda classe.

Cabe, portanto, por meio da Constituição brasileira e de todo o aparato legislativo infraconstitucional, a aproximação dos discursos, não somente no âmbito formal, como no Estado de Direito, mas no aspecto material, voltando-se para o Estado Democrático de Direito, onde a realização legislativa se dará por meio da promoção de políticas públicas eficazes em prol de toda a comunidade.

Por isso, temos diversas convenções focadas nos direitos humanos, entre elas a Convenção contra tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, adotada pela resolução 39/46 da Assembleia Nacional das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984, a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e a Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT, assinada em Genebra em 07 de setembro de 1956, que entrou em vigor no Brasil em 06 de janeiro de 1966 e versa sobre a abolição da escravidão, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravidão e outras.

Todas as convenções acima refletem a planificação dos direitos sociais. A maior dificuldade na afirmação dos direitos dar-se-á no campo dos direitos sociais e econômicos, os quais infelizmente são considerados direitos que dependem de uma

ação pragmática governamental. Notadamente, os governantes alegam que não há recursos para a implantação de políticas públicas adequadas aos chamados direitos sociais. Concordamos com o afirmado por Martins a respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais adotados pela Organização das Nações Unidas - ONU em 16 de setembro de 1966:

Os direitos econômicos, sociais e culturais são, frequentemente, considerados como parentes pobres dos direitos humanos. Com efeito, enquanto os direitos civis e políticos impõem imediatamente obrigações aos Estados, os direitos econômicos, sociais e culturais, limitam-se a impor obrigações de implementação progressiva, as quais, de um modo geral, são difíceis de concretizar na prática, na medida em que dependem, em grande parte, do poder econômico de cada Estado.

Há no Brasil um nítido distanciamento entre o preconizado na Carta Magna e a aplicação e afirmação dos direitos humanos. São detectáveis vários problemas de violação dos direitos humanos, tais como a não implementação de uma saúde de qualidade, a população carcerária sempre em curva de ascensão, sem nenhuma perspectiva de recuperação dos presos, como preconizado pela teoria da prevenção especial, e a falta de políticas aplicadas à infância e juventude. Quando cometem o primeiro crime, os presos são cada vez mais jovens.

Conclui-se que o problema é sistêmico, ocasionado, principalmente, pela corrupção desenfreada das instâncias formais de controle, o que impede que as práticas afirmadoras aconteçam, tornando os direitos humanos utópicos. A implantação de políticas públicas sérias tornará os direitos humanos palpáveis e sua concretude tornará a sociedade mais saudável. Daí enfatizar-se o papel de todos para que os direitos humanos sejam alcançados, como vetor primordial para se chegar à dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Já que a dignidade é intrínseca à personalidade do ser humano, conclui-se que o homem deve ser protegido em todos os setores de sua vida e para isso deverá valer-se de sua condição de nacional. Todavia quando a ordem constitucional vigente (e aí se incluem os ordenamentos democráticos) forem insuficientes, deverá valer-se de sua *condição de cidadão com índole dual*, buscando mecanismos internacionais para fazer valer os direitos que foram violados.

¹¹O art. 7º quando não destina uma função social a propriedade nos arts. 5º, XXIII e 170, III

Tendo em vista o fenómeno da globalização e da transnacionalidade do Direito Internacional, os direitos humanos, em particular, tendem a se libertar de uma competência nacional e exclusiva. Para que se realize a identificação desses direitos, é preciso ceder lugar a uma planificação de índole internacional, por meio do discurso internacional dos direitos humanos.

Independentemente do nascimento do seu titular, a proteção por meio de organismos internacionais ocorrerá, promovendo-se o respeito à pessoa humana e à dignidade que lhe é inerente.

Com base no discurso internacional dos direitos humanos, há nítida legitimidade para a intervenção externa nas soberanias²⁵ quando violarem os direitos fundamentais dos seus cidadãos, considerando a preponderância desse discurso sobre qualquer norma interna. Estas conclusões encontram-se plasmadas na Declaração dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 16 de Dezembro de 1966, onde os tratados internacionais de caráter geral se incorporam em um conjunto de direitos, um instrumento jurídico formalmente obrigatório, e na elaboração de normas convencionais específicas, relacionadas às pessoas. Essas normas têm caráter vinculante para as nações que as aceitarem.

Não haverá invasão de soberania quando houver atuação internacional do direito internacional em um discurso de direitos humanos, mas sim a integração das normas para que se alcance justiça aos homens, independentemente de sua nacionalidade. Os direitos de solidariedade e fraternidade estarão mais próximos dos cidadãos. O futuro a aguardar o ser humano é a planificação dos seus direitos no plano internacional, sempre que conflitantes com qualquer ordem interna, preponderando sempre o *discurso internacional dos direitos humanos*, independente da nacionalidade dos seus titulares.

Referências

ASÍS ROIG, Rafael. *El modelo americano de derechos humanos*. Anuario de derechos humanos, Madrid, n. 6, 1990.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: España Editores, 2002.

BLOCH, Ernst. In: VALENCIA VILLA, Hernando. *Diccionario espasa de derechos humanos*. Madrid: Espasa Calpe, 2003. p.146

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS (Portugal). *Direitos do homem: dignidade e justiça*. Cascaes: Principia, Publicações Universitárias e científicas, 2005. 223 p.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Curso de direito criminal*. Belém: Unama, 2007.

DECLARAÇÃO e Programa de ação de Viena: documento final adotado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 25 de junho de 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 410 p.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. 598 p.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael Luis. Nota polémica sobre los derechos humanos. *Anuario de filosofía del derecho*. Valencia, p. 511-522, 1993.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María. naturaleza dialéctica de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*, Madrid, n. 6, p. 71-84, 1990.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

_____. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. (Colección de derechos humanos y filosofía del derecho).

²⁵Entenda-se intervenção externa como o fenómeno de integração das normas internacionais às nacionais dos Estados soberanos quando ratificam uma convenção ou um tratado internacional.

A FUGA

Roberto Gonçalves
de Moura*



*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA).

Mal entrou no xadrez, D-20 começou a imaginar um modo de fugir dali. Viu, porém, que não seria fácil: lá fora havia um grupo permanente de policiais militares fazendo a segurança do prédio. Concluiu, assim, que a melhor maneira de escapar seria através de um túnel. Era a única alternativa viável. De outro modo, o insucesso seria certo. Apalpando o braço direito, viu que não poderia assumir o trabalho duro da escavação, por causa do tiro que levava. Apenas orientaria os companheiros. Tendo olhado ao redor, verificou que mão-de-obra não seria problema. Pelo menos quatro dos companheiros de cela eram jovens e fortes.

Ao amanhecer do dia seguinte, D-20 expôs, sem rodeios, seu plano. Um dos detentos, Penado, concordou de imediato, no que foi imitado pelos outros. Amargava ele uma pena de quase vinte anos por haver matado o padre do lugar, que se recusara a confessá-lo, sob o argumento de que não daria a hóstia sagrada a um pagão. Tinha o costume de se exercitar o dia todo, motivo pelo qual possuía músculos avantajados e rijos, que gostava de exibir sem pudor. Vivia metido num short sumário e o tórax raramente via camisa. Uma namorada dele, Lola, ficaria encarregada de trazer até eles uma picareta pequena, fio elétrico, algumas lâmpadas e outros apetrechos para a empreitada.

Dado que as revistas nas celas eram realizadas sempre às segundas-feiras pela manhã, os trabalhos de escavação haveriam de começar logo na noite daquele dia. Do contrário, o túnel não ficaria pronto antes da nova vistoria. Mas uma questão afligia D-20 e sua turma: onde esconder a terra escavada? Discutiam uma solução para o impasse, com Penado, homem de pouca inteligência, sugerindo as mais absurdas soluções, quando D-20, meio por acaso, verificou num dos cantos da cela uma pequena abertura. Tratava-se do suspiro de um projeto de fossa. Apuraram melhor e descobriram que no fosso não havia dejetos. Por certo, depois de abri-lo, resolveram ampliar as instalações da cadeia, mudando o local da fossa. O entrave não existia mais. Por aquele buraco, depois de alargado, atirariam toda a terra proveniente da escavação. Para D-20, hóspede contumaz do sistema penal, fora uma imprudência sem conta deixarem aquele buraco aberto e vazio. Contudo, nos erros das autoridades residia o sucesso de toda fuga, pensou D-20, suspirando. Já sentia o cheiro de liberdade.

Realizada a revista da cela, a ordem foi dada para Lola fazer sua parte. Sob uma jaqueta levou aos presos o que lhe foi pedido, passando sem problemas pelo carcereiro de plantão, que não costumava revistá-la. Corriam entre os presos rumores de que ele partilhava o amor da moça com Penado.

Naquela mesma noite começaram a cavar o túnel. A empolgação era tanta, que, quando os trabalhos foram paralisados, vários metros, bem acima do previsto, haviam sido vencidos, fazendo-os acreditar que concluiriam a obra bem antes do estipulado. Mas na noite seguinte (a escavação, para não levantar suspeita, estava sendo realizada nesse horário) surgiu o primeiro obstáculo. Algumas pedras fizeram o buraco empacar, não havendo remédio que o fizesse progredir. Teriam, pois, que alterar a trajetória do túnel, mas de modo a continuar desembocando no matagal situado por detrás do prédio da cadeia. Contudo,

o impasse persistiu. Nova mudança na trajetória original foi feita, sempre com o intuito de evitarem as pedras. Desta feita, lograram êxito, e os trabalhos prosseguiram celeremente noite adentro. Penado se revezava com três outros colegas lá embaixo, enquanto, em cima, D-20 e dois presos tuberculosos iam atirando a terra para o interior do fosso, tudo com muito cuidado para não serem descobertos. E nesse aspecto até que tinham sorte, pois o xadrez em que estavam se localizava no final do corredor, sendo que, desde a última rebelião, o que se situava em frente estava desativado. Uma parede grossa de alvenaria, levantada entre as celas, por outro lado, impedia qualquer comunicação visual entre elas.

O trabalho adiantado, faltando pouco para atingirem a brenha, no último dia planejado para encerrarem a escavação, um acontecimento quase colocou tudo a perder. Capataz fugira. Ao chegar à cadeia, D-20 já o encontrou ali, acusado da prática de crime de estelionato. O que D-20 estranhava era que Capataz não saía de jeito nenhum de sua cela, ficava por lá misturado entre os outros presos, encolhido pelos cantos. Também não ia ao banho de sol diário. Chegara à cadeia aparentando um aspecto jovial e, passados alguns dias, estava irreconhecível. A barba e o bigode crescidos contribuíam para a mudança.

Pelas cinco da tarde, diariamente, era permitida a visita de familiares aos presos. Abriam-se as grades e podia-se transitar livremente pelo corretor existente entre os xadrezes. A quando disso, os presos se confundiam com os visitantes. Em uma hora, a visitação estava encerrada. Sob soluços, os visitantes se retiravam. Foi entre eles que Capataz se escafe-deu. A fuga foi descoberta somente no dia seguinte. O esperto, completamente transmudado, passou incólume pelos policiais, que desconheciam a sua nova aparência.

Por não lhe ter passado pela cabeça aquela brilhante ar-timanha, D-20 ficou a roer-se de inveja. Ele, um especialista em furtos de camionetas, vindo daí o apelido, autor de mil estelionatos, detentor de invejável folha criminal, participante de fugas espetaculares dos mais respeitáveis presídios (é verdade que nenhuma com a picardia daquela realizada por Capataz), tinha agora que aplaudir o ilustre desconhecido. Era o fim! Desesperou-se quando os policiais entraram no corredor pisando forte, arrotando palavrões, prometendo reprimendas. Tranquilizou-se, porém, ao perceber que toda a fúria dos tiras ficaria restrita aos componentes da cela onde ficava o fujão. A sessão disciplina, como eles chamaram o

castigo, durou toda a manhã, só se encerrando com a chegada do almoço. Para os demais presos, naturalmente, pois os que eram companheiros de alojamento de Capataz ficaram sem a refeição naquele dia.

Um outro fato, já perto dos trabalhos de escavação re-começarem, quase fez o plano malograr. Penado achou de brincar com o brio do delegado. A autoridade, furiosa com a fuga, prometia fazer e acontecer. Entre um espancamento e outro, lançava ameaças a todos. Servisse aquela lição de exemplo. Não toleraria mais qualquer deslize. Foi aí que Penado resolveu brincar com a suscetibilidade do delegado. Num rompante, gritou para deixá-los em paz e preocupar-se com a esposa, morando sozinha na capital. Por acaso, sabia o que estava fazendo naquele momento? Não prestou. Penado levou uma saraivada de bolos em ambas as mãos. Ficou impossibilitado para o serviço da noite.

Sem Penado, D-20 designou outro companheiro para substituí-lo lá embaixo, transmitindo em seguida as últimas coordenadas. Pelos seus cálculos, por volta das 3 horas da madrugada, atingiriam o objetivo. Haveria tempo bastante para, uma vez em liberdade, se afastarem da cidade sem despertar suspeitas. Na hora prevista, um dos presos que trabalhava na escavação subiu feliz. Haviam conseguido varar do outro lado. Podiam até desligar as lâmpadas, que a luz do luar iluminaria tudo. Pedindo calma a todos, D-20 relembrou aos companheiros o plano de fuga, o que cada um deveria fazer tão logo ganhasse a rua. Aí todos desceram ao túnel, rumo à liberdade.

Com cuidado, erguendo a cabeça lentamente, D-20 olhou em volta e estranhou o que viu. Onde diabo o buraco fora dar? Cadê o matagal? Todavia, tinha ido muito longe, era demasiadamente tarde para voltar. Com esses pensamentos, pulou para fora com dificuldade, por causa do braço sem força, e correu, seguido pelos outros. Não menos de 30 policiais militares, entretanto, esperavam por eles lá fora, as armas em punho. O diabo do túnel, por causa das alterações de rota, fora desembocar no terreno do quartel da PM, ao lado da cadeia pública.

Horas depois, curando-se das chagas provenientes da surra que levou em consequência da tentativa de fuga frustrada – frustrada por causa do bronco do Penado, como fazia questão de ressaltar –, D-20 levantou-se da cama com dificuldade e disse para os colegas estupefatos:

– Tive uma nova idéia para escaparmos daqui...

IMISSÃO NA POSSE

Humberto Gomes
de Barros*

– O apartamento está desocupado?

– Perfeitamente. Entrego-lhe a chave, no ato da escritura.

– Pergunto, porque vou precisar dele, sem falta, em três meses. Minha aposentadoria, em Brasília, deve sair no próximo dia treze. Tão logo esteja livre do serviço, voltarei para o Rio de Janeiro – terra em que nasci. Já vendi meu apartamento lá. Trouxe o dinheiro apurado para comprar um imóvel residencial aqui. Preciso fazer um negócio sincronizado. Não tenho muito tempo. Daqui a cinco meses, entregarei o apartamento de Brasília ao comprador. Minha mudança virá diretamente para cá. Se a nova casa não estiver à minha disposição, estarei na rua. Como o senhor vê, não poderei ter problema com ações de despejo ou possessórias. Só compro o imóvel, se estiver vazio.

– Fique tranquilo. Com a escritura, entregarei as chaves do apartamento.

– Quando visitei o apartamento, fui atendido por uma moça. Pelo que vi, ela mora lá. Não parecia empregada.

– É Monalisa, minha prima. Dirige uma escola, em Muriaé. Veio fazer um curso, no Ministério da Educação. Emprésteei-lhe o apartamento, enquanto dura o curso. Em dois meses, ela estará de volta ao interior. O empréstimo foi bom para ela e ótimo para mim. Como o apartamento está montado, com móveis e utensílios, não é bom que fique abandonado. Com ela tomando conta das coisas, há menos risco de furto ou invasão.

– Veja bem, vou comprar o apartamento para morar, tão logo me aposente em Brasília. Dentro de três meses, estarei de mudança. Não tenho outra casa. Se alguma coisa falhar, estarei na rua da amargura.

– Em dois meses, o apartamento estará vazio. Vai dar tempo, até, para uma pintura, que o deixará novinho em folha.

– Gostaria de falar com a moça.

– Sem dúvida. Vamos juntos, amanhã.

No dia seguinte, encontramos Monalisa, no apartamento.

– Podem ficar tranquilos. Tão logo acabe o curso, voltarei para casa. Esta cidade me assusta. Estou louca para voltar e ficar junto de meu povo.

– Não me levem a mal. Eu preferiria tê-lo desocupado na data da escritura.

Tive uma intuição:

– A senhora aceitaria intervir na escritura, prometendo desocupar o imóvel?

– Sem dúvida, não quero atrapalhar o negócio. Aliás, se vocês quiserem, desocuparei hoje mesmo. No dia da escritura, estarei no cartório, com o Cláudio. Assinarei o que vocês quiserem.

Fechamos o negócio. Pagamento à vista. No dia acertado para a escritura, esperei Cláudio, o vendedor. Com uma hora de atraso, ele chegou, desacompanhado.

– Cadê Dona Monalisa?

*Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

– Houve um lamentável imprevisto. O Leonardo, irmão dela, teve um colapso cardíaco. Ela saiu às pressas, feito louca, para Muriaé. Tão logo retorne, ela virá assinar a escritura, a não ser que deixemos para lavrá-la depois.

Não tive coragem de adiar o negócio. O preço era bom e meu retorno a Brasília não podia ser adiado. Assinamos os papéis. O local reservado à firma da comodatária ficou em branco. Cláudio entregou-me as chaves da portaria e das duas portas externas. Passados quinze dias, eu poderia mandar o pessoal para efetuar as reformas que eu entendesse necessárias.

– No dia 28, estará tudo vazio. Se não conseguir vender os móveis, alugarei um depósito.

Não pretendia fazer reformas, até porque não tinha dinheiro para tanto. Faria, somente, uma boa pintura. Entreguei as chaves ao Salú, mestre de obras – antigo companheiro de peladas, na areia de Copacabana.

– Dia 29, você pode entrar. O apartamento estará vazio. Dê uma pintura caprichada. Se precisar de alguma coisa, telefone. Melhor tocar à noite. É mais barato e fácil de encontrar-me em casa.

– Deixe comigo.

Voltei a Brasília, feliz, na certeza de que fizera um bom negócio.

Dia trinta, dez horas da noite. O telefone chamou. Era o Salú.

– Oi, Salú! Já começou a limpeza?

– Coisa nenhuma!

– Como assim?

– As chaves que você me deu não entraram. Depois de eu mexer um bocado, a porta abriu, pelo lado de dentro. Uma mulher boazuda apareceu, dando o maior esporro. Chamou até a polícia. Fomos bater no Distrito. Queriam me fichar como ladrão ou invasor de domicílio. Só não levei umas porradas porque o Delegado é meu chapa. Ficou certo que você telefonará para ela. Aquela vaca ainda me paga!

– Deve ser uma invasora. Como é o nome dessa vigarista?

– É um nome esquisito pra caralho: Pomba Lisa.

Anotei o número e toquei, imediatamente. Quando a ligação se completou, já era quase meia-noite.

– Dona Monalisa, sou o comprador do apartamento. Estou abismado. A senhora prometeu desocupar o apartamento. Que é que houve?

– O que houve é que o Cláudio não deu a minha parte. Sem receber, não entrego o apartamento.

– Parte em quê, Dona Monalisa?

– Parte no preço do apartamento. Quando rompemos nosso caso, o Cláudio prometeu dar-me a metade do apartamento. O sem-vergonha não me deu um tostão.

– Que caso, Dona Monalisa? A senhora não me disse nada.

– Meu ex-companheiro disse que o senhor sabia do nosso caso. De qualquer forma, era para desconfiar. Nenhum homem empresta apartamento mobiliado a uma prima qualquer.

– Mas eu perguntei. A senhora não disse coisa alguma. Pelo contrário, comprometeu-se a entregar o imóvel, imediatamente. Meu erro foi confiar, dispensando sua intervenção na escritura.

– Foi, sim. Eu pretendia reclamar meu dinheiro na hora do pagamento. Meu ex-companheiro aproveitou a doença de meu irmão Leonardo para receber tudo e apropriar-se de minha parte. O Senhor não deveria ter feito o negócio em minha ausência. Eu não ficarei no prejuízo.

– Já paguei o preço inteiro e a senhora quer receber mais cinquenta por cento! Vejo que caí em uma arapuca.

– Culpa sua. Quem paga mal paga duas vezes. Agora, resta-lhe forçar meu ex-companheiro a pagar o que me deve. Do contrário, não entregarei o apartamento.

A megera desligou. Bateu-me o telefone na cara. Deixou-me a falar sozinho. Telefonei para o vendedor. Contei-lhe o que ocorrera.

– Que é que houve, Cláudio? Você nada me contou sobre o compromisso com Dona Monalisa.

– Estou tão surpreso quanto você. Essa vagabunda jamais foi minha amante. Ela inventou essa história há uma semana, quando eu telefonei, lembrando o prazo de desocupação. O negócio é diferente.

Cláudio desfiou longa história. Confirmou que Monalisa era sua prima e que viera fazer o estágio, no Rio. Jurou que, até o momento em que me vendeu o apartamento, jamais tivera qualquer caso afetivo com ela. No entanto, alguns dias após a escritura, fora à casa dela.

– Queria saber notícias de Leonardo e levar a moça ao cartório para assinar o documento. Encontrei-a deprimida. A doença do irmão fora rebate falso, mas o pai levava uma

queda e quebrara a perna. Estava no hospital, decaindo a cada dia. Parecia que renunciara à vida. Na solidão em que vivia, disse-me Monalisa, só pensava no pior. Chegara ao extremo de comprar uma caixa de calmantes para tomá-los de uma vez, acabando com o sofrimento. De repente, caiu no choro, abraçando-me. Na tentativa de consolar, afaguei-a, com ternura. Quando menos esperei, estávamos presos, em um beijo profundo. Terminamos na cama, em plena loucura. Ela já não era virgem.

– Ai, vocês tornaram-se amantes.

– Não foi bem assim: fomos para a cama duas vezes mais e terminamos o caso. Nossas famílias eram demasiado próximas. Depois de alguns dias, ela telefonou-me dizendo que eu desgraçara a vida dela, impedindo seu retorno a Muriaé. Depois, vim a saber que, na verdade, ela, valendo-se de um deputado, fora para o Ministério da Educação e passara a trabalhar no Rio de Janeiro.

– E daí?

– Daí, ela passou a exigir que eu lhe conseguisse moradia. Certamente depois de consultar algum advogado, formulou a exigência de que eu lhe desse a metade do apartamento.

Não resisti à piada:

– Trepadinhas caras!

– É isso aí, suspirou Cláudio. Confesso que não sei o que fazer. O dinheiro que você me pagou, eu dei de entrada no apartamento onde estou morando. Nem posso propor o distrato.

A conversa ficou por aí. Percebi que fora envolvido por um casal de patifes. Resolvi ir ao Rio de Janeiro, consultar um advogado. Procurei o Dr. Carlos Evaristo, que me aconselhou a ingressar com ação de imissão de posse contra Monalisa. Minha esperança era conseguir uma liminar. Do contrário, a briga iria durar muito tempo. Cuidadoso, ele me advertiu:

– Não será fácil conseguir a liminar. Poucos juízes se animam em despejar uma mulher sem marido. A presunção de fraqueza gera leniência e solidariedade. Graças a esse mito, as mulheres são muito mais fortes que nós. Brigar com mulher é luta desigual. Brigar com mulher mau-caráter é tarefa de maluco. Trate de me trazer boas provas. Ela nos deu um golpe fatal, quando deixou de intervir na escritura.

Não deu outra coisa: a liminar foi indeferida. O juiz entendeu que o caso era de reintegração de posse. O advogado

informou-me de que iria desistir do pedido e formular um de reintegração.

Três dias depois, má notícia: o juiz a quem fora distribuída a reintegração entendeu que a ação apropriada era a de imissão.

– Veja que absurdo! Agora o jeito é recorrer.

Doutor Carlos Evaristo não me deu grandes esperanças.

– Creio que vamos ganhar a causa, mas faça um estoque de paciência. Vai demorar à beça. Ação possessória é bom, quando se ganha liminar, do contrário, o sofrimento é grande. Trate de arranjar muita paciência e de se virar para conseguir boas provas. O constituinte é o maior auxiliar do advogado. Só peço que você deixe comigo as atividades do foro. Esse negócio de procurar juiz, serventuário ou parte contrária só faz atrapalhar, além de desmoralizar o advogado.

Voltei para o hotel, furo de raiva. Além da desorganização que minha vida sofreria, restava a sensação de que fizera papel de otário. No ônibus, não parava de repetir:

– Essa quenga não perde por esperar! Vou infernizar a vida dela.

A raiva foi conselheira. Ao chegar em Copacabana, já traçara o projeto do primeiro golpe. A caminho do hotel, passei na casa do Salú.

– Você conhece alguma gráfica, dessas que fazem essas propagandas que se pregam nos postes?

– O Portinho – aquele que jogava no gol – tem uma tipografia, lá em Belfort Roxo.

Pedi ao Portinho a impressão de dois mil cartazes, em dois tamanhos. Ao ler o texto, ele vacilou.

– Isso pode levar a gente para a cadeia.

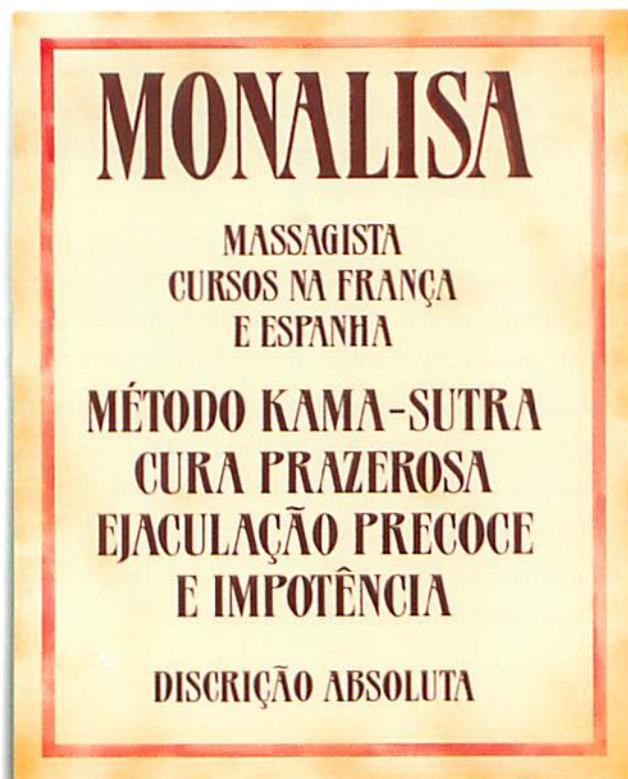
Salú interveio:

– É só uma vingança contra aquela mulher que me botou em cana. Deixe comigo. Ninguém vai saber.

– Vou fazer isso porque é para sacanear essa tal de Pom-balesa. O que a filha da puta fez com o Salú não tem perdão. Levar para a cadeia um sujeito trabalhador. Ela merece uma sacanagem do mesmo tamanho. Vou trabalhar sozinho, fora do expediente. Nem meus empregados vão saber. Você apanha o pacote no domingo, à tarde, em minhas mãos. Não contarei nem para minha mulher.

O material ficou melhor que a encomenda. Nos cartazes pequenos, Portinho usou tinta preta e papel cor-de-rosa. Os

maiores eram impressos em papel branco para contrastarem com os postes escuros, onde seriam colados. Trabalho de mestre. Ambos diziam, em letras firmes e claras:



Logo abaixo, ainda em letras graúdas, o endereço de minha desafeta e seus telefones, do trabalho e da casa. Tínhamos descoberto que ela trabalhava como secretária do Ministro. Assim, o telefone do cartaz era o do próprio Ministro.

A distribuição ficou por conta do Salú. Ele arregimentou um grupo de garotos para pregar os cartazes. No outro dia, os postes das Avenidas Barata Ribeiro e Nossa Senhora de Copacabana estavam enfeitados. No Centro, escolheu-se a região da Cinelândia e as ruas México e Erasmo Braga. De manhã, a molecada distribuiu cartazes em Copacabana. No final da tarde, a distribuição foi no Centro da Cidade.

Os efeitos foram imediatos. Salú, que conhecia o zelador do prédio, apurou que vários moradores convocaram uma reunião extraordinária do condomínio para expulsar a descarada que transformara um prédio familiar em sala de massagens eróticas.

– Deram um aperto do caralho. A sem-vergonha caiu no choro.

No dia seguinte, o *Diário de Notícias* publicou a foto do cartaz. Informou que um dos telefones era do gabinete do Ministro, de quem a massagista era secretária. No dia seguinte, na sessão de cartas, Monalisa atribuiu o fato a “uma brincadeira de desocupados”.

Mesmo com o desmentido, durante mais de uma semana, o telefone do Ministro recebeu ligações, procurando “a Monalisa massagista”, ou perguntando o preço das massagens. Ela terminou removida para outro departamento. A maledicência inerente às repartições públicas atribuiu-lhe o apelido de Massagista Kama-Sutra.

Gozei a vitória, mas não dormi sobre os louros. Meu objetivo era recuperar o apartamento. Só descansaria quando o atingisse. O próximo golpe não poderia demorar. Tanto mais que minha raiva crescera. É que minha transferência definitiva estava em vésperas de se consumir. Precisava alugar, urgentemente, uma residência.

Salú, que conhecia todo mundo, trouxe-me grande novidade: no prédio fronteiro ao apartamento em disputa, havia um imóvel vago. Fui vê-lo. Era melhor que a encomenda. Dele enxergava a casa de Monalisa.

Passei a controlar-lhe a vida. Ela chegava, tomava banho, trocava de roupa e ligava a televisão. Em pouco tempo, o telefone chamava:

– Monalisa massagista? Quero marcar uma consulta. Quanto custa?

– Massagista é sua mãe!

– Quero massagem completa. Só com a mão é mais barato?

– Pelo amor de Deus, deixe-me em paz!

Descobri que os trotes eram mais eficazes, quando irregulares no tempo, na frequência e na forma. Os telefonemas não deveriam acontecer em momentos certos. Mudei de tática. Tocava na hora do banho, para que ela não atendesse e ficasse curiosa. Para outras chamadas, eu escolhia os melhores momentos de A Praça da Alegria – o programa de maior audiência, naquele tempo. Bastava o Ronald Golias aparecer e o telefone chamava.

Inventei nova tática: em vez de ligar diretamente, chamava fornecedores em nome dela. Tocava a campainha. Monalisa abria a porta. Lá estava um rapaz, com um pulverizador nas costas:

- Vim fazer a dedetização.
 - Mas eu não pedi dedetização nenhuma.
- Formava-se a maior briga.

Outros fornecedores ligavam, confirmando pedidos:

- Aqui é da Funerária Último Suspiro. A senhora tem a guia para a remoção?
- Remoção de quê, meu senhor?
- Do cadáver, moça. Foi solicitada desse telefone.
- Que cadáver! Aqui não tem cadáver nenhum.
- Não é aí que morava uma senhora chamada Monalisa?

De minha janela, percebia a força com que ela batia o fone no gancho. Degustava, em mistura com um bom Chianti, o desespero da moça.

Às vezes, dispensava o telefone, como no dia do aniversário de Monalisa. Quando ela chegou em casa, encontrou um grande pacote, deixado na portaria. Grampeado na bela embalagem, um pequeno envelope com o timbre da Sloper. Ela abriu a sobrecarta. Dentro, um cartão dizia: "Parabéns!". A assinatura era ilegível (eu mesmo a fizera).

Da janela (com as luzes apagadas), vi quando a aniversariante abriu a porta do apartamento, colocou o pacote sobre a mesa e desembulhou o presente. Dentro dele, uma caixa menor. Aberta esta última, a aniversariante jogou tudo no chão. Pisoteou os papéis espalhados e caiu na poltrona em evidente crise nervosa. Quinze minutos depois, levantou-se, dirigiu-se à cozinha. Daí a pouco, retornou à sala, com uma sacola, em que colocou algo preto que apanhara do chão. A seguir, abriu a porta, bruscamente, com o pacote na mão. Presumo que o jogou na lixeira. Eu, de minha janela, sorvi um gole de Chianti.

Na caixa de presente, eu colocara uma galinha preta, sem cabeça.

No dia seguinte, Monalisa chegou em casa, acompanhada por uma velhota. Em minha janela acompanhei com a vista a mulher, com um fogareiro nas mãos, espalhando fumaça por todo o apartamento. Depois, ela ajoelhou-se em cada canto da sala, parecendo rezar.

A galinha degolada foi uma pancada no fígado. No entanto, o golpe da vitória, aquele que levou minha adversária à capitulação, foi um telefonema indireto. Um amigo do Salú, empregado da telefônica, provocou uma pane na linha de Monalisa, que morava no apartamento 701. Às sete horas da

manhã, do telefone público fronteiro a meu prédio, toquei para o apartamento 102. Atendeu uma mulher.

- Por favor, minha senhora, estou falando de Muriaé. É uma emergência. Desde seis horas, tentamos falar com Dona Monalisa, moradora do apartamento 701. Parece que a linha está quebrada. Não há jeito de responder. Queria pedir-lhe a caridade de dar um recado. É que o irmão dela - Leonardo - sofreu um acidente na Rio-Bahia e está à morte. O pai dela pede que ela venha, com urgência.

Corri para casa. Cheguei a tempo de ver uma senhora, demonstrando preocupação, conversando com Monalisa. Parecia cinema mudo, em que um dos figurantes, mergulhado em choro convulsivo, é consolado pelo outro.

Naquele tempo, telefonar para Muriaé não era fácil. Normalmente demorava cinco a dez horas para se consumir. Não dava para conferir a veracidade da notícia. O ônibus para Muriaé partia às dez horas.

Poucos minutos depois, a moça, com uma pequena mala, tomou um táxi. Cheguei a ter pena dela.

Passados alguns dias, recebo um telefonema do Dr. Carlos Evaristo.

- Dona Monalisa quer um acordo. Acabo de receber um telefonema do advogado dela.

- Que acordo?

- Ela abre mão de qualquer pagamento. Pede somente três meses para devolver o imóvel.

- Dou um mês e ela tem de pagar os aluguéis do apartamento em que estou morando. Não fosse a safadeza dela, eu não teria gasto coisa alguma.

- Não tripudie. Mais vale um mau acordo que uma boa demanda. Faça logo o acordo, enquanto a mulher está interessada.

Depois de muita choradeira, dispensei a indenização e concedi dois meses para a entrega do apartamento. Acordo escrito e homologado pelo juiz. Ela cumpriu, direitinho, o trato.

Doutor Carlos Evaristo jamais soube de minhas providências paralelas. Estou certo, contudo, de que não descumprir a ordem dele: não tratei com juiz, serventuário, nem com a parte contrária.

De Dona "Pomba Lisa, massagista Kama-Sutra", nunca mais tive notícia.

Poemas

RECEITA (Deliciosa)

Leve ao céu
Uma rede bem fina
Colha com ela
O resplendor
Da estrela Dalva
Ou da Vespertina
Em uma proveta
Ponha de cada vez
De lavanda o perfume
Do pêsego a maciez
Aos ingredientes
Bem devagarinho
Misture também
A embriaguez
De um grande vinho
A doçura do mel
Da garça a elegância
Firmeza da rocha
E do lobo guará
Toda desconfiança
Do mar oceano
A imprevisibilidade
E do beija-flor
A gentil sutileza

Se assim o fizer
Você terá com certeza
O ente mais caro
Da natureza
Se você com cuidado
Assim o fizer
Terá produzido
Uma mulher.

JUIZ IDEAL

O juiz ideal
Há de ser humanista
Gostará de cinema
Jogará futebol
Amará o Direito
E a literatura
Será por igual
Um bom cientista
Jamais maniqueísta
Sem perder a candura
Fará empatia
Sofrendo as agruras
Do autor e do réu
Falará a linguagem
Que se usa na rua
Com os pés na terra
E o olhar lá na lua
Pode até ser doutor
Mas entenderá
Muito mais de amor
Manterá o bom-humor
Pensará livremente
Punirá o culpado
Livrando o inocente
Prezará sobretudo
O bem da liberdade
Guardará com carinho
Sua boa imagem
Mas acima de tudo
O juiz ideal
Terá muita coragem

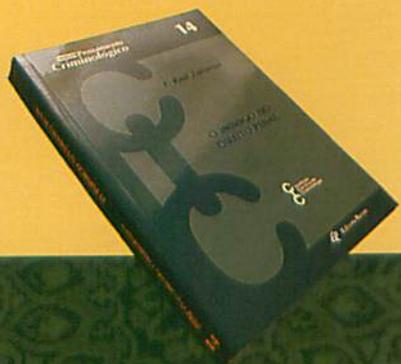
Humberto Gomes de Barros



Resenhas

O INIMIGO NO DIREITO PENAL

Por Marcus Alan de Melo Gomes*



ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revane, 2007. 224 p.

O Instituto Carioca de Criminologia vem se destacando, nos últimos anos, pela iniciativa na publicação de obras estrangeiras, vertidas para o idioma português com uma incomum qualidade de tradução. Mais de uma dúzia de títulos – escritos por pensadores como Alessandro Baratta, Loïc Wacquant, Lola Aniyar de Castro, Dario Melossi e Massimo Pavarini, dentre outros – compõem a *Coleção Pensamento Criminológico*. A 14ª edição dessa série é uma excelente versão de *O inimigo no direito penal*, do professor Eugenio Raúl Zaffaroni.

A ideia central da obra – a despeito do título – não se exaure na *discussão de aspectos* teóricos do chamado direito penal do inimigo. Vai além dessa proposta para abordar, desafiadoramente, “a dialética entre o Estado de direito e o de polícia, traduzida no campo penal na admissão, mais ampla ou mais restrita, do tratamento punitivo a seres humanos privados da condição de pessoas”¹. Busca sistematizar a evolução do discurso sobre o inimigo (*hostis*) na filosofia política, delineando e cotejando diversas construções teóricas hoje invocadas para justificar um novo modelo de intervenção penal – reservado para aqueles que, pela frequência ou intensidade com que incorrem num determinado tipo de delinquência, passam a ser tratados como estranhos, pessoas à margem do Estado de Direito –, enfatizando, por fim, a impermeabilidade do Estado Constitucional de Direito a um tal modelo punitivo.

O conteúdo do livro está dividido em sete capítulos. No primeiro deles, o autor deixa claro que sua abordagem partirá da natureza política do tema, para demonstrar ser inadmissível, no âmbito da teoria política, a criação de uma categoria jurídica de *inimigos* ou *estranhos* no Estado Constitucional de Direito, pois nem mesmo o *inimigo bélico*, em estado de guerra, é privado da condição de pessoa. O rótulo de inimigo da sociedade, assim considerado o ser humano *perigoso* ou *daninho*, só é compatível – bem destaca o professor argentino – com o Estado Absoluto. Trata aqui, ainda, das características que distinguiriam a *essência* do inimigo, retornando ao direito romano para identificar no estrangeiro, naquele que vem de fora da comunidade – e contra o qual se poderia, portanto, guerrear – a origem do *hostis*, do qual falariam mais tarde alguns filósofos políticos.

O segundo capítulo está reservado a um levantamento das formas de manifestação do poder punitivo em determinados momentos da história da humanidade, normalmente definidas em virtude de grandes transformações econômicas, políticas, sociais e culturais, designadas de *revoluções* – a mercantil, nos séculos XIV e XV; a industrial, no século XVIII; a tecnológica, no século XX – e dos critérios eleitos em cada uma dessas etapas para se identificar o inimigo, desde os empregados na Roma Antiga, até as justificativas apresentadas na contemporaneidade, especialmente pelos Estados Unidos da América, para apontar, por exemplo, o terrorismo como o *hostis* comum de todos nós, e que só pode ser enfrentado pelos meios preventivos que o direito penal proporciona. Essa sistematização não deixa de lado períodos de reajustamento do discurso penal, com a escolha de *novos* inimigos, como se deu com a Inquisição; com a Revolução Industrial e a dominação, pelo cárcere, de mas-

*Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Pará (UFPA) - Graduação e Programa de Pós-Graduação em Direito. Juiz de Direito.

¹ Como ressaia o próprio autor na apresentação da obra.

sas humanas de miseráveis indesejáveis; com o renascimento da ideia de periculosidade, na América colonizada e durante as duas Grandes Guerras, aqui associada às diferenças raciais para legitimar o tratamento penal genocida.

O enfoque criminológico do inimigo é a preocupação do autor no terceiro capítulo, em que a *prevenção geral positiva* – com suas penas intimidatórias –, a *seletividade do sistema penal* – confessadamente presente nos argumentos anti-semitas que ganharam corpo durante a 1ª e 2ª Guerras Mundiais (aqui é corajosamente enfrentada a contribuição de Edmund Mezger para a legitimação científica da periculosidade positivista como fundamento do tratamento excludente e inocuidador do inimigo judeu-comunista-capitalista) – e o *desvirtuamento das prisões cautelares* nos países da América Latina – a refletir as ideias de Garofalo e Manzini – são apresentados como manifestação da tendência repressiva e de alijamento dos indivíduos considerados perigosos por natureza.

Muito embora a expressão *direito penal do inimigo* tenha sido cunhada pelo alemão Günther Jakobs, que a empregou, pela primeira vez, em palestra proferida em maio de 1985, no Congresso de penalistas alemães ocorrido em Frankfurt a. M. – e, posteriormente, publicada na forma de artigo, com o título *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, versando sobre a criminalização de comportamentos em momento prévio ao da lesão ao bem jurídico –, os fundamentos filosóficos dessa proposta teórica são buscados no pensamento de autores como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, e que jamais tinham sido citados para explicar medidas penais tão excludentes e estigmatizantes. O Leviatã haurido do contrato social, que transforma homens em súditos do soberano, e sua incompatibilidade com o *direito de resistência à opressão*, defendido por Locke, são tratados no quarto capítulo, com a pretensão de se demonstrar o equívoco de interpretação daqueles que identificam no modelo de Estado *hobbesiano* o berço do direito penal do inimigo. A crítica de Feuerbach ao contrato social de Hobbes e as polêmicas ideias anti-semitas de Schmitt a respeito do inimigo no nazismo são também percucientemente enfrentadas neste ponto da obra.

O direito penal do inimigo é apresentado como uma tática de contenção estática do endurecimento da legislação penal – especialmente em relação ao terrorismo –, porém, inviável nos tempos atuais, uma vez que o conceito jurídico de inimigo só é admissível em um Estado Absoluto. Já a dialética entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia, e a necessidade de que o direito penal se aproxime mais daquele, como forma de

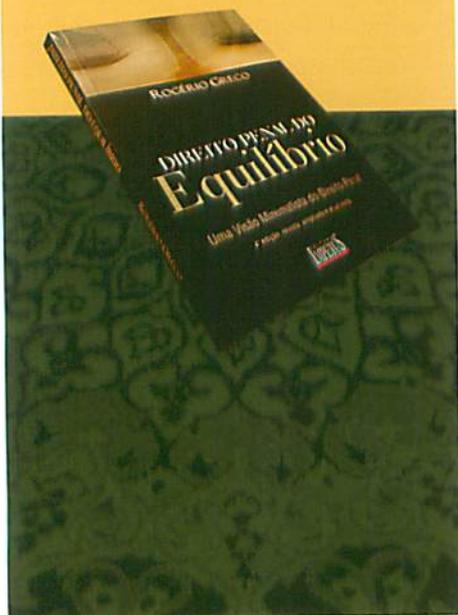
conter a ação deste, constitui a essência da proposta dinâmica das táticas de contenção da intervenção penal, que o autor aborda nos quinto e sexto capítulos.

O professor argentino encerra o livro sistematizando algumas conclusões, quando lembra que o direito penal sempre legitimou a escolha de *inimigos*, e, com isso, cultivou as sementes do Estado Absoluto. Finaliza afirmando que a *limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre estes mesmos cidadãos não pode ser eficaz*, e que admitir o contrário – ou seja, legitimar o direito penal do inimigo, entregando *ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos* – corresponderia a abolir o próprio Estado de Direito.

Trata-se, enfim, de leitura obrigatória para aqueles que desejam compreender os rumos tomados pelo direito penal em nossos tempos.

DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO: UMA VISÃO MINIMALISTA DO DIREITO PENAL

Por Raimundo Wilson
Gama Raiol*



*Mestre e Doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA/ Instituto de Ciências Jurídicas. Coordenador de Gabinete do Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre/Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

¹HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luan, 1993. p. 63.

²ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1, p. 648.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 4. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. 169 p.

Na introdução de sua obra, Rogério Greco, além de fazer crítica à crença ilusória da maioria no Direito Penal como solucionador de todos os problemas sociais, com base em propostas de neocriminalização ou neopenalização, ou seja, de aumento da tipificação dos fatos e no recrudescimento das penas, o que corresponderia ao Direito Penal Máximo, salienta que a sociedade deve ser alertada sobre a ilegitimidade do discurso voltado para a implementação das penas de morte e de prisão perpétua no Brasil, acrescentando que esse propósito é inviável diante do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que, como se sabe, veda a abolição dos direitos e garantias individuais.

Ainda nesse intróito, externa seu ponto de vista de que o mais repressor dos ramos da ciência jurídica, o Direito Penal, somente deve se ocupar da proteção dos bens mais importantes e vitais, devendo-se, assim, proclamar o Direito Penal Mínimo, pautado no garantismo preconizado por Luigi Ferrajoli, de maneira a evitar que aquele tentáculo do ordenamento jurídico se torne meramente simbólico e desacreditado.

Proclama a perspectiva de eficácia do Direito Penal do Equilíbrio, com o que dá nova denominação ao Direito Penal Mínimo, situando-o entre o Direito Penal Máximo (movimentos da Lei e da Ordem) e a tese abolicionista, da qual é um dos precursores Louk Hulsmán, sustentando que as ciências criminais tornaram evidente a relatividade do conceito de infração, que, desse modo, varia no tempo e no espaço, podendo-se depreender desse raciocínio que um fato pode ser punível em um país e em outro não, ou em uma época e em outra não¹.

Exterioriza seu entendimento de que a adoção do Direito Penal do Equilíbrio fará com que as condutas ofensivas a bens jurídicos da mais alta relevância recebam, com a necessária agilidade, a punição do Estado, em contraste à realidade em que se dá preferência a julgamentos de casos mais fáceis, ou seja, de infrações de pequena ou nenhuma importância.

Salienta que o abolicionismo "postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais"². Observa que, apesar disso, há situações em que não se imagina alternativa para a aplicação do Direito Penal, como ocorre em relação ao latrocínio, estupro e homicídio. No sentido diametralmente oposto, segundo afirma, encontra-se o movimento da Lei e da Ordem, apregoando o discurso do Direito Penal Máximo no sentido de fazer a sociedade acreditar ser o Direito Penal a solução de todos os seus males. Alude a que a chamada Tolerância Zero é vertente do referido movimento, bem como que um dos membros mais agressivos da família do Direito Penal Máximo é o Direito Penal do Inimigo, que, entendido como a terceira velocidade do Direito Penal, tem a finalidade de aplicar penas privativas da liberdade (primeira velocidade), em um cenário de minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

Nesse contexto, chega à concepção equilibrada na qual se situa o Direito Penal Mínimo, tendo como princípio central o da dignidade da pessoa humana, sem embargo do aparato representado pelos princípios da intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação da pena, culpabilidade e legalidade. Sobre esses princípios discorre suficientemente, realçando que os três primeiros, conjugadamente, servem de norte para criação e revogação da figura típica.

Na análise do princípio da lesividade, traz à baila as quatro vertentes propostas por Nilo Batista¹, quais sejam:

- a) proibição de incriminações que digam respeito a uma atitude interna do agente;
- b) proibição de incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor;
- c) proibição de incriminações de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibição de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Enfatiza que essas vertentes se resumem em proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e venham a atingir bens de terceiros.

Prosseguindo nessa incursão, lembra que várias infrações penais têm sido objeto de questionamento, negando-se, inclusive, sua validade, ao serem submetidas ao "teste de lesividade".

Nesse passo, traz a lume o entendimento de Luiz Flávio Gomes² de que todos os tipos penais que definem delitos de perigo abstrato não se sustentariam, bem como o ensinamento de Silvestroni³, segundo o qual "mera presunção de que certas condutas podem afetar a terceiros não basta para legitimar a ingerência punitiva se essa afetação não se produz realmente no caso concreto", o que abrange as contravenções penais de vadiagem, mendicância, embriaguez e, mais recentemente, o crime de consumo de drogas, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Acerca do princípio da adequação social sintetiza seu entendimento, realçando que este será de grande valia para não serem proibidas, impostas ou mesmo mantidas condutas perfeitamente assimiladas pela sociedade. Com vistas a demonstrar o alcance desse princípio, tece considerações em torno dos fatos consistentes no gesto de beijar em público e na prática do "jogo do bicho" e suas transformações ao longo dos tempos, permitindo que se tenha a perspectiva de, hodiernamente, não mais se configurarem como relevantes para atraírem a punição estatal.

Na abordagem ao princípio da insignificância, agrega os ensinamentos de Claus Roxin, Francisco de Assis Toledo, Eugenio Zaffaroni, Abel Cornejo e Hans Welzel. Deixa claro que esse princípio tem a finalidade de afastar do tipo penal os danos de pouca ou nenhuma importância, destacando ser de aplicação obrigatória em alguns delitos como os de furto, dano, peculato, lesões corporais etc., o que, entretanto, não ocorre em crimes como o de homicídio.

Por todos os aspectos realçados, não se pode olvidar da contribuição de Rogério Greco para que o Direito Penal se torne um verdadeiro filtro dos ilícitos mais graves e que, por isso, justificam a punição dos que neles incidem, deixando-se fora do círculo das punições drásticas os fatos de menor ou nenhuma carga ofensiva a bens jurídicos.

¹BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 92-94.

²GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 13.

³SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. 2. ed. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2007. p. 207.

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS À LEITURA

A Leitura - Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará tem periodicidade semestral, tiragem inicial de 1.000 (um mil) exemplares e reúne trabalhos inéditos relacionados com assuntos de interesse jurídico-pedagógico ou que representem resultados de estudos e pesquisas sobre a atividade jurisdicional. A revista classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

SECÇÕES FIXAS

Artigos: matérias de caráter opinativo e revisões de literatura;

Entrevistas: enquetes com profissionais de competência reconhecida que contribuam com sua experiência pessoal;

Resenhas: indicações de leitura contendo análise crítica sobre livros, dissertações e teses recentemente publicados.

SECÇÕES NÃO FIXAS

Reportagens: matérias jornalísticas relacionadas a casos de relevância para a memória do Judiciário paraense;

Relatos: comunicações e descrições de experiências profissionais;

Contos e poemas: trabalhos de caráter literário e reconhecido valor artístico.

SELEÇÃO DOS TRABALHOS

1. Os trabalhos para publicação deverão ser encaminhados à Secretaria Executiva d' A Leitura, para o endereço da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Tv. Quintino Bocaiúva, 1388/1404 – Nazaré – Belém – Pará, seguindo as seguintes normas:

I – Os trabalhos devem ser apresentados de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e digitados na versão do aplicativo Word (ambiente Windows) mais atual, com as seguintes especificações: fonte Arial; corpo 12; formato de página A 4; espaços 1,5 cm nas entrelinhas; margem superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm; títulos e subtítulos centralizados e em caixa alta. Os artigos devem conter entre cinco (05) e dez (10) páginas.

II – Todos os trabalhos devem conter um resumo informativo em português, acompanhado da versão em inglês, com até 200 palavras (NBR 6028-Resumos), seguido pelas palavras-chave, também acompanhadas da tradução para o inglês, que representem seu conteúdo (no mínimo três e no máximo oito). O título também deve ser fornecido nas duas versões (português e inglês).

III – Devem ser indicadas todas as referências bibliográficas utilizadas como fonte (NBR 6023-Referências-Elaboração). Qualquer citação retirada de outra obra deve ser referenciada, inclusive indicada a página de onde foi colhida (NBR 10520-Apresentação de citações em documentos).

IV – As figuras a serem utilizadas devem ser encaminhadas com suas respectivas legendas e numerações no rodapé, contendo no verso o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, deverão ter a resolução mínima de 300 dpi. O formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros formatos.

2. Os trabalhos deverão ser inéditos ou apresentados em eventos públicos, cujos anais não tenham sido publicados. Excepcionalmente, serão aceitos trabalhos que já tenham sido publicados em periódicos estrangeiros. Nesse caso, serão sujeitos à mesma avaliação de originais inéditos e o autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da publicação em que seu texto tenha sido originalmente impresso, acompanhado de cópia do artigo.

3. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

4. Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar uma autorização para sua publicação contendo nome completo, nome e endereço da(s) instituição (ões) a que está vinculado, bem como o cargo que ocupa.

5. Para artigos com autoria múltipla, é necessário informar a ordem de apresentação dos autores e declaração de cada um autorizando a publicação.

6. O autor poderá retirar seu trabalho, desde que não se tenha iniciado o processo gráfico, e mediante a assinatura de um documento desistindo da edição.

7. O editor se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem ortográfica e gramatical, bem como de adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), caso necessário. As provas finais não serão enviadas aos autores.

8. As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESM-PA.

9. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da edição, ficando sua reimpressão, total ou parcial, sujeita à autorização expressa da Comissão Editorial da ESM-PA. Os originais, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos autores.

10. À Comissão Editorial é reservado o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial ou do parecerista, como também o direito de propor eventuais alterações, desde que tenha a aprovação do autor.

11. Nenhum dos membros responderá individualmente por conceitos emitidos em pareceres, responsabilizando-se a Comissão Editorial por qualquer julgamento, desde que tenham sido satisfeitas as exigências previstas neste regulamento.

12. As identidades de autores e pareceristas serão mantidas em sigilo.

13. Os consultores emitirão seus pareceres segundo os seguintes conceitos:

I – Aceito;

II – Sujeito a alterações;

III – Recusado.

14. Os autores serão comunicados, por meio da Secretaria Executiva, da aceitação ou recusa de seus trabalhos.

15. Havendo necessidade de alterações nas matérias avaliadas, cabe à Secretaria Executiva encaminhar o equacionamento da questão junto ao autor.

16. Cada autor receberá dois exemplares da publicação. O restante da tiragem, pertencente à ESM-PA, será dividido em cotas de distribuição/intercâmbio e vendas. Para tal, serão tomadas as medidas necessárias quanto à cessão de direitos autorais.

17. A distribuição, o intercâmbio e a venda das publicações editadas são tarefas da ESM-PA, que deve manter, ainda, uma reserva técnica das obras.

A Leitura

Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará
Tv. Quintino Bocaiúva, 1388/1404
Nazaré – Belém – Pará
E mail: esmsg@tj.pa.gov.br