

As disputas pelo poder local no Brasil durante o regime coronelista e a reorganização do Estado

The dispute by local power in Brazil during the regime of the colonels and the reorganization of state

ALEX FAVERZANI DA LUZ

Mestrando em História pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Bacharel em Gestão de Negócios Imobiliários pela Universidade Luterana do Brasil. e-mail: alexfaverzani@terra.com.br

JANAÍNA RIGO SANTIN

Pós-doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bolsista CAPES. Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC. Advogada, professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em História da Universidade de Passo Fundo. e-mail: janainars@upf.br

Resumo: A noção histórica de Poder Local no Brasil se encontra vinculada ao coronelismo, patrimonialismo e personalismo no exercício do poder político. Dessa maneira, o presente estudo visa resgatar passagens histórico-jurídicas das disputas pelo poder no Brasil, durante o regime coronelista. Tais disputas se desencadeavam por intermédio de sistemáticas políticas exercidas pelos coronéis, a fim de dar suporte ao poder estatal e garantir a permanência de elites políticas no poder. Além disso, pretende-se demonstrar que apesar da constante evolução histórica do cenário político no Brasil e a notória consagração de direitos sociais advindos com a Constituição Federal de 1988, ainda persistem algumas das características de dominação e manipulação da população, especialmente no que tange às questões ligadas à política e ao poder, as quais fazem uso de subsídios como o clientelismo para garantir o apoio da maioria do eleitorado, e a consequente permanência no poder.

Palavras-chave: Poder Local; cidadania; História Política; Constitucionalismo Brasileiro.

Abstract: The historical notion of Local Government in Brazil is bound to the Colonels, patrimonialism and personalism in the exercise of political power. Thus, this study seeks to redeem legal-historical passages of power struggles in Brazil, during the “coronelista” regime. Such disputes raged through systematic policies pursued by the colonels, to support state power and ensure the permanence of political elites in power. In addition, we intend to show that despite constant historical evolution of the political scene in Brazil and the notorious enshrining social rights that come with the 1988 Federal Constitution, there are still some of the characteristics of domination and manipulation of the population, especially in regard to issues linked to politics and power, which make use of subsidies and patronage to secure support of the majority of the electorate, and the subsequent stay in power.

Keywords: Local Government; citizenship; Political History; Brazilian Constitutionalism.

Jurisvox, (11):7-19, 2010

© Centro Universitário de Patos de Minas 2010

1. Considerações iniciais

O coronelismo consolidou-se por meio de um conjunto de ações políticas dos latifundiários brasileiros, denominados coronéis, que devido ao seu poderio econômico, intelectual ou social, pelo uso da força (muitos possuíam suas milícias particulares), prestígio familiar, popularidade e/ou habilidade política, eram investidos do poder de controle nas localidades em que exerciam suas atividades. Influenciavam diretamente na atuação dos poderes públicos instituídos, já que tinham o domínio econômico e social de suas regiões, a fim de possibilitar a manipulação eleitoral em causa própria ou de uma oligarquia de que faziam parte.

É fruto de um aparato político originário no período do Brasil imperial e predominante durante o período compreendido por República Velha, consubstanciado pelo conjunto de relações de interesse entre os coronéis e o poder público. Essa relação existente garantia a detenção do poder local nas mãos dos coronéis e a efetiva permanência e fortalecimento do poder das elites políticas locais.

Os coronéis adotavam políticas que visavam “cercar” o município dos grandes centros de desenvolvimento, ou seja, não se preocupavam em firmar parcerias com regiões vizinhas que pudessem garantir um desenvolvimento regional e autossustentável. Acaso isso acontecesse, o objetivo era unicamente a manutenção do poder dos coronéis na localidade. Desse modo, a população era escrava das determinações dos coronéis e sempre que precisavam exercer os seus direitos sociais mais básicos como a saúde, por exemplo, tinham de se dirigir a esses coronéis para requisitar. Tais concessões desses direitos eram vistas como favores pela população, e isso obviamente fortalecia sua influência que, em contrapartida, delegava cada vez mais poder ao poder central.

No que tange ao poder local, notoriamente concentrado nas mãos dos coronéis, estava pautado em políticas clientelísticas. Delegavam-se cargos públicos aos mais variados entes parentais, sem se interessar em zelar pela qualificação profissional para a investidura e exercício do cargo público a eles destinado. Isso só colaborava em retardar o crescimento e desenvolvimento do município, mas como já se sabe era o que realmente os coronéis almejavam.

2. Considerações acerca da noção de poder

Analisar as relações entre Estado, sociedade e conseqüentemente o elemento “poder”, consiste em uma reflexão bastante aprofundada, em face de o poder ser um dos fatores preponderantes que regulamentam e regulam a vida social do indivíduo. Diz-se isto, pois, para que se obtenha um governo justo e adequado é necessário que o sujeito que está revestido de poderes para governar saiba dosá-lo e aplicá-lo em proporções adequadas em prol da sociedade.

Em tempos históricos, especialmente em épocas nas quais a concentração de poder e a formação do Estado estavam em constante aperfeiçoamento e desenvolvi-

mento, diversos acontecimentos que envolviam o interesse pela dominação social se sucederam. Nesse caso, a concentração do poder local e sua fortificação e consolidação por meio das práticas coronelistas eram prática constante na gestão pública brasileira. Isso se observa, especificamente pelo fato de o poder local ter sido utilizado como ferramenta para defender e garantir interesses das classes dominantes daquela época social, quando se buscava controlar a sociedade ao passo de tê-la em suas mãos e, por outro lado, explorar riquezas e recursos públicos para revertê-los em favores próprios, de familiares e de sujeitos interligados diretamente a essas elites. Nesse mesmo sentido, Wolkmer (2003, p. 63) é consoante ao afirmar que “o Estado pode ser compreendido ora como um jogo de papéis e funções que se interligam e se complementam na esfera de uma estrutura sistêmica, ora como um aparelho repressivo que tende a defender os interesses das classes dominantes no bloco hegemônico de forças”.

A ambição pelo poder, no entanto, é mais antiga do que as demais. Ela não só antecede de muito a sociedade competitiva, como lança suas raízes na vida do homem em sua fase exclusivamente animal, milhões de anos atrás. A necessidade de hierarquizar os grupos de seres vivos e disciplinar o seu comando encontra-se já no reino animal. Portanto, quando o homem se emancipou de sua condição animal, aprendeu a transformar a natureza, criou a ação coletiva e consciente, em outras palavras, saltou para a História, já trouxe consigo o instinto do poder (NIVALDO JUNIOR, 2005, p. 28).

Um poder, seja ele de qualquer natureza ou exercício, em um Estado Democrático, se revela na expressão de um coletivo que atribui a um indivíduo a função de exercer um serviço para este povo. Este é o princípio que norteia a Constituição Federal de 1988 com a expressão: art. 1. par. único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes e diretamente, nos termos desta constituição.” Logo, por serem representantes, agem em nome de alguém. E esse alguém é o povo. Portanto esse povo é o seu “patrão”, que paga inclusive a sua remuneração, para obter como retribuição uma adequada prestação dos serviços públicos. Aí se insere a ideia de poder como relação e não como algo natural. Veja-se aqui a importante noção de soberania popular, em que o povo é o titular do poder político, e os governantes apenas são seus representantes no exercício do poder político. E por ser o Brasil uma democracia semidireta, por muitas vezes este mesmo povo é chamado a exercer diretamente este poder, em situações de manifestação da democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Logo, o poder não existe objetivamente, não pode ser encontrado em algum lugar nem pode ser tratado como se fosse um objeto. Ele é fruto de uma relação ideológica entre os indivíduos de uma sociedade.

Para Wolkmer (2003, p. 74-75), as questões referentes ao poder sempre foram vistas pelos juristas na forma de “problema específico das ciências sociais, o que impedia de se reconhecer seus fundamentos e sua funcionalidade em uma dada formação social”.

A disputa por um espaço que garanta a possibilidade de obter poder é permanente, em todos os lugares e posições sociais. E como todo poder sofre limitações, por mais absoluto que ele aparente ser, por mais sólidos que sejam seus fundamentos, o mando coexiste com ameaças que nunca se esgotam. Em outras palavras, “governar é

impor e conciliar. Todo exercício do poder exige autoridade de quem manda e cumprimento de quem é mandado. Poder é tensão permanente. É disputa que não cessa. É jogo sem intervalo” (NIVALDO JUNIOR, 2005, p. 27).

Na visão de José Nivaldo Junior (2005, p. 28) “o poder é a única forma eficaz encontrada pela sociedade humana para viabilizar sua reprodução e sua sobrevivência”. Complementa ainda, que “na sociedade competitiva dos últimos seis milênios, o poder vem sendo o coroamento das outras duas maiores aspirações do ser humano: a riqueza e o prestígio. Riqueza, prestígio e poder andam juntos, através do tempo”, ou seja, “onde um se encontra, os demais chegaram ou estão iminentes”.

Para Angel Latorre (1997, p. 23) “o elemento fundamental do Estado é o poder. Este é exercido em cada caso por determinados homens individualmente considerados ou em assembleia, cuja designação e funções estão reguladas segundo a forma política concreta de cada comunidade”. Acrescenta ainda, que “a comunidade como tal entende-se que é uma unidade estável e independente da mudança dos indivíduos e das formas políticas. Os atos e decisões dos homens e assembleias que nela detêm o poder são atribuídos pelo ordenamento político de cada momento à comunidade como entidade abstrata”, ou seja, “ao Estado, que encarna a unidade e a continuidade da comunidade. Portanto, as mudanças de governo ou de forma política não alteram a identidade do Estado como tal”.

O poder político, por exemplo, constituído por meio de um mandato, existe porque parte da sociedade o atribuiu a alguém. Mas não é o voto que foi escrito em uma cédula ou registrado que dará este poder ao político. O voto, por meio de uma eleição, é apenas uma simbologia que formaliza as organizações do sistema de Estado convencionadas pela sociedade. Se fosse o voto que de fato designasse poder ao político, bastava-se anular as cédulas ou eliminar os registros para interromper o poder.

Todavia, o poder existe como algo concreto, consolidado numa consciência que assumimos que, atribuído torna poderoso um membro político. Nesse caso, o presidente é presidente, como os demais políticos são políticos, porque a sociedade assume a consciência de que eles o são. Portanto é exatamente esta forma de pensar, e a consciência social que constitui o poder de alguém.

Os interesses da pequena parcela que governa a sociedade (os representantes políticos) por vezes exigem imperiosamente que ignoremos este postulado e até cheguemos a pensar que o poder é algo natural, ou seja, quem tem poder tem, porque “já nasceu com ele”. Isto garante a possibilidade de uma relação de injustiça e desigualdade, de forma harmônica, pois, por este pensamento, o poder trata-se de uma providência divina ou consequência da própria natureza.

Isto pode explicar a necessidade de se cultivar o “analfabetismo político” em nossa sociedade. Aquelas pessoas que não sabem que a garantia de escola, saúde e emprego não são gestos de boa vontade, mas obrigação do governante e direito fundamental da população.

Em suma, verifica-se tamanha relação de disputa pelo poder nas mais diferentes escalas sociais e periodizações históricas, porém se observa uma forte prevalência dessa disputa pelo poder no período coronelista, quando grandes proprietários rurais, com o apoio das elites políticas locais, manipulavam o poder local para dar sustentação

política ao governo, que em contrapartida lhes fornecia “confortos” revestidos de cargos públicos a seus familiares além de uma considerável quantidade de regalias.

3. A ideia de descentralização do poder: o surgimento do coronelismo

No período denominado “República Velha”, compreendido entre 1889-1930, o sistema organizacional político brasileiro resume-se pela superioridade hierárquica da esfera de poder estadual perante as esferas federal e municipal. A justificativa para tal prevalência se deve à vitória do federalismo republicano sobre o “excessivo centralismo monárquico” (COLUSSI, 1996, p. 15).

Diante do notório enfraquecimento do poder central, contatou-se a necessidade de uma readaptação do sistema político que possibilitasse uma maior concentração de poder. Foi aí então que se instituiu a democracia representativa (ideal positivado na Constituição republicana de 1891), por intermédio das eleições, por meio da governança de líderes locais, os “coronéis”, que predominavam especialmente em localidades distantes dos grandes centros de desenvolvimento. Desse modo, os coronéis exerciam o papel de intermediação do relacionamento entre as populações e a esfera pública (COLUSSI, 1996, p. 15-16).

A eleição era o momento mais importante da exteriorização da disputa pelo poder local, sobretudo enquanto possibilidade de serem obtidas as graças do governo estadual, assegurando-se, com isto, a continuidade do reconhecimento social do prestígio político.

Eliane Colussi acrescenta ainda que

o coronelismo, visto como fenômeno político e social foi expressão de uma sociedade predominantemente rural e que abrangia a maioria dos municípios brasileiros. O poder privado fortalecia-se em consequência do isolamento, do atraso econômico e da falta de comunicação dessas localidades com os centros mais desenvolvidos. O único contato das populações com o aparelho de Estado dava-se em períodos de eleições, quando o voto significava a possibilidade de obtenção de favores ou de alguma melhoria material (COLUSSI, 1996, p. 16).

A partir de tais colocações é possível perceber a essência da relação de “clientelismo” entre o Estado e a população da época, pois tal concepção ilustrava a ideia das pessoas de que o período eleitoral era um momento oportuno para solicitar dos governantes favores políticos (SANTIN, 2006). Ou seja, o período eleitoral era visto como uma oportunidade de auferir benefícios próprios, tirar proveito de uma situação para obter vantagens individuais. Dessa forma, o espírito da democracia perdia a sua finalidade, e a preocupação com o desenvolvimento econômico e social do país inexistia, ou seja, se a grande maioria da população possuía interesses em direitos com caráter individualista, pouco sobrava para os direitos difusos e coletivos da sociedade.

Em sequência aos acontecimentos acima expostos, Eliane Colussi considera que

a questão do municipalismo no Brasil esteve, portanto, estreitamente ligada à tradição coronelista, e, mais do que isto, à tradição de abandono e isolamento em relação aos centros desenvolvidos. Compreende-se, então, o tratamento dado ao município pela Constituição de 1891, que delegou aos estados-membros a tarefa de organizá-lo administrativa e juridicamente (COLUSSI, 1996, p. 17).

E menciona ainda que

o município não era entendido como uma unidade político-administrativa prestadora de serviços, mas, sim, como o local onde as autoridades do centro procuravam os votos em períodos eleitorais. Não interessava às autoridades estaduais municípios fortes, que pudessem concorrer ou se rebelar contra o situacionismo estadual. Interessava, sim, fortalecer o poder local por intermédio de coronéis comprometidos com os acordos políticos e eleitoreiros (COLUSSI, 1996, p. 18).

Por sua vez, o poder estadual não se interessava por constituir municípios econômica e socialmente fortes, dotados de pleno desenvolvimento, a fim de possibilitar um crescimento coletivo e estruturar um Estado extremamente desenvolvido. Muito pelo contrário, sua intenção era apoiar a preservação e aprimoramento do poder local, por meio da figura dos coronéis, encarregados de intermediar essa política, mantendo uma relação de dependência com o poder estadual e vice-versa. Uma política de compromissos.

Logo, os coronéis eram detentores absolutos do poder local dentro de sua abrangência territorial, em grande parte das vezes com o apoio do governo estadual, num processo de troca de favores. Eram personalidades sociais dotadas de liderança e absolutamente respeitadas pela população, liderança esta que, muitas vezes, era equiparada a uma espécie de “santo milagroso”, devido a sua larga prestação de favores à população. Trata-se do clientelismo, o que nada mais era do que um desvirtuamento do devido cumprimento do dever legal instituído pela Constituição Federal, de executar políticas públicas voltadas ao interesse público, capazes de assegurar direitos aos cidadãos, em pé de igualdade. Isléia Streit demonstra, em uma de suas passagens, o tamanho respeito que os coronéis eram tratados, até mesmo em aspectos mais formais.

Ao examinar as correspondências, constatamos que as pessoas se dirigiam ao coronel tratando-o como deferência, utilizando pronomes de tratamento como: “amo”, “senhor”, “estimado”. Esses termos e outras frases denotativas de cordialidade e respeito aparecem tanto em cartas com uma escrita mais elaborada, o que denota que seriam escritas por pessoas com um grau de escolaridade superior, com em cartas, bilhetes e telegramas enviados ou entregues pessoalmente, escritos numa linguagem mais coloquial. Entendemos que nesse tipo de tratamento ficam expressos a influência e o respeito que o coronel tinha entre a população da região no período analisado, logicamente em decorrência do poder político e econômico que possuía (STREIT, 2003, p. 91-92).

Apenas a título demonstrativo do que até aqui foi exposto, e com a intenção de confirmar a atuação dos coronéis, especialmente nos interiores do Rio Grande do Sul, especificamente na década de 1930, necessário se faz transcrever uma pequena passagem de Astor Diehl (1998, p. 104) que retrata o cenário político da cidade gaúcha de Passo Fundo sem esquecer-se de mencionar a figura dos “chefes políticos locais”, ou seja, os “coronéis”, que dizia: “O que chama a atenção sobre a vida política de Passo Fundo na década de 1930 é justamente isso: uma movimentação forte, uma organização digna de nota, que logicamente salientava os chefes políticos locais”. Com o referido trecho é possível observar a presença das características do regime coronelista, um sistema consistente e organizado politicamente, tudo isso visando preservar o preva-
limento das elites políticas no poder.

Em outras palavras, pode-se tipificar a espécie de liderança desenvolvida pelos coronéis, como um comando absolutamente discricionário sobre um lote considerável de “votos de cabresto”. Por mais que essa espécie de liderança possa ser oriunda da Guarda Nacional, neste caso sua procedência provém da qualidade de ser proprietário rural, responsável por um conjunto de trabalhadores que gravitam em torno de suas terras. Desse modo, sobre essas pessoas, os coronéis exercem pleno poder por intermédio de seu prestígio pessoal, mantendo-os numa relação de dependência em que o “voto de cabresto” acaba se consagrando como uma moeda de troca. Porém, em contrapartida, a posição do coronel diante de seu distrito ou município deveria ser dotada de reciprocidade, ou seja, era por meio de seu prestígio pessoal que o coronel obtinha realizações de utilidades públicas para sua localidade, por meio da construção de segmentos educacionais, de saúde, culturais, etc. Dessa maneira preservava sua liderança aumentando a dependência política do seu eleitorado. Isso de certa forma fazia com que a população ficasse restrita somente à sua localidade, pois se dispunham de uma estrutura organizacional ao menos básica, não haveria motivos para buscar fora. Assim os coronéis, com o auxílio da máquina pública, possuíam a população aos seus olhos.

O coronelismo não foi apenas uma extensão do poder privado, mas o reconhecimento da força de alguns mandatários pelo beneplácito do governo. O coronel fazendeiro também se constituiu num elo na evolução do poder pessoal que se situava entre a antiga sociedade escravocrata e a moderna sociedade capitalista. Como esta passagem não se efetuou de forma revolucionária nem uniforme em todo o país, enquanto a burguesia se esforçava por conseguir um Estado Nacional, o coronel permanecia como um dos componentes do particularismo regional, que paradoxalmente auxiliava o processo de centralização do poder estatal (FÉLIX, 1987, p. 115).

Acerca do clientelismo, Eliane Colussi tece algumas considerações de fundamental importância:

Nesse sentido, o sistema político de clientela, sustentáculo do próprio sistema coronelista, imprimiu uma série de características na cultura política nacional, presentes até hoje em muitas localidades. Na medida, entretanto, em que se desenvolveu o processo de transição da sociedade predominantemente rural para a sociedade urbano-industrial, esse sistema deu lugar a outras práticas políticas (COLUSSI, 1996, p. 21).

E ainda complementa:

Sobre o sistema político de clientela, cabe destacar, também, que houve variações na sua estrutura, dependendo da importância econômica e do poder político concedido pelo governo central a determinadas regiões. Entre as características originárias do clientelismo, podemos citar a desqualificação dos funcionários públicos das várias esferas do poder. Como, no Brasil daquela época, as formas de ascensão social eram bastante limitadas, a política transformou-se num meio seguro de sobrevivência para alguns setores da população (COLUSSI, 1996, p. 21-22).

O clientelismo se caracteriza, essencialmente, pelo fato de ter caráter pessoalista, em que as relações políticas têm natureza eminentemente pessoal, comprometendo o interesse público e a distribuição social dos recursos do país para atender a interesses de origem privada, privilegiando os eleitores que vão trocar seus votos por favores pessoais.

Com todo esse conjunto de informações supracitadas, conclui-se que o clientelismo prejudicava em termos estruturais a organização do setor público na história brasileira. E isso se dava especialmente na questão do funcionalismo, no qual familiares ou amigos íntimos eram empossados em cargos públicos sem o menor critério, e muitas dessas nomeações eram de pessoas extremamente desqualificadas e sequer com mínimo de conhecimento das funções a exercer. De fato, isso certamente ocasionava um atraso no desenvolvimento social, pois se a estrutura servicial pública não operava corretamente, a questão social era drasticamente prejudicada.

A respeito da concessão de cargos públicos Mariluci Melo Ferreira compartilha que

os interesses pessoais e a concessão de favores sob o manto do clientelismo permeavam as relações sociais tanto em Vacaria quanto em Lagoa Vermelha no século XIX, onde imponentes fazendeiros acumulavam cabedais que lhes conferiam o poder de controlar funções públicas e cargos de destaque na Guarda Nacional, posições que, conjugadas, garantiam ao fazendeiro um lugar de destaque naquelas comunidades (FERREIRA, 2003, p. 131).

Veja-se que o clientelismo da época pode ser comparado com as atitudes nepotistas ainda presentes nos poderes instituídos. Trata-se de heranças que se aprimoraram na realidade social vigente, ou seja, de pequenos favores até as maiores concessões na utilização da máquina pública para interesses pessoais e eleitoreiros. Essa atitude vincula tanto o gestor público quanto o eleitor que participa deste processo de negociação de seu apoio político em troca de favores pessoais.

4. Mudanças no paradigma do poder local

No decorrer do regime coronelista os municípios dispunham de escassas verbas orçamentárias, o que contribuiu para o agravamento da sua situação econômica. Tal escassez orçamentária mal conseguia realizar pequenas obras públicas, sendo que tais verbas públicas advinham da esfera estadual – o que comprova que no momento em que o poder estadual concedesse pequenas melhorias aos municípios, colaboraria com o fortalecimento do poder privado da elite local, que detinha em sua posse “as coisas públicas, distribuindo-as entre a sua parentela”. Isso se refere também aos cargos públicos como de juiz, delegado, subdelegado etc. (COLUSSI, 1996, p. 23).

Em contrapartida a essa situação que ocorria nos municípios, emergia com o fim da primeira República “um movimento de fortalecimento do governo federal, que marcava o início do processo de centralização política, completado no período pós-1930”. Ainda:

Essa tendência manifestava os limites do federalismo brasileiro e da própria predominância dos estados-membros em relação ao governo federal e aos municípios. O federalismo beneficiara a oligarquia central, mas, na conjuntura da crise da década de 1920, não conseguiu propor soluções ao conjunto da sociedade brasileira (COLUSSI, 1996, p. 24).

Verifica-se que o regime coronelista começa a perder forças de atuação no final da República Velha, pois não conseguia mais dispor de meios eficazes de controle da situação econômica municipal, o que de outro lado favorecia ao poder federal para que elaborasse uma forma de intervir junto ao poder municipal a fim de controlar a crise e ao mesmo tempo assumir o controle do poder local.

Nesse sentido, “a Reforma Constitucional de 1926 teve como significado a antecipação de algumas reformas políticas que somente seriam concluídas após 1930” (COLUSSI, 1996, p. 24). Dentre elas pode-se citar que

a reorganização do aparelho estatal trouxe, na sua essência, medidas reguladoras à autonomia dos estados, estabelecendo o início do processo de centralização política e de fortalecimento do Executivo federal. Nesse sentido, o contexto em que se inseriu a referida reforma pode ser caracterizado pelos seguintes aspectos: crise econômica interna, agravada pela conjuntura internacional; inquietação social, manifestada pela eclosão do movimento tenentista; cisão em nível de oligarquias em termos eleitorais (COLUSSI, 1996, p. 24).

Contata-se que era dado o passo inicial para a desarticulação do poderio dos estados-membros, e em consequência a formação sólida e forte do governo federal. A essas alturas, no tocante à organização municipal,

a Reforma Constitucional tratou de retirar da competência da esfera estadual a tarefa de legislar sobre os municípios, passando-a para a União. Mesmo que não alterasse, significativamente, a situação dos municípios, essa mudança constitucional manifestava, de alguma forma, a preocupação de alguns setores parlamentares com a importância da integração dos municípios à estrutura política nacional (COLUSSI, 1996, p. 25).

Apesar de essas modificações constitucionais terem desarticulado em grande parte as ações do poder dos estados-membros sobre os municípios, notou-se que “não ocorreu, nesse contexto, uma alteração significativa nas condições político-administrativas dos municípios, nem tampouco na vida das populações interioranas”. Novamente se ressalta mais uma quebra drástica das ações do regime coronelista, ou seja, a cada modificação federal o coronelismo perdia suas forças de atuação em termos de poder local (COLUSSI, 1996, p. 27).

A partir das contínuas transformações no plano constitucional, outro fator também foi preponderante para fortalecer esse processo de desconstrução do modelo coronelista: a Revolução de 1930.

A Revolução de 1930 deu novo impulso a esse processo. A partir dela, o Estado nacional passou a ocupar institucionalmente, por meio da sua própria ampliação, espaços nos quais, tradicionalmente, o poder privado local se instalara. O que de novo apareceu, nesse momento, foi o estabelecimento de um outro tipo de relacionamento entre o Estado e a sociedade brasileira, ou seja, o Estado, a partir do novo contexto histórico, passou a representar cada vez mais *interesses coletivos* em detrimento do *exclusivismo* de representação de interesses de grupos particulares. A oligarquia cafeeira e seus aliados regionais foram perdendo, então, gradativamente, o exclusivismo. Nos municípios, essa alteração repercutiu em termos de enfraquecimento gradual do poder privado sobre as funções públicas, ocorrendo um processo de integração cada vez maior das localidades, até então, quase que no absoluto abandono pelo governo federal (COLUSSI, 1996, p. 27).

Reiterando as questões atinentes à Reforma Constitucional de 1926, Eliane Colussi contribui com importantes considerações a respeito do municipalismo gaúcho:

A adoção dessas prerrogativas constitucionais diferenciou o municipalismo gaúcho, pelo menos em termos teóricos e jurídicos, do praticado no restante do país. Dois aspectos contidos nesses artigos salientam tal diferença: em primeiro lugar, o direito de o município elaborar e aprovar suas próprias leis conferia-lhe a possibilidade de chegar a um modelo de governo local mais independente. Os republicanos gaúchos teriam se aproximado, então, de alguma forma, a uma espécie de autogoverno. Em segundo lugar, o Rio Grande do Sul adotou um sistema de eleição direta para o cargo de intendente e para as Câmaras locais, diferentemente da maior parte do Brasil. Muitos estados adotaram o sistema de nomeação de prefeitos pelos presidentes de estado sem, com isso, infringirem constitucionalmente a noção de *autonomia municipal*. No Rio Grande do Sul, todavia, além da eleição à Câmara local, comum aos demais estados, o fato de os municípios

elegerem também seu intendente conferiu contornos mais democráticos à organização política gaúcha. (...) Ao lado, entretanto, dessas prerrogativas constitucionais que davam uma aparente autonomia aos municípios, criou-se um mecanismo jurídico que, em grande parte, anulava a pretensa autonomia municipal, qual seja, o que conferia poderes ao governo do estado de intervir nos municípios sempre que o sistema instituído corresse algum perigo. Essa intervenção deveria dar-se somente em casos de anormalidades políticas ou administrativas, porém tornou-se um mecanismo comum e bastante frequente durante todo o período (COLUSSI, 1996, p. 38-39).

Veja-se, portanto, um gradual enfraquecimento das elites políticas nesta época, em especial no Rio Grande do Sul, o que refletiu no regime coronelista, que passou a enfraquecer-se paulatinamente. A partir de então, como fora supracitado, os estados-membros e municípios vão perdendo espaço no campo do poder local, em especial nas suas prerrogativas que desencadeavam sua autonomia política.

5. Considerações finais

O presente ensaio tratou das questões que envolviam o regime coronelista como forma de controle do poder local. A figura dos estados membros se sobrepunha ao poder federal e se fortalecia à medida que delegava a seus coronéis locais o poder de assumirem o controle dos respectivos municípios integrantes. Assim, os coronéis revestiam-se em seus cargos confiados e “mandavam e desmandavam” dentro do espaço territorial compreendido pelo município em que se encontravam. A população era drasticamente tratada com total desleixo por estas autoridades, e somente eram úteis em tempos de eleição. Trata-se do surgimento do clientelismo, caracterizado pela concessão de favores em troca de voto.

Passando a analisar os favores prestados pelos coronéis à população da época, é impactante aceitar a forma que isso era encarado pelos cidadãos. Estes tinham a concepção de que esta prática usual de favores dos coronéis em prol de seus benefícios particulares era algo tolerado e inserido na cultura brasileira. Trata-se de uma verdadeira inversão de valores, contrária às noções de interesse público, legalidade, igualdade e moralidade pela qual deve perseguir o ente público e seus agentes.

O que realmente era verídico e infelizmente mascarado pelas elites políticas é que os referidos favores que os cidadãos obtinham em troca de voto deveriam ser estendidos a todos, eis que direitos fundamentais dos quais todos os cidadãos eram detentores. O problema é que grande parte da população era analfabeta ou semianalfabeta, com completo desconhecimento de seus direitos. Nota-se que tais benefícios recebidos pela população eram “embrulhados” com a etiqueta de favores, sendo que na verdade eram direitos fundamentais, os quais foram estendidos a partir da Carta de 1934 para incluir também os direitos sociais. E o que mais instiga é que esses favores coronelistas eram revertidos em votos em épocas de eleições para sustentar as elites políticas no poder.

Essa política foi aos poucos perdendo suas forças de atuação junto ao meio social, especialmente no que tange ao fator econômico, com a centralização do poder e dos recursos para a esfera federal ao longo da história constitucional brasileira. Entretanto, no que se concerne aos métodos aplicados junto à esfera política atual, verifica-se uma significativa prevalência da prática de atos clientelistas semelhantes aos vivenciados em épocas passadas, especialmente em fases eleitorais, onde parte de membros políticos e também eleitores optam por negociar seu apoio e voto em troca de favores pessoais. Fato que lamentavelmente fere os princípios constitucionais, os quais estabelecem padrões legais que visam valorizar e respeitar os valores éticos e morais do homem, tudo em prol da permanente construção do Estado Democrático de Direito.

O resultado de uma história de vivências com o patrimonialismo, coronelismo e clientelismo políticos na gestão pública brasileira se faz presente hoje uma diversidade de problemas, tais como o mandonismo, o filhotismo, o nepotismo, o falseamento do voto e a desorganização dos serviços públicos locais. Desta forma, apesar da evolução da sociedade e das aparentes conquistas sociais, conclui-se que as práticas clientelistas ainda se fazem presentes na cultura política brasileira.

Referências

- COLUSSI, Eliane Lucia. *Estado Novo e Municipalismo Gaúcho*. Passo Fundo: EDIUPF, 1996.
- DALLA ROSA, Luísa Grigoletti. *História, saúde e poder em Passo Fundo*. Passo Fundo: Méritos, 2007.
- DIEHL, Astor Antônio (org.). *Passo Fundo: uma história, várias questões*. Passo Fundo: EDIUPF, 1998.
- FÉLIX, Loiva Otero. *Coronelismo, Borgismo e cooptação política*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.
- FERREIRA, Mariluci Melo. *Tramas de poder: a política no Rio Grande do Sul (século XIX)*. Passo Fundo: EDIUPF, 2003.
- FRANCO, Augusto de. *Pobreza e desenvolvimento local*. Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002.
- GERTZ, René E. *O Estado Novo no Rio Grande do Sul*. Passo Fundo: EDIUPF, 2005.
- NIVALDO JUNIOR, José. *Maquiavel: o poder – história e marketing*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

As disputas pelo poder local no Brasil durante o regime coronelista...

ROCHA, Leonel Severo. *A Democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-nacional*. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1995.

SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006, p. 72-78.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STREIT, Isléia Rossler. *O coronelismo e a imigração*. Passo Fundo: EDIUPF, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Direito penal do inimigo e a globalização: quando a exceção se torna a regra – uma análise crítica

*Penal right of the enemy and the globalization:
when the exception becomes the rule – a critical analysis*

ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES

Doutorando e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC; especialista em Criminologia Internacional (Combate ao terrorismo) pelo ISISC; especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra; pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; pós-graduado em Direito Penal Econômico pela FGV. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Advogado.
e-mail: antonio@antoniogoncalves.com

Resumo: O Direito Penal do Inimigo enfrenta críticas, porém o modelo não deve ser descartado de pronto, mas, sim, deve ser feita uma análise profunda do tema com uma relação entre a globalização e o totalitarismo, a qual demonstrará os perigos de um Estado de exceção.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo; totalitarismo; globalização; neocriminalização.

Abstract: The Enemy's Criminal Law has been facing some criticism; however the model should not be entirely rejected, but a profound analysis of the theme should be made with a relationship between globalization and totalitarianism, which must show the dangers of a State of exception.

Keywords: The enemy's criminal law, totalitarianism, globalization, new criminalization.

Introdução

O Direito Penal do Inimigo foi recebido de forma negativa pela doutrina, porém as consequências e as relações do tema com a globalização são corriqueiramente ignoradas. Então, este ensaio pretende estudar o tema e trazer o impacto do Direito Penal do Inimigo com o perigo para o surgimento de um Estado totalitário e suas consequências na luta contra o terrorismo e o medo que habita o imaginário das pessoas após o 11 de setembro de 2001 e os atentados que abalaram os Estados Unidos e repercutiram no Mundo como um todo.

1. A sociedade globalizada de consumo e o direito penal

A Revolução Industrial representou um marco nas relações econômicas e sociais da sociedade contemporânea, pois, com o incremento dos meios de produção, as

pessoas conheceram mais a fundo o desejo pelo consumo, que não era tão arraigado em tempos passados.

Com o consumo fazendo parte do cotidiano da sociedade alguns riscos foram incorporados nesse processo. E com a evolução é notório o desenvolvimento *pari passu* tanto desse consumo como da proporção do respectivo risco.

O apogeu dessa equação ocorreu com o advento da globalização, uma vez que as fronteiras entre os países perderam sua importância em relação ao consumo; produtos inatingíveis agora são adquiridos na velocidade de um clique. A velocidade das relações econômicas e sociais também se incrementou e a banalização do consumo virou a mola motriz da sociedade contemporânea, portanto, a oferta, obrigatoriamente, se tornou maior que a demanda.

As novidades passaram a surgir numa profusão incomparável e com a revolução tecnológica o comprar de um celular hoje significa ter um aparelho obsoleto amanhã e assim como uma gama de aparelhos, que num passado recente eram feitos para acompanharem o envelhecimento de uma família.

Fato comum era a presença de um aparelho de televisão por uma década ou mais, hoje, ao comprar um aparelho em menos de seis meses o mesmo já parece ser habitante de épocas jurássicas.

A durabilidade encurtou, pois, em pleno século XXI o mandamento do dia é “vamos comprar”; portanto, o importante é o consumo, a troca constante, o que gera um sentimento de insatisfação permanente, um querer mais incontrolável.

O resultado desse avanço do consumo é a desatenção e o zelo necessário com os riscos envolvidos no processo de aquisição de bens, afinal, com a internet, é possível adquirir um lançamento no Japão, comprar uma roupa nova em Milão, trazer um vinho francês etc., tudo ao alcance de um clique.

Entretanto, o que as pessoas se esquecem ou fingem não se importar é que ao clicar e fazer o cadastro, bem como colocar o número de seu cartão de crédito, o indivíduo praticamente abriu as portas de suas finanças para um ilustre desconhecido – aliás, desconhecido este que saberá seu endereço completo, sua capacidade econômica, por meio do cartão e, com sorte e um pouco de esmero, por meio de uma busca na própria internet poderá coletar dados pessoais acerca do consumidor.

Se estivermos falando apenas de um curioso, os possíveis danos não ultrapassarão essa pesquisa. Todavia, não foi apenas a sociedade que evoluiu, pois, também em velocidade acelerada a criminalidade também evoluiu, se aperfeiçoou e igualmente usa os avanços tecnológicos para aplicar golpes transnacionais, no desenvolvimento de uma sociedade criminosa nitidamente organizada.

Esse anseio inveterado em consumir fez com que as relações pessoais fossem suprimidas e os produtos passaram a ser visíveis também pela internet, o que dispensa a presença física dos consumidores e, com isso, igualmente, mascara a criminalidade organizada que pode confeccionar um *site* de venda de produtos inexistentes e todos os produtos vendidos são apenas a venda de ilusões e nada será entregue, mas o dinheiro amealhado já se perdeu na velocidade da informação.

Com a sucessão de golpes o clamor social faz aquecer a antiga discussão acerca do combate à criminalidade e a velocidade do Direito Penal.

Não estaria o Direito Penal desatualizado? Não seria função do Direito Penal combater a criminalidade organizada? Como é possível existirem tantos crimes digitais e não existir qualquer reprimenda por parte do Estado e, tampouco, uma linha sobre o trato penal do assunto? Esses são apenas alguns poucos exemplos de perguntas atinentes ao tema. Mas e as respostas?

2. Direito Penal Simbólico e a neocriminalização

Estamos falando de uma expansão do Direito Penal, ou seja, uma neocriminalização, e com isso a necessidade de uma política criminal específica para a criminalidade organizada e seus efeitos.

Com essa necessidade de uma neocriminalização existem dois caminhos que podem ser seguidos: a evolução da própria dogmática penal e o incremento do ordenamento jurídico com o estudo de normas e sanções que possam, de fato, coibir a criminalidade organizada ou um Direito Penal de Emergência, isto é, a força da mídia como regente das relações penais.

E o Estado se encontra numa encruzilhada normativa, pois se legisla pelo procedimento correto o lapso temporal decorrido entre o dano produzido e a resposta normativa pode ser elevada em demasia a ponto de quando for inserido no ordenamento já ser rotulado como medida velha e ultrapassada.

Em contraposição, se legislar somente de acordo com os anseios sociais, o resultado prático poderá ser igualmente desastroso, uma vez que serão criados mais e mais tipos penais numa tentativa estéril de criminalizar condutas e sem o zelo de dar procedimentos a essas normas, o que ensejará uma pena sem aplicação, num nítido movimento para satisfazer os anseios populares, ou legislar para a mídia.

Pois bem, o clamor social enseja a criação de uma legislação emergencial que atenda o problema pontualmente, e a discussão doutrinária acerca do assunto é se esse Direito Simbólico tem o efeito prático que o ordenamento jurídico precisa ou se apenas será um movimento que funcionará como um holofote midiático para demonstrar que o Estado está “atento” aos problemas da sociedade e imediatamente respondeu aos anseios populacionais.

Manuel Cancio Meliá se manifesta acerca do tema: “A idéia que ronda o imaginário comum dos cidadãos e também aos juristas é que o direito penal ‘serve’ para alguma coisa, ou seja, qualquer que seja a teoria da pena que se use, se parte da premissa que se satisfaz com a existência de um sistema penal calcado num fim, que se obtém um resultado, ainda que somente seja a realização da justiça. Entretanto, apesar dessa imagem de um ‘fim’ do ordenamento penal no sentido que se persegue e alcança um objetivo concreto com a legislação e aplicação de penas no âmbito penal, os fenômenos de caráter simbólico são parte necessária do direito penal, de modo que, na realidade, é incorreto o discurso do ‘direito penal simbólico’ como fenômeno de algum modo negativo e que deveria se referir, em todo caso, a normas com função meramente simbólica, é dizer, dirigidas unicamente a produção da opinião pública e a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (MELIÁ, 2005, p. 96-97).

No mesmo sentido, Alessandra Greco (2006, p. 725): “Todavia o Direito Penal simbólico faz parte do Direito Penal, sendo incorreto dizer que tal fenômeno não está entrelaçado ao mesmo”.

Concordamos com os autores e, de fato, não se pode negar que esse direito penal simbólico faça parte da realidade penal brasileira; entretanto, não se pode apenas criar normas para saciar a mídia, sem se preocupar com a eficácia das mesmas.

O que o Estado não pode em hipótese alguma e, infelizmente, no Brasil é comum, é inflacionar o ordenamento penal com a criação desenfreada de medidas repressoras sem qualquer efeito prático, apenas e tão somente para mostrar à opinião pública que o legislador é eficiente e diligente.

O resultado prático é um verdadeiro Frankenstein normativo, ou melhor, uma completa colcha de retalhos de normas que são criadas para responderem problemas imediatos, mas que não tem uma conexão com o sistema em si, o que conduz o Brasil como um dos líderes do ranking em tipos penais, mas isso não se traduz numa medida social eficaz, já que a criminalidade de forma alguma está contida e todos os problemas se encontram sanados; ao contrário, a realidade é o caos normativo com uma gama de leis sem sentido ou procedimento.

E o legislador consegue fazer pior, pois, na tentativa de abraçar condutas por quantidade sem se importar com a qualidade temos as normas penais em branco que de tão abertas para preverem a maior quantidade de delitos possível, na prática, não alcançam quase nenhum... Efetivamente a sociedade pouco ou nada se importa com os procedimentos técnicos, e o vital e indispensável é que os criminosos sejam responsabilizados e os bens sejam protegidos dos “marginais”.

Ora, o legislador não pode estar envolto nesse caldeirão de responsabilidades, senão a cada assassinato de elevada repercussão caberá um incremento de pena até o momento em que nem a pena de morte será suficiente. Então o que fará o legislador? Determinará que seja ressuscitado o infrator para que morra novamente?

Evidentemente que se trata de um exagero e de uma extrapolação provocativa apenas para ilustrar que é descabido apenas legislar simbolicamente e que o legislador deveria se voltar a proteger os bens jurídicos de sua sociedade.

Para isso, é forçosa a discussão do que vem a ser bem jurídico para adentrarmos uma pouco mais no tema propriamente dito.

3. Bem jurídico

Demasiado simplista seria afirmar que o bem maior a ser protegido pelo direito penal é a vida, pois, apesar de verdadeira essa afirmação, ela não se ocupa exclusivamente da proteção à vida esse ramo do direito.

Luiz Regis Prado conceitua: “O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido no contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, 2003, p. 53).

João Marcello de Araújo Junior (1999): “Embora, ainda hoje nos falte estabelecer definitivamente a teoria do bem jurídico, entendemos como Welzel, que o bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social merece ser protegido juridicamente, isto é, todo estado social desejável que o direito quer resguardar”.

Num primeiro momento é indissociável a noção de bem jurídico como proteção ao patrimônio. E quando se pensa nesse segundo tema é invariável a associação com dinheiro. No entanto, não é esse enfoque de bem jurídico que desejamos, mas, sim, como bem disse Welzel, o bem vital da comunidade ou do indivíduo, ou seja, a proteção deste significa a manutenção do bem-estar e a qualidade de vida da própria sociedade.

Como afirmam Ignacio Berdudo, Zapatero, Ferre e outros, em seu *Curso de Derecho Penal*:

Mais do que qualquer outra coisa, o que justifica o consenso social que legitima o Estado e seu poder punitivo é que sua intervenção se produz pela necessidade de proteção aos interesses fundamentais fulcrados no indivíduo e que possibilitem a este a participação de um determinado sistema social. Ao longo da história, os Estados têm protegido jurídica e penalmente interesses que não excluem esse conceito de bem jurídico e que, tanto individual como socialmente, eram radicalmente opostos a componentes essenciais de um sistema social personalista (ZAPATERO, 2004, p. 71).

Se o bem jurídico é aquele que é de uso comum de todos e garante uma coexistência pacífica, então, é função primordial do Estado garantir e proteger esses bens, já que este é o regulador das relações sociais e o órgão responsável por diminuir as diferenças, equilibrar as relações de poder e, acima de tudo, garantir o equilíbrio na convivência entre os indivíduos.

E como o Estado se porta ante a essa função? Quais as garantias que o próprio Estado oferta na tutela dos bens jurídicos? E em última análise se o bem jurídico é tão importante como forma de garantir uma convivência harmônica e um bem estar social, então, podemos concluir que a atuação do Estado funciona, também, como forma de garantir a tutela dos interesses difusos ao proteger e tutelar os bens jurídicos considerados fundamentais.

4. O bem jurídico e o Estado

Como desenvolvemos no tópico anterior, o bem jurídico fundamental deve ser protegido pelo Estado como forma de garantir a tutela dos interesses difusos e coletivos. João Marcello de Araújo Junior (1999, p. 150) explica a dualidade do bem jurídico: “O bem jurídico, como afirma Marinucci, lembrando Pedrazzi e Paulitanò, é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva”.

E para complicar um pouco mais a representatividade do bem jurídico: se este é fundamental para o estabelecimento das relações econômicas e sociais, então também é função do Estado se modernizar de acordo com as variantes econômicas globais que se desenvolvem, em especial, no período pós-globalização.

O Estado figurará com um agente intervencionista a fim de assegurar a livre concorrência e a soberania das relações de mercado. Como afirma José Luis Ribeiro Brazuna (2009, pp. 25-26):

A crença no mercado como um sistema de livre interação entre oferta e procura, em que os agentes se comportam de maneira racional, em um modelo teórico de concorrência perfeita, do qual surgiram, de forma espontânea, impessoal e objetiva, os preços de cada produto e serviço, cede lugar à verificação da imperfeição dos seus pressupostos e à ineficiência dos seus resultados concretos”.

E a principal modificação da atuação do Estado sentida pelos efeitos da globalização é a perda de sua soberania. Esta, em idos passados, era considerada absoluta, porém, com o fim das fronteiras comerciais, com as relações econômicas calcadas no consumo o Estado teve seu poder de atuação um pouco diminuído.

O que não se confunde com a perda da soberania, mas, sim, com uma limitação da mesma em uma nítida nova relação mercadológica que agora regula não somente as relações de consumo, como também até a economia de muitos países.

O conceito dos blocos econômicos, como a União Europeia, o Mercosul, o Nafta é o resultado dessa limitação de soberanias, segundo a qual cada Estado parte reduz sua soberania em detrimento de uma soberania do bloco econômico em si, como um único ente corporativo que regula o mercado e o desenvolvimento dos seus integrantes.

Esse cenário é tão impactante a ponto de as relações econômicas serem basicamente reguladas pelos blocos econômicos, e a disputa de mercado deixou de ser nacional para ter o caráter supranacional. Com isso, o desafio dos Estados não é defender sua soberania, como em outrora, mas, sim, se adaptar à proteção de seus bens e direitos ante a nova realidade mundial.

5. O estado democrático de direito e o bem jurídico penal

Entendemos que o surgimento do Estado Democrático de Direito determinou modificações profundas no ordenamento dos bens jurídicos consagrados na Parte Especial dos Códigos Penais.

É inegável que a evolução da sociedade ensejou uma mudança no cenário normativo não apenas no Brasil, mas, também num âmbito globalizado, segundo o qual as atribuições normativas e a definição de responsabilidades deixaram de serem estanques, ou seja, pertencentes a apenas uma seara do direito.

A árdua tarefa da responsabilização não se restringiu mais ao ramo do Direito Administrativo, pois a criminalidade se modernizou e se ampliou, atingindo outras esferas nas quais esse ramo do direito não tem a velocidade e a força necessárias para coibir a contento.

Na mesma esteira temos o Direito Civil e as questões atinentes às indenizações. Os delitos, em especial os das empresas, ganharam tamanha complexidade que a busca pela reparação se tornou um caminho labiríntico de futuro incerto, tal a dificuldade em se estabelecer uma autoria.

De tal sorte que a sociedade ensejou a força simbólica do Direito Penal para suprir a impunidade e buscar uma reparação digna dos danos.

Entretanto, os garantistas do Direito Penal se insurgiram e rechaçaram tal atuação com o argumento de que o Direito Penal não pode e não deve cuidar de todas as questões sociais, mas apenas dos delitos considerados graves etc.

Ora, é fato que o Direito Penal não deve ser utilizado a todo e qualquer pretexto, todavia, também, considerar esse ramo do Direito para casos típicos e excepcionais é um preciosismo ao qual a sociedade não pode se dar ao luxo, e tampouco faz sentido.

Como explica Gonzalo Quintero Olivares (2004, p. 37): “La sociedad española y los penalistas rara vez coinciden en sus apreciaciones y en sus escalas de valores, como se una y otros fueran extranjeros respecto al otro. La verdad es que establecer una relación entre “sociedad” de un lado y “penalistas” de otro es en fondo grotesco” [A sociedade espanhola e os penalistas dificilmente coincidem em suas considerações e em suas escalas de valores, como se uma e outra fossem estrangeiras entre si. A verdade é que estabelecer uma relação entre sociedade de um lado e penalistas de outro é no fundo grotesco (tradução livre)].

Ao se limitar à atuação do Direito Penal, como defendem os garantistas sob a égide do Direito Penal Mínimo, propicia-se a propagação da criminalidade, inclusive em casos de competência notadamente penal, como o combate ao tráfico e ao crime organizado, já que sem uma interação entre o Direito Penal e a economia significaria combater um bandido armado, estando seu oponente com uma venda nos olhos e desarmado.

O Direito Penal não é o coringa de um baralho, que pode ser usado em qualquer situação de dificuldade: qualquer dorzinha e dificuldade, chame o Direito Penal. Não. A banalização conduz ao descrédito. Da mesma forma, que o Direito Penal não pode ficar içado num pedestal protegido pelo conceito da mínima intervenção e, assim, deixar a sociedade entregue à própria sorte. É necessária uma adequação das situações.

Sobre o tema alerta José Francisco de Faria Costa (1992, p. 18): “O direito penal protege, através da proibição dos comportamentos que põem em perigo ou violam os bens jurídico-penais, uma pluralidade diferenciada de valores cuja unidade funcional só se pode descortinar na ordem jurídica global, ela própria, de igual modo, susceptível de se oferecer como bem jurídico-penal”.

Como também afirma Antonio Cláudio Mariz de Oliveira (1995, p. 98): “Claro que o Direito Penal deve acompanhar a dinâmica social procurando adaptar-se às necessidades de proteção de bens e de interesses valorizados pela sociedade, desde que a tutela por parte de outros ramos do direito tenha se mostrado inócuo, isto tendo em

vista o seu caráter subsidiário. Por outro lado, sua abrangência não pode ser ilimitada e descriteriosa alcançando quaisquer condutas, pois deve ser sua atuação ter como parâmetros seus princípios e postulados, instituídos a favor da preservação da liberdade e de outros direitos individuais, que poderão ser violados se a dogmática penal não for obedecida”.

No mesmo sentido William Terra de Oliveira:

Que o combate às novas formas de criminalidade (especialmente a especializada e a econômica) tenha fundamento num sólido aparato dogmático, de caráter hodierno, que além de encontrar as respostas tão pungentemente reclamadas pela sociedade moderna, não contribua à flexibilização de garantias criminais, verdadeiras bases de qualquer sistema jurídico-penal (1995, p. 239).

E finaliza João Marcello de Araújo Junior:

Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem próprio do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, trabalhador dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este é o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos. Que experimentam os Códigos Penais (1999, pp. 150-151).

6. A dogmática penal e a neocriminalização

Para se viver em um estado de sociedade é fundamental que o livre exercício das liberdades tenha um controle para que exista uma harmonia entre as relações e os componentes dessa sociedade, e quando houver um extrapolamento dessa liberdade, cabe ao Estado regular essa relação e reprimir a conduta danosa.

Como afirmam Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée (2004, p. 19):

Qualquer forma de organização social, desde as estruturas mais primitivas como uma tribo passando pela feudal e até o Estado moderno, requer-se a conformidade dos membros que a integram com um conjunto de regras e princípios estabelecidos. Para assegurar essa conformidade, a organização social dispõe de recursos cujo objetivo é precisamente proteger com essas regras e princípios, seja por prevenir os comportamentos contrários a essas regras e princípios procurando que os indivíduos interiorizem os valores de uma organização social de que se trate, reagindo ou respondendo ao transgressor com um castigo.

O Estado é o ente representativo responsável pela harmonia e convivência pacífica entre os membros de uma sociedade. Seu papel é regular direitos e deveres entre as pessoas para que não se sobrepuje os interesses individuais em detrimento dos coletivos.

A liberdade individual estava assim restrita, porque cabe ao Estado criar leis, impor sanções e proibir condutas o que representa um certo constrangimento à vontade individual do cidadão.

Jakobs (2005, p. 43) alerta:

Uma pessoa, personificada em seus bens, é protegida ante aos ataques de outra pessoa a esses bens, se percebe que, em lugar da afirmação que o direito penal busca a proteção de bens jurídicos, também pode-se afirmar – com maior correção – que o direito penal garante a expectativa de que não se produzam ataques a bens.

O autor alerta para a possibilidade não apenas de que o bem jurídico seja protegido, mas, também, para que antes da proteção que exista uma inibição da conduta para que novos ataques inexistam.

Inicialmente tal pensamento pode ser um pouco confuso de compreender, mas se analisado de acordo com a criminalidade organizada e transnacional pode-se vislumbrar um nexos muito coerente no pensamento do autor, afinal, o direito penal sempre caminha um passo atrás do crime organizado, numa tentativa de coibir e apenar os danos provocados por atos como lavagem de dinheiro, embranquecimento de capitais, tráfico de drogas etc.

Todavia, não teria mais efeito se o direito penal, em vez de somente tratar a consequência, também agisse no sentido de impedir a causa? E assim separar os elementos ruins de uma sociedade boa? Eis a semente do que ainda veremos se transformará no Direito Penal do Inimigo.

7. A globalização do medo

A globalização encarregou de densificar a rede de contatos tornando-a mais complexa e ramificada com a inclusão de um elevado número de pessoas, classes sociais e países. O substrato é que, como em todo lugar existem pessoas contentes e descontentes, e as do segundo grupo podem reagir com protestos, com atos infracionais ou até mesmo com o crime.

E com a globalização e a complexidade das relações o crime se tornou mais organizado e mais complexo de ser rastreado, pois se ramifica e se subdivide ao longo de uma série de países, o que dificulta e muito a sua responsabilização. Ademais, para complicar ainda mais sua responsabilização, o crime organizado se notabilizou por criar um sentimento que funciona muito bem a seu favor: o medo.

A globalização não trouxe apenas progresso para o mundo, já que com a grande diversidade cultural das Nações, não são todos os que concordam positivamente com a

invasão externa e desenfreada do consumo, sem respeitar as tradições e os costumes locais.

Nesse diapasão os países que mais cresceram e se desenvolveram com a globalização também são os mais afetados com reações contrárias e nocivas por parte de uma massa não identificada de descontes, e nesse aspecto, temos um exemplo muito claro: Os Estados Unidos da América.

Antes de 11 de setembro de 2001 a cultura norte-americana era denominada de *American way of life*, que significa que o estilo de vida perfeito é o dos habitantes dos Estados Unidos. Afinal, é naquele país que se produz a maior quantidade de entretenimento numa escala mundial. Seja em esportes, televisão ou cinema.

Tal situação provocou uma falsa realidade nos indivíduos norte-americanos, qual seja, a de que a cultura americana é a melhor de todas e é um modelo a ser seguido pelos demais. O que produziu um sentimento deveras perigoso: soberba.

Os norte-americanos passaram a se considerar melhores que muitas outras culturas, e por conta disso, ensejaram alguns excessos que inicialmente não foram levados muito a sério, mas já denotavam certa violência da comunidade americana. E esse comportamento levou a um sentimento disseminado de revolta, pois, afinal, os Estados Unidos não podem tudo, existem limites. E o crime organizado impôs e demonstrou limites a esses excessos da pior maneira conhecida: com a instauração do medo.

Como afirma Pinsky: “Buscando referências no tradicionalismo religioso mais obtuso, determinados grupos terroristas passaram a ver nos EUA, e nos aliados ocidentais destes, a representação do Grande Satã a ser eliminado da Terra” (2004, p. 242).

Por meio do terror o crime organizado conseguiu impor uma insegurança coletiva e a soberba e a superioridade econômica deram lugar ao medo e a inquietude. Esse terror começou com atos isolados de ataques pequenos a alvos específicos, mas foi crescendo e se intensificando, sem que os Estados obtivessem sucesso em seu controle e, tampouco, em sua prevenção.

Como afirma Jaime Pinsky:

No decorrer dos anos 70, praticamente todos os países ocidentais tiveram de enfrentar episódios traumáticos vinculados a atos terroristas, ocorrências que invariavelmente causaram forte comoção na opinião pública mundial. Desde então, as sociedades ocidentais tiveram de conviver com o medo constante, causado pela perspectiva sempre presente de um ataque terrorista (2004, p. 228).

Os Estados têm perdido a batalha contra o crime organizado reiteradamente por conta do sentimento de medo e pela insegurança propiciada pelos atentados terroristas, em especial após 11 de setembro de 2001, quando, então, a maior potência econômica do planeta teve seu símbolo maior, as torres gêmeas, destruídas.

Esse ato, acompanhado pelo ataque ao pentágono e uma série de atos menores desencadearam uma revolução mundial em termos de segurança e, novamente, muniçados pelo terrorismo, como o ataque a Madri e a Londres nos anos seguintes.

Como afirma Joseph S. Nye Jr. (2002, 135): “Os americanos sentem-se cada vez mais afetados por fatos originados fora do país. Terroristas do outro lado do mundo semearam a destruição em Nova York e Washington”. Após os ataques terroristas em 11 de setembro de 2001 a imagem inata de orgulho e prosperidade dos Estados Unidos ruiu. Com a destruição do maior símbolo daquele País o *american way of life* se perdeu.

Estava claro que algo deveria ser feito, como afirma Cornelius Prittwitz: “Uma coisa é certa: o horror de todo o Mundo pelos atentados de 11 de setembro e a comoção em torno de uma segurança subjetiva – portanto de uma sensação de segurança – sofrida pela população norte-americana e seus políticos proibem explicações simples ou pejorativas sobre o ocorrido” (2004, p. 177). E prossegue: “Aqueles que sempre sustentaram que os Estados Unidos tinham se transformado num estado policial no seu interior e num império global em seu exterior (na busca de mercados e fontes de energia), seguramente terão razão em um ou outro detalhe, mas serão incapazes de se aproximarem de um entendimento analítico do nosso problema” (idem, p. 177).

O autor defende que toda a imagem de prosperidade e segurança norte-americana simplesmente ruiu com os atentados terroristas... E como se defender de um inimigo oculto? Como atacar o que não se pode ver?

8. A resposta ao terrorismo: a Guerra

Como sempre acontece quando uma Nação está inferiorizada e acuada a resposta a ser dada envolve o belicismo, e com os Estados Unidos não foi diferente.

Seu presidente declarou guerra primeiro ao Afeganistão e depois ao Iraque, numa cruzada deliberada e desenfreada que resultou não apenas na caça a um inimigo e na busca de armas de destruição em massa, mas, sim, em algo muito maior, tática igualmente antiga utilizada em guerra, o resgate ao nacionalismo.

Sendo assim, não bastava aos Estados Unidos atacarem um inimigo oculto, a resposta a ser dada é que o inimigo era conhecido e que a toda poderosa Nação americana iria triunfar, mas para isso era necessário que os próprios norte-americanos colaborassem com a segurança da Nação, já que qualquer pessoa poderia ser o inimigo.

Hannah Arendt ensina: “O terror, como execução da lei de um movimento cujo fim ulterior não é o bem-estar dos homens nem o interesse de um homem, mas a fabricação da humanidade, elimina os indivíduos pelo bem da espécie, sacrifica as ‘partes’ em benefício do ‘todo’” (1989, p. 517). Nessa esteira não bastava combater o terrorismo no âmbito externo por meio da guerra, também seria necessário se fazer sacrifícios internamente para se garantir uma vez mais a soberania da Nação e, quiçá, do próprio Mundo.

9. O Direito Penal do Inimigo

Para evitar um colapso social o Governante norte-americano, em consonância com alguns outros mandatários europeus, implementaram a teoria conhecida como

Direito Penal do Inimigo, ou seja, os indivíduos norte-americanos e europeus sofreram uma limitação parcial de sua liberdade para garantir a integridade e a segurança da própria Nação.

No entanto, essas medidas que resultaram num combate externo ao terrorismo não surtiram o efeito desejado, porque o pior dos sentimentos já estava arraigado na sociedade norte-americana. O medo fez com que as pessoas desconfiassem de tudo e de todos. A insegurança é um sinal claro de que a soberba de outrora se transformou em aflição.

E para assegurar a proteção dos próprios norte-americanos foram desenvolvidos alguns planos internos, mas o principal foi a adoção do Direito Penal do Inimigo.

E no que consiste o Direito Penal do inimigo? Teoria defendida pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, significa tratar o terrorista, de fato, como um inimigo e, por assim o ser, ter seus direitos e garantias relativizados ou, até mesmo, suprimidos.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes cita Zaffaroni, ao elucidar a questão:

A legislação penal de emergência se caracteriza basicamente por: a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico (vulnerando-se princípios de intervenção mínima, de legalidade – com redação de normas ambíguas ou tipos penais em branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado etc.); e c) adoção de um Direito Penal meramente ‘simbólico’ (MORAES, 2008, p. 176).

Em grossos traços, podemos exemplificar a questão no combate ao terrorismo e de sua metodologia de impingir o terror, nos dizeres de Pinsky (2004, p. 231), o terrorismo sempre se apresenta como um “ato executado como parte de um método de luta política, que comporta o uso da violência extrema contra pessoas inocentes”. O que norteou o Direito Penal do Inimigo foram as diretrizes básicas do terrorismo como demonstra novamente Pinsky:

As ações terroristas assumiram as seguintes características gerais:

Escolha indiscriminada dos alvos;

Arbitrariedade e imprevisibilidade na realização dos atos;

Uso de métodos de ação extremos e cruéis.

Indiferença em relação aos códigos morais vigentes; e

Caráter sistemático e continuado (idem, p. 231).

Como as ações terroristas não são conhecidas previamente e, tampouco, pode ser prevista a alternativa encontrada para o combate ao terror, a saída foi considerar todos como possíveis terroristas e, assim, classificar em potenciais ameaças determinados agrupamentos de pessoas, com o escopo de garantir a segurança da coletividade.

O resultado prático foi o desaparecimento indiscriminado de pessoas, sem o menor cuidado com os direitos e garantias individuais. A liberdade individual foi relativizada, os interrogatórios se avolumaram e uma área controla pelo governo dos Estados Unidos passou a ser utilizada como centro de inteligência de guerra; leia-se prisão para possíveis terroristas: a Baía de Guantanamo.

Quando se critica o Direito Penal do Inimigo por ser a supressão dos direitos e garantias fundamentais, como veremos no tópico a seguir, na verdade enseja uma discussão um pouco mais ampla de um direito penal mínimo em contraposição a um direito penal máximo.

Os garantistas, ao defenderem a mínima intervenção por parte do Direito Penal nas relações sociais, deixam claro o posicionamento de que a neocriminalização deve ter seu combate com armas outras do Direito Penal, e que este deve caminhar em consonância com a defesa dos interesses e garantias fundamentais.

Ora, os extremos usualmente não são salutares, e frente à globalização a postura clássica do Direito Penal já não mais se aplica; entretanto, igualmente não podemos caminhar ao outro extremo e permitir que tudo seja penalizado, e que assim a sociedade estará protegida – uma verdadeira e completa falácia.

Antever uma conduta e assim a atacar para evitar que ela aconteça, como é pretensão de Jakobs, enseja um perigo exercício de futurologia que, realmente, não é escopo do Direito Penal nem de qualquer outro ramo do Direito.

Como afirma Manuel Cancio Meliá:

Na concepção de Jakobs, o direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas das quais depende a própria configuração ou identidade da sociedade) ante as condutas que expressam um significado contrário a norma correspondente e colocam esta, portanto, em questão como modelo geral de orientação no contrato social. A pena é entendida como uma resposta ante ao rompimento da norma (2005, p. 110).

O pensamento de Jakobs produz ensinamentos conceituais muito perigosos, ainda mais se utilizados por governantes que buscam o totalitarismo, como veremos mais adiante. Afinal, ao se buscar reprimir uma conduta antes mesmo que esta ocorra é o mesmo que sancionar os pensamentos de um indivíduo, como se o perigo fosse concreto e iminente a todo instante, o que não logra êxito com a realidade e enseja um estado de tensão permanente, injustificável. Como mostra Alexandre de Moraes (2008, p. 202): “Quem castiga por fatos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impunes os pensamentos”.

No modelo de Jakobs a confiança simplesmente deixa de existir e o princípio norteador passa a ser justamente o antônimo, ou seja, a desconfiança. Qualquer pessoa pode ser punida pelo potencial dano que pode vir a causar na sociedade, mas a pergunta que fica é: e como se determina o pensamento de uma pessoa? A tortura é elemento válido para extrair uma pseudoverdade de uma pessoa e assim conseguir uma “prova razoável” de sua culpa.

De tal sorte que o Direito Penal de emergência, como se propunha ser o modelo, isto é, deveria ser usado somente enquanto o perigo existir, transforma, assim, o perigo na única variável constante da Nação.

Como afirma Zaffaroni, eis o surgimento de um direito penal do autor: “Todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é seu oposto)” (in: MORAES, 2008, p. 218). Esse raciocínio se faz importante, pois ao se coibir uma conduta que ainda não aconteceu simplesmente somente poderá ser punido o seu autor, uma vez que o ato em si ainda não aconteceu, numa clara contraposição ao modelo punitivo penal clássico.

O motivo de trazermos esse pensamento de Zaffaroni é que o regime nazista se calcava no mesmo pensamento de perigo e de direito de autor, e o resultado prático é conhecido por todos na história: um extermínio em massa de seres humanos. No modelo de Jakobs, o resultado não pode ser o mesmo? Afinal, se todos podem ser coagidos e castigados até mesmo por seus pensamentos, o que restará para punir quando não sobrar mais ninguém para fazer parte dessa sociedade de risco eminente?

O Estado deve procurar sua segurança e proteger os seus membros, mas jamais ao custo indiscriminado de pessoas inocentes que não têm direito sequer a um julgamento, quiçá a se defender.

E o que dizer da aplicação de uma custódia de segurança? Por uma potencial infração, que sequer aconteceu, uma pessoa pode ser detida preventivamente sob custódia por ser uma “medida de segurança”. Esse Direito Penal de exceção tem uma única regra: todos são inimigos em potencial até que se prove o contrário, o único detalhe é que a garantia processual e os direitos dos cidadãos são suprimidos ou relativizados; logo, a prova de sua inocência passa a ser completamente subjetiva, o que resta dizer: as pessoas passam a depender de um julgador e não de provas concretas, um claro e notório absurdo.

10. O Direito Penal do Inimigo frente aos direitos e garantias fundamentais

O Direito Penal do Inimigo não chega a ser um assunto novo e teve sua implementação prática iniciada em princípios da década de 80, na Colômbia, um país dividido entre cidadãos, o tráfico de drogas, numa bipolarização entre as FARCS e o governo colombiano.

Na Colômbia o sucesso do modelo pode ser compreendido pela condição especial do próprio país, ao estar dividido entre guerrilheiros e a comunidade, na qual a máquina estatal usa com larga frequência do Direito Penal Simbólico, com medidas notadamente midiáticas e com uma propaganda em torno da própria medida, uma das características do Direito Penal do Inimigo.

Como afirma Alexandre de Moraes (2008, p. 213):

Uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, ten-

tam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são evidentemente, entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam da criminalidade.

Para podermos compreender melhor o que vem a ser o Direito Penal do Inimigo devemos apresentar suas características fundamentais: o indivíduo é considerado pelo Estado como um potencial perigo à sociedade, como num eminente estado de guerra, no qual pouco importa se o inimigo é um estrangeiro ou um nacional, e contra ele deve ser aplicada a coação, ou seja, uma medida de segurança para garantir a paz social.

Como assinala Alexandre de Moraes (2008, p. 196) e Alexandra Greco (2006, p. 719), as principais características são: a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato; b) desproporcionalidade das penas; c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de 'leis de luta ou de combate'; d) restrição de garantias penais e processuais; e) não é punido com pena, mas com medida de segurança; f) a punição não considera o passado mas o futuro e suas garantias; e g) não é sujeito de direitos mas de coação (impedimento).

Jakobs (2007, p. 25 e segs.) fez uma justificação filosófica sobre o tema, ao mesclar os conceitos de Rousseau¹, Hobbes², Fichte³ e Kant⁴: "O indivíduo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, deixando de ser 'pessoa'. Logo, deve morrer como tal (Rousseau); perde todos os seus direitos (Fichte); deve ser castigado como inimigo (Hobbes e Kant)" (MORAES, 2008, p. 190).

Por essa justificação, Jakobs desconsidera o inimigo como uma pessoa, ou seja, esse passa a ser considerado como um pária social, sujeito a uma clara restrição de seus direitos e garantias fundamentais garantidos se fosse considerado como um cidadão.

Alexandre de Moraes (2008, p. 193) conceitua pessoa:

¹ Qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto quer se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor (*Op. cit.*, pp. 25 e 26).

² Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição, pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigos como súbditos, mas como inimigos (*Op. cit.*, p. 27).

³ Com férrea coerência, Fichte prossegue afirmando que a falta de personalidade, a execução do criminoso não é uma pena, mas só instrumento de segurança (*Op. cit.*, p. 26).

⁴ O Direito penal do cidadão é o direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra (*Op. cit.*, p. 30).

Direito penal do inimigo e a globalização

“Pessoa” é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas), ou seja, somente pode ser uma pessoa jurídico-penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente, o Direito.

Não existe contradição maior para o Estado Democrático de Direito do que o próprio Estado suprimir os direitos e garantias individuais de alguém; porém essa foi a medida adotada após o 11 de setembro.

O direito ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e o igualmente importante princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da proporcionalidade, simplesmente foram relativizados, e em vários casos, simplesmente suprimidos. A justificativa foi a garantia de um bem maior, isto é, a manutenção da própria sociedade que estava em constante ameaça por um inimigo invisível.

Essa utilização indiscriminada da supressão dos direitos e garantias fundamentais enseja uma viabilidade conceitual para compreendermos que a escusa de combate ao terror permitiu a entrada forçada, como sempre, de um Estado totalitário.

Como salientam Shecaira e Corrêa Jr.:

As idéias consagradas desde o iluminismo “estão sendo condenadas ao esquecimento a partir de 11 de setembro de 2001, em nome de uma guerra justa ao terrorismo”, exemplificando que a “lei patriótica” de Bush “permite às autoridades prender suspeitos, por um tempo quase indefinido, deportá-los, encarcerá-los em celas isoladas, fiscalizar sua correspondência, suas conversações telefônicas, suas comunicações via Internet e revistar seu domicílio sem autorização judiciária. Além disso, criou tribunais militares de exceção, com procedimento secreto, destinados a julgar estrangeiros acusados de terrorismo. Esses processos secretos poderão ser realizados em navios de guerra ou em bases militares; a sentença será pronunciada por uma comissão constituída por oficiais militares; a unanimidade não será necessária para condenar o acusado à morte; o veredito não comportará apelo; o procedimento será mantido secreto e os pormenores do processo não serão tornados públicos a não ser depois de decênios (in: MORAES, 2008, p. 273).

E nesse diapasão seria possível uma mesma sociedade adotar esse modelo de exceção de Jakobs sem alterar os ditames e preceitos constitucionais, ou seja, uma harmonização entre o Direito do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo? Em tese a resposta seria afirmativa num primeiro momento, mas quando o próprio Jakobs justifica a coação com base no pensamento é nítido que essa harmonização se torna impossível.

Essa relativização de direitos é muito perigosa, uma vez que ao se suprimir os direitos de uma pessoa, o próprio agente se tornou tão ou mais totalitário que um terrorista; logo, o motivo que enseja o modelo passa a se confundir com o mesmo e, assim, podemos concluir que o inimigo passa a ser o próprio modelo de Jakobs, no qual qualquer um é um inimigo estatal em potencial, até mesmo o criador da teoria.

Parecem existir elementos suficientes para embasar uma complexa teoria da conspiração na qual as elucubrações são tantas que o real e o imaginário se misturam; porém, a coação é aplicada inveteradamente a todos.

A repressão é sobre o perigo e este pode estar presente a todo instante em qualquer lugar e em qualquer cidadão de bem, o qual de um segundo a outro pode ser considerado conspirador e por uma medida de segurança é retirado da convivência dos demais sem qualquer tipo de justificativa. Como ensina Roxin: “Deve-se proteger a sociedade dos abusos individuais que perturbem a paz social” (1981, p. 41). Entretanto, Jakobs deturpou esse ensinamento, ao considerar como abuso individual todo e qualquer ato, inclusive o pensamento, que possa perturbar a paz social, num extremismo exacerbado que não se justifica e abre uma porta deveras perigosa para a instauração de um regime totalitário e a conseguinte supressão das liberdades.

11. O totalitarismo é o inimigo

Quando a guerra é usada como justificativa para o combate ao terror o Estado Democrático de Direito é substituído por um Estado totalitário, no qual a mão forte controla as liberdades individuais a seu mais cômodo prazer.

E com os Estados Unidos houve uma união precisa entre o Direito Penal e a guerra, nos dizeres de Cornelius Prittwitz: “O Direito Penal se considera como objeto da política interior, e a guerra como objeto da política exterior e de segurança” (2004, p. 175).

Hannah Arendt afirma que o Estado em guerra não convive sem lei, mas, sim, cria uma própria:

A política totalitária não substitui um conjunto de leis por outro, não estabelece o seu próprio *consensus iuris*, não cria, através de uma revolução, uma nova forma de legalidade. O desafio a todas as leis positivas, inclusive às que ela mesma formula, implica a crença de que pode dispensar qualquer *consensus iuris* e ainda assim não resvalar para o estado tirânico da ilegalidade, da arbitrariedade e do medo. Pode dispensar o *consensus iuris* porque promete libertar o cumprimento da lei de todo ato ou desejo humano; e promete a justiça na terra porque afirma tornar a humanidade a encarnação da lei (ARENDR, 1989, p. 514-515).

O saldo do combate ao terror foi o Afeganistão que, inicialmente, lutou com os norte-americanos, passou a considerá-lo como um inimigo, pois os ataques matavam tantos terroristas quanto os cidadãos comuns, e com o Presidente Bush sem mostrar qualquer tipo de zelo ou remorso por tais atos.

Já no Iraque o espólio foi ainda maior, pois com a prática ampla e indiscriminada da tortura, os Estados Unidos conseguiram unir o povo iraquiano em constante conflito entre xiitas e sunitas com um inimigo comum: os norte-americanos, supressores dos direitos e das liberdades do povo iraquiano. E a resposta negativa à conduta norte-

americana ecoou inclusive no âmbito nacional, com a expressiva derrota nas eleições e no continuísmo de Bush, com seu conceito de guerra.

A busca por um nacionalismo exacerbado não pode ser a justificativa para tortura e supressão dos Direitos Humanos. A história já nos ensinou com uma série de exemplos – Hitler, Napoleão, Stalin etc. – que a guerra e o totalitarismo trazem um espólio negativo muito grande a ser enfrentado pela humanidade, e que não reside justificativa no medo, no terror, na insegurança ou em qualquer outro argumento que possa ser usado.

Conclusão

A globalização continuará a produzir seus efeitos, assim como a criminalidade organizada continuará a produzir danos, e o Direito Penal e a política criminal devem ser usados para combater esses males, mas jamais para viabilizar a cobiça pelo poder de forma aguda e desenfreada; afinal, um mal jamais poderá ser reparado com outro.

O Direito Penal e a neocriminalização não podem ser usados como primado do combate ao terror, quando em verdade o que se pretende é uma atitude nitidamente política maquiada de normatividade penal.

A conduta norte-americana e o direito do terror arraigado pelo Direito Penal do Inimigo são o exemplo de que o terror não pode ser combatido com a guerra, com a supressão de direitos fundamentais. As armas do combate ao terrorismo e ao crime organizado não podem ser iguais ou piores do que os inimigos, pois, ao se considerar qualquer um como um possível inimigo, isso significa que o medo realmente venceu e que a guerra está completamente perdida.

A neocriminalização é necessária, a restrição de ação do crime organizado deve ser implementada quando possível, mas não a qualquer custo, pois o preço a ser pago na tomada de vidas inocentes nesse processo não compensará o resultado.

E o jargão de que as perdas de poucas vidas sempre serão lembradas pela defesa de milhões não pode imperar; do contrário, teses como a do Direito Penal do Inimigo ainda terão guarida no imaginário dos governantes e bastará um novo ato nocivo para desencadear o terror novamente.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. O Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 25, 1999.

_____. Os crimes contra o Sistema Financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002 (Série as Ciências Criminais do século XXI, volume 7).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004.

COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller Editora, 1996.

GRECO, Alexandra Orcesi Pedro. *Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica*, in: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal parte General Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Pons, 1997.

_____. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos a la vigencia de la norma?*, in: *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari & Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

JONES, Stephen. *Criminology*. United Kingdom: Butterworths, 2001.

LYNETT, Eduardo Montealegre (org.). *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

LYRA, Roberto. *Novo Direito Penal: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARTINEZ, Josefina. *Delito y Sociedad*, in: *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal: Criminología 1*. Buenos Aires: Villela Editor, 2002.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, in: LYNETT, Eduardo Montealegre (org.). *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

Direito penal do inimigo e a globalização

NYE JR., Joseph S. *O paradoxo do poder americano: por que a única superpotência do mundo não pode prosseguir isolada*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2004.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de. *A responsabilidade nos crimes tributários e financeiros*. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 1995.

_____. Reflexões sobre os crimes econômicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 11, 1995.

OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, 1995.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *Faces do fanatismo*. São Paulo: Contexto, 2004.

PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

PRITTWIZ, Cornelius. ¿Guerra en tiempos de paz?: fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra, in: *Revista Penal*, n. 14. Salamanca: La Ley, Julio 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981.

THE ECONOMIST, april 10th-16th 2010.

ZAPATERO, Luis Arroyo et al. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

A problemática do trabalho prisional no sistema capitalista: nexos históricos e a construção da sociedade do controle

*The issue of prison labor in the capitalist system:
historical connections and the building of the control society*

BRUNO COZZA SARAIVA

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Bolsista de iniciação científica do CNPq. Monitor da disciplina de História do Direito. Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (Grupo de Pesquisa do CNPq). e-mail: brunocozza19@hotmail.com

FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de História do Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Professor adjunto 3 da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como titular da disciplina de História do Direito/FADIR. e-mail: quintaveras@gmail.com

Resumo: O artigo visa a fornecer uma interpretação histórica da construção da organização social em face da estrutura social e sua relação com o sistema punitivo, situando tais componentes no espaço e no tempo rumo às sociedades do controle contemporâneas.

Palavras-chave: Criminologia; sistema punitivo; trabalho prisional; controle social.

Abstract: The article aims to provide a historical interpretation of the construction of a social organization considering the social structure and its relationship with the punitive system, by situating such components in space and time towards the contemporary control societies.

Keywords: Disincentive; punitive system; prison work; social control.

Introdução

O presente artigo visa realizar uma breve narrativa acerca do processo histórico de construção sócio-histórica da matriz da organização penal do Ocidente. A transição, que representa a passagem do feudalismo ao capitalismo. A formação de uma sociedade do controle penal periférica e central, incluindo a dimensão do uso do trabalho penitenciário em suas inter-relações com a sociedade disciplinar e com o controle metabólico do trabalho pelo capital também contextualizando o sistema prisional no pano de fundo da ampla exclusão capitalista periférica e central e de algumas tentativas de hu-

manização do mundo prisional por cooperativas sociais em uma época de descarte das massas prisionais encarceradas.

1. Breve inventário da organização dos sistemas punitivos e do uso do trabalho (passagem do sistema feudal ao capitalista)

A gestão da força de trabalho e a co-relação entre a estrutura social e os sistemas punitivos foram enunciadas na obra dos frankfurtianos Georg Rusche e Otto Kirchheimer. A relação entre a pena e as relações sociais especialmente as de produção econômica estabelecidas no seu nexos com o sistema de punição foi demarcada em sua abrangente obra *Punição e Estrutura Social*.

Por exemplo, na Idade Média o crime era visto como uma ação de guerra. O poder fragmentado, descentralizado, representava uma ameaça constante a paz social que poderia ser ameaçada por pequenas querelas entre vizinhos, na medida em que estas envolviam parentes e súditos. A função principal do direito criminal era a de preservação da paz por meio deste método de arbitragem privada. Optava-se, assim, em muitas situações pela imposição de fianças, que era substituída pelos castigos corporais pelos membros de grupos sociais dos estamentos inferiores (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

De imprescindível necessidade mencionar que as penas aplicadas na Idade Média atingiam pessoas de classes¹ subalternas, marginalizadas pelo massacre social imposto pelo clero e nobreza do medievo. Neste contexto histórico as penas de mutilação, degredo, banimento, castigos corporais e capital têm aplicação ditada pelo status da pertença aos estamentos e grupos sociais dominantes ou dominado no bojo da hierarquia social do período, assim como das contestações ditadas por disputas religiosas e do controle dos segmentos miseráveis especialmente a partir do século XV² calcando a arqueologia, o objetivo dos sistemas penais destinado à proteção de bens de determinados segmentos privilegiados.

As classes sociais despossuídas constituem, assim, o objetivo principal das instituições penais. A história dos sistemas punitivos é, nessa perspectiva, uma história das “duas

¹ Aqui usamos classe no sentido de grupo dominantes ou dominantes, que se apropria dos meios de produção ou de trabalho próprios do contexto histórico aqui analisado do pré-capitalismo na transição da Baixa Idade Média, com status e prestígio conferidos pelas relações feudo-vassálicas, em uma sociedade não monetária, rural, paroquial e que tem parte de sua legitimação conferida pelas ideologia religiosa dominante.

² Em outro contexto histórico secular poder-se-ia explicitar que a estratégia global, capitalista, neoliberal tem por fundamento centralizar o poder econômico e localizar a miséria social, implantando políticas que satisfaçam a ganância das transnacionais, assim possibilitando a devastação das mínimas condições de sustentabilidade da população e formando uma massa desempregada, desvinculada de projetos sociais e melhorias que permitam um presente sustentável e um futuro solidário.

nações”, isto é, das diversas estratégias repressivas de que as classes dominantes lançaram mão através dos séculos para evitar as ameaças à ordem social provenientes dos subordinados (DE GIORGI, 2006, p. 39).

A pena como suplício na Idade Média e sua relação com o sistema de status e de bens em uma sociedade não-monetária definiu, em parte, a utilização de fiança para os mais abastados e de castigos corporais para os mais pobres, que não podiam pagar a fiança. Os castigos corporais, paulatinamente, vão assumindo a feição de espetáculo sádico de suplício ao público atuando como válvula de escape para as massas sedentas de vingança e violência incentivadas pelas formas institucionais dominantes no período. Esse tipo de pena surgia devido à sua própria insuficiência no plano econômico medieval, que não permitia o aproveitamento utilitário dessas massas humanas penalizadas e punidas com o suplício em suas várias formas, esmagamento, roda, decapitação, enforcamento etc. A própria prisão ainda não existia como instituição, mas como uma forma de castigo corporal destinada à minoria (“maioria”) da população desprovida de status e bens restritos aos estamentos sociais monopolizadores do poder coercitivo ainda não estatal e paulatinamente centralizado pelos poderes régios e eclesiásticos, especialmente após a paulatina centralização do poder, que suprime grandemente o pluralismo medieval, e que têm um dos seus elementos pós o IV Concílio de Latrão³, quando ao funcionamento da fiança como mecanismo do poder punitivo medieval é a seguir explicitado por Husche e Kirchheimer.

As distinções de classes sociais eram manifestadas pelas diferenças nos valores das fianças. A fiança era cuidadosamente graduada, segundo o status social do malfeitor e da parte ofendida. Apesar de afetar primeiramente apenas o grau de fiança, essa diferenciação de classe ao mesmo tempo constituía-se no principal fator da evolução do sistema de punição corporal. A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou a substituição por castigos corporais. O sistema penal tornou-se progressivamente restrito a uma minoria da população. Esse processo pode ser mapeado em todos os países europeus. Um estatuto de Sion, de 1338, previa uma fiança de vinte libras para os casos de assalto; se o assaltante não podia pagar, devia receber um castigo corporal, como ser jogado numa prisão e passar a pão e água até que algum cidadão intercedesse ou o bispo o perdoasse. Esse estatuto não somente ilustra o caráter automático da transformação da fiança em punição corporal, mas mostra também que o aprisionamento era visto como uma forma de castigo corporal (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004, p. 25)

³ Mas foi a Igreja, principalmente, que influenciou e incentivou a adoção dos novos procedimentos no sistema penal. Mudando inicialmente a forma do processo nos Tribunais Eclesiásticos, a Igreja proibiu, no IV Concílio de Latrão (1215), a participação dos clérigos nos ordálios. O ordálio, que apelava à providência divina para estabelecer a culpa ou inocência do réu, requeria a presença de clérigos para abençoar a operação. Estando estes, a partir do Concílio, proibidos de participar dos ordálios, não mais poderiam ser realizados (NASPOLINI, 2004, p. 247).

Neste sentido, o processo de declínio do direito penal privado, em grande parte, foi definido por 3 forças principais. A primeira foi o crescimento proeminente da função disciplinar do senhor feudal contra todos em situação de subordinação política e econômica, cujo único limite era a demanda jurisdicional de outro senhor feudal. Em segundo lugar a tendência de centralização para fortalecer sua influência por meio da extensão de direitos jurisdicionais. Não importa se esta tendência teve origem na realeza absolutista como na Inglaterra e na França, ou por príncipes, como no caso da Alemanha. O terceiro e mais importante fator foi o interesse fiscal, pois a administração do direito penal provou ser uma fonte frutífera de receita, o pagamento àqueles que administravam a lei ou que outorgavam a outrem que o fizessem em seu nome era financiado pelos custos legais impostos àqueles sob julgamento, por meio da forma de confisco ou fiança. Estas tendências resultaram na transformação do direito, de uma mera arbitragem de interesses privados, para uma parte do direito público (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004).

No contexto medieval inicial da Alta Idade Média, as pessoas dos estamentos inferiores da sociedade feudal podiam ser descartadas no bojo daquele sistema econômico, em que o uso produtivo da força de trabalho era infrutífero, e os excedentes populacionais não tinham função regulatória do mercado da força de trabalho humana ampliada. Posteriormente, nas fases subseqüentes do desenvolvimento capitalista, inclusive na fase final do período feudal de transição para o capitalismo, caracterizado pela urbanização e pela retomada do comércio.

Com o nascimento da sociedade mercantil, com a gestão metalista dos sistemas econômicos, enfatizando a diminuição das importações e o aumento das exportações visando à acumulação de metais, com a maturação de relações proto-capitalistas nas guildas feudais, em que os mestres já alavancam a exploração dos seus subordinados aprendizes e mais tarde jornaleiros, que constituíram segmentos proto-assalariados surgem sinais de mudanças estruturais mais profundas. Neste período, as regras de fraternidade já não escondem as relações de divisão entre os seus membros. As guildas feudais das cidades maiores, de um entrave ao sistema capitalista, se transformam em um dos instrumentos usados para consolidar o poder capitalista.

Com o seu controle por uma plutocracia de mercadores escudados por meio de barreiras que ninguém além dos ricos artesãos especialistas podia superar, e de outro, o proletariado nascente da decomposição do período medieval, que era diretamente e totalmente dependente de crédito e de capital (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

A gestão política do sistema econômico abarca novas matizes movidas por novos interesses de acumulação da burguesia nascente apoiada pelos interesses das Monarquias absolutistas com sua gestão sobre o território e a população, indispensáveis à racionalização burocrática, geradora de segurança jurídica para as classes dirigentes e criadora de um cálculo racional de expectativas necessárias à acumulação do capital e à geração de uma cultura ideologicamente moldada no processo de arregimentação e consolidação da hegemonia cultural das novas classes dirigentes. Diante desses novos interesses de acumulação monetária, a burguesia necessitava de um modelo carcerário que detivesse a comunidade marginalizada sobre o emblema da criminalização:

A penalidade absorve uma função diversa e posterior em relação à função manifesta de controle dos desvios e defesa social da criminalidade. Esta função “latente” pode ser descrita situando-se os dispositivos de controle social no contexto das transformações econômicas que perpassam a sociedade capitalista e as contradições que delas derivam. Tanto a afirmação histórica de determinadas práticas punitivas quanto a permanência dessas práticas na sociedade contemporânea devem ser reportadas às relações de produção dominantes, às relações econômicas entre os sujeitos e às formas hegemônicas de organização do trabalho (DE GIORGI, 2006, p. 36).

Este último quadro inclui aqui o uso de mercenários oriundos da decomposição social da baixa Idade Média, como é o caso dos Condotieri, citados por Nicolau Maquiavel, na sua obra clássica *O Príncipe* (MACHIAVELLI, 1998), e que retiram paulatinamente de cena os cavaleiros. No caso da Inglaterra, este fenômeno se conecta ao processo econômico que levou à substituição da lavoura pela criação de gado e o surgimento da pastagem capitalista. A massa de camponeses insatisfeitos vai para as cidades e se transformam em uma massa de errantes, vagabundos e mendigos, sem nenhuma alternativa social, a não ser se unir aos bandos de mercenários que começavam a surgir.

Os príncipes e outras autoridades enxergaram neste novo e barato suprimento de soldados um meio de consolidação e ampliação de seu poder. Em meados do século XV, havia uma lenta, porém perceptível, difusão de tropas mercenárias que provinham do sul da Alemanha e que alimentaram este processo (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

A defesa e a repressão aos crimes contra a propriedade acompanham este processo de ascensão das novas classes capitalistas. Com a redução do direito de perdão concedida pelos reis que se tornam também objetivos essenciais das demandas da burguesia urbana ascendente e dirigida ao poder régio, já que a mesma aspirava maior centralização, estabilidade e racionalização burocrática do direito já sob influência do direito romano.

Ao lado disto, a burguesia passa a adquirir um direito de imunidade em relação ao sistema penal, pois não somente aqueles que possuíam privilégios estamentais e que passaram a ser protegidos pelo sistema punitivo penal. A posse de riqueza passa a permitir também a substituição da pena capital e o castigo corporal por fiança, ou, nos casos mais graves pelos banimentos (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

A maioria dos crimes passa a ser contra a propriedade, a punição tornava-se paulatinamente mais severa e menos suave; quanto mais empobrecimento ocorria nas massas, mais duros eram os castigos. Execução, mutilação e açoites não foram introduzidos por meio de uma mudança revolucionária repentina, mas gradualmente se converteram em regra decorrentes de uma situação de transformação social. A legislação era francamente dirigida contra as classes subalternas, ponto central da arbitraria justiça criminal deste período de acumulação originária do capitalismo com sua legislação dirigida contra as camadas sociais inferiores, ou seja, aquelas que não detinham a propriedade dos meios de produção e de acumulação do capital.

A legislação era francamente contra as classes subalternas. Mesmo quando o procedimento criminal como tal era o mesmo para todos os estados e classes, rapidamente apa-

reciam procedimentos especiais que iriam afetar apenas as classes subalternas. Assim como aponta Schmidt, havia um ponto que a antiga justiça arbitrária não pode abolir: a perseguição dos delinqüentes habituais das classes subalternas. A simplificação do procedimento nos casos em que o prisioneiro foi apanhado em flagranti delicto permitia o isolamento de uma classe de foras-da-lei para os quais as previsões legais, tais como a consideração de gravidade do crime, não podiam ser plenamente aplicadas. Execução, banimento, mutilação, marcação a ferro e açoites acabavam mais ou menos por exterminar uma gama de transgressores profissionais, de assassinos e ladrões e vagabundos e ciganos. Com o número crescente de criminosos profissionais entre as classes subalternas na Baixa Idade Média, essa justiça arbitrária, de acordo com Schmidt, tornou-se cada vez mais difundida e produziu uma transformação profunda em toda administração da justiça criminal (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004, p. 37).

A crueldade fazia parte do gerenciamento do sistema punitivo no período da Baixa Idade Média, e tais punições foram dirigidas de forma epidêmica contra as bruxas, contra os judeus e contra os fora-da-lei em geral. No primeiro caso, das bruxas pela insidiosa prática da magia negra, a fúria e a dor das populações miseráveis eram desafogadas pela perseguição específica a este grupo. As bruxas, que podiam ser localizadas pela atribuição de certos poderes que a aparência pessoal, os hábitos excêntricos ou as blasfêmias confirmavam; era o perfeito estereótipo de seleção do sistema penal daquele período. A sua perseguição era efetuada pelas massas e pelas autoridades que sinceramente as odiavam, e viam uma forma semi-consciente de desvio das suas responsabilidades que lhes pertenciam como representantes do poder. Os judeus também eram uma ótima válvula de escape. Sendo ricos ou pobres, parecia óbvio que deviam ser, em alguma medida, responsabilizados pelo empobrecimento geral, especialmente por suas atividades relacionadas ao empréstimo de dinheiro. Os membros do clero e das classes dominantes em geral reforçavam tais crenças, com as lendas correntes de sacrilégio e rituais de morte que seriam feitos pelos judeus, induzindo, de tempos em tempos, a uma perseguição organizada a esse grupo (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

A gestão das massas populacionais, nos territórios estatais do governo absolutista, torna-se importante para o soberano, o deus terreno, que deve cuidar de seu rebanho como uma simbólica autoridade paternal, inclusive cuidando da expansão populacional pelo estímulo à taxa de natalidade, conforme orientação e conselho dos economistas do período, para garantir exércitos grandes e força de trabalho para o nascente capitalismo. Desta maneira, até mesmo em celebrações como o May Day, no caso inglês, tinham a intervenção do rei, que invocava suas prerrogativas e garantia a liberdade sexual destinada a aumentar a população, contando, inclusive, com a sua possível participação "direta": uma prova da política demográfica absolutista classificada como populacionismo na Alemanha afetada pela guerra dos Trinta Anos, que culminou na queda da população daquele país e que gozava de incentivos fiscais na França de Colbert.

O governo e a legislação seguiram este caminho. Na Inglaterra, diz Pribram, os Stuarts favoreceram as festividades populares do May Day, com todo seu divertimento bucólico e hilaridade, pois a conseqüência era o crescimento da população. Mesmo que as donzelas perdessem suas virtudes, rei ganhava novos súditos- particularmente soldados. Nessas ocasiões, ele próprio provavelmente, ajudava no crescimento da população, de forma a fazer jus ao título de pai do país. Pela mesma razão, continua Pribram, a leitura do Book of Sports era um bom exemplo da política demográfica absolutista, que apelava aos mais baixos instintos das massas para o interesse onipresente do Estado. Na França, Colbert oferecia redução de impostos para casamentos precoces e famílias numerosas. O incentivo sistemático para o crescimento da taxa de natalidade era, também significativo para os alemães. As conseqüências das guerras dos Trinta Anos e as dimensões pequenas do território, em comparação à sua demanda, exigiam que o poder adotasse uma ampla e efetiva política, de tal forma que o mercantilismo na Alemanha tem sido presentemente chamado de populacionista (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004, p. 49).

Com as guerras do século XV, os prisioneiros agora são enviados para as galés, essenciais nas guerras entre as potências cristãs e maometanas mediterrâneas. A necessidade de remadores tornou-se urgente em fins do século XV. Estas guerras levaram ao recrutamento de remadores entre prisioneiros. O número de homens necessários a um só navio era muito grande, de 350 para as galés grandes, chamadas galéasse, e 180 para barcos menores (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

Decretos de Carlos V e Felipe II da Espanha introduziram esta forma de punição para a maioria dos malfeitores, assim como para mendigos e para vagabundos:

[...] Um édito de Margarida de Parma organizava caçadas aos vagabundos nos Países Baixos, requeridas por Felipe II, que estava impossibilitado de procurar grandes tripulações para suas galés. Esta prática era largamente difundida na França desde o século XVI. Em 1771, quando Jossué escreveu o seu *Traité de la justice criminelle em France*, a servidão nas galés era a punição para falsários, ladrões sentenciados pela segunda vez e mendigos pela terceira, entre outros. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 84)

Neste período, os indivíduos passam a ser objeto de gestão pelos sistemas prisionais, situação que tinha seu ápice nas penas de galés, que inclusive levou a tipificação do crime de automutilação na França, que surge em decorrência de mutilações feitas pelos próprios condenados, para evitar a sua condenação para o cumprimento de penas nas galés. Esta sentença condenatória era o caminho mais racional para obter-se mão-de-obra para um serviço que seria rejeitado por um trabalhador livre, e isso era explicitado, em certa medida, pela punição para a automutilação explícita no caso do decreto francês de 1677. “A atitude dos condenados é reveladora, pela frequência das automutilações que se infligiam com o propósito de evitar as galés. Esta prática tornou-se tão difundida que um decreto francês de 1677 estabelecia a pena de morte para automutilação” (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004, p. 88-89). A força de trabalho valorizado precisa ter seus salários reduzidos. Os vagabundos passam a ser vítimas da pena de

morte na Inglaterra elisabetana, os mesmos podem ser escravizados, e na terceira reincidência são objetos da pena capital.

Até o século XV, a pena de morte e a mutilação grave eram usadas somente em casos extremos, para suplementar o complicado e cuidadosamente diferenciado sistema de fianças. Entretanto, agora essas penas tornavam-se a medida mais comum. Juízes apelaram a elas sempre que estivessem convencidos de que o réu era perigoso para a sociedade. O crescimento extraordinário do número de sentenças para pena de morte ao longo do século XVI é bastante conhecido. Os dados da Inglaterra, que devem estar aproximadamente corretos, fornecem-nos a idéia da situação no resto da Europa. Informam que aproximadamente 72 mil larápios foram enforcados durante o reinado de Henrique VIII, e que sob Elisabeth, vagabundos eram pendurados em fila, mais ou menos de trezentos a quatrocentos de uma vez. A população da Inglaterra estava então em torno de três milhões de pessoas (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2006, p. 37).

Posteriormente, com o desenvolvimento sistemático “do espírito do capitalismo”, a valorização da força de trabalho teve de ser evitada com o aumento dos exércitos de reserva. A ética protestante calvinista e mesmo a reforma protestante de Lutero ocasionam mudanças comportamentais nas elites empresariais nascentes e impeliam o trabalho resignado dos pobres como caminho para salvação de suas almas e para a expiação dos prisioneiros que devem trabalhar para pagar os danos ocasionados à sociedade. Os jovens pobres, os órfãos e as viúvas, antes dependentes da caridade da Igreja Católica medieval, para a qual o trabalho, na concepção tomista, era algo necessário para a preservação individual e coletiva, não é a essência principal da vida, nem mesmo algo muito desejável, mas um fator meramente necessário, correspondendo ao sistema social estático da Idade Média (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

No século XVI, influenciadas por outras convicções ético-religiosas, adequadas às lógicas emergentes do sistema social capitalista, surgem as casas de correção, pioneiramente no território da Inglaterra, expandindo-se, posteriormente, para o que se chama hoje de Alemanha e Holanda. A essência das casas de correção era a combinação de assistência aos pobres, oficinas de trabalho e do sistema penal. No caso da Holanda, essas experiências atingiram sua maturação máxima devido à falta de um exército de reserva, que levou, no século XVI, à indução de melhoramentos técnicos na produção, e favoreceu o aproveitamento da mão-de-obra e a “ressocialização” dos presos para o trabalho.

O que pretendo afirmar, em outras palavras, é que o cárcere parece perdurar obstinadamente como uma espécie de grande portão de ingresso ao contrato social, ou mesmo como introdução à forma de trabalho subordinado. É um pouco como se a descoberta dos comerciantes holandeses (e de outros similares), no início do século XVII – isto é, a descoberta de que eles podiam “utilmente” “pôr para trabalhar”, juntamente com os seus capitais, os pobres, os mendigos, os vagabundos, os ladrõezinhos, os rebeldes que o processo de racionalização da agricultura estava expulsando dos campos – continuas-

se a se reproduzir junto com a “colonização” capitalista de “novos territórios”, territórios que podiam estar dentro de uma jurisdição política e social específica (DE GIORGI, 2006, p. 21).

Mesmo na França, no caso aqui definida pelos hábitos diferentes dos católicos franceses, experiências guiadas pelos jesuítas ao tempo de Luís XIV fizeram vicejar casas de correição. Estas experiências se ampliam ao longo dos séculos XVI e XVII, implicando a definição de interesses imediatos da coroa, que pagava salários miseráveis para os funcionários utilizados nestas novas formas de gestão pragmática da força de trabalho. A emigração se torna um crime, devido à importância do uso da força de trabalho nos empreendimentos do nascente capitalismo. Os efetivos do exército são alimentados em parte pelo sistema prisional.

A necessidade de mão-de-obra para as colônias era feita inclusive com o sequestro de crianças pobres que eram levadas como escravas para as colônias inglesas e com o uso de egressos do sistema penal (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

As mesmas logo passam a ser administradas por homens ricos sob os beneplácitos de incentivos régios, visando à qualificação profissional da massa de jovens pobres que aprendem um ofício nos primeiros anos e, depois, passam alguns anos para ressarcir os gastos com a sua formação. O trabalho infantil, neste período, é visto como algo necessário para evitar a marginalidade. A mendicância nos séculos XVI e XVII é classificada em apta e não apta. A primeira devia ser ressocializada para o trabalho. A segunda era objeto apenas de uma política criminal. Para as casas de correição são delegadas concessões reais como multas, por exemplo. No caso de Amsterdã, multas cobradas aos membros do conselho municipal que se atrasavam para reuniões. A inserção da massa marginalizada e, inclusive, de crianças assistencialmente miseráveis no meio de trabalho, era a prerrogativa social em tal época. Tem-se como verdade que não eram formuladas políticas inclusivas em benefício infantil e, como citado a cima, as crianças eram inseridas no mercado de trabalho para não haver possibilidade de praticar a marginalidade.

A organização de loterias e percentuais de alguns impostos para a exploração da produção de aguardentes ou o monopólio da raspa de Lenha. Este último, também, foi outorgado na mesma Amsterdã em 1602 para propósitos comerciais. Aos outros estabelecimentos da cidade era autorizado raspar a madeira dura somente para uso de autoridades locais. Porém, estes direitos ao monopólio eram frequentemente violados por outros atores. Além disto, é impossível generalizar qualquer conclusão sobre o sucesso das casas de correção de um ponto de vista somente financeiro. Deve-se levar em conta o tempo, o lugar e o tipo de interno, e a eficiência e a mentalidade administrativa (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2004).

Estas instituições são consideradas geradoras de lucro e alternativas para a pena capital, se coadunando e se antecipando em parte às ideologias nascentes do Iluminismo do século XVIII, com seu utilitarismo e pragmatismo expressos posteriormente em autores como Bentham, Beccaria e Romagnosi, que buscam em um plano não tão economicista, o princípio da ressocialização educativa pelo trabalho prisional. Neste

plano, está situada ideologicamente a escola liberal clássica, que não considerava o delinquente como um ser diferente do outro, nem que a ciência tivesse por objetivo uma pesquisa etiológica, ou seja, acerca das supostas causas comportamentais deterministas da criminalidade sob enfoque positivista biologicista ou da causalidade social. A escola clássica se detinha sobre o delito, entendido como conceito jurídico, como violação do direito e do contrato social que era fixado como base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia do livre arbítrio, e não de causas patológicas. Os limites sancionatórios da cominação das penas eram fixados por critérios de necessidade e utilidade da pena. Esta filosofia despreendida do contexto ontológico biológico e psicológico baseia-se na individualização metafísica dos entes (BARATTA, 2002).

Os efeitos do castigo que acompanha o crime devem ser em geral impressionantes e sensíveis para aqueles que o testemunharam; existirá, contudo, necessidade de que esse castigo seja tão cruel para aquele que o sofre? Quando os homens se reuniram em sociedade, foi apenas para se sujeitarem aos mínimos males possíveis; e não há país que possa negar esse princípio incontestável. Eu disse que a presteza da pena é útil; e é certo que, quanto menos tempo passar entre o crime e a pena, tanto mais compenetrados ficarão os espíritos da idéia de que não existe crime sem castigo; tanto mais se acostumarão a julgar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inelutável (BECCARIA, 2007, p. 62).

Nos séculos XIX e XX as concepções biologicistas, naturalistas e deterministas dos delitos assumem grande importância na cena criminológica. A busca de atavismos e de um pseudocientificismo atestador de determinadas características naturais e culturais que predispõem ao crime, combinada com o eugenismo racial, físico e intelectual e, com a antropologia não culturalista e imperialista do período estigmatizador das classes perigosas, juntamente com o higienismo fixador de padrões de limpeza e de ordem e, também, com a frenologia, com os estudos dos crânios de grupos étnicos e de criminosos, como ramos do saber colonialista da época, fixam padrões supostamente científicos para a gestão dos indivíduos desviados. No decorrer dos anos, mais precisamente no século XIX, surge uma doutrina que intenta justificar toda a preocupação da burguesia em detrimento da população marginalizada. “O homem delinquente” busca a comprovação da naturalidade do criminoso, da maldade intrínseca da pessoa, não poupando até mesmo crianças. A partir de métodos experimentais, acredita-se traçar o estereótipo do criminoso. Obscenidade, crânio assimétrico e testa pequena alongada eram exemplos de criminosos ditos natos.

Fica então demonstrado que em uma certa cota de criminosos a raiz do crime remonta desde os primeiros anos do nascimento, intervenham ou não causas hereditárias, ou para dizer melhor, que se há alguns causados pela má educação, em muitos não influem mesmo a boa. A grande ação benéfica surge exatamente do fato de ser geral a tendência criminosa no menino, de modo que sem essa educação não se poderia explicar a normal metamorfose que aconteceu na maior parte dos casos (LOMBROSO, 2007, p. 85).

Por predisposição racial ou hereditária do sócio-darwinismo tornam-se critérios dominantes para o gerenciamento do sistema prisional, na perspectiva de um controle institucional disciplinar biopolítico. Neste sentido, a figura de Lombroso é paradigmática, no sentido da refutação da tese propugnada pela escola clássica, embora o seu pensamento possa ser excessivamente simplificado.

À tese propugnada pela Escola Clássica, da responsabilidade moral, da absoluta impunitividade do delinqüente, Lombroso contrapunha, pois, um rígido determinismo biológico. A visão predominantemente antropológica de Lombroso (que, contudo, não negligenciada, como erroneamente certos críticos sustentam, os fatores psicológicos e sociais) seria depois ampliada por Garófalo, com a acentuação dos fatores psicológicos (a sua *Criminologia* é de 1905) e por Ferri, com a acentuação dos fatores sociológicos. Na *Sociologia criminale* (1900), Ferri ampliava, em uma completa e equilibrada síntese, o quadros dos fatores do delito, dispondo-os em três classes: fatores antropológicos, fatores físicos e fatores sociais. O delito era conduzido assim, pela Escola positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no final das contas, expressão. O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola positiva, não tanto sobre o delito e a classificação, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinqüente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores (BARATTA, 2002, p. 39).

2. O cárcere e a fábrica (*contexto periférico e central*)

Zaffaroni amplia a análise do Sequestro do Tempo de Foucault, adaptando o conceito de Sequestro à realidade periférica dos países coloniais. A noção de Colônia deve ser repensada da perspectiva de uma gigantesca instituição de sequestro de características bem particulares. Essa noção tem uma imensa dimensão geográfica e humana, no exercício de poder que priva de autodeterminação assumida pelo governo político, submetendo os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador; impõe-lhes seu idioma, sua religião, seus valores, destruindo todas as relações comunitárias que lhes pareçam disfuncionais. Considera seus habitantes como subumanos necessitados de tutela, justificando como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, refundará em benefício das próprias vítimas, conduzidas à verdade (teocrática ou científica). Este exercício de poder, configurador do que Darcy Ribeiro chama de processo de atualização, que alcança as características presentes em nossa região marginal ou na África, dá lugar a uma gigantesca instituição de sequestro.

Este é o poder-saber de conotação antropológica, que passa despercebido pelo etnocentrismo europeu (ZAFFARONI, 2001); na sequência do capitalismo mercantil surge o neocolonialismo dos imperialismos industriais.

De maneira inquestionável, as colônias representavam grandes instituições de seqüestro, as mesmas produzidas pela revolução mercantil como instrumento indispensável

A problemática do trabalho prisional no sistema capitalista

para sua extensão de poder planetário. O neocolonialismo próprio da Revolução Industrial, que provocou a independência política de nossa região marginal em relação às potências que – por sua estrutura de impérios salvacionistas mercantis – decaíram e perderam sua hegemonia central frente aos pujantes imperialismos industrializados, manteve a situação e renovou o genocídio da primeira colonização quantas vezes se fez necessário, deixando as grandes maiorias de nossa região marginal submetidas a minorias proconsulares do poder central (ZAFFARONI, 2001, p. 76).

Ao lado do panóptico benthaniano, aplicado nas regiões centrais do capitalismo, desenvolveu-se, na periferia, o darwinismo social de Lombroso, com a afirmação da inferioridade biológica dos colonizados. As prisões no contexto latino-americano, demarcado pela visão lombrosiana, seriam apenas as celas ou solitárias, da grande prisão representada pela mega-instituição de sequestro colonial, constituindo o verdadeiro campo de concentração e ressocialização civilizadora constituída nas áreas coloniais.

Este paradigma do colonialismo racista somente foi abandonado após a Segunda Guerra Mundial, quando Hitler o aplicou dentro da própria Europa (ZAFFARONI, 2001).

O cárcere tivera como antepassado a “casa de trabalho”, espécie de manufatura reservada às massas que, expulsas dos campos, afluíram para as cidades, dando lugar a fenômenos que preocupavam as elites mercantis (e proto-capitalistas) da época: banditismo, mendicância, pequenos furtos e, *last but not least*, recusa a trabalhar nas condições impostas por essas elites. A casa de trabalho – um “proto-cárcere” que seria depois tomado como modelo da forma moderna do cárcere no período iluminista, isto é, quando ocorreu a verdadeira “invenção penitenciária” – não parecia ser outra coisa senão uma instituição de adestramento forçado das massas ao modo de produção capitalista; afinal, para elas, esse modo de produção era uma absoluta novidade (e nesse sentido, a casa de trabalho era uma instituição “subalterna” à fábrica). Não por acaso, *Cárcere e fábrica* encerrava essa reconstrução ao final histórico desse movimento originário, por volta da primeira metade do século XIX. Tratava-se, todavia, de uma leitura que, assim como no caso das outras leituras “revisionistas”, permitia reconstruir a história do cárcere da perspectiva da crise da fábrica tradicional que se estava verificando naqueles anos, e, portanto da perspectiva da crise da relação entre cárcere e fábrica (DE GIORGI, 2006, p. 13).

Nos países centrais, surgem as concepções iluministas com os metaprincípios filosóficos do direito natural: igualdade e liberdade. Esses ideais foram proclamados, pelas revoluções burguesas, como sistema de garantia das liberdades negativas na esfera do processo penal como subprodutos do anseio mais amplo de segurança jurídica. Por esta razão, afirma Celso Lafer, as Declarações dos Direitos representavam um anseio compreensível de proteção, pois

[...] os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos estamentos ou ordens das quais se

originavam. É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura (LAFER, 1988, p. 123).

Assim, após esta genealogia das ideologias que fundamentaram a base filosófica essencial para o desenvolvimento do saber criminológico no plano histórico, retorna-se à questão fundamental aqui analisada, que é a da inter-relação entre o nascimento do capitalismo, expresso a partir da análise da obra *Cárcel y fábrica* (1980). Nela é anunciada e analisada a vinculação genética e estrutural entre a prisão e o sistema capitalista industrial de produção. A ligação entre essas duas realidades seria representada pelas *workhouses* da Inglaterra e da Holanda. Neste país, geralmente, eram chamadas de *Rasphius* no século XVII, mesmo que dessa forma originária tenha a interpretação do trabalho do recluso, modificado posteriormente, como se verificará adiante, inclusive, pela legitimação do sistema prisional moderno, pois as casas de trabalho, como elementos de gênese da Prisão – instituição punitiva e forma de pena que se destina ao controle dos pobres, mendigos, vadios, bem como de todos os marginalizados produzidos pelo momento decadente do sistema feudal.

Estas instituições cumprem uma função complexa dentro da emergente sociedade capitalista moderna, com seu sistema capitalista industrial de produção, atuando, basicamente, como domesticadoras de mão-de-obra e controladoras das tensões sociais. Neste período, o propósito do uso da mão-obra é renovado, após as conquistas econômicas, o industrialismo, o expansionismo ultramarino e as mudanças tecnológicas introduzidas pelo capitalismo que precisavam muito mais de braços e corpos domesticados do que de mutilados e supliciados pelas penas corporais.

O trabalho, portanto, nesse momento, embora muitas vezes tenha se revestido de um caráter aflitivo e retributivo, e não obstante tenha sido peça essencial da implantação do sistema punitivo embasado na pena restritiva de liberdade, não representa em si um método autônomo de punir ou um elemento de tratamento punitivo com fins ressocializadores humanitários, mas sim um elemento de readequação de parcelas da sociedade para a nova estrutura socioeconômica em emergência (CHIES, 2000, p. 79).

Neste sentido, o nascimento do cárcere cumpre uma função não apenas no aparato produtivo e de reprodução da força de trabalho. A sua dimensão também é simbólica, no sentido de legitimação do sistema industrial produtor de mercadorias como realidade prototípica, como projeção ideal típica deste universo de socialização capitalista.

Mas a reconstrução do cárcere e da sua função na formação histórica do proletariado industrial constitui apenas uma vertente do problema. A outra vertente é representada pelo papel que este dispositivo de controle desenvolve na reprodução da força de trabalho assalariada. Nesse sentido, torna-se indispensável considerar tanto a dimensão ins-

A problemática do trabalho prisional no sistema capitalista

trumental quanto a dimensão simbólica da instituição carcerária. A dimensão instrumental nos permite iluminar as origens da penitenciária e as funções econômicas imediatas que ela assumia, sendo a principal delas a produção de uma força de trabalho disciplinada e disponível à valorização capitalista. A dimensão simbólica, por sua vez, permite explicar o motivo do sucesso histórico aparente da instituição carcerária. O cárcere representa a materialização de um modelo ideal de sociedade capitalista industrial, um modelo que se consolida através do processo de desconstrução e reconstrução contínua de indivíduos no interior da instituição penitenciária. O pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário (DE GIORGI, 2006, p. 45).

O problema da ressocialização do preso pelo trabalho, na sociedade capitalista, encontra um obstáculo no próprio sistema sócio-metabólico do capital, que não visa verdadeiramente a ressocialização dos indivíduos.

Portanto, esse modelo de trabalho penitenciário, que teoricamente consegue justificar-se através da conciliação ética da atividade laboral humana com os postulados e justificações do paradigma da recuperação, na prática enfatiza implicitamente suas finalidades utilitaristas dentro de um sistema socioeconômico e político capitalista da sociedade moderna, o que, por fim, numa visão crítica, nada mais representa do que uma perfeita adequação lógica dessa modalidade de trabalho penitenciário a toda lógica do sistema punitivo através da privação da liberdade que, como gênero básico da penalidade da sociedade moderna, utiliza-se da legitimação teórica obtida através da lógica do paradigma da recuperação para, na prática, obter resultados estrategicamente úteis ao sistema socioeconômico e político no qual está inserido, que não necessariamente indivíduos ressocializados (CHIES, 2000, p. 120).

Mesmo que o trabalho seja regido por regras mínimas, de humanização do mundo frio do capital, como aquelas ditadas pela ONU, continuará envolvido pelas relações capitalistas de produção, pela lógica do lucro, da reificação etc.

Este segundo conflito exposto é o que se manifesta de forma mais grave em nosso entender, vez que ao demonstrar uma possível incompatibilidade do trabalho prisional com a lógica geral das relações de trabalho vigentes na sociedade moderna não só se contrapõem a orientação da Ciência Penal e Penitenciária consolidada em nível mundial pelas Regras Mínimas de Tratamento dos Presos da ONU, já mencionadas, que conduzem a uma aproximação máxima do trabalho prisional com o trabalho livre, mas, sobretudo, põe em risco a própria postulação de legitimidade do trabalho prisional, vez que este, como forma de trabalho humano inserido numa estrutura societária característica da sociedade moderna, não obstante executar-se num ambiente social peculiar, não poderá fugir à incorporação dos elementos básicos que sustentam a legitimidade do trabalho no sistema de produção capitalista (CHIES, 2001, p. 91).

Além disto, mesmo dentro da ótica dos direitos humanos, ilustrada na tese da defesa do Estado de Direito, desconsiderando o plano do mundo do trabalho, o sistema

não visa, nem preparou nenhuma garantia para os direitos sociais na visão de Ferrajoli. As garantias são restritas aos direitos civis: o princípio da legalidade, o monopólio jurisdicional da pena restritiva de liberdade, a independência do poder judiciário, o juízo contraditório, a presunção de inocência, o ônus da prova para o acusador, os direitos de defesa, sem a proteção integrada com os direitos sociais e sua imputabilidade apenas programática. Perde-se a única maneira de os direitos humanos fazerem sentido. “Quem teria a idéia de solicitar jurisdicionalmente uma medida de amparo por não ter acesso às fontes de trabalho, moradia ou alimentação” (CASTRO, 2005, p. 127).

A normalização capitalista também perpassa a remuneração do trabalho na sociedade capitalista, pois molda uma pedagogia voltada para a consolidação do *ethos* orientador da divisão social do trabalho moldada pela economia do modo de produção capitalista, mesmo que o trabalho ocorra no sistema penitenciário prisional.

Em outra perspectiva, o processo institucional pode ser visualizado sob o aspecto do sequestro de tempo, que pode ser associado à migração da sociedade disciplinar para a do controle.

Segundo Deleuze, é possível descrever este novo cenário caracterizando a atualização do repertório de dominação nas instituições. Nisso diz ele, inserem-se as chamadas penas alternativas para a pequena delinqüência; a utilização de coleiras eletrônicas para o confinamento domiciliar de condenados; nas escolas o surgimento de sistemas de avaliação contínua que buscam introduzir lógicas empresariais na educação dos jovens; nos hospitais, a nova disciplina sem médicos ou doentes, substituindo o corpo individual ou numérico pela cifra de uma matéria individual a ser controlada (MARTINS, 2004, p. 60).

Além disto, a própria disciplina dos processos de execução penal é também coisificadora. A arquitetura do modelo penitenciário é adjetivada pelo processo de adestramento disciplinar penitenciário que atua de forma seletiva e estigmatizadora.

Com relação à execução penal, no entanto, pode-se afirmar que sua idéia está antitética à idéia de disciplina e ambas são irreduzíveis. Essa antítese recíproca é também histórica: a disciplina sempre foi impeditiva da realização material da execução penal. Quando ainda hoje observamos microscopicamente nossos presídios, logo verificamos que a disciplina é o instrumento da coisificação do indivíduo, sustentando-se ela na ideologia do adestramento: constitui, em suma, o sonho mais imaginativo do administrador prisional, que ambiciona transformar presídios inteiros em aquartelamentos militares, ou, pior ainda, em escolas infantis ou em autênticas unidades fabris. Enquanto o conteúdo da execução penal importa em uma disponibilização individualizada, obviamente de caráter propositivo, de direitos e obrigações ao condenado, cabendo ao mesmo decidir se deseja, ou se não deseja, titularizá-los, e, desse modo, cabendo a ele, em última análise, alavancar e realizar progressividade em sua pena, a disciplina apresenta-se heteronômica, baseando-se na imposição, ao condenado de padrões de conduta externos, não necessariamente racionais, fortalecidos por ameaças de graves sanções: ela visa, sobretudo, a massificação dos indivíduos (MARTINS, 2004, p. 56)

Porém, o que pode se revelar menos promissor para qualquer crença iluminista reformadora e ressocializadora pelo paradigma do trabalho é a da concepção das prisões totalitárias de extermínio, típico das propostas dos programas de tolerância zero. Pois a consolidação do senso comum penal neoliberal apresenta uma funcionalidade social renovada na sociedade de controle contemporânea. Tal sociedade, que não mais se inscreve no modelo de adestramento e reinserção, ainda que esse visasse tão somente um reaproveitamento produtivo. O novo modelo que ganha novos contornos com sofisticadas formas de tortura, a exemplo do recém legalizado regime disciplinar diferenciado, sua coerente expressão (MARTINS, 2004), parte da noção de descarte do ser humano.

Assim, as prisões do mundo ocidental, dentro da lógica difusa do controle social da sociedade do espetáculo, criam a forma arquetípica do preso ideal – aquele que possa realmente amedrontar as centenas de milhões de indivíduos que ficaram do lado de fora do sistema de justiça penal. O papel dos novos presos, banalizados midiaticamente, dentro de uma contextualização simbólica, cria entidades malignas e não-humanas, reforçando o princípio maniqueísta do bem e do mal, com o propósito de convencer os novos trabalhadores tecnológicos de que as ruas são autênticas selvas, habitadas por animais ferozes.

Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. Imediatamente, coloca-se a seguinte questão: o que diz Kant àqueles que não se deixam obrigar? Em seu escrito “Sobre a paz eterna”, dedica uma extensa nota, ao pé de página, ao problema de quando se pode legitimamente proceder de modo hostil contra um ser humano, expondo o seguinte: “Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva... [da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (*ato*), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*statu iniusto*), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança”. Conseqüentemente, quem não participa na vida em um “estado comunitário-legal” deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser “tratado”, como anota expressamente Kant, “como um inimigo”. Como acaba de citar-se, na posição de Kant não se trata como pessoa quem “me ameaça... constantemente”, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão (JAKOBS & MELLÁ, 2009, p. 27-28).

Diante disso, o melhor local é aquele constritor do espaço público, o espaço doméstico, na mesa do computador ou sentado no sofá em frente ao televisor. A criminalização atinge os movimentos de solidariedade humana, desincentiva as associações, desacredita os clubes e os esportes, arma as torcidas organizadas, patrulha as organizações de moradores e corrompe até as escolas de samba. É necessário nos convencermos de que nossas ruas e nossos espaços públicos são campos de guerra total, sem tréguas, e que nossas praças são espaços de morticínio (MARTINS, 2004).

Ainda que se tenha em mente que ambos os tipos de sociedades elaboram formas diversificadas de dominação, é possível pensar o sistema atual como menos incluído do que o modelo normalizador e rígido da grande indústria. Nesse sentido, os atuais procedimentos de criminalização da pobreza (e seu sucedâneo hiperconfinamento) seriam a expressão mais acentuada de uma sociedade que não mais atua na lógica da docilização e no adestramento dos corpos; mas sim pela idéia de absoluta exclusão, segregação e extermínio (MARTINS, 2004, p. 64).

“O processo social contemporâneo, na dimensão instrumental dogmática do sistema penal, potencializa o direito penal de segurança que é amparado em novas noções paradigmáticas, como os de crime de perigo, com a finalidade de obstar a conduta antes da prática do ato” (RUIVO, 2004), expressando, analogicamente, uma metáfora similar à noção de guerra preventiva, amplamente utilizada pelos falcões da era Bush. No caso do Brasil, até mesmo uma nova ideologia social criminalizadora dos movimentos sociais. Por meio de processos exponenciados pela própria construção da evidência de um direito penal, amparado na tutela e proteção de bens jurídicos ameaçados pela sociedade de risco, em que o direito penal se funcionaliza por um novo eixo discursivo, amparado na ideologia da crise do direito da sociedade industrial. Tornando-o deficitário, devido à própria complexidade advinda da nova situação social, ocasionada pela instabilidade gerada para o sistema judicial e político, que se torna, socialmente problemático, ou seja, obscurecidos, por debates e conflitos que se originam do próprio dinamismo desta nova situação social. Gerada, em parte, pelos aspectos de degradação social e política da própria sociedade industrial (associada ao neoliberalismo).

Assim, assume importância a compreensão da criminologia na sua vertente crítica contemporânea. Visando a promoção de um direito penal que garanta os direitos das maiorias, os direitos sociais. Incluindo uma nova concepção societária e do mundo do trabalho, do qual o mundo prisional é apenas mais uma ramificação objetivada e reificada.

Apesar do que pensam alguns juristas, a criminologia crítica não procura negar o direito; interessa-se em dotá-lo de novos conteúdos e resgatar sua vertente garantista. Embora a concretização do sonho de Radbruch (algo melhor que o direito penal) tenha começado a ser tentado no campo teórico graças ao empenho – particularmente de Christie e Hulsman – orientado no sentido do que chamou a privatização do conflito, a tarefa crítica, com a promoção de um direito penal que obedeça aos interesses das maiorias, estimulando a proteção dos chamados interesses difusos (ou direitos sociais); insistindo num depuramento de seus conteúdos por meio de técnicas de descriminalização e reclamando tanto o uso alternativo do direito como a aplicação efetiva das garantias processuais” (CASTRO, 2005, p. 119).

3. Em busca das penas alternativas: o trabalho do preso na ambiência do sistema social capitalista e as cooperativas sociais

A discussão das penas alternativas abrange a questão da falência do sistema prisional brasileiro. Assim, surge a utilização de outras modalidades de punição alternativas à prisão, cumprindo as funções da pena, sem ferir os direitos fundamentais do apenado.

Nesse contexto, as penas substitutivas emergem como forte alternativa para a reformulação do sistema penal como um todo. As conseqüências da adoção de tais penalidades em detrimento à pena de prisão são muitas, entre elas o desafogamento dos presídios e a aplicação das penalidades mais humanas, que não comprometam a integridade física e moral dos apenados. Através das penas alternativas, a possibilidade de reinserção do indivíduo ao convívio social tem muito mais possibilidade de obter êxito, uma vez que não há o completo afastamento deste com relação à sociedade. Necessário considerar também que a garantia de direitos fundamentais aos apenados constituía o mesmo tempo garantia aos direitos fundamentais de todos os cidadãos (GARCIA, 2004, p. 285-286).

O primeiro contorno é o de assinalar que a pena privativa de liberdade que, em essência, é um tipo de restrição, subtração da liberdade física do indivíduo durante um lapso temporal determinado, e funciona como uma limitação do direito de ir e vir livremente no ambiente social extramuros da instituição penitenciária, não obrando como uma mera imposição coercitiva das atividades laborais. “Assim, a pena privativa de liberdade não é uma pena de trabalhos forçados” (CHIES, 2000, p. 102). É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 2007, p. 107).

Uma possibilidade seria a de usar as cooperativas sociais induzindo-as a um acoplamento estrutural com a pena de prestação de serviços à comunidade prevista como pena restritiva de direitos no art. 43, IV do CP, que “consiste no dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefícios de pessoas necessitadas ou para fins comunitários” (BITENCOURT, 2009, p. 137). As penas restritivas de direito são previstas no art. 44, como autônomas ou substitutivas da pena privativa de liberdade e conceituadas no art. 46 do Código Penal.

Art. 46 – A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade.

- a) A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (§1º);

- b) A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (§2º);
- c) As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas a razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (§3º);
- d) Se a pena substituída por superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena de liberdade fixada.

A natureza jurídica da pena de prestação de serviços à comunidade, portanto, não obstante o que alguns sustentem, tem contorno de pena de trabalhos forçados. Porém, apesar do elemento retributivo, inerente a qualquer punição, ao qual se somam os elementos de caráter preventivo e ressocializador, não impondo forçosamente um trabalho penoso ao condenado, não o impossibilita de continuar a exercer livremente sua normal atividade profissional, não apenas o atribui, como pena, a obrigatoriedade de prestar, conforme suas aptidões, tarefas de interesse público (CHIES, 2000, p. 128). O elemento trabalho é inerente a essa modalidade punitiva.

O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido *retributivo*. Ao mesmo tempo, condenado, ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil por perceber que está emprestando uma parcela de contribuição, e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado. Contudo, o sucesso dessa iniciativa dependerá muito do apoio que a própria comunidade der à autoridade judiciária, ensejando oportunidade de trabalho ao sentenciado. As características fundamentais que o trabalho em proveito da comunidade deve reunir são *gratuidade, aceitação pelo apenado e autêntica utilidade social* (BITENCOURT, 2009, p. 154).

As cooperativas sociais em nada se enquadram na estrutura tradicional da cooperativa típica prevista na Lei n.º 5.764/71, pois não são autônomas e são colocadas fora dos padrões típicos da normatização e da principiologia do movimento cooperativo.

É, pois, difícil caracterizar as cooperativas sociais como cooperativas regidas pela Lei n.º 5.764/71, já comentadas no item anterior desta obra, uma vez que as tradicionais cooperativas são entidades bem distintas das associações ou das sociedades caritativas, porque, de acordo com o art. 3º da Lei n.º 5.764/71, celebram contrato de sociedades cooperativas as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro (PAES, 2001, p. 50).

A cooperativa social pode ser assim uma alternativa moldada dentro da perspectiva da ação afirmativa para as pessoas em desvantagem na sociedade e no merca-

do de trabalho. A sua diferenciação é a da inserção de pessoas em desvantagem. Enquanto que a cooperativa é o da melhoria econômica do associado (PAES, 2001, p. 51), o que se inscreve na perspectiva dos aprisionados segregados por um mercado de trabalho restrito pela maximização dos processos de macro exclusão social amplificadores do desemprego. Assim, parte-se para as considerações finais.

4. Considerações finais

A caracterização do trabalho no capitalismo e a sua utilização pelo sistema prisional exigem críticas que não devem ser fundadas em falsas utopias. Principalmente, quando as sociabilidades são constituídas pela lógica neoliberal de programações do sistema penal e processual penal, sob a ótica e o olhar do totalitarismo das sociedades globalitárias contemporâneas, com suas expressões cotidianas da doutrina da tolerância zero.

As mesmas dimensões econômicas, culturais e simbólicas são voltadas para a criminalização crescente de condutas e de movimentos sociais em uma tendência ajustada pelas novas ideologias. Os programas de segurança nacional e transnacional, efetivadores de uma lógica de controle que atinge o cotidiano e as macroestruturas sociais consumidas pela insegurança e pelo medo ignoram as problemáticas sociais, focando suas dimensões puramente na periculosidade do agente.

Assim, experiências como a da economia popular solidária podem se constituir em uma nova frente de combate, mas devem também ser constituídas por uma visão de suspeição formulada por uma apreensão da realidade em uma lógica ontológica da totalidade social.

O novo paradigma constituído por micropoderes transversais não pode fugir de uma crítica ao novo totalitarismo neoliberal, que tem como um dos seus espaços primordiais a construção do controle social seletivo pelo direito penal e processual penal. Ao apontar alternativas pontuais como as do uso de cooperativas sociais e da mediação como técnicas alternativas para a solução de controvérsias em um solidarismo contra-hegemônico, tal ideal paradigmático, intenta contra um capitalismo selvagem, que também está impresso no sistema punitivo penal e na sua lógica dialética entre trabalho prisional e o cárcere.

Indubitavelmente, impulsionado pelo colonialismo passado e pelo neocolonialismo da globalização neoliberal contemporânea, que caminha para o descarte das massas excluídas no sistema penitenciário contemporâneo, em que a ressocialização para o trabalho se torna quase que supérflua, fazem-se de imprescindível necessidade a humanização sistemática carcerária e a melhoria das condições básicas de sustentabilidade social. Propiciando, assim, um panorama mais satisfatório, que garanta segurança e possibilidade de ressocialização para os apenados e, também, proteção para toda massa social.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/ Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Editora Revan, 2005.

CHIES, Luiz Antonio Bogo. *Privatização Penitenciária e Trabalho do Preso*. Pelotas: Educat, 2000.

JACOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone Editora, 2007.

GARCIA, Consuelo da Rosa e. "Penas alternativas: um novo paradigma para satisfação das funções da pena e garantia de uma segurança cidadã", in: *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, vol. 3, n. 1, pp. 285-286. jan./dez. 2004.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamação. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

MAQUIAVELLI, Niccolò di Bernardo dei. *O Príncipe*. Trad. Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 1998.

MARTINS, Sérgio Mazina e TEIXEIRA, Alessandra. "A superação do homem disciplinar", in: *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, vol. 3, n. 1, pp. 55-62, 2004.

NASPOLINI, Samyra Haydée. "Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição", in: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PAES, Jose Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 3 ed. ver. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revam 2004.

A problemática do trabalho prisional no sistema capitalista

RUIVO, Marcelo. "Reflexões sobre a Crise do Paradigma Científico Moderno e o Discurso Político Criminal de Expansão", in: *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, vol. 3, v. 1. Jan./dez. de 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vâni Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho

The civil responsibility of the employer in cases of labor accidents

DANIELA CRISTINA RODRIGUES

Advogada inscrita na OAB/MG sob o n. 125.183. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas/MG. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões no Rio de Janeiro, pela FIJ – Faculdades Integradas de Jacarepaguá. e-mail: danielarodriguesmg@hotmail.com.

RENATO DE SOUZA NUNES

Advogado inscrito na OAB/MG sob o n. 125.226. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas/MG. Pós-graduando em Direito Penal no Rio de Janeiro, pela FIJ – Faculdades Integradas de Jacarepaguá. e-mail: renattonunes@hotmail.com

Resumo: Doutrinariamente, até sob o ponto de vista histórico e ressalvadas algumas exceções pontuais, sempre se reconheceu no ordenamento jurídico pátrio que seria necessária a responsabilização civil e seus pressupostos em casos de acidente de trabalho. A responsabilidade civil subjetiva, disposta na Constituição da República no artigo 7º, inciso XXVIII, prevê a obrigação de reparar o dano, por todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, imprudência, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem. Entretanto, o novo Código Civil, no seu artigo 927, inovou a matéria adotando a responsabilidade objetiva ao empregador que exercer atividade cuja natureza possa oferecer risco. Neste caso, se houver acidente, o empregador é condenado a indenizar o trabalhador não se levando em conta se agiu com dolo ou culpa. Em virtude dessas duas possibilidades de responsabilização do empregador o Direito vê-se diante de algumas polêmicas, e este estudo teve como objetivo analisar a responsabilidade civil do empregador em relação ao empregado sob os dois aspectos, e destacar as posições doutrinárias a respeito da temática.

Palavras-chave: Acidente do trabalho; responsabilidade subjetiva; responsabilidade objetiva; atividade de risco.

Abstract: Doctrinally, even under the historical point of view and excepting some few points, it has always been recognized in Brazilian law that the civil responsibility and its assumptions would be necessary in cases of labor accidents. The subjective civil responsibility, in the Constitution, Article 7, item XXVIII, provides for the obligation to repair the damage, by whoever, by act or voluntary omission, carelessness, negligence or malpractice, violating rights or causing injury to others. However, the new Civil Code, Article 927, innovated the matter by adopting strict responsibility on employers who exercise an activity whose nature can provide risk. In this case, if there is an accident, the employer is ordered to indemnify the worker, not taking into account whether he acted intentionally or by fault. Because of these two possibilities of employer's responsibility, the law faces some controversy and this study aimed to analyze the

civil responsibility of the employer against the employee under the two aspects, and highlight the doctrinal positions of the theme.

Keywords: Accident of work; subjective responsibility; objective responsibility; risk activity.

1. Considerações iniciais

Diante dos possíveis acidentes ocorridos no ambiente de trabalho e em face às mudanças ocorridas na legislação brasileira, após a promulgação do Código Civil de 2002, que incluiu, no seu artigo 927, a forma de responsabilização objetiva do empregador de um dano decorrente de atividade que por sua natureza implica risco para os direitos do empregado, é primordial acompanhar o posicionamento doutrinário sobre essa questão.

A responsabilidade civil do empregador sempre instigou os doutrinadores e ganhou destaque na seara trabalhista a partir de novas e reiteradas decisões de juízes e tribunais no sentido de destituir o empregador da responsabilidade subjetiva – que se baseia na culpa – conduzindo-o a um campo jurídico novo, mais adequado à realidade, ao impor a responsabilidade objetiva que liberta o empregado do ônus de provar a culpa do patrão.

Por um lado, deve-se fazer justiça ao empregado, vítima de acidente laboral quando de atividades desenvolvidas for considerada de risco, com ou sem culpa do empregador, uma vez que nem sempre o trabalhador consegue fazer prova da conduta faltosa do patrão. Contudo, é importante que não se cometa injustiça com o empregador, se afastado o pressuposto da culpa, quando o mesmo tenha tomado todas as medidas preventivas para evitar o infortúnio.

Diante dessas duas possibilidades a pesquisa busca responder a seguinte indagação: de que forma os doutrinadores têm se posicionado sobre a aplicabilidade da responsabilidade objetiva do empregador, quando de acidentes do trabalho?

Para tanto, foi necessário abordar as correntes e teorias que alimentam o assunto, dirimir a abrangência do conceito de acidente do trabalho, evidenciando a necessidade de se inverter o ônus da prova e, ainda, analisar a relevância da efetividade das medidas de segurança e higiene do trabalho diante dessa responsabilização do empregador buscando uma compreensão e distinção da sua aplicabilidade.

2. Histórico da legislação acidentária no país

No Brasil, os primeiros institutos jurídicos a dar uma orientação geral sobre acidente do trabalho foram as Ordenações Filipinas, o Código Comercial Brasileiro de 1850 e o Código Civil de 1916, mas estes não tratavam especificamente da proteção dos trabalhadores acidentados; eram simplesmente, normas esparsas.

Da discussão jurídica em torno da responsabilidade decorrente do acidente de trabalho surgiram leis de proteção contra o acidente do trabalho, todas adotando a teo-

ria do risco profissional, responsabilizando o empregador pelos eventos acidentários ocorridos diretamente em razão do trabalho.

Esse posicionamento provocou debates que duraram anos, pois tratavam de encontrar uma maneira de fugir da noção jurídico-liberal da culpa, para conseguirem efetiva reparação aos danos dos possíveis acidentes, o que se fez fixar a obrigação do empregador de instituir seguros contra os respectivos infortúnios laborais (FRANCO, 2003).

Significou grande mudança na esfera jurídica do trabalhador a instituição desses seguros face ao acidente de trabalho, mas que também não representavam uma efetiva reparação do dano, pois havia a preocupação em não onerar demasiadamente as empresas, o que deixava a vítima em situação desfavorável diante das lesões sofridas.

Diante desta constatação avançou-se para a ideia de complementação da indenização conferida pelo seguro social, gerando novas discussões no período. Alegavam os empregadores, que a indenização por responsabilidade civil, acumulada com os benefícios do seguro de acidente do trabalho, gerava uma dupla reparação (FRANCO, 2003).

No Brasil este avanço na responsabilização se deu pela edição da Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal (STF), que preceitua: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.” Essa ampliação incluindo a culpa do empregador de qualquer espécie ou grau, foi inserida na Constituição de 1988.

Em decorrência desses entendimentos jurisdicionais alterou-se a legislação previdenciária que tem, atualmente, como parâmetro a Lei n. 8.213/91 dispoendo sobre Planos e Benefícios da Previdência Social, tendo como segurador obrigatório o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), dando cobertura a todos os infortúnios laborais.

Há no Brasil, um conjunto de normas de segurança e medicina do trabalho positivado no Decreto-lei 5.452/43, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com alterações feitas pela Lei 6.514/77 e complementado pelas Normas Regulamentadoras (NRs) aprovadas pelas Portarias 3.214/78 (relativa às regras gerais e ao trabalhador urbano) e 3.067/88 (inerentes ao trabalhador rural), ambas expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego-MTE (BARROS, 2007).

A CLT tece algumas regras preventivas para impedir danos à saúde física e psíquica do trabalhador, como, por exemplo: a exigência de serviços especializados em medicina do trabalho; a implantação de uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA); a conceituação das atividades insalubres com determinação de medidas de proteção para neutralizar a insalubridade; a previsão da distribuição de equipamentos de proteção individual (EPIs). Com tais regras atribui ao empregador maior responsabilidade, no que tange ao ambiente laboral, inclusive obrigando a empresa comunicar a ocorrência de doenças ocupacionais ou acidente do trabalho (CAT), à Previdência Social (LIMA, 2004).

Os trabalhadores, por outro lado, têm a obrigação de usar corretamente os equipamentos de proteção e as disposições legais estabelecidas, visto que são os maiores interessados em manter a integridade da própria saúde, sob pena de não cumprimento das referidas normas à dispensa por justa causa ou sofrer as consequências de sinistro indesejado.

Os programas de prevenção têm muitas metas e poucos instrumentos para torná-las efetivas, mormente porque os atos administrativos regulamentares não levaram em conta os avanços das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas no Brasil (OLIVEIRA, 1998).

Em razão do grande número de alterações normativas e a falta de regulamento específico que envolve o tema se faz necessário a edição de um diploma legal inovando sobre a matéria acidente do trabalho e dimensionando os aspectos da responsabilidade civil.

3. Acidentes de trabalho e acidentes equiparados

A definição de acidente do trabalho está disposta no artigo 19 da Lei 8.213/91:

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do artigo 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

As conceituações predominantes que definem acidentes de trabalho como todas as ocorrências não programadas, inesperadas, das quais resultam perdas materiais ou humanas não se sustentam na atualidade ao considerar as normas de segurança e higiene do trabalho, porque para os conceitos modernos de engenharia de segurança do trabalho, todo acidente de trabalho pode ter suas causas previamente levantadas, sendo possível determinar as probabilidades de falhas que possam gerar esses acidentes.

Há uma sequência lógica no conceito de acidente de trabalho (OLIVEIRA, 2007, p. 47):

[...] Trabalho de um empregado, durante o qual ocorre acidente, que provoca lesão ou perturbação funcional, que acarreta a incapacidade para o trabalho, podendo esta ser total, parcial ou temporária (Trabalho → acidente → lesão ou perturbação funcional → incapacidade).

As doenças ocupacionais são também consideradas como acidente do trabalho, conforme artigo 20 da lei 8.213/91 e ocorrem pela exposição cotidiana do trabalhador a agentes nocivos de qualquer natureza, presentes no ambiente de trabalho. São espécies dessas doenças: as doenças do trabalho e as doenças profissionais (OLIVEIRA, 2007).

As primeiras (mesopatias) estão associadas a fatores relacionados ao trabalho, porém, não estão ligadas ao exercício de determinada profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. Cita-se como exemplo a LER/DORT. As doenças do trabalho não têm nexos causal presumido, exigindo comprovação de que a patologia desenvolveu-se em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado, por meio de laudo técnico competente.

A segunda espécie, doenças associadas à profissão (tecnopatia), são aquelas cuja atividade, por sua natureza, atua na incapacitação para o trabalho; são aquelas em que o nexo causal da doença, com a atividade exercida, é presumido, como o caso, por exemplo, dos mineradores em lavra subterrânea, propensos à silicose.

O parágrafo 1.º do artigo 20 da Lei 8.213/91 não considera como doenças ocupacionais: doenças degenerativas; doença inerente a grupo etário; doença que não produza incapacidade laborativa; doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva.

Excepcionalmente, esse mesmo artigo ordena que eventuais doenças não relacionadas nas listas elaboradas pelo MTE, mas que resultem das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, deverão ser consideradas como acidente do trabalho pelo INSS.

Com desígnio de ampliar o rol dos acidentes de trabalho e amparar o trabalhador, o legislador enumera outras situações diversas das condições específicas determinadas pela natureza do trabalho. Nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou da doença. Pode existir a reunião de outros fatores: concausas. Assim, o art. 21 da Lei 8.213/91 abriga os “acidentes de trabalho por equiparação”, porque se relacionam apenas indiretamente com a atividade laborativa, como por exemplo, o acidente *in itinere*, ou seja, aquele que ocorre no trajeto da residência para o trabalho.

Essa classificação de acidente do trabalho propriamente dito, de doenças ocupacionais e acidentes equiparados é de interesse do INSS, que reconhece automaticamente a existência da relação de causa e efeito quando o cidadão, que busca sua assistência, é portador de doença profissional, sendo que o nexo de causalidade é presumido em alguns casos. Contudo, para os casos de doenças do trabalho não tem nexo causal presumido, exigindo comprovação de que a patologia desenvolveu-se em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado, por meio de laudo técnico competente.

Para facilitar o enquadramento como doença ocupacional houve, no final de 2006, uma alteração significativa, pela Lei 11.430/06, que acrescentou novo artigo na Lei 8.213/91 instituindo o nexo técnico epidemiológico (OLIVEIRA, 2007).

Em muitos casos de acidente de trabalho imputa-se ao empregador a responsabilidade sobre os mesmos, de tal forma que são obrigados, muitas vezes, a indenizar o trabalhador lesado.

4. Responsabilidade civil por acidente de trabalho

Por vezes, a falta de informação e conhecimento leva a vítima de acidente do trabalho a entender que seus direitos e benefícios serão atribuídos apenas ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), desconhecendo que essa cobertura acidentária não exclui, quando cabível, a responsabilidade civil do empregador.

Esses benefícios concedidos pela Previdência são decorrentes do seguro de acidentes do trabalho, que

[...] apesar da denominação, não tem natureza jurídica nem conteúdo de seguro propriamente dito. Apesar da denominação “seguro”, só garante ao acidentado um benefício estrito de cunho alimentar. O seguro não contempla indenização alguma, nem determina reparação dos prejuízos sofridos; apenas são concedidos benefícios para garantir a sobrevivência da vítima e/ou seus dependentes, como ocorre com todos os demais segurados da Previdência Social (OLIVEIRA, 2007, p. 85).

Caberá responsabilidade civil quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, devendo indenizar a vítima de acidente do trabalho. Essa responsabilidade civil pode ser entendida como um instrumento de manutenção da harmonia social, de forma que quando socorre o lesado, utiliza-se do patrimônio do causador do dano para restaurar o equilíbrio rompido. Essa responsabilização além de punir a conduta e amparar a vítima, também serve para desestimular o violador potencial. Mesmo porque “o anseio de obrigar o agente, causador do dano, repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça” (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 24).

A responsabilidade civil tem como fundamento os princípios da culpa ou do risco social. Diante do contexto atual de responsabilidade, a culpa permanece, mas não como único fundamento; a seu lado está o risco.

A ideia central da responsabilidade civil é que responderá pelo ressarcimento do prejuízo, quem infringe um dever jurídico, causando dano a outrem. Ela pode ser de natureza contratual: quando ocorrer a violação de um ajuste de vontades entre as partes; extracontratual ou aquiliana: quando ocorrer o descumprimento de qualquer dispositivo legal, inclusive o descumprimento do dever geral de cautela (DINIZ, 2004).

A responsabilidade do empregador pela indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional enquadra-se na natureza extracontratual por emanar da violação dos deveres contidos nas normas do sistema de segurança e medicina do trabalho.

Quanto ao fundamento, a responsabilidade civil se apresentará em subjetiva ou objetiva, mas por uma questão metodológica é primordial analisar os seguintes pressupostos de acordo com Maria Helena Diniz:

1) *Conduta – ação ou omissão* = a conduta humana (dolosa ou culposa), exigida para caracterizar o ato ilícito é voluntária e consciente (aspecto psicológico, subjetivo), se exteriorizando (aspecto físico ou objetivo) em uma ação ou omissão, em desacordo com um dever legal, isto é transgridem a lei preexistente.

2) *Dano e suas espécies* = na responsabilidade civil seja objetiva ou subjetiva o dano é elemento essencial ou determinante. Sem a ocorrência de prejuízo não há o que reparar. Imputar a alguém o dever de indenizar sem restar caracterizada a existência do dano, ainda que presumido¹, se traduz em ofensa ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

Existem danos justificados e danos ressarcíveis, segundo entendimento de Jorge Bustamante (*apud* LIMA, 2004), sendo que justificados são os advindos de atos lesivos, que não acarretam o dever de indenizar. O dano pode ser justificado pela lei, como as hipóteses de exclusão da ilicitude, legítima defesa, exercício regular do direito, estado de necessidade próprio ou de terceiro (se o dono da coisa lesada foi o culpado do perigo). Outrossim, as excludentes de causalidade (caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima) justificam os danos.

Os danos ressarcíveis provocam a diminuição ou destruição do direito patrimonial ou moral do lesado, contra a sua vontade. Eles podem ser:

a) danos patrimoniais ou materiais, que de acordo com Maria Helena Diniz, “vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável” (DINIZ, 2004, p. 70).

Quanto aos danos patrimoniais advindos de lesões ou morte do trabalhador, este ou seus dependentes têm direito à indenização dos prejuízos efetivos – de lucros emergentes – e os prejuízos com base no que, razoavelmente, o lesado deixou de ganhar – lucros cessantes (CC, artigos. 402 e 403 c/c 948, 949 e 950)².

Se a deformidade física oriunda do acidente for apenas estética, *a priori* enseja apenas danos morais, mas poderá também ocasionar danos patrimoniais se repercutir nas possibilidades econômicas da vítima que depende da aparência física para exercer o trabalho.

Quando existir morte da vítima, presume-se que os sentimentos afetivos são de valores inestimáveis, causando prejuízo de cunho moral para seus familiares. Aquela vida humana tem também valor econômico para seus dependentes, uma vez que era fonte de possibilidades econômicas e por este prisma o dano é patrimonial.

b) danos extrapatrimoniais ou morais que para Cahali (*apud* PAMPLONA FILHO, 2001), é tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo os valores inerentes da pessoa, os mais intrínsecos, fundamentais à personalidade, reconhecidos pela sociedade em que está integrado.

¹ Em regra não se repara dano presumido. No entanto, em alguns casos, nossos tribunais têm entendido que basta a presunção de dano, sendo desnecessária sua prova.

² Conforme Maria Helena Diniz (2004, p. 72), os lucros cessantes são prejuízos presumidos segundo a “*probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto. (...) Deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza*”.

Nessa espécie de dano, a reparação pecuniária, é mais uma forma de abrandar o sofrimento, do que um ressarcimento propriamente dito, por serem esses bens da vida inestimáveis, não tendo como dar preço a sentimentos como a dor ou a tristeza.

A Constituição da República contemplou de forma explícita, o cabimento do dano moral e, inclusive, permitiu a cumulação deste com a indenização do dano patrimonial, conforme artigo 5.º, incisos V e X.

É presumível o prejuízo resultante da dor imputada à vítima de acidente de trabalho que sofreu perda ou redução da sua capacidade para realizar o seu ofício, pois as lesões sofridas podem provocar tristezas ou atribulações internas pertinentes à sensibilidade como consequência do dano corporal.

Há uma tendência nos tribunais em acatar a presunção do dano moral. Em regra, basta que a vítima prove a existência do dano material, o nexo de causalidade imputável ao agente ou responsável pelo evento danoso para imputar-lhe também a obrigação de ressarcir esse dano, o que impõe ao empregador o dever de indenizar ambos, conforme Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Cabe ao empregador, o ônus de provar a inexistência de ofensa aos sentimentos do lesado ou outra excludente de sua responsabilidade (GONÇALVES, 2008).

3) *Nexo de causalidade* = para obrigar o empregador ou responsável pelo dano a repará-lo, seja fundado na responsabilidade objetiva ou subjetiva, é elemento essencial a relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão de quem o produziu. É indispensável o nexo de causalidade do acidente de trabalho para a concessão dos benefícios do seguro acidentário junto ao INSS, quanto para a responsabilização civil do empregador.

Vale lembrar que podem ser múltiplas as causas geradoras de um dano, e para melhor identificá-las é necessário entender as concausas; que são as circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir os danos. Esse instituto facilita a análise da atribuição da responsabilidade civil, face existência de moléstias que não estão ligadas diretamente ao trabalho, como é o caso das doenças degenerativas, em que o empregado já tem uma predisposição genética a adquiri-la, sendo esta agravada pelo exercício de suas atividades. Nesses casos a doença apenas ocorre no trabalho, mas não pelo trabalho.

Seja com fulcro na responsabilidade objetiva ou subjetiva, o exame de causalidade deve ser feito antes da verificação da culpa ou do risco da atividade, sendo que haverá acidente quando se constata o nexo causal. Porém, em relação à responsabilização do empregador tem que ser constatado o liame causal do dano com o trabalho.

4.1. Responsabilidade civil subjetiva

“A responsabilidade civil será subjetiva quando indenizar surgir em razão do comportamento do sujeito que causa dano a terceiros por dolo ou culpa”. É o que leciona Oliveira (2007, p. 93).

Na clássica teoria da culpa, a obrigação de indenizar pressupõe a existência do elemento subjetivo: dolo (culpa *latu sensu*), em que o agente tem pleno conhecimento do mal e intenção de praticá-lo; ou a culpa *stricto sensu*, advinda da negligência, imprudência ou imperícia do agressor, que viola o dever de conhecer e agir de modo a não prejudicar outrem. Daí, a responsabilidade civil sob o fundamento da culpa é conhecida como subjetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro acolhe a responsabilidade civil subjetiva que além da previsão constitucional do artigo 7.º, inciso XXVIII da Constituição da República, também está previsto nos artigos 186 e 187 (parte geral) combinado com o artigo 927, *caput*, (parte especial) do Código Civil nos seguintes termos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Observa-se nos dispositivos ora citados, que a responsabilização do empregador, está intimamente ligada à existência de um ato ilícito que pressupõe a comprovação da culpa. É primordial que se distinga, dessa forma, a conduta dolosa e conduta culposa.

Pela conduta dolosa, a ação ou omissão do autor, origina de vontade consciente e deliberada de violar o direito de outrem e causar-lhe prejuízos; o agente tem a previsão do resultado e consciência da ilicitude de sua conduta e quer o resultado (dolo determinado) ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), ficando indiferente se ocorrerá ou não o dano.

Na conduta culposa, o agente se conduz de modo contrário à conduta esperada do ser humano prudente e produz resultado indesejado, mas moralmente imputável, tem erro de conduta ou conduta culposa. É a culpa estrita que se origina de ação ou omissão voluntária do agente, o qual não previu (porém, deveria prever) nem quis o resultado danoso. Então, segundo o clássico conceito de Planiol (*apud* LIMA, 1999, p. 75), “a culpa é a violação de uma obrigação preexistente”.

Os elementos da culpa são, portanto: conduta voluntária; previsibilidade objetiva; ausência de previsão; falta de cuidado objetivo que se exterioriza pela imprudência, negligência ou imperícia; resultado involuntário – o agente não quis nem assumiu o risco de causar resultado danoso; nexos causal – relação de causalidade entre a conduta culposa e o resultado danoso; imputabilidade – é o elemento constitutivo da culpa, relativa à consciência e vontade do agente. A imputabilidade pressupõe ação livre, consciente e capaz do agente.

A culpa se desdobra em diversas modalidades, conforme Maria Helena Diniz (DINIZ, 2004):

A responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho

- a) quanto à natureza do dever violado = pode ser contratual (violação de obrigação jurídica preexistente relativa a um contrato) ou culpa extracontratual ou aquiliana (se o dever violado for estabelecido em preceito genérico de direito, ou seja, princípio geral que manda respeitar as pessoas e bens).
- b) quanto a sua graduação = classifica-se em grave, leve e levíssima.
- c) quanto ao seu conteúdo = existem as espécies: *in commitendo* (conduta comissiva, positiva, como imprudência e imperícia); *in omittendo* (conduta omissiva, negativa, negligência); *in eligendo* (oriunda da má escolha do representante ou preposto); *in vigilando* (ausência de fiscalização por parte do patrão das coisas e do exercício de atividade de seus operários); *in custodiendo* (ausência de cautela em relação à pessoa, coisa ou animal, que se encontravam sob os cuidados do agente).
- d) quanto ao conteúdo de sua apreciação = *culpa in abstracto* (o agente atua sem a atenção própria do homem normal, em relação aos seus negócios), *culpa in concreto* (ausência da diligência necessária às pessoas em relação às suas próprias coisas, segundo as suas faculdades, aptidões ou dos seus defeitos psíquicos).
- e) quanto à culpa concorrente = é hipótese de concorrência de causas. A vítima, paralelamente à conduta culposa do empregador, concorre com atitude, também culposa para a ocorrência do acidente laboral. Nesses casos a jurisprudência consagra a redução da indenização da vítima.

Sérgio Cavalieri Filho (1999) cita ainda mais duas espécies de culpa: a culpa presumida sendo aquela que decorre do próprio fato (*in re ipsa*), e a culpa contra a legalidade quando a conduta é contrária a um dever expresso em dispositivo legal.

Os defensores da culpa como fundamento da responsabilidade civil, os irmãos Mazeud, numa concepção moderna, ante as dificuldades encontradas para efetivar a reparação do dano, criaram a teoria da culpa sem imputabilidade moral, mediante o artifício da presunção *juris et de jure*, que na verdade foi uma transição para aceitar as novas teorias do risco (DINIZ, 2004).

A tendência atual do direito, que a cada dia se concretiza mais, manifesta-se no sentido de substituir a ideia da culpa pela ideia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva, tudo em prol da socialização dos riscos. Tanto que a lei 11.430/06 instituiu o nexó técnico epidemiológico que aparece no processo do trabalho como efeito de redistribuição do ônus da prova, uma vez que caberá ao empregador demonstrar que a patologia que atingiu o seu empregado ou ex-empregado nada teve como fator preponderante a atividade laboral. A criação do nexó técnico epidemiológico demonstra a evolução legislativa na intenção de caminhar para aplicação da teoria do risco.

4.2. Responsabilidade objetiva

Após a promulgação do novo Código Civil de 2002, que abre exceção ao instituto da responsabilidade subjetiva mediante norma genérica, surgiu a teoria do risco

como fundamento da responsabilidade objetiva, ante a necessidade de amparar as vítimas de acidentes do trabalho e tendo em vista os problemas sociais deles originados.

No ensinamento Sérgio Cavalieri Filho (1999), a teoria do risco foi embasada sob vários prismas e podem ser identificadas em diversas modalidades a seguir expostas:

- a) Teoria do risco-proveito – funda-se na ideia de que aquele que tira proveito da atividade danosa é responsável pela reparação do dano. Porém, aplica-se somente aos exploradores de atividades econômicas, e ao lesado impede provar a existência do proveito.
- b) Teoria do risco criado – por essa teoria “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas de evitá-lo” (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 143).
- c) Teoria do risco profissional – desenvolvida para justificar a reparação dos prejuízos advindos de acidentes do trabalho, e sustenta ser suficiente a lesão, seja em decorrência da atividade ou da profissão do lesado.
- d) Teoria do risco excepcional – responsabiliza exploradores de atividades de riscos coletivos, (exploração de energia nuclear, materiais radioativos, etc).
- e) Teoria do risco integral – para esta teoria basta haver o dano para caracterizar o dever de indenizar. , não admite quaisquer causas excludentes.

Cavalieri (1999, p. 145) afirma que, em qualquer das modalidades, a teoria do risco se resume na seguinte afirmação: “Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”.

Também comunga nesse mesmo pensamento Oliveira (2007, p. 219), que assim leciona: “É importante registrar, também, a tendência na doutrina e leis mais recentes de avançar para a culpa objetiva, mesmo no caso de responsabilidade civil. Por essa teoria, basta à ocorrência do dano para gerar o direito à reparação civil, em benefício da vítima”.

Tal ensinamento se torna claro ao analisar o que determinar o parágrafo único do artigo 927, que dispõe:

Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a *atividade* normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (g.n).

Contempla tal artigo a responsabilidade com fundamento nos riscos da atividade, logo, o dever de reparar, em determinadas hipóteses, basta apenas a existência do prejuízo (dano) e a relação deste com o evento danoso. Então, na responsabilidade objetiva aquele que no exercício do seu empreendimento cria um risco de dano a outrem, responde pela reparação dos prejuízos mesmo quando não tenha advindo em qualquer culpa.

A responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho

Diante de tais considerações cabe verificar mais detalhadamente as atividades de risco, pois a disposição do artigo citado traz em seu parágrafo um conceito aberto que, por falta de regulamentação expressa do que seja atividade de risco, podendo, por isso, levar a um entendimento restritivo ou ampliativo.

A responsabilidade objetiva pelo risco da atividade pressupõe não apenas um risco qualquer, normal e próprio das atividades humanas e/ou produtivas normais, mas também um risco excepcional e incomum, embora previsível. Este risco deve provir de uma atividade potencialmente perigosa, praticada regularmente. O potencial de perigo da atividade de risco é a característica que a diferencia das outras atividades para caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos indenizáveis, com base na responsabilidade objetiva.

Se no direito comum as dificuldades são grandes quanto à identificação das atividades de risco, no Direito do Trabalho não constitui novidade por já existir previsão sobre atividades consideradas de risco como as atividades insalubres (CLT, art. 189 e NR 15 da Portaria 3.214/77); e as atividades perigosas (CLT, art. 193 e NR 16 da Portaria 3.214/77), como, por exemplo, as atividades exercidas em contato com eletricidade de acordo com a Lei 7.410/85 e Decreto 92.530/86 (LIMA, 2004).

Há inúmeras outras atividades consideradas perigosas, que não são prefixadas em lei, que no caso concreto deverá analisada a possibilidade de ser enquadráveis como de risco para os efeitos do parágrafo único do art. 927 do CC. Constata-se, entretanto, que esse parágrafo não autoriza afirmar que a teoria do risco foi adotada em caráter geral, para abranger qualquer risco. Ademais, não se pode esquecer que é o empregador que busca resultados com a sua atividade, devendo assumir os riscos da mesma em face daquele que lhe presta serviços conforme o art. 2.º da CLT.

É importante mencionar que a atividade de risco é diferente da condição insegura que o empregado pode estar trabalhando. A condição insegura é passível de neutralização ou correção por meio de adequada prevenção atribuída ao empregador, como condição obrigatória no contrato de trabalho. Neste contexto decorre a presunção da culpa do empregador, que tem o dever legal de cautela para resguardar os empregados dos riscos da atividade. É isto que fundamenta a inversão do ônus da prova a favor da vítima do acidente.

No aspecto previdenciário atual, a Lei 8.213/91, que é obrigatória e impositiva, estipula em dois prismas a responsabilidade objetiva para assegurar a relação jurídica do seguro social e o direito de reparação da vítima de acidente. Por um lado, impõe ao empregador o ônus de arcar com a manutenção do seguro coletivo e também a obrigação de arcar com pagamento dos primeiros quinze dias de afastamento do empregado, garantindo a estabilidade acidentária de um ano, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente e ainda se não tiver tomado todas as medidas obrigatórias de segurança e higiene do trabalho estará sujeito a responsabilização civil indenizatória.

Como se percebe, a teoria da responsabilidade objetiva nas ações de acidente do trabalho contra o empregador deixa de ser uma ficção e começa a ganhar reconhecimento nacional, entende-se, que quando a atividade desenvolvida que por sua natureza produza risco ao empregado, ensejará o dever de reparar os danos causados sem

que haja necessidade de comprovação da culpa do autor do fato, não havendo a obrigatoriedade de que ter resultado em lucro ou vantagem econômica para o agente, para que haja caracterização de sua responsabilidade objetiva.

Nesses casos, em geral, vem sendo aceitável na jurisprudência tal entendimento, considerando o trabalhador como a parte mais fraca do polo, e devido às péssimas condições do ambiente de trabalho. “Merece realce de que a reparação ocorrerá independentemente de culpa, bastando que haja o dano e o nexo de causalidade deste com a atividade desempenhada pela vítima” (OLIVEIRA, 2007, p. 111).

4.3. Ônus da prova no acidente de trabalho

A evolução do pensamento social vem determinando modificações profundas, deslocando para o entendimento de se beneficiar menos os titulares do poder econômico (empregadores) em detrimento de se defender mais os interesses dos que estão sujeitos a tal poder (empregados), tendo como fundamento, o princípio da hipossuficiência do trabalhador, como aconteceu no direito consumerista.

Dentro dessa tendência que se oscila em ora adotar a teoria do risco, ora a responsabilidade subjetiva, favoreceu o acolhimento da inversão do ônus da prova em favor da vítima, presumindo a culpa do empregador. Tal posicionamento passa a ser um ponto de transição interessante, de modo que entre o rigor do ônus da prova que sobrecarrega ao acidentado na teoria subjetiva e o deferimento da reparação embasado pela responsabilidade objetiva, obtém-se um equilíbrio processual ao se aceitar a culpa presumida (MELO, 2002).

Com a inversão do ônus da prova cabe à vítima provar o dano e o nexo de causalidade, presumindo-se a culpa do empregador, porquanto é deste o dever de proporcionar um ambiente de trabalho seguro e capacitar o empregado para o exercício das atividades laborativas, mas essa presunção de culpa não é peremptória, dado que o empregador pode exonerar-se do dever de ressarcir, provando que não tem culpa quando provar uma das causas excludentes de responsabilidade civil, tais como caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima.

Conforme o disposto no art. 818, da CLT e o art. 333, I e II, do Código de Processo Civil (CPC), com aplicação subsidiária no processo trabalhista, fixam que o ônus da prova nos processos em geral tem como regra básica de que cumpre a quem faz uma alegação produzir prova do que alegou. Assim, é que cumpre ao autor fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito e, em contrapartida, cumpre ao réu produzir sua prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor que vier a alegar.

No entanto, na questão do acidente de trabalho existem alguns motivos que impulsionam a inversão do ônus da prova, tais como a enorme dificuldade da vítima para provar as causas do acidente, principalmente em situações como das culpas anônimas ou pouco visíveis dos instrumentos de trabalho desgastados, jornadas exaustivas, falta de treinamentos, desvio de função, pressão de chefes. Enfatiza a respeito Sergio Cavalieri (2005, p. 63): “A prova da culpa, em muitos casos, é verdadeiramente diabólica, erigindo-se em barreira intransponível para o lesado”.

A finalidade de sustentar a inversão do ônus da prova, em hipóteses de acidente de trabalho, se faz necessária, visto que os empregados sequer têm acesso às documentações que comprovem a efetivação das medidas de segurança e medicina do trabalho e, geralmente, não têm condições financeiras para pagar a perícia técnica exigida nesses casos.

4.4. Excludentes da responsabilidade

Alguns acidentes de trabalho embora ocorram durante o exercício da atividade não autorizam o acolhimento da responsabilidade civil do empregador por ausência do pressuposto da causalidade ou do nexos de imputação do fato gerador ao empregador. Então se exime da responsabilidade civil, se comprovar a interrupção da relação de causalidade quando:

a) Houver culpa grave e exclusiva da vítima que fica caracterizada quando tiver sido a causa única do acidente de trabalho a sua conduta, não tendo nenhuma ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais técnicas ou do dever geral do empregador que proporcionava um ambiente adequado. Quando a vítima age com dolo, intencionalmente, fica-se diante de outra figura excludente da responsabilidade civil, que é a autolesão, que difere da culpa exclusiva da vítima apenas pelo fato do agente atuar com dolo.

b) Caso fortuito e força maior – São circunstâncias ou condições que escapam de qualquer controle do empregador. Sendo caso fortuito o que é imprevisível e inevitável, proveniente de ato humano, terceiro alheio ao ambiente laboral, que não tenha sequer ligação indireta com o empregador. Portanto, é causa estranha à atividade e vontade deste. Já a força maior é um acontecimento previsível ou não, mas inevitável e estranho à vontade das partes, proveniente de eventos da natureza: como um raio, uma tempestade, etc. Segundo Sérgio Cavalieri (2005, p. 91) “a imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior”.

c) Fato de terceiro – aquele ato ilícito praticado por alguém que não seja nem o acidentado, nem o empregador ou seus prepostos. Nesse caso não caberá reparação civil por parte do empregador devido a ausência do nexos causal do acidente com a prestação do trabalho, mas o acidentado poderá, se for o caso, postular a reparação em face do terceiro causador do dano.

É oportuno lembrar que a doutrina, ao tratar de “excludentes da responsabilidade”, refere-se tanto as excludentes do ilícito como as do nexos causal. A diferença é que entre as excludentes da ilicitude excluem a culpa, o ilícito, conforme art. 188 CC (legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente) e as excludentes do nexos causal excluem a relação, o liame, entre a ação ou omissão e o dano. São, destarte, condutas ou fatos, estranhos à vontade do agente, que provocam o dano e não sua conduta.

4.5. Controvérsias sobre a aplicabilidade da responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho

A partir da vigência do novo Código Civil (art. 927, parágrafo único) – que trouxe a possibilidade de aplicação da teoria do risco no caso de acidente do trabalho, atribuindo ao empregador a responsabilidade objetiva nas atividades de risco – surgiram controvérsias jurídicas, devido à complexidade da questão, formando duas correntes de entendimento entre os doutrinadores que discutem o cabimento de tal responsabilidade.

Há os que sustentam que, sempre, sem qualquer exceção, a responsabilidade do empregador será subjetiva, conforme disposição expressa do art. 7.º, XXVIII, da Constituição da República, pois consideram de nenhuma eficácia a responsabilidade objetiva prevista art. 927 do CC, diante da regra de que a Lei Fundamental não pode ser aniquilada por lei infraconstitucional.

No entanto, a segunda corrente advém do pensamento que o novo dispositivo tem inteira aplicação no caso de acidente do trabalho. Entendem que a previsão do inciso XXVIII do art. 7.º da Constituição da República deve ser interpretada em harmonia com o que estabelece o caput do artigo respectivo que diz “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...” (g.n.), e que a vontade do constituinte e a expressão contida na Constituição, são no sentido de assegurar no referido artigo um patamar mínimo de direitos fundamentais, deixando aberta a possibilidade de serem criados outros direitos e melhorados aqueles já enumerados desde que visem a melhoria da condição social do trabalhador. Essa criação pode decorrer de alteração constitucional, infraconstitucional e convencional (MELO, 2002).

Assim, a segunda corrente defende que não há como se conceber a argumentação de que, sempre a responsabilidade civil do empregador por dano acidental será subjetiva, só pelo fato de o art. 7.º XXVIII aludir à culpa ou dolo do empregador, como base normativa.

Por certo não foi este o intuito do legislador constituinte: fixar tal inciso, como fundamento da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho como questão fechada, porque ainda de acordo com o artigo 7.º, o legislador ordinário está autorizado a criar e modificar os direitos inscritos nos seus incisos, para a melhoria dos trabalhadores (SILVA, 1999).

Afinado com esse pensamento, Arnaldo Lopes Sússekind (2001, p. 93), registra:

A expressão “além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social” não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no artigo em tela, como justifica a instituição de normas, seja por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja, enfim, por um laudo arbitral ou sentença normativa dos tribunais do trabalho. O que tem relevo para afirmar a constitucionalidade dessas normas jurídicas é que não sejam elas incompatíveis com os princípios e prescrições da Lei Maior.

Pode-se entender, ainda de acordo com Süsskind (2001), como tais princípios e prescrições referidos da Constituição da República, o respeito à vida, à dignidade humana e outros, sendo no âmbito trabalhista, os valores sociais do trabalho.

O melhor entendimento para o disposto no inciso XXVIII do art. 7º da Constituição da República é de conceito aberto que permite harmonizá-lo com o que prevê o § 3º do art. 225 do mesmo Instituto, que assegura a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, com outros preceitos legais. Não se esquecendo de que a Constituição estabelece que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º), o que afirma a necessidade de se buscar uma interpretação sistemática e uniforme dos seus preceitos (MELO, 2002).

Tal linha de raciocínio seria suficiente para justificar a responsabilidade objetiva do empregador em relação ao dano causado ao empregado, decorrente de acidente de trabalho, com fundamento na regra inscrita no art. 927, parágrafo único, do CC, marcando a evolução da responsabilização subjetiva para a objetiva. No entanto associa-se, a ela outro fundamento relevante, consistente na necessidade de observação do princípio basilar do Direito do Trabalho, o da proteção da hipossuficiência econômica, aqui exteriorizado por meio da norma mais favorável ao trabalhador.

Por isso, não apresenta qualquer surpresa a inovação que traz o atual Código Civil, ao estabelecer a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem, e, mais especificamente, prevê a responsabilização do empregador para a reparação dos danos ocasionados ao trabalhador acidentado, advindos da atividade, cuja natureza é perigosa e oferece riscos para os direitos de outrem. Portanto, segundo a corrente que defende a responsabilidade objetiva, para aferir a obrigação de indenizar bastará a simples constatação do dano e o fato de que ele se verificou a serviço do empregador.

Observa-se que na responsabilidade objetiva para a configuração da atividade de risco não basta que a atividade desenvolvida pelo autor do dano crie riscos para os direitos de outrem, sendo imprescindível que, na sua natureza, exista um extraordinário e potencial de perigo.

Torna-se mais simples a compreensão a respeito da necessidade de mitigação do inciso XXVIII do art. 7º, mediante aplicabilidade e compatibilização do § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) e do § único do art. 927 do Código Civil, nos casos de acidentes e doenças do trabalho, no que diz respeito ao fundamento da responsabilidade do empregador. Esses dois dispositivos legais são compatíveis com a disposição do inciso XXVIII do art. 7º no tocante à responsabilidade do empregador decorrente de acidentes e doenças do trabalho, sem se tornar inconstitucional (OLIVEIRA, 2007).

Como dito, a imposição de responsabilidade ao empregador por acidente de trabalho constitui um direito mínimo do trabalhador, que pode ser melhorado por meio de alterações legislativas e convencionais, porque o aludido art. 7º assegura garantias mínimas e, no Direito do Trabalho, a hierarquização das normas leva em conta aquela que for mais favorável ao trabalhador.

Na busca dessa harmonização e do respeito aos princípios e valores fundamentais antes aludidos, observa-se que há “um nítido deslocamento do pensamento jurídi-

co em direção à responsabilidade objetiva, especialmente nas questões que envolvem maior alcance social” (OLIVEIRA, 2007, p. 18).

É necessário ressaltar que a responsabilidade objetiva se afirmou em espaço próprio de convivência funcional, para socorrer as situações em que a exigência da culpa representa demasiado ônus para as vítimas acidentadas, quase inviabilizando a reparação do prejuízo sofrido, mas não suplantou nem derogou a teoria subjetiva que continuará sendo aplicável quando a culpa do empregador restar demonstrada.

5. Considerações finais

Em matéria de responsabilização do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho, aplica-se, conforme o caso concreto, a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na ideia de ato ilícito, que pressupõe a ideia de culpa por condições inseguras de trabalho (descumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho), com inversão do ônus da prova para o autor do dano; ou a teoria da responsabilidade objetiva pelo risco criado, em decorrência da natureza da atividade desenvolvida, que se limita a aferição do nexo de causalidade entre o risco e o evento danoso.

Esse último entendimento encontra-se em sintonia com os princípios e normas constitucionais, além daqueles inerentes à própria relação de emprego, promovendo um legítimo movimento de acesso à tutela jurisdicional.

Com relação à aparente contradição/antinomia ou conflito hierárquico de normas constitucionais, entende-se que o dispositivo do art. 7.º, inciso XXVIII da Constituição da República, não pode ser interpretado isoladamente, o que enseja métodos de interpretação e integração do direito, sendo perfeitamente possível à conjugação entre o referido dispositivo com o artigo 927 parágrafo único do Código Civil.

No sistema constitucional, essas supostas antinomias ou tensões entre normas são resolvidas por meio dos princípios da unidade e da harmonização dos textos constitucionais. Procura-se ponderar valores e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma das normas em “conflito”, para harmonizá-las e aperfeiçoá-las a fim de se produzir um equilíbrio sem negar por completo a eficácia de nenhuma delas, o que fundamenta que não se aplicará a interpretação de exclusão de norma por outra norma. No que diz respeito ao seguro ao benefício do INSS, basta ao trabalhador-segurado provar o evento, o dano e o nexo causal entre estes, pois a responsabilidade pela concessão previdenciária é objetiva, independente de culpa.

Verifica-se que as normas protetoras de segurança e saúde do ambiente do trabalho foram elevadas à categoria constitucional, havendo um progresso relativo na área de prevenção de acidentes do trabalho.

Vale mencionar que pela responsabilidade objetiva o direito que gera reparação do dano pelo empregador deve ser proveniente de atividades que normalmente implicam riscos. Nesse sentido deve ser analisado casuisticamente, considerando a natureza da atividade, ou seja, o seu grau específico de risco, cabendo o deferimento da repara-

ção se o risco a que se expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral.

Portanto, se os operadores do direito analisarem o acidente do trabalho, como consequência de dano ambiental, ou se não for cabível por se tratar explicitamente de acidente de trabalho oriundo de causa diversa, é essencial, devido à hipossuficiência e vulnerabilidade do empregado, que seja adotado o critério da culpa presumida (aceita pelos defensores da teoria da responsabilidade subjetiva), que dá ensejo à inversão do ônus da prova, porque é o empregador que tem condições reais de provar se cumpriu ou não sua obrigação de implantar e implementar as medidas necessárias para a segurança e higiene de seus trabalhadores.

Cabe ressaltar que a indenização decorrente do acidente do trabalho, por parte do empregador, é tema ainda novo e de difícil entendimento para os operadores do direito, envolvendo questões de matéria civil, penal, trabalhista e previdenciária, devendo ser estudada e pesquisada a cada dia, uma vez que é necessário encontrar soluções para a diminuição deste mal que dizima a vida e a saúde de trabalhadores.

Referências

BARROS, Alice Monteiro et al. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTR, 2007.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. *Consolidação das Leis do trabalho*. Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex-Coletânea de Legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Coletânea. Organização dos textos por Yussef Said Cahali. 5 ed. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. *Coletânea*. Organização dos textos por Nelson Mannrich. 4 ed. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. Normas Regulamentadoras aprovadas pela Portaria n. 3.214 8 de junho de 1978. *Segurança e Medicina do Trabalho*. Coordenação e supervisão da Equipe Atlas. 53. ed. São Paulo, Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. VII.

FRANCO, Otávio Augusto N. de Melo. A responsabilidade civil e a nova legislação no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*. Bauru-SP, fev. 2003. Disponível em: <<http://www.jurisconsultor.com.br/doutrina>>. Acesso em 6 ago. 2010.

GONÇALVES, Marcos Fernandes. Responsabilidade civil por acidentes do trabalho: reflexões sobre a interpretação do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1905, 18 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11735>>. Acesso em 13 ago. 2010.

LACERDA, Nadia Demoliner. O novo Código Civil e a polêmica sobre indenizações. *Revista Consultor Jurídico*. Bauru-SP, maio 2003. Disponível em: <<http://www.jurisconsultor.com.br>>, Acesso em: 07 ago. 2010.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Maria Marta Rodovalho Moreira de. Acidentes do trabalho. Responsabilidades relativas ao meio ambiente laboral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 472, 22 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5815>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

MELO, Raimundo Simão de et al. Proteção legal e tutela coletiva do meio ambiente do trabalho, in: *Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (coord.). Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 9-42.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2037>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 16. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional [até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998]. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do trabalho*. 2 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Exceção de pré-executividade – sua extinção após a Lei 11.382/06

Exception of pre-executivity: its extinction after the Law 11.382/06

DEMÓCRITO REINALDO FILHO

Juiz de Direito (32ª. Vara Cível do Recife).

e-mail: demo@ibdi.org.br

1. Introdução

A exceção de pré-executividade não é instituto previsto na lei processual, tendo sido admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial. Passou a ser admitida para possibilitar a discussão de certas questões sem submeter o executado ao ônus da penhora. Por meio dela, tornou-se viável o exercício da defesa no processo de execução sem o condicionamento da prévia constrição patrimonial do devedor. Facultou-se o comparecimento de imediato nos autos para submeter ao conhecimento do magistrado determinadas matérias relativas à nulidade do título, independentemente de penhora ou embargos. A ideia era de que não se justificava submeter o executado à constrição patrimonial quando flagrante ou evidente a nulidade do título e, por conseguinte, do próprio processo executivo. Como salienta Candido Rangel Dinamarco, “a aceitação em tese das objeções de pré-executividade constitui o reconhecimento de que não seria legítimo deixar invariavelmente aberto o campo para execuções desprovidas de requisitos indispensáveis, com a possibilidade de exercer constrições sobre o patrimônio de um sujeito, e o ônus, imposto a este de oferecer embargos depois [...]” (DINAMARCO, 2004, pp. 715-716).

Embora, nas suas origens, a utilização da exceção de pré-executividade tivesse espectro mais restrito, relacionada a matérias cognoscíveis de ofício (como, v.g., prescrição, ilegitimidade e nulidades absolutas), com o passar do tempo a jurisprudência passou a balizar o seu cabimento muito mais pela desnecessidade de dilação probatória. Assim, a substituição da cognoscibilidade de ofício da matéria pela *desnecessidade de dilação probatória*¹, como requisito de cabimento, fez com que na prática toda e qualquer

¹ A esse respeito, veja-se o seguinte trecho de voto do Ministro Castro Meira no REsp 872.300/RJ: “Por construção doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade foi admitida como instrumento para provocar-se, através de prova documental pré-constituída, a manifestação do juízo sobre matérias que deveria conhecer de ofício e que não demandem dilação probatória. Em um primeiro momento, o critério definidor das matéria que poderiam ser alegadas por meio desta excepcional modalidade de defesa do executado residia na possibilidade ou não de o Juiz conhecê-las de ofício. Em momento posterior, temperou-se o entendi-

matéria de defesa na execução pudesse ser ventilada por meio da objeção de pré-executividade, inclusive excesso de execução² e compensação da dívida³. Tal concepção elasteceu demasiadamente o campo para o manejo da *exceção*⁴, que em vez de incidente excepcional (como o próprio nome já diz), passou a ser utilizada como sucedâneo dos próprios embargos e, também, como o meio de evitar o pagamento de custas no exercício da defesa do executado. Além de evitar o pagamento de custas, o executado auferia dois momentos para apresentação de sua defesa: um anterior (da *exceção*) e o dos próprios embargos (quando e se ultrapassadas as questões postas previamente). Obviamente que a amplitude atribuída à *exceção de pré-executividade* em sede jurisprudencial fez com que o instituto não só perdesse suas características originais (delineadas em plano doutrinário), mas se transformasse em fator de desvirtuamento da estrutura do processo executivo.

Com o advento da Lei 11.382/06 não há mais razão para subsistir em nosso sistema o famigerado instituto, tendo em vista que foi feita uma alteração no *caput* do art. 736 do CPC (e revogado o art. 737), de modo a permitir ao executado ingressar com os embargos independentemente de penhora, depósito ou caução. Antes do advento da mencionada Lei, a utilização dos embargos dependia da prévia segurança do juízo. Como essa providência passou a ser desnecessária, a *exceção de pré-executividade* perdeu sua utilidade. Sabendo-se que seu objetivo era propiciar ao executado a possibilidade de se defender de uma execução notadamente indevida, sem ter de enfrentar o cons-

mento inicialmente consagrado pela doutrina e jurisprudência, segundo o qual a exceção de pré-executividade somente poderia ser admitida na defesa de questões de ordem pública, que pudessem ser conhecidas de ofício pelo Juiz. Adotou-se como critério definidor das matérias que podem ser alegadas em objeção de pré-executividade o fato de ser desnecessária a dilação probatória, afastando-se, pois, o critério fincado, exclusivamente, na possibilidade de conhecimento de ofício pelo Juiz. Assim, passou-se a admitir essa forma excepcional de defesa para acolher exceções materiais, extintivas ou modificativas do direito do exequente, desde que comprovadas de plano e desnecessária a produção de outras provas além daquelas constantes dos autos ou trazidas com a própria exceção” (STJ, Segunda Turma, j. 19.10.2006, DJ 31.10.2006).

² Nesse sentido, acórdão da 3ª Turma do STJ no REsp 733.533, em que está acentuado que “é cabível a chamada exceção de pré-executividade para discutir excesso de execução, desde que esse seja perceptível de imediato, sem dilação probatória e, para tanto, baste examinar a origem do título que embasa a execução (rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.4.06, DJU 22.5.06). No mesmo sentido: STJ-1a. T., REsp 841.967, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.2.08, DJ 2.4.08.

³ Admitindo, em tese, a invocação de compensação em exceção de pré-executividade, quando for possível a sua constatação de plano: STJ-3ª. T., REsp 716.841, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2.10.07, DJU 15.10.07.

⁴ A exceção, antes um instrumento de defesa para arguição de questões processuais, transformou-se em meio de defesa de direito essencialmente material, já que se permitiu a invocação de temas relacionados com o pagamento ou qualquer outra forma de extinção da obrigação, desde que prontamente comprováveis, sem necessidade de produção de outras provas (a não ser aquelas pré-constituídas).

trangimento decorrente da constrição de seus bens, não há mais sentido a sua utilização quando a penhora do patrimônio do devedor não é mais exigida como condição para o exercício de sua defesa processual.

Todavia, mesmo após a Lei 11.382/06, parte da doutrina insiste em defender a permanência da *exceção de pré-executividade*, como mecanismo para o executado viabilizar a discussão, em determinados momentos, de certas questões não passíveis de veiculação por meio dos embargos. No presente trabalho, mostramos, ao contrário do que se pode supor, que, além de o devedor não mais ter que comprometer seu patrimônio, para poder se defender de uma persecução creditícia ilegítima, também pode no âmbito dos embargos alegar qualquer tipo de matéria, não havendo, dessa forma, mais sentido na utilização e aceitação em juízo da *exceção de pré-executividade*, que só faz criar incidentes desnecessários no processo (de execução), retardando a marcha processual e fazendo com que o Juiz tenha trabalho desnecessário para apreciar questões que podem ser discutidas na fase apropriada (dos embargos à execução).

2. A posição (divergente) da doutrina sobre o tema

A doutrina não é unânime quanto ao fato de a Lei 11.382/06 ter produzido a extinção do instituto da *exceção de pré-executividade*. Pela eliminação do instituto, pronunciou-se Luiz Fux, com a observação de não apenas ser inútil sua preservação mas também nitidamente ilegal a continuidade de sua utilização, nesses termos:

É cediço que em processo, o que é desnecessário é proibido. Conseqüentemente extraindo-se a razão de ser do dispositivo, juntamente com a interpretação histórica a que conduz a exposição de motivos, veda-se ao executado a apresentação de peças informais nos autos da execução para provocação acerca desses temas, anteriormente enquadráveis na denominada exceção de pré-executividade. Interpretação diversa é notoriamente contra a *mens legis*.

Destarte, muito embora a exposição de motivos apresente uma justificação para a dispensa da garantia do juízo, a realidade é que essa exoneração de segurança judicial atende ao postulado do acesso à justiça, não só em relação aos que pretendiam se opor ao crédito exequendo e não ostentavam condições para caucionar, como também para aquelas hipóteses em que a fragilidade do crédito exequendo tornava injusto que o devedor comprometesse o seu patrimônio para livrar-se de um crédito evidentemente ilegítimo (FUX, 2008, p. 409).

Outros processualistas, a exemplo de Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007, p. 209), também se posicionam no mesmo sentido, enxergando, ante a inovação da possibilidade dos embargos independentemente de penhora, se não a completa extinção da *exceção de pré-executividade* ao menos que ficou bastante reduzida e esvaziada. Defendendo a subsistência do inciden-

te encontramos Araken de Assis (2007, p. 1069), Humberto Theodoro Junior (2007, p. 209) e Eduardo Arruda Alvim (2008).

Os principais argumentos, daqueles que defendem a sobrevivência da exceção de pré-executividade, são no sentido de que ela preserva a possibilidade de o devedor veicular matérias, não compatíveis com a estreiteza da defesa prevista para os embargos, bem como possibilita a atribuição de efeito suspensivo à execução sem necessidade de penhora. Nas palavras de Eduardo Arruda Alvim:

Mesmo no contexto legislativo atual, pode subsistir o interesse do executado de impedir a realização da constrição judicial, por força de circunstâncias capazes de extinguir a execução, como a falta de citação, a inexigibilidade do título executivo, ou, até mesmo, a ilegitimidade de qualquer das partes, mesmo porque o art. 739-A, § 1.º é expresso no sentido de que a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução deve necessariamente ser precedida de penhora, depósito ou caução suficientes (*op. cit.*).

Todavia, esses argumentos, que objetivam emprestar uma sobrevida à exceção de pré-executividade no nosso sistema processual, não prosperam. Na verdade, desde a edição da Lei 11.382/06, não há mais qualquer restrição às matérias que podem ser alegadas nos embargos do executado. Antes dela, o art. 741 realmente elencava as hipóteses de cabimento para a “execução fundada em título judicial”⁵, prevendo os tipos de matérias ou classes de assuntos que poderiam versar os embargos do executado. Com a reforma promovida pela citada Lei, o art. 741 passou a ser aplicável apenas para a “execução contra a Fazenda Pública”, em que os embargos continuam com a limitação de matérias. Os embargos do devedor (sob a rubrica de “embargos à execução”) passaram a ser tratados de forma genérica no art. 745, que deu a maior amplitude possível ao conteúdo de sua peça de defesa⁶. Agora, nos embargos, o executado pode alegar toda e qualquer questão de direito ou de fato, inclusive “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento” (inc. V). Portanto, pelo menos do ponto de vista da largueza como os *embargos* foram tratados pelo legislador reformista, que agora não tem qualquer tipo de restrição quanto à matéria que pode ser nele veiculada, o executado não sofrerá qualquer prejuízo com a eliminação definitiva do uso da exceção de pré-executividade no nosso sistema jurídico.

⁵ Estamos nos referindo ao art. 741 do CPC (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) com a redação dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994.

⁶ O citado dispositivo tem a seguinte redação atual:

“Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:

I – nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado;

II – penhora incorreta ou avaliação errônea;

III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621);

V – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.”

Não se justifica, por outro lado, o argumento de que a *exceção de pré-executividade* deve ser mantida para facultar ao executado a possibilidade de suspender a execução. A *suspensividade* que se concebia em relação a ela só era possível porque os embargos, como regra, também suspendiam a execução. Havia, portanto, uma simetria de tratamento entre os dois institutos, quanto aos efeitos que produziam no andamento processual. Todavia, na sistemática atual (introduzida pela Lei 11.382/06), os embargos perderam o efeito suspensivo, sendo a regra o regular processamento da ação executória⁷. Como, então, se defender a preservação da exceção de pré-executividade, com atribuição de efeito suspensivo, sem previsão em lei? Se ela nem sequer é prevista na legislação processual, como argumentar sua subsistência com efeitos (de suspensão processual) que nem os próprios embargos costumam ter? Seria um contra-senso pretender criar um meio de defesa processual mais largo e abrangente do que o previsto na legislação.

Há quem argumente de uma maneira diferente, embora também objetivando a sobrevida da exceção de pré-executividade. O que se sustenta é que a *penhora* antes era exigida como condição para a propositura dos embargos, mas hoje ela é exigida para se atribuir efeito suspensivo à execução⁸, daí dever preservar-se a existência da exceção (com efeito suspensivo) como expediente para evitar esse tipo de constrição patrimonial ao devedor. Nas palavras de Thiago Luiz Pacheco de Carvalho, um dos defensores desse ponto de vista:

Hodiernamente, apesar de não haver exigência de penhora dos bens do executado para a apresentação dos embargos à execução, esta é mister para a concessão do efeito suspensivo. Ora, a simples penhora é ato executivo de constrição de bens. Desta forma, a exceção de pré-executividade demonstra-se o único meio hábil para evitar tal constrangimento ao executado (CARVALHO, 2009).

Esse tipo de raciocínio peca por não observar que, na sistemática atual, a suspensão da execução não mais evita os atos executórios do tipo da penhora. Enquanto suspensa a execução, não pode haver atos de adjudicação ou alienação dos bens do executado, mas ela não impede a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens (§ 6º. do art. 739-A do CPC)⁹. Portanto, em nenhuma hipótese poderá haver impe-

⁷ O art. 739-A do CPC estabelece que “os embargos do executado não terão efeito suspensivo”. A suspensão da execução, no entanto, pode ser deferida pelo Juiz se o embargante demonstrar a relevância dos fundamentos dos embargos e a possibilidade de sofrer grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (§ 1º).

⁸ Como já observamos em nota anterior, a suspensão da execução só pode ser deferida pelo Juiz se o embargante demonstrar a relevância dos fundamentos dos embargos e a possibilidade de sofrer grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (art. 739-A, § 1º).

⁹ Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

dimento à realização da penhora pelo simples ingresso da peça de defesa do executado. Não mais sendo possível a suspensão da penhora, não se justifica a permanência do instituto da exceção de pré-executividade.

3. Trabalho do legislador reformista

Além da inutilidade da *exceção de pré-executividade* na sistemática processual atual, temos de observar também o claro propósito do legislador em eliminar a possibilidade de utilização desse instrumento. Com efeito, não foi somente o art. 736 que sofreu alteração, para permitir o ajuizamento dos embargos “independentemente de penhora, depósito ou caução”. Na verdade, todo um conjunto de normas foi retocado para adaptar o Código à nova sistemática do processo executivo. Por exemplo, pela nova redação atribuída ao art. 652 do CPC, em vez de ser citado para (no prazo de 24 horas) “pagar ou nomear bens” à penhora, agora o devedor é citado para (no prazo de 03 dias) “efetuar o pagamento da dívida”. O termo inicial do prazo para embargos também teve que ser alterado, passando a constar que devem ser oferecidos no prazo de 15 dias a contar da “data da juntada aos autos do mandado de citação”; antes, como se sabe, o art. 738 (inc. I) estabelecia que o prazo corria a partir da intimação da penhora. Como se observa, foi realizado todo um trabalho sistematizado de correção legislativa, para retirar a penhora como condição aos embargos e, por essa via, tornar desnecessária a permanência da *exceção de pré-executividade*.

No Projeto de Lei Complementar n. 51 de 2006, que deu origem à Lei n. 11.382/2006, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomas Bastos, deixou claro na exposição de motivos o propósito de eliminar da processualística brasileira o instituto da exceção de pré-executividade, com a seguinte explicação:

d) nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado – que não mais dependerá da “segurança do juízo”, far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subseqüentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) “exceção de pré-executividade”, de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

(...)

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens.

4. Momento posterior à fluência do prazo para embargos – matérias de ordem pública

Embora exista uma concordância majoritária acerca da eliminação da *exceção de pré-executividade* como expediente de defesa no processo de execução atual, muitos autores ainda defendem a possibilidade de sua utilização quando já escoado o prazo para o oferecimento de embargos e pendam questões de *ordem pública*, para as quais não ocorre o fenômeno da preclusão. É o que sustenta Fernando Augusto de Vita Borges de Sales, ao explicar:

A perda do prazo para o oferecimento dos embargos à execução não será fim para o executado, que poderá valer da exceção de pré-executividade para ventilar matérias ligadas ao cumprimento da obrigação ou à ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação.

Ora, se já aceitávamos a possibilidade do oferecimento da exceção, antes do oferecimento dos embargos à execução, para alegar pagamento (ou qualquer outra forma de extinção da obrigação) ou matérias de ordem pública (especialmente as condições da ação e os pressupostos processuais), nada obsta que passemos a utilizá-la, no curso no processo, nos casos em que o prazo para oferecimento dos embargos já tenha escoado, pois o objetivo prático é o mesmo, independentemente do momento processual em que a exceção é produzida.

Afinal de contas, as matérias enfrentadas na exceção – de caráter sempre restrito, é bom lembrar – podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC e não se submetem ao fenômeno da preclusão” (SALES, 2007).

E continua:

A aceitação da exceção de pré-executividade para tal desiderato, longe de constituir um tumulto processual, dará legitimidade ao procedimento, pois não deixará, por conta de um descuido do devedor, o caminho aberto para execuções infundadas ou desprovidas dos requisitos necessários.

Entendemos, desta forma, que mesmo que o prazo para oferecimento dos embargos à execução tenha transcorrido *in albis*, as matérias de ordem pública, ligadas às condições da ação e aos pressupostos processuais, podem – e devem – ser alegadas através de exceção de pré-executividade (*idem*).

Essa posição tem seu reforço ainda no ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina, para os quais não desapareceu totalmente a utilidade da exceção de pré-executividade, mesmo após a introdução da Lei n. 11.382/2006:

“(…) Continua possível o manejo de exceção de pré-executividade no processo de execução de título extrajudicial, com o intuito de se alegarem matérias a respeito das quais

não tenha ocorrido preclusão, ainda que já se tenha esgotado o prazo para a apresentação dos embargos” (WAMBLIER; WAMBLIER; MEDINA, 2007, p. 194).

Em nossa opinião, todavia, não se justifica a defesa da permanência desse instituto (inclusive com o mesmo nome que tinha antes da reforma do processo de execução) mesmo nessas circunstâncias. É certo que os embargos à arrematação ou à adjudicação previstos no art. 746 do CPC não se prestam a ventilar nulidades do processo de execução ou causas de extinção da obrigação anteriores à penhora¹⁰, daí porque não se mostram suficientes para permitir ao executado invocar toda e qualquer *matéria de ordem pública*, não podendo substituir os embargos à execução. Contudo, mesmo assim não há necessidade de preservar um instituto não previsto em lei (de criação pretoriana) e que se mostra incompatível com a nova sistemática do processo de execução. Uma *simples petição* é suficiente para alertar ao Juiz que aprecie as matérias que ele deve conhecer de ofício (as matérias de ordem pública não precluem e podem ser apreciadas a qualquer tempo, art. 267, § 3º). Em existindo matérias de defesa apreciáveis de ofício, não há necessidade de que seja oferecida uma petição denominada tecnicamente de *exceção de pré-executividade*. A parte interessada simplesmente alerta o juiz para o fato de que deve pronunciar-se *ex officio* sobre determinada matéria. Sem essa denominação, pode o magistrado recebê-la e apreciar, sem necessidade de dizer que a recebe com fundamento na fungibilidade dos institutos dos embargos do devedor ou da exceção de pré-executividade. Não haveria, portanto, qualquer prejuízo para o executado a concepção do desaparecimento da objeção/ exceção de pré-executividade.

É até mesmo incongruente a permanência do instituto com o antigo nome de (*exceção/objeção*) *pré-executividade*. A presença do prefixo “pré” (que tem o sentido de anterioridade) denotava coisa que precedia à iniciação dos atos executórios. Se agora, como defendem os citados autores, é para ser utilizada somente no momento posterior à fluência do prazo dos embargos, quando já poderão ter ocorrido atos de execução (avaliação e penhora de bens), não pode continuar a ser chamado de *pré* algo que tem lugar ou vem a acontecer depois deles.

5. Na fase de cumprimento de sentença

Como se sabe, a Lei n. 11.232/2005 eliminou o processo de execução para os títulos judiciais, instituindo, em seu lugar, a fase de cumprimento de sentença (art. 475-D)¹¹, que compreende a realização de atos executórios para a satisfação da obrigação, no mesmo processo de conhecimento, sem a necessidade de instauração de um (outro)

¹⁰ O *caput* do art. 746 do CPC tem a seguinte redação: “É lícito ao executado, no prazo de cinco (5) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo”.

¹¹ Excetuando-se a execução de alimentos e a contra a Fazenda Pública, que continuam a exigir um processo de execução propriamente dito (art. 730 e 732 do CPC).

novo processo. Em se tratando de título executivo judicial (sentença)¹², a execução se perfaz no próprio processo originário, como fase posterior à de cognição. Tudo se resolve em um único processo, dividido em fases (cognitiva, de liquidação e executiva).

Em relação ao *cumprimento de sentença* (fase executiva do processo), o art. 475-J do CPC estabelece que o executado será intimado do auto de penhora e de avaliação, quando se abre o prazo de quinze dias para a *impugnação* (defesa do executado). Depois de indicar no *caput* do mencionado artigo que o devedor será citado para pagar a dívida (no prazo de 15 dias), sob pena de pagamento de multa (de 10% sobre o valor devido), o legislador estabeleceu que, não realizando o pagamento da dívida, o executado deve ser intimado do auto de penhora e avaliação, oportunidade em que começa os 15 dias para oferecer impugnação. O dispositivo mencionado tem a seguinte redação:

“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze (15) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º. *Do auto de penhora e avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze (15) dias.*

Tendo em vista a literalidade do dispositivo, especialmente seu § 1º., que expressa que o prazo para a impugnação passa a correr após a intimação do executado do auto de penhora, muitos o interpretam como regra que condiciona a defesa na fase de cumprimento de sentença à existência de prévia garantia do juízo. Para esses, somente depois de existir nos autos um termo de penhora e avaliação, é que o executado poderia ingressar com petição de *impugnação* ao cumprimento de sentença¹³. Veja-se, a propósito, o que diz Thiago Luiz Pacheco de Carvalho sobre o tema:

Neste ponto, possível entender as razões que registram a necessidade de manutenção do instituto da Exceção de Pré-executividade para resguardar os direitos do executado. Conforme alhures demonstrado, as profundas inovações foram pertinentes e trouxeram efetiva celeridade processual, entretanto, não garantiu ao devedor/executado qualquer meio de evitar a penhora de seus bens, uma vez que a impugnação não prescinde do auto de penhora, iniciando-se, então, o prazo de sua interposição (*Op. cit.*).

Essa interpretação, todavia, não é a mais consentânea com o espírito da reforma processual, que procurou atribuir à fase de execução do processo (assim como ao pro-

¹² Ver relação completa dos títulos judiciais no art. 475-N do CPC.

¹³ Ver, a esse respeito: ASSIS, 2007, p. 1.184; e NERY, 2007, p. 736.

cesso autônomo de execução) maior celeridade processual, evitando-se a utilização da *exceção de pré-executividade*, que reconhecidamente contribuiu para a complicação do procedimento executivo. Além disso, geraria o paradoxo de deixar que permanecesse na fase de cumprimento de sentença, ficando entretanto extinta no processo autônomo de execução (próprio para os títulos extra-judiciais). Conforme visto anteriormente, o editor da Lei 11.382/06 atuou claramente com o propósito de eliminar o instituto da exceção de pré-executividade do processo executivo, não mais exigindo a segurança do juízo para o ingresso dos embargos. A prevalecer a orientação de que a penhora continua como uma exigência para a *impugnação*, criaríamos o paradoxo de tornar mais complexo e demorado o procedimento executivo para os títulos judiciais, quando deveria ser mais enxuto. Em relação ao processo autônomo de execução, a fase de cumprimento de sentença perderia em agilidade, o que não é de se admitir. É importante lembrar que ao cumprimento de sentença aplicam-se subsidiariamente as regras do processo de execução (art. 475-R do CPC), logo a mesma concepção deve se aplicar a um e a outro. Se não cabe exceção de pré-executividade no processo autônomo de execução (previsto para os títulos extrajudiciais), com mais razão também não é viável na fase de cumprimento de sentença. Daniel Amorim Assumpção Neves alerta para a incongruência de se exigir a garantia do juízo somente para o ingresso da *impugnação*:

Seria, aliás, paradoxal, considerando-se que o principal objetivo do legislador com a elaboração da Lei 11.232/05 foi agilizar o procedimento de satisfação do direito do demandante, e a exigência de garantia do juízo para a apresentação da *impugnação* tornaria o procedimento mais demorado e complexo que o procedimento do processo de execução, no qual os embargos à execução não dependem da garantia do juízo (art. 736 do CPC). É imprescindível admitir a *impugnação* sem a necessidade da garantia do juízo, quer seja para dar uma agilidade maior ao procedimento de cumprimento de sentença, quer seja para evitar uma distinção injustificada com o procedimento autônomo de execução. E lembre-se que o art. 475-R do CPC determina a aplicação subsidiária das regras do processo autônomo de execução ao cumprimento de sentença (NEVES, 2011, p. 905).

Como se observa, o melhor entendimento é o de que a penhora não é requisito para o ingresso da *impugnação* (DIDIER JR., 2011, 541-542), mas, sim, o momento a partir do qual o executado tem de oferecê-la, sob pena de precluir seu direito de apresentar defesa na fase de cumprimento de sentença. Nada impede que o executado se antecipe, protocolizando sua *impugnação* antes mesmo de ser realizado qualquer ato de penhora nos autos, como ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

A melhor interpretação do dispositivo legal é a que considera que o prazo indicado em lei é o prazo máximo concedido ao demandado para ingressar com a *impugnação*, verificando-se, após esse prazo, o fenômeno da *preclusão temporal*. Significa dizer que, após a penhora, o demandado será intimado, e a partir de então terá 15 dias para apresentar a *impugnação*. Isso não significa dizer que não possa o demandado ingressar com a

impugnação a qualquer momento antes disso, inclusive antes da constrição judicial (NEVES, *Op. cit.*, p. 905).

6. Conclusões

1ª. Com a alteração no *caput* do art. 736 do CPC, promovida pela Lei 11.382/06, permitindo o ingresso dos embargos independentemente de garantia do juízo (penhora, depósito ou caução), desapareceu a utilidade da *exceção de pré-executividade*, que, por isso, deve considerar-se extinta do sistema processual brasileiro. Sabendo-se que seu objetivo era propiciar ao executado a possibilidade de se defender de uma execução notadamente indevida, sem ter de enfrentar o constrangimento decorrente da constrição de seus bens, não há mais sentido a sua utilização quando a penhora do patrimônio do devedor não é mais exigida como condição para o exercício de sua defesa processual.

2ª. Além de o devedor não mais ter que comprometer seu patrimônio (pela penhora de bens) para se defender, por meio dos *embargos* pode alegar qualquer tipo de matéria, não havendo, dessa forma, mais sentido na utilização e aceitação em juízo da *exceção de pré-executividade*. Com a Reforma do processo de execução promovida pela Lei 11.382/06, os embargos do devedor (sob a rubrica de “embargos à execução”) passaram a ser tratados de forma genérica no art. 745, que deu a maior amplitude possível ao conteúdo dessa peça de defesa. Agora, nos embargos, o executado pode alegar toda e qualquer questão de direito ou de fato, inclusive “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”.

3ª. Também não se justifica a preservação do instituto da *exceção de pré-executividade* sob o argumento de que deve ser mantida para facultar ao executado a possibilidade de suspender a execução. A *suspensividade* que se concebia em relação a ela só era possível porque os embargos, como regra, também suspendiam a execução. Havia, portanto, uma simetria de tratamento entre os dois institutos, quanto aos efeitos que produziam no andamento processual. Todavia, na sistemática atual (introduzida pela Lei 11.382/06), os embargos perderam o efeito suspensivo, sendo a regra o regular processamento da ação executória. Ora, se os próprios embargos perderam o efeito ordinário da suspensividade da execução, seria um contra-senso pretender preservar a *exceção de pré-executividade* com efeito suspensivo. Além do mais, na sistemática atual, a suspensão da execução não mais evita os atos executórios do tipo da penhora (§ 6º. do art. 739-A do CPC). Não sendo possível evitar a penhora, não se justifica a permanência do instituto da *exceção de pré-executividade*.

4ª. Não há necessidade, por outro lado, da manutenção da *exceção de pré-executividade* para suscitar questões de ordem pública quando já escoado o prazo para embargos. Uma *simples petição* é suficiente para alertar ao Juiz que aprecie as matérias que ele deve conhecer de ofício (as matérias de ordem pública não precluem e podem ser apreciadas a qualquer tempo, art. 267, § 3º), sem necessidade de denominá-la tecnicamente de *exceção de pré-executividade*.

5ª. Não é plausível a interpretação de que a *impugnação* prevista no par. 1º. do art. 475-J pressupõe a penhora de bens, o que justificaria a permanência da *exceção de pré-executividade* na fase de cumprimento de sentença. Tal interpretação geraria o paradoxo de deixar que permanecesse nessa fase, ficando, entretanto, extinta no processo autônomo de execução (próprio para os títulos extrajudiciais). A prevalecer a orientação de que a penhora continua como uma exigência para a *impugnação*, criaríamos o paradoxo de tornar mais complexo e demorado o procedimento executivo para os títulos judiciais, quando deveria ser mais enxuto. Na verdade, o citado dispositivo não exige a penhora como requisito para ingresso da *impugnação*, mas sim indica o momento a partir do qual o executado tem que oferecê-la, sob pena de precluir seu direito de apresentar defesa na fase de cumprimento de sentença. Nada impede que o executado se antecipe, protocolizando sua *impugnação* antes mesmo de ser realizado qualquer ato de penhora nos autos. Ao cumprimento de sentença aplicam-se subsidiariamente as regras do processo de execução (art. 475-R do CPC), logo a mesma concepção deve se aplicar a um e a outro. Se não cabe exceção de pré-executividade no processo autônomo de execução (previsto para os títulos extrajudiciais), com mais razão também não é viável na fase de cumprimento de sentença.

7. Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. A Recente Reforma do Código De Processo Civil operada pela Lei 11.382/06 e a Objeção de Pré-Executividade em matéria fiscal, *Revista Panóptica*, n. 14, 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.

CARVALHO, Thiago Luiz Pacheco de. O instituto da exceção de pré-executividade no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2291, 9 out. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13649>. Acesso em 31 maio 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Edições Jus Podium, 2011.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Método, 2011.

Exceção de pré-executividade: sua extinção após a Lei 11.282/06

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. *A exceção de pré-executividade em face da nova sistemática dos embargos à execução*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1356, 19 mar. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9616>. Acesso em 31 maio 2010.

THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O abortamento de feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

Abortion of anencephalic fetus in the Brazilian legal system

FAISE CAROLINA CAIXETA

Aluna do 8.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM
e-mail: faisecarolina@yahoo.com.br

LUCIANA DE BRITO FREITAS LEITE

Professora de Direito Penal do Centro Universitário de Patos de Minas.
Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia.
e-mail: lucianaleite@netsite.com.br

Resumo: O aborto existe desde os povos antigos e é alvo de discussão desde aquela época, mas com a evolução da sociedade o tema tem se tornado cada vez mais discutido. Uma das discussões abarca a permissão ou não do aborto em casos de fetos portadores de anomalias como a anencefalia. Este é um tema que ainda não está pacificado. Opiniões se divergem: há aqueles que entendem que o aborto poderá ser praticado, pois não acarreta prejuízo para a mãe nem para o feto, já que este é desprovido de vida e a mãe tem o direito constitucional pela liberdade de escolha; já outros afirmam que estão incorrendo na norma do tipo penal, pois o feto tem vida e a Constituição lhe garante o direito à vida. Como o tema não é pacífico, várias ações estão sendo introduzidas no sistema judiciário para o deferimento do aborto para que estas mães não incorram na norma do tipo penal. Foi arguida junto ao STF a ADPF 54 para que seja legalizado o aborto de feto portador de anencefalia. No entanto, depois de deferida, esta liminar foi cassada e continua suspensa a ação.

Palavras-chave: Aborto; anencefalia; arguição de descumprimento de preceito fundamental; Legalidade.

Abstract: Abortion has existed since the ancient peoples and it has been the subject of discussions since that time, but with the evolution of society, the issue has become increasingly discussed. One of the discussions includes the permission or not in cases of abortion of fetuses with anomalies such as anencephaly. This is a topic that is not yet pacified. Opinions differ: there are those who understand that abortion might be practiced, because it causes no injury to the mother or the fetus, as this is devoid of life and the mother has a constitutional right for freedom of choice; while others say they are incurring the standard type of criminal, because the fetus is alive and the Constitution guarantees the right to life. As the theme is not peaceful, several actions have been introduced in the judicial system for the acceptance of abortion so these mothers do not incur in the standard type of criminal. It was raised by the STF the ADPF 54 to legalize abortion of fetuses carrying anencephaly. However, once granted, this injunction was annulled and the action is still suspended.

Keywords: Abortion; anencephaly; complaint for breach of fundamental precept; legality.

Jurisvox, (11):94-108, 2010

© Centro Universitário de Patos de Minas 2010

1. Introdução

Desde os povos antigos já existiam divergências no que diz respeito à permissão ou não do aborto. Para alguns povos era proibido; para outros, era permitido. No Código de Hamurabi, por exemplo, eram destacados aspectos da reparação devida a mulheres livres em casos de abortos provocados mediante violência por golpes, exigindo o pagamento de 10 ciclos pelo feto perdido.

Por outro lado, os gregos antigos apoiavam o aborto para regular o tamanho da população e manter estáveis as condições sociais e econômicas. Platão recomendava o aborto às mulheres grávidas com mais de quarenta anos de idade, e via a interrupção de uma gravidez não desejada como um meio para aperfeiçoar o próprio corpo.

Segundo o direito romano, o nascituro era desprovido de personalidade. Na Roma Antiga, o aborto era permitido, (embora lhe reconhecesse direitos). Por exemplo, se a mulher grávida fosse condenada à morte, suspendia-se a execução até o nascimento.

No século II, encontramos os primeiros registros de leis promulgadas pelo Estado contra o aborto, decretando o exílio contra as mães e condenando os que administravam a poção abortiva a serem enviados para certas ilhas, se fossem nobres, e a trabalhos forçados nas minas de metal, se fossem plebeus.

O primeiro país do mundo a legalizar o aborto foi a União Soviética, em 8 de novembro de 1920. Pela lei soviética, os abortos seriam gratuitos e sem restrições para qualquer mulher que estivesse em seu primeiro trimestre de gravidez. Os hospitais soviéticos instalaram unidades especiais denominadas abortórios, concebidas para realizar as operações em ritmo de produção de massa. Médicos estrangeiros que visitaram a União Soviética neste período para estudar a implantação do aborto referem que, em 1930, um abortório com quatro médicos realizava 57 abortos em duas horas e meia¹.

A história nos mostra que o aborto é um problema que se discute até hoje. Não há um ponto em comum. Alguns países permitem que sejam feitos os procedimentos abortivos e outros os condenam veementemente.

2. Aborto

A palavra aborto tem sua origem etimológica no latim *abortus*, derivado de *aboriri* ("perecer"), composto de *ab* ("distanciamento", "a partir de") e *oriri* ("nascer"). Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da con-

¹ ABORTO, um tema atual. Disponível em: <http://leituradiaria.com.br/?p=279>. Acesso em 15 out. 2010.

cepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão, podendo ser aborto espontâneo ou provocado.

O aborto espontâneo também pode ser chamado de aborto involuntário ou “falso parto”. Calcula-se que 25% das gestações terminam em aborto espontâneo, sendo que 3/4 ocorrem nos três primeiros meses de gravidez. A causa do aborto espontâneo no primeiro trimestre são distúrbios de origem genética (Aborto Espontâneo. Disponível em http://www.brasilmedicina.com.br/especial/gine_t11s1.asp). Acesso em 10 out. 2010).

Em cerca de 70% dos casos, esses embriões são portadores de anomalias cromossômicas incompatíveis com a vida. Nestes casos o ovo primeiro morre e em seguida é expulso. Nos abortos do segundo trimestre, o ovo é expulso devido a causas externas a ele (incontinência do colo uterino, mal formação uterina, insuficiência de desenvolvimento uterino, fibroma, infecções do embrião e de seus anexos).

Já o aborto provocado é a interrupção deliberada da gravidez. Dá-se pela extração do feto da cavidade uterina. Os processos utilizados podem ser químicos, físicos ou psíquicos. São substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o conseqüente aborto, o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênio (químicos), e a quinina, a estricnina, o ópio, a beladona (orgânicos). Os meios físicos são os mecânicos (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), térmicos (bolsas de água quente, escalda-pés) ou elétricos (choque elétrico por máquina estática). Os meios psíquicos ou morais são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral) (MIRABETE & FABRINI, 2008, p. 159).

Em função do período gestacional em que é realizado, emprega-se uma das quatro intervenções cirúrgicas a seguir descritas.

A sucção ou aspiração: o médico introduz uma cureta no útero da gestante para remover o feto. No caso de gestação até seis semanas a aspiração é manual utilizando uma cânula flexível e não é necessário dilatação cervical, em gestações mais avançadas até doze semanas é utilizado um aparelho de vácuo elétrico e os conteúdos do útero (incluindo o feto) são sugados pelo equipamento (Aborto. Disponível em: <http://www.artecor.com.br/blog/artigos/1315/2010/06/04/aborto-2/>. Acesso em 10 out. 2010).

A dilatação e curetagem: após alargar a entrada do útero da paciente, introduz-se dentro dela a chamada cureta, que é um instrumento cirúrgico cortante, em forma de colher. Servindo-se desta o médico retira todo o conteúdo do útero (idem).

A dilatação e expulsão: neste procedimento o médico promove primeiro a dilatação cervical (um dia antes). Na intervenção que é feita sob anestesia é inserido um aparelho

O abortamento do feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

cirúrgico na vagina para cortar o feto em pedaços, e retirá-los um a um de dentro do útero. No final é feita a aspiração. O feto é remontado no exterior para garantir que não há nenhum pedaço no interior do útero que poderia levar a infecção séria (idem).

O aborto com nascimento parcial: técnica utilizada para provocar o aborto quando a gravidez está em estágio avançado (entre 20 e 26 semanas). Guiado por ultrassom, o médico agarra a perna do feto com um fórceps, puxa-a para o canal vaginal, e então puxa seu corpo inteiro para fora do útero, com exceção da cabeça. Faz então uma incisão na nuca, inserindo depois um catéter para sugar o cérebro do bebê e então retirá-lo por inteiro do corpo da mãe. Além das intervenções utiliza-se também a inserção de objetos não-cirúrgicos no útero. Estes potencialmente perigosos para a mulher, conduzindo a um elevado risco de infecção permanente ou mesmo à morte. Segundo a ONU, pelo menos 70 mil mulheres perdem a vida anualmente em consequência de aborto realizado em condições precárias (idem).

Ao utilizar práticas abortivas, possíveis efeitos negativos podem surgir como o câncer de mama, a dor fetal, o síndrome pós-abortivo. Podem surgir também como efeitos positivos redução de riscos para a mãe e para o desenvolvimento da criança não desejada.

Como consequências negativas da legalização do aborto na sociedade, apontam-se, entre outras, a banalização de sua prática, a disseminação da eugenia, a submissão a interesses mercadológicos de grupos médicos e empresas farmacológicas, a diminuição da população, o controle demográfico internacional, a desvalorização generalizada da vida, o aumento de casos de síndromes pós-aborto.

Já como consequências positivas pode-se ter a redução dos índices de criminalidade em que o aborto é legal, a redução do risco de vida para a mulher, uma vez que utilizariam métodos mais seguros e pessoas capacitadas para tal prática, problemas de saúde evitados, menos mortalidade maternal.

Uma gravidez, mesmo que desejada, tem riscos inerentes diretos para a mulher. O Brasil tem um Rácio de Mortalidade Maternal de cerca de 260 mortes por cada 100.000 nascimentos e um em cada 140 mulheres corre o risco de morrer em consequência de uma gravidez.

O aborto pode ser ainda terapêutico para salvar a vida da gestante, para preservar a saúde física ou mental da mulher, para dar fim à gestação que resultaria numa criança com problemas congênitos que seriam fatais ou associados com enfermidades graves, para reduzir seletivamente o número de fetos e para diminuir a possibilidade de riscos associados a gravidezes múltiplas.

2.1. Aborto no Código Penal

Há uma grande divergência no Direito com relação a quando começa a vida humana a ser protegida. Para alguns, a vida começa na fecundação (ovo\zigoto), pois possui potencialidade própria e autonomia genética. Ainda uma segunda corrente diz que seria a nidificação ou nidação (ovo\zigoto – blastocisto) na superfície do endomé-

trio, que se inicia por volta do 8º ou 9º dia após a fertilização do ovócito, completando-se no 14º dia, quando se pode identificar a presença do ser vivo – gonadotrofina cariótica humana. Outra corrente afirma que a vida começa quando há atividade cerebral, surgimento dos tecidos nervosos e com eletroencefalograma positivo, por volta de 2 ou 3 semanas após a nidação e, por fim, ainda há aqueles que dizem que só há vida a partir do momento em que o feto tem capacidade de viver fora do útero. No Brasil, nenhuma dessas correntes é descartada. Há adeptos de todas, mas a segunda corrente vem ganhando força.

A legislação sobre o aborto, dependendo do ordenamento jurídico vigente, considera o aborto uma conduta penalizada ou despenalizada, atendendo a circunstâncias específicas. As situações possíveis vão desde o aborto considerado como um crime contra a vida humana ao apoio estatal à interrupção voluntária da gravidez a pedido da grávida sob determinadas circunstâncias.

O aborto no ordenamento jurídico brasileiro tem previsão no Código Penal nos artigos 124 a 128. O artigo 2.º do Código Civil protege a vida intrauterina.

O artigo 124, em sua primeira parte, descreve o autoaborto (provocar aborto em si mesma); em sua segunda parte, trata do aborto consentido, a gestante é incriminada por consentir que outrem lhe provoque o aborto e o terceiro que provocou responde por aborto consentido, artigo 126, mas se for apenas auxiliar na conduta responderá pelo 124 como partícipe.

O artigo 125 trata do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da mulher. Presume-se que não há consentimento da gestante se é menor de 14 anos ou se é alienada ou débil mental ou ainda se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Já o artigo 126 diz do aborto provocado com o consentimento da mulher. Neste caso, ela responderá pelo artigo 124, e aquele que pratica os atos abortivos será punido pelo artigo 126. Aqui, pode ser expresso ou tácito o consentimento, mas ele deve existir desde o início da conduta até a consumação do crime.

O artigo 127 prevê a qualificação do crime se em consequência do aborto e dos meios utilizados nos artigos 125 e 126 se advier lesão corporal de natureza grave ou a morte.

E por fim o artigo 128 prevê os casos de aborto legal. Não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante, se a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, se incapaz, do seu representante legal. Estes são os únicos casos em que o ordenamento jurídico brasileiro permite que se faça o aborto.

O aborto praticado por médico, aborto necessário ou terapêutico, é feito quando houver caso de estado de necessidade e não há outro meio de salvar a vida da gestante. Neste caso, não precisa do consentimento da gestante; o médico, verificando o estado da paciente, poderá fazê-lo.

Quando a gravidez é resultante de estupro, classifica-se como sentimental. Existe um estado de necessidade ou causa de não exigibilidade de conduta diversa, a mulher não é obrigada a cuidar da criança resultante de estupro. O médico poderá fazê-lo sem autorização judicial e não precisa ter sentença condenatória contra o autor do es-

tupro, apenas provas a respeito da ocorrência do fato como boletim de ocorrência, declarações, atestados entre outros.

3. Da anencefalia

A anencefalia consiste em malformação rara do tubo neural acontecida entre o 16.º e o 26.º dia de gestação, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. Esta é a malformação fetal mais frequentemente relatada pela medicina (STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>, p. 4. Acesso em 10 out 2010).

Ao contrário do que o termo possa sugerir, a anencefalia não caracteriza somente casos de ausência total do encéfalo, mas sobretudo casos em que observam-se graus variados de danos encefálicos. A dificuldade de uma definição exata do termo “baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma má-formação do tipo ‘tudo ou nada’, ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma má-formação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é, portanto quase que impossível” (BEBÊ nasce com cara de sapo em Sobral/CE. Porto Alegre Notícias. Porto Alegre. 2008.

Disponível em <http://www.portalegrenoticias.com/2011/08/bebe-nasce-com-cara-de-sapo-em-sobralce.html>. Acesso em 10 out. 2010.

Na prática, a palavra “anencefalia” geralmente é utilizada para caracterizar uma malformação fetal do cérebro. Nestes casos, o bebê pode apresentar algumas partes do tronco cerebral funcionando, garantindo algumas funções vitais do organismo.

Trata-se de patologia letal. Bebês com anencefalia possuem expectativa de vida muito curta, embora não se possa estabelecer com precisão o tempo de vida extra-uterina que terão. A anomalia pode ser diagnosticada, com certa precisão, a partir das 12 semanas de gestação, através de um exame de ultra-sonografia, quando já é possível a visualização do segmento cefálico fetal. De modo geral, os ultra-sonografistas preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação diagnóstica (ANENCEFALIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>. Acesso em: 15 out. 2010).

O risco de incidência aumenta 5% a cada gravidez subsequente, mães diabéticas têm seis vezes mais probabilidade de gerar filhos com este problema. Há também maior incidência de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada. Uma das formas de prevenção mais indicadas é a ingestão de ácido fólico antes e durante a gestação (idem).

3.1. Anencefalia aos olhos da Medicina

A discussão sobre o aborto do feto anencéfalo tem de passar, necessariamente, por uma melhor compreensão do que vem a ser a anencefalia. De um ponto de vista médico, os doutores Carlos Gherardi e Isabel Kurlat (2004) esclarecem alguns pontos relevantes.

A anencefalia é uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal estão conservados, embora, em muitos casos, a anencefalia se acompanhe de defeitos no fechamento da coluna vertebral. Aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam a cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de morte neocortical, enquanto que a abolição completa da função encefálica define a morte cerebral ou encefálica.

A viabilidade para a vida extrauterina depende do suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação). Há 20 anos, um feto era considerado viável quando completava 28 semanas, enquanto que hoje, bastam 24 semanas ou menos. Faz 10 anos que um neonato de 1 kg estava em um peso limite, mas hoje sobrevivem fetos com 600 gramas. A viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. O feto anencéfalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Dentro de um quadro de morte neocortical, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

O médico geneticista Salmo Raskin, da Sociedade Brasileira de Genética Médica, afirmou ser a anencefalia a maior causa de má formação congênita no primeiro trimestre de gestação. “A cada três horas no Brasil nasce uma criança anencefálica. Estamos falando de algo extremamente frequente”, afirmou. Segundo ele, a fortificação com o ácido fólico reduz somente de 10% a 40% dos casos, mas, para ter eficiência, precisa ser feita antes do fechamento do chamado tubo neural, ao vigésimo quarto dia após fecundação, quando, muitas vezes, a gestante nem sabe que está grávida. O risco de um casal que teve um feto anencefálico vir a ter outras gestações semelhantes é de 25 a 50 vezes maior comparado com casais que nunca tiveram fetos anencefálicos (RASKIN, Salmo. *Geneticista diz que a anencefalia é algo extremamente frequente*. 2004. p. 5.

O abortamento do feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>. Acesso em: 25 out. 2010).

Raskin (2004, p. 5) afirma que a anencefalia pode estar associada a mais de 20 síndromes genéticas e que os bebês que nascem sem cérebro não podem e não devem ser doadores de órgãos. “A doação não pode ser feita porque os fetos são portadores de múltiplas malformações, sem falar naquelas que não podem ser detectadas. E também o transplante em recém-nascidos não é feito antes do sétimo dia de vida. Além disso, os órgãos são menores e não podem ser aproveitados para o transplante”.

O ginecologista e obstetra Thomaz Rafael Gollop, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, afirmou que o SUS está aparelhado para fazer ultrassonografias e diagnosticar a anencefalia. Segundo ele, mais de 2,2 milhões de ultrassonografias foram feitas em 2007 e três milhões de partos. Gollop (2005, p. 5) afirmou que a morte cerebral é rigorosamente igual ao que acontece no caso de bebês anencéfalos. “O anencéfalo é um morto cerebral que tem batimento cardíaco e tem respiração”, disse, ao apresentar um mapa de eletroencefalograma.

Ele informou que o Brasil é o quarto país no mundo em frequência de anencefalia, e isso é um problema de saúde pública. “75% dos fetos anencefálicos morrem dentro do útero. Dos 25% que chegam a nascer, todos têm sobrevivência vegetativa que cessa na maioria dos casos dentro de 24 horas, e os demais nas primeiras semanas de sobrevivência. O feto anencéfalo é um natimorto cerebral”. Pesquisa realizada em 41 países de cinco continentes revelou que em 90% dos desenvolvidos e 20% daqueles em desenvolvimento permitem a interrupção de gravidez em caso de anencefalia. “Ou seja, o mundo desenvolvido tem, por demanda da sociedade, uma legislação adaptada para esses casos”. E reforçou que o que se pretende com o julgamento da ADPF é o direito de escolha diante de um “diagnóstico irrefutável e com êxito letal”. De 1989 a 2008 mais de cinco mil alvarás foram concedidos, número que é muito maior, tendo em vista que muitos tribunais ainda não são informatizados, informou.

O deputado federal José Aristodemo Pinotti, membro da Academia Nacional de Medicina, reafirmou as posições de que os fetos com má formação cerebral não têm potencialidade de vida. “O que se quer é garantir a dignidade da pessoa humana, permitindo que a mulher escolha levar ou não esse tipo de gravidez até o fim, sempre de uma maneira bastante informada”. Sobre os argumentos de que a medicina deve existir para garantir a vida, o deputado disse que “a medicina fetal tem se preparado mais para tratar dos defeitos congênitos do que para expulsar os fetos do útero” (PINOTTI, José Aristodemo. *Geneticista diz que a anencefalia é algo extremamente frequente*. 2004. p. 6).

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>. Acesso em: 25 out. 2010).

Pinotti (2004, p. 6) reforçou que a antecipação do parto de fetos anencéfalos não é aborto. “Não podemos cunhar o nome aborto, que é a interrupção da potencialidade de vida, e um feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. São poucas certezas que

nós temos na medicina, mas ela é possível em diagnósticos de anencefalia e de óbito fetal". Segundo ele, dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) apontam a existência de 8,6 fetos com malformação cerebral a cada 10 mil partos.

Pinotti (2004, p. 6) também ressaltou os riscos que a gravidez de feto anencéfalo representa para a gestante, e lembrou que muitas mulheres são compelidas a fazer abortos na ilegalidade por não suportarem prolongar o sofrimento por nove meses. "As estimativas são de que sejam realizados no Brasil cerca de 1,5 milhão de abortos clandestinos no país. Quem tem dinheiro faz isso com a segurança, e as mulheres pobres ficam num verdadeiro dilema: ou elas levam a gravidez até o fim sem querer e, em vez de preparar o berço, preparam um enterro, ou se submetem a um aborto ilegal que as criminaliza e as expõe a um risco imenso", alertou.

A doutora em Antropologia e pós-doutora em Bioética, diretora da Associação Internacional de Bioética, Débora Diniz (2005, p. 5), pesquisadora da ONG Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, parceiro da CNTS na ADPF 54, classificou como tortura a obrigatoriedade de a mulher levar até o fim uma gestação de feto anencefálico. "A tortura não está no acaso de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto", afirmou (CIEN- TISTAS e médicos destacam letalidade da anencefalia. *Jornal da CNTS: Informativo da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde*. ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/JornalCNTSJulhoAgosto2008.pdf>>. Acesso em 15 out. 2010).

Com base em pesquisas, esclareceu-se que essas mulheres nunca utilizam o conceito de aborto para essa escolha. O diagnóstico de anencefalia lança uma situação ética inesperada. E elas querem descrevê-la em termos acolhedores para suas próprias vidas, e não em nome de dogmas religiosos ou verdades absolutas, distantes de suas realidades. Isto porque o conceito de antecipação permite não apenas sigilo jurídico, ético e moral, mas conforta as mulheres em sua dor e seu luto. Débora Diniz defendeu o direito de escolha da mulher: "Hoje, infelizmente, a gestação de feto com anencefalia não é escolha, mas um dever – de prolongar o luto, transformar sofrimento involuntário em experiência mística, dever de uma espera sem qualquer sentido. E na ausência de proteção jurídica, as mulheres são alvo de tortura das instituições", observou (idem). Relatou ainda que, em muitos casos, há uma "luta desesperada contra os tribunais" para que a gravidez não atinja 20 semanas de gestação ou que o feto chegue ao peso de 500 gramas. Isto porque, a partir deste peso, ele tem que ser enterrado e ter atestado de óbito. A médica disse que levantamentos feitos pelo Ministério da Saúde ao longo dos últimos 20 anos mostram que uma em cada 15 mulheres com idade reprodutiva, entre 15 e 49 anos, já realizou pelo menos um aborto.

3.2. Anencefalia no Direito Brasileiro

Embora muitos doutrinadores considerem o direito à vida antecedente necessário de todos os demais direitos fundamentais, esta análise é de natureza puramente cronológica. O direito à vida é consequência lógica da dignidade da pessoa humana. Neste mesmo sentido, a Constituição Federal considerou a dignidade da pessoa huma-

na fundamentação do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III), sendo o princípio-valor fundamental segundo o qual devem ser interpretados todos os demais direitos.

Assim, antes mesmo de se falar em direito à vida, é necessário compreender a dignidade da pessoa humana e seus caracteres principais. Um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O art. 5.º, *caput* da Constituição Federal de 1988, assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à vida. O Código Civil de 2002 garante a preservação da vida intrauterina. Além disso, o próprio Código Penal não traz em seu bojo a autorização expressa do aborto ao portador de anencefalia.

O significado da palavra *vida* é o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte, então podemos falar em proteção do direito à vida após o nascimento; antes, não há proteção. Mas o código penal trata do crime de aborto justamente no capítulo sobre crimes contra a vida. No entendimento majoritário da doutrina, afirmam que há vida, e que a medicina pode provar essa existência.

O aborto em casos de feto anencefálico na legislação brasileira é impossível, a lei exclui a possibilidade de aborto eugenésico, ou seja, feto com deformidade ou enfermidade incurável. É fato que tal discussão gera controvérsia em diversos aspectos tanto éticos, como religiosos, jurídicos, etc. Bitencourt (2008, 64) afirma que não se distingue entre vida biológica e vida autônoma ou extrauterina. “É indiferente à capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica”. Sendo assim, como consequência, o abortamento de feto anencefálico enquadra-se como crime contra vida. Ora, o feto apresenta batimentos cardíacos, circulação sanguínea, e isto já caracterizaria vida biológica.

Porém, por outro lado, o produto desta gestação só possui “vida” devido ao metabolismo da mãe, que a criança ao nascer conseguiria “sobreviver” apenas alguns instantes e viria a óbito logo em seguida. Assim, a ausência de cérebro não daria a este ser nenhuma expectativa de vida. E, mesmo com a afirmação acima de que a capacidade de vida autônoma torna-se irrelevante à questão do aborto, torna-se indispensável expor aqui a desnecessidade de uma mãe carregar em seu ventre um filho que não tenha possibilidade de ter uma vida extrauterina, e que ela, além da dor física que terá durante nove meses de gravidez, que neste caso tornar-se-ia a menor das dores, sofrerá de forma que só uma mãe possa sofrer ao imaginar seu filho “nascendo” e “morrendo”, em seguida.

Duas correntes têm se manifestado em relação a esse fato. A primeira defende a aplicação do aborto, por garantir o direito à vida da gestante conforme o art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 e também para garantir a saúde física e psíquica da mulher, não vindo a confrontar com o direito à vida do feto, pois este já foi diagnosticado por laudo médico que não possui capacidade de viver ao nascer, podendo vir a causar uma gestação indesejada e com altos riscos para a mulher. Essa corrente é defendida por alguns juízes em seus julgados, em que por meio de todas as circunstâncias

acabam dando a liminar e garantindo o aborto anencéfalo. A segunda corrente, esta defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), diz que esse tipo de aborto é vedado, sendo inconstitucional, vindo a confrontar de forma direta com os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988.

Cabe ressaltar que o Código Penal de 40 foi publicado com costumes de décadas anteriores, e, conseqüentemente, não podemos esperar que tais hábitos permaneçam pétreos. Não só na cultura como também na ciência, houve uma grande evolução, permitindo, dessa forma, a indiscutível necessidade de uma reforma do código. Porém, como uma reforma acontece de forma muito lenta, o Judiciário tem atuado, deferindo ou indeferindo pedidos de mães que têm o produto em seu ventre portador de alguma anomalia congênita como anencefalia.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores (CNTS) emitiu nota ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que fixe entendimento de que a gestação de feto anencefálico é desnecessária, aquela afirma que, mesmo com a regularidade de sentenças que o Judiciário vinha firmando em todo o país, reconhecendo o direito da antecipação terapêutica do parto, as decisões em sentido inverso desequilibram essas jurisprudências. Por isso, faz-se necessário o reconhecimento do Supremo em relação à inutilidade de levar-se adiante uma gravidez que não apresente possibilidade de vida extrauterina.

A autorização ou não para o aborto de anencéfalos começou a ser discutida por volta do ano de 1994. Em 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 54, colocando em pauta a interrupção da gestação de feto anencéfalo, tendo sido convocados especialistas da área médica, renomados juristas, representantes religiosos e políticos. Não houve acordo, alguns se posicionaram a favor outros contra, e o tema ainda se arrasta até aos dias de hoje sem conclusão.

A ADPF foi protocolada junto ao STF no dia 17 de junho de 2004 e distribuída para o Ministro Marco Aurélio. Argumentava a parte autora (CNTS) que, ao se proibir o aborto de crianças anencéfalas, estava-se descumprindo um preceito fundamental da Constituição. É difícil imaginar que preceito fundamental é descumprido quando se protege a vida de um deficiente. Segundo a entidade impetrante, ao se obrigar a gestante a não matar seu filho gravemente deficiente, estaria sendo violado o princípio da dignidade humana, da legalidade, da liberdade e autonomia da vontade, bem como os princípios relacionados com a saúde com fundamentação legal na Constituição Federal nos artigos 1.º, IV; 5.º, II; 6.º, *caput* e 196.

O Ministro Marco Aurélio de Mello naquela ocasião concedeu medida liminar autorizativa tendo efeito vinculante para todo o país. Segundo suas próprias palavras, quando é detectada a anencefalia em um bebê, “a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade” (STF. *Ministro do STF permite antecipação de parto de feto sem cérebro*. 30 jun. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?Clippings&clipping=297>. Acesso em: 25 out. 2010).

Note-se que, para Marco Aurélio, a criança anencéfala não é viva e nunca poderá tornar-se viva. Embora ela tenha um coração pulsando, embora reaja a estímulos nervosos, embora se movimente dentro do útero, embora se alimente e respire pela placenta, ela não tem vida. E mais: ela nunca poderá tornar-se um ser vivo. Continuará sem vida, ainda que nasça que respire com os próprios pulmões e que continue com o coração batendo por alguns minutos ou por alguns dias.

Após decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Aurélio de Mello, concedendo medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, autorizando a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia, o que levou a sociedade a polemizar o assunto e o STF a cassar, em reunião plenária, a liminar concedida.

Por não ser um tema consolidado, mães estão procurando cada vez mais o Judiciário, pois não querem incorrer em um crime. Seus pedidos, às vezes, são indeferidos em primeira instância e recorridos em segunda. Quando deferidos são julgados por inexigibilidade de conduta diversa, observando o princípio da liberdade e autonomia da vontade em relação à mulher.

Em recente caso de 18 de Junho de 2010, um casal que teve o pedido de interrupção da gravidez negado em primeira instância recorreu para o TJMG, deferido por três desembargadores, baseando-se em laudos médicos que indicavam risco para a mãe. E assim o STF ainda não se manifestou, continuando o impasse entre permitir ou não a interrupção da gravidez em caso de feto portador de anencefalia.

3.3. Da Anencefalia à Eutanásia

Ao fazer este estudo, ainda que superficialmente, pode-se verificar que é um tema polêmico e que não tem um posicionamento definido. Em países nos quais a prática do aborto de fetos que apresentam alguma anomalia é permitida, ocorre em média a morte de 40% a 70% dos fetos portadores de Síndrome de Down e outras deficiências. A síndrome de Down é uma deficiência com a qual se vive muitas décadas.

Não podemos permitir que ocorra no Brasil o que ocorreu na Alemanha nazista, onde se permitiu a interrupção da gravidez de mulheres consideradas de “má hereditariedade” (“não-arianas” ou portadoras de deficiência física ou mental). A decisão de se praticar o aborto tinha de ser apreciada previamente por uma junta médica de consultoria. O programa foi posteriormente desenvolvido pelos médicos nazistas de modo a alcançar também crianças já nascidas, até se transformar em um programa de eutanásia de crianças em larga escala. Milhares de crianças alemãs, mesmo consideradas racialmente “arianas”, foram enquadradas dentro do programa de eutanásia, muitas por razões sociais em vez de defeitos físicos. As mortes eram provocadas sob a supervisão e com a colaboração de médicos psiquiatras e pediatras. A morte das crianças era realizada principalmente pela fome ou por uma alta dose de drogas. Nos primeiros anos de vigência do programa somente crianças portadoras de sérios defeitos congênitos foram mortas, mas à medida que o tempo foi passando a idade das crianças submetidas à eutanásia foi aumentando e as indicações para as quais esta era recomendada foram se ampliando. Foram mortas crianças por apresentar orelhas deformadas, por urinar na

cama e outras enquadradas como “difíceis de educar” (CRIME ou controle de natalidade? Disponível em: <http://nerineto.blogspot.com/2010/10/aborto-crime-ou-controle-de-natalidade.html>. Acesso em 25 out. 2010).

A permitição para a interrupção da gravidez nos casos de anomalias causará consequências drásticas como a banalização de sua prática, a disseminação da eugenia, a submissão a interesses mercadológicos de grupos médicos e empresas farmacológicas, a diminuição da população, o controle demográfico internacional, a desvalorização generalizada da vida, o aumento de casos de síndromes pós-aborto.

Os fetos anencéfalos vão morrer e nós também. Isso não dá ao Estado o direito de permitir que o provoque, não pode conceder a opção entre matar ou não um ser humano, isso é banalização da própria vida.

Por mais que se diga que a mãe tem direito à escolha garantida pela constituição, não é razoável interromper a gravidez. Recentes estudos apontam que o feto sente dor; logo, ao utilizar qualquer método, seria assim permitida a tortura que é penalizada pelo nosso ordenamento jurídico. Além disso, a natureza deve seguir seu próprio curso: uma mãe que tem o feto portador de anencefalia não deve descartá-lo como um sapato que é jogado no lixo. Apesar de seu cérebro estar comprometido, seu coração e outros órgãos funcionam, mesmo que ligados à placenta. A mulher tem o privilégio de dar a vida e mantê-la. É um dever da mãe continuar a manter o feto até que nasça, e se fora do ventre da mãe, o feto não suporte e venha a falecer, o sentimento que fica para essa mãe é que ela lhe deu a vida enquanto pôde.

4. Conclusão

Desde os tempos antigos a interrupção da gravidez em países que permitiam ou não o aborto era polemizada. A polêmica sobre esse fato ainda traz consigo as sobras do passado, num tema ainda não consolidado pela jurisprudência brasileira por opiniões divergentes. Enquanto isso, decisões monocráticas e de tribunais colegiados autorizam a prática da interrupção ou não da gravidez.

A anencefalia não tem solução para ciência, sendo assim a única certeza de que o feto não sobreviverá. Portanto, uma posição do STF se torna necessária e urgente para evitar tais divergências e erros que poderão ser cometidos no Judiciário.

Referências

ABORTO, um tema atual. Disponível em: <http://leituradiaria.com.br/?p=279>. Acesso em 15 out 2010.

ABORTO. Disponível em: <http://www.artecor.com.br/blog/artigos/1315/2010/06/04/aborto-2/>. Acesso em 10 out. 2010.

O abortamento do feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3 ed. São Paulo: Gen, 2008.

ANENCEFALIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>. Acesso em 15 out. 2010.

BEBÊ nasce com cara de sapo em Sobral/CE. *Porto Alegre Notícias*. Porto Alegre. 2008. Disponível em <http://www.portalegrenoticias.com/2011/08/bebe-nasce-com-cara-de-sapo-em-sobralce.html>. Acesso em 10 out. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Julgados. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15 out. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte especial 2: dos crimes contra a pessoa*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASILIA. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 20 out. 2010.

CAMARA, Edson de Arruda. A Questão do Abortamento de Anencéfalo. *Prática Jurídica*. Brasília, ano 3, n. 32, nov. 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

CIENTISTAS e médicos destacam letalidade da anencefalia. *Jornal da CNTS: Informativo da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde*. ago. 2008. Disponível em: <http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/JornalCNTSJulhoAgosto2008.pdf>. Acesso em 15 out. 2010.

CRIME ou controle de natalidade?. Disponível em: <http://nerineto.blogspot.com/2010/10/aborto-crime-ou-controle-de-natalidade.html>. Acesso em: 25 out 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Ciclo Virtuoso*. Belo Horizonte, n. 52, set./out. 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. 25 ed. São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, v. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial – Arts. 121 a 249*. 7.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. v.2

RASKIN, Salmo. *Geneticista diz que a anencefalia é “algo extremamente frequente”*, 2004, p. 5. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>. Acesso em 25 out. 2010.

REVISTA IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: IOB, fev.-mar. 2009.

REVISTA JURIDICA. São Paulo: Notadez, jan. 2005, v. 52. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>, p. 4. Acesso em 10 out. 2010.

STF. *Ministro do STF permite antecipação de parto de feto sem cérebro*. 30 jun. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?clippings&clipping=297>. Acesso em: 25 out. 2010.

VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?* São Paulo: Moderna, 2002.

A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência¹

The arbitration in state tribunals: 10 years of jurisprudence

FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI

Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna – MG (UIT). Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.
e-mail: fernando.gajardoni@terra.com.br

Resumo: No décimo ano da edição da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), este estudo faz retrospectiva jurisprudencial sobre o comportamento dos tribunais estatais em matéria arbitral.

Palavras-chave: Processo Civil; arbitragem; jurisprudência; tribunais estatais.

Abstract: In the tenth year of the edition of the Arbitration Law (Law n. 9307-96), this work proposes a jurisprudential retrospective about the behavior of state tribunals in arbitrary matter.

Keywords: Civil process; arbitration; jurisprudence; state tribunals.

1. A arbitragem e seus demônios

A arbitragem é um mecanismo de solução das controvérsias pela qual um ou vários terceiros recebem, por meio de uma convenção de natureza privada firmada pelas partes, poderes para, sem a intervenção do Estado (e daí a extrajudicialidade), solucionar, definitivamente, os litígios relativos a direitos patrimoniais submetidos à apreciação.

Embora tradicionalmente prevista nas legislações civis e comerciais brasileiras, somente com o advento da Lei n. 9.307, de 23.9.1996, que a arbitragem passou de “velharia bolorenta e imprestável” (CARMONA, 1998, p. 15) a avançado mecanismo extrajudicial de solução das controvérsias.

De fato, diferentemente do tratamento até então reservado ao instituto (arts. 1.072 a 1.102, CPC; CARMONA, 1995, pp. 25-39), a Lei n. 9.307/96 inovou na ordem jurídica interna, reconhecendo a eficácia da cláusula compromissória – admitindo, inclusive, sua execução específica para fins de instituição compulsória do Juízo Arbitral (art. 7.º) – e dispensando de homologação estatal os laudos arbitrais, os quais têm eficácia de título

¹ Artigo originariamente publicado na Revista da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), n. 87, jul./dez. 2006, revisto e ampliado especialmente para esta publicação.

lo executivo, independentemente de qualquer chancela do Judiciário (art. 31 da Lei n. 9.307/96).

Seguramente, a força que se empresta às sentenças arbitrais no novo regime (título executivo judicial, art. 584, VI, CPC) vem da natureza jurisdicional do instituto². Já tivemos oportunidade de apontar que, onde quer que se atue o direito objetivo – principal escopo da jurisdição – por meio de um procedimento contaminado pelo contraditório, há campo fértil para falarmos em processo (arbitral, no caso). E, desde que o resultado desse processo seja definitivo, razoável considerarmos que a atividade é jurisdicional.

Entretanto, apesar da nova roupagem, e diversamente do que muitos esperavam, decorridos 10 (dez) anos do advento da lei, não se viu, ainda, a arbitragem interna decolar³. Não se observou a diminuição no número de feitos perante a jurisdição estatal, não se constatou um aumento na celeridade dos processos judiciais, como não se viu, também, a criação de tribunais arbitrais para a solução de conflitos de porte pequeno e médio, apesar das tentativas legais de se prestigiar o instituto⁴ e de até

² Antes mesmo do advento da Lei n. 9.307/96, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery já indicavam ser adeptos da teoria jurisdicionalista da arbitragem. (*Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, nota ao art. 1.078). No mesmo sentido, mas já com vistas à nova lei: João Bosco Lee, A especificidade da arbitragem comercial internacional, in Paulo Borba Casella (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 196; Adolfo Rivas, El arbitraje según el derecho argentino, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 12, n. 45, p. 72, jan./mar. 1987; Fernando da Fonseca Gajardoni, Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal, *Revista de Processo*. São Paulo, n. 106, p. 190-192, 2002; e Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 27 e 188-192 e Arbitragem e jurisdição, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33, abr./jun. 1990. Há autores, entretanto, como Giuseppe Chiovenda (*Principii di diritto processuale civile*, Nápoles: Jovene, 1980, p. 109) e José Carlos Magalhães (Arbitragem internacional privada, in José Carlos Magalhães; Luiz Olavo Baptista (coord.), *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 17-30), que veem na arbitragem uma espécie de contrato (teoria contratualista), bem como outros que lhe dão natureza autônoma (Weber Barral, Arbitragem e jurisdição, in Paulo Borba Casella (coord.), *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo, LTr, 1999, p. 163-175).

³ Diversamente do que ocorre na esfera comercial internacional, onde a resolução dos conflitos através da arbitragem é predominante há anos (Marcos Afonso Borges, Sentenças e equivalentes jurisdicionais, in José Rogério Cruz e Tucci (Coord.), *Processo civil: evolução @ 20 anos de vigência*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 189). A segurança, a celeridade, a profundidade técnica, o sigilo da decisão, além do inquestionável apelo ético, são os principais fatores apontados como determinantes desse sucesso (Siegbert Rippe, El arbitraje como medio alternativo de solución de controversias comerciales, in Adriana Noemi Pucci (coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 387).

⁴ Antes mesmo do advento da Lei n. 9.307/96, o parágrafo 1º do artigo 114 da Constituição Federal de 1988 já colocava a arbitragem, junto à negociação, como condição da ação coletiva de trabalho. Posteriormente, a Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis), também antes da Lei de Arbitragem, em seu artigo 27, acenou para a possibilidade das partes, em conflitos de menor

mesmo se determinar a instituição compulsória da arbitragem em algumas hipóteses⁵, o que é constitucionalmente discutível.

Razões para a pouca utilização da arbitragem interna, até o presente momento, são várias e passam por motivos de ordem cultural, econômica e legal.

Culturalmente, pode-se indicar que a falta de tradição da arbitragem em nosso país⁶, aliada à absoluta ausência de uma campanha de informação e divulgação desse mecanismo extrajudicial de composição dos litígios, fez com que não se elaborassem, ao menos na escala esperada, contratos onde conste a cláusula compromissória.

Economicamente, o custo da arbitragem ainda é incompatível com a renda da maior parte da população, já que são os litigantes que terão de arcar com a honorária dos árbitros (art. 11, parágrafo único, Lei n. 9.307/96).⁷

Finalmente, do ponto de vista legal, até o final do ano de 2001, havia dúvida sobre a constitucionalidade do principal dispositivo da Lei de Arbitragem – cláusula compromissória e a sua execução específica (art. 7.º da Lei n. 9.307/96); não se sabia como seria o comportamento do Judiciário frente ao novo instituto, tanto no que tange à aceitação do processo arbitral como um verdadeiro equivalente jurisdicional, quanto na apreciação das ações de nulidade das sentenças arbitrais (artigos 32 e 33 da Lei n. 9.307/96). Seguramente isto pode ser apontado como fator de contenção dos ânimos das partes e dos operadores do direito em relação à arbitragem.

O presente estudo, em comemoração aos 10 anos da Lei de Arbitragem, objetiva afastar este receio e comprovar, por meio da análise dos principais precedentes judiciais sobre a Lei n. 9.307/96, que não será por conta do Judiciário que a Arbitragem está fadada ao insucesso.

complexidade, optarem pela solução arbitral da demanda. Mais recentemente, a Lei n. 10.303, de 31.10.2001, em vigor desde março de 2002, que reformou a Lei do Mercado de Capitais e a Lei de Sociedades Anônimas (Leis ns. 6.385/76 e 6.404/76), acrescentou ao artigo 109 desse último diploma um parágrafo que permite a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social da empresa, fazendo, com isso, que eventuais divergências entre os acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e minoritários, sejam resolvidas através da arbitragem.

⁵ A Medida Provisória n. 2.221, de 4.9.2001 (art. 30-f, I) impõe que determinados litígios decorrentes de contratos de incorporação imobiliária sejam obrigatoriamente dirimidos mediante arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307/96.

⁶ E em toda América Latina. Segundo Alejandro Garro, essa desconfiança na arbitragem deriva da doutrina calvinista, segundo a qual haveria de se restringir a intervenção de terceiros nas administrações dos Estados latino-americanos (Enforcement of arbitral agreements and jurisdiction of arbitral tribunals in Latin America, *Journal of International Arbitration*, v. 1, n. 4, p. 298, dez. 1994).

⁷ Há mais de 15 anos já se aponta esse grave problema de acesso à Justiça arbitral. A solução preconizada para tanto, com todos os problemas daí decorrentes, vem indicando que o Estado deveria pagar aos árbitros, ou permitir que os juízes atuassem como árbitros (Mauro Cappelletti; Bryant Garth, *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fábris Editor, 1988, p. 82).

2. Os precedentes jurisprudenciais e a arbitragem

Nestes 10 anos da Lei de Arbitragem já houve tempo suficiente para que os tribunais estatais (incluídos aqui os juízes de primeiro grau), provocados pelas partes contratantes, se debruçassem sobre inúmeros aspectos do processo arbitral, produzindo consideráveis precedentes (em que pese muitos deles ainda em construção).

No nosso sistema jurídico, desde o advento da República, as proposições constantes da jurisprudência, inclusive as súmulas, como regra, têm caráter persuasivo e não vinculante, ou seja, não têm obrigatoriedade equivalente à da lei. A sua finalidade é conferir estabilidade à jurisprudência, facilitando o julgamento das questões semelhantes.⁸

Por isso, os precedentes que abaixo se indicarão – os principais até hoje colhidos em matéria arbitral – embora não cogentes, são importante norte para que o operador jurídico possa se comportar no curso do processo arbitral, já que revelam a tendência a ser seguida pela Justiça brasileira em casos semelhantes.

3. A constitucionalidade da lei de arbitragem

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 12/12/2001, concluindo o julgamento do Agravo Regimental da homologação de sentença estrangeira (Espanha) n. 5206, decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade de todos os dispositivos da lei de arbitragem. Entendeu-se que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, aliada à autorização legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso, não ofende ao artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal. Afinal, o preceito constitucional impede que se exclua, não que as partes livremente renunciem à jurisdição estatal, permitindo a apreciação extrajudicial da questão litigiosa.

Portanto, não resta dúvida sobre a validade e eficácia plena de todos os dispositivos da Lei n. 9.307/96, sendo insustentável tese em contrário.

4. Aplicação imediata dos dispositivos processuais da Lei de Arbitragem (inclusive às convenções anteriores à sua vigência)

Em duas passagens bastante interessantes os tribunais pátrios emprestaram eficácia imediata aos dispositivos processuais da Lei de Arbitragem, mesmo em relação às convenções celebradas antes da vigência da Lei n. 9.307/96 (art. 43).

⁸ Em tempos de reforma o poder constituinte derivado resolveu regressar às origens do sistema luso-brasileiro, reinserindo no nosso sistema a súmula vinculante (art. 103-A da Constituição Federal, com a redação dada pela emenda n. 45/2004). De acordo com o novo sistema – semelhante ao regime colonial e imperial dos assentos da Casa de Suplicação – a aplicação das súmulas do Supremo Tribunal Federal é obrigatória a todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública.

No Recurso Especial n. 712.566-RJ, cuja relatora era a Ministra Fátima Nancy Andrichi, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (j. em 18.08.2005), ao meu ver revendo seu posicionamento anterior (Resp. n 238.174, julgado em 06.05.2003)⁹, assentou ser impositiva a extinção de um processo judicial sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência da cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois as normas processuais têm aplicabilidade imediata.

Tratava-se de uma ação em que Espal Representações e Conta Própria Ltda. pretendia a declaração de nulidade de uma cláusula de quitação geral constante de termo de rescisão contratual firmado com o requerido Wilhelm Fette GmbH. As partes teriam, em outubro de 1955, submetido todas as dúvidas oriundas do contrato de exclusividade na representação comercial celebrado à arbitragem pela Câmara de Comércio Internacional de Paris.

O juiz de 1ª instância afastou a tese de aplicabilidade imediata da Lei de Arbitragem às convenções celebradas anteriormente, decisão esta reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento da aplicabilidade imediata da lei.

A Ministra Fátima Andrichi, após aceitar a divergência com o já mencionado Recurso Especial n. 238.174, manteve a decisão do TJ/RJ, ratificando a extinção do processo em primeiro grau, sem julgamento do mérito, por força do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. A Ministra, ao ter votado no Recurso Especial n. 238.174, apesar de acompanhar o relator Min. Antonio de Pádua Ribeiro, não o fez pelo fundamento de inaplicabilidade imediata dos aspectos processuais da Lei de Arbitragem (como fez o relator), mas sim pela existência de cláusulas contraditórias e que, no caso específico, tornavam inválida a convenção de arbitragem.

O outro julgado que reconheceu a aplicabilidade imediata das normas processuais da Lei de Arbitragem é do pleno do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da homologação de sentença estrangeira n. 5828 (seguido pela de n. 5847), o Min. Ilmar Galvão assentou que “tendo as normas de natureza processual da Lei n. 9.307/96 eficácia imediata, devem ser observado os pressupostos nela previstos para homologação de sentença arbitral estrangeira, independentemente da data do início do respectivo processo perante o juízo arbitral”. Com este fundamento o Supremo Tribunal Federal afastou a necessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira (como ocorria no regime anterior), homologando a sentença arbitral apresentada (art. 35 da Lei n. 9.307/96).

Destaque-se, todavia, a existência de uma manifestação em sentido contrário, da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a afastar a obrigatoriedade de instalação do juízo arbitral sob o fundamento de que a cláusula

⁹ No Recurso Especial n. 238.174-SP, relatado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro, a própria 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça havia decidido que a Lei n. 9.307/96, sejam considerados os dispositivos de direito material, sejam os de direito processual, não pode retroagir para atingir os efeitos do negócio jurídico perfeito, não se aplicando, pois, aos contratos celebrados antes do prazo do seu artigo 43.

la, inserida no contrato de constituição de determinada sociedade, era anterior à Lei n. 9.307/96 (Rel. Des. Sebastião Amorim, j. 07.08.2003, vu). Com este entendimento o Tribunal afastou a preliminar de impossibilidade de prosseguimento da ação de prestação de contas ajuizada por um dos sócios (José Monteiro da Fonseca Júnior) contra o administrador da sociedade (Ernesto Monteiro da Fonseca), dando, assim, por prejudicada a cláusula instituída antes da vigência da Lei de Arbitragem, e prosseguindo no mérito da ação.

5. Execução específica da cláusula compromissória vazia¹⁰ e a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir na questão de fundo

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira da declaração de constitucionalidade de todos os dispositivos da lei de arbitragem pelo Pretório Excelso, emprestou plena operatividade aos artigos 6.º e 7.º da Lei n. 9.307/96, que tratam da execução específica da cláusula compromissória vazia (Recurso Especial n. 450.881-DF, Relator Min. Castro Filho, 3ª Turma, vu, j. 11.04.2003).

Tratava-se de uma execução específica da cláusula compromissória ajuizada por Compushopping Informática Ltda. e outras contra Americel S/A, em que a requerente objetivava a instituição compulsória do juízo arbitral, com a nomeação da Câmara Arbitral da Associação Comercial do Distrito Federal como árbitra, a fim de dirimir desacordo comercial havido entre as partes (rescisão contratual e ressarcimento de danos sofridos). A requerida Americel se recusava a instituir o juízo arbitral através da celebração do compromisso arbitral, com nomeação de árbitro etc.

A 1ª instância julgou procedente o pedido e, nomeando árbitro único (Leon Frejda Szklarowsky), supriu a manifestação de vontade da demandada, dando por instituída a arbitragem.

Tal decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Nesse julgado, relatado pelo Desembargador Vazquez Cruxên, revelou-se interessante tendência em se prestigiar a competência do árbitro para a questão de fundo (art. 18 da Lei de Arbitragem), reservadas ao Judiciário só as questões relativas à instituição compulsória do juízo arbitral. De acordo com o Relator, “a plausibilidade para ser instituída a arbitragem existe porque evidente a possibilidade de se pedir, via Judiciário, a pretensão indenizatória. Se uma das partes alega descumprimento de cláusulas contratuais, ensejando rescisões e ressarcimentos no âmbito de nossas corte, não vejo razão de se negar a instituição da arbitragem, sob o fundamento de que a pretensão é impossível por que não houve qualquer tipo de burla contratual. *Se houve, ou não,*

¹⁰ A cláusula compromissória vazia nada mais é do que o acordo de vontades dirigido à solução arbitral da controvérsia, sem especificação, contudo, da forma de instituição da arbitragem (em especial quanto a indicação do árbitro ou órgão arbitral institucional). O art. 6.º da Lei de Arbitragem prevê um procedimento extrajudicial (reunião) para preencher as lacunas da cláusula vazia, cuja ausência da outra parte implica execução específica da cláusula (art. 7.º da Lei de Arbitragem).

descumprimento de cláusulas contratuais, isto é matéria para ser dirimida pelos árbitros e não neste procedimento judicial” (destaque nosso).

Os autos foram ao Superior Tribunal de Justiça por força de Recurso Especial da requerida. O STJ, então, mantendo os dois pronunciamentos anteriores, sacramentou ser plenamente possível a execução específica da cláusula compromissória vazia, bastando que sua existência seja aliada à prévia convocação extrajudicial da parte renitente a firmar o compromisso, nos termos do art. 6º da Lei de Arbitragem. Referendou, ainda, a competência plena do árbitro para a matéria de fundo, restando ao Judiciário tão somente aferir na execução específica da cláusula se é o caso de instituição do juízo arbitral.

A Justiça de São Paulo está enfrentando atualmente a mesma questão da execução específica da cláusula compromissória vazia e dos limites da atuação do juiz togado na determinação dos termos do compromisso.

Trata-se de uma execução de cláusula compromissória que teve curso perante a 13ª Vara Cível da Capital Paulista, em que ANEL – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda., pretende instituir juízo arbitral para dirimir os conflitos havidos com Trelleborg Industri AB e Trelleborg do Brasil Ltda (processo n. 60.969/200).

O magistrado de 1º grau (Juiz Ademir Modesto de Sousa) ao interpretar o alcance da cláusula vazia, entendeu que “na definição judicial do compromisso arbitral, não está o juiz togado obrigado pela Lei de Arbitragem a resolver todas as controvérsias das partes acerca dos termos daquele. É que o escopo da referida lei foi subtrair da apreciação judicial toda a matéria que comporte a arbitragem, se os interessados resolverem submeter a solução de seus litígios ao juiz arbitral. Por conseguinte, o compromisso arbitral cuja definição a lei atribui ao juiz togado deve restringir aos requisitos obrigados indicados no art. 10 da Lei n. 9.307/96” (escolha do árbitro, matéria arbitrável e local de prolação da sentença arbitral), razão pela qual negou, inclusive, definição quanto às despesas com a arbitragem, algo a ser dirimido pelos próprios árbitros (Fernando de Oliveira Marques, Antonio de Souza Correa Meyer e José Alexandre Tavares Guerreiro) que nomeara compulsoriamente na falta de acordo das partes.

A apelação interposta pela Trelleborg Industri Ab e outra foi parcialmente provida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível n. 267.450-4, Rel. Constança Gonzaga, j. 24.05.2006), mantendo-se a instituição compulsória da arbitragem realizada pelo juiz de primeiro grau (afastada, apenas, condenação da apelante pela interposição de embargos de declaração com conteúdo protelatório).

Enfim, o que se pode perceber é não mais haver dúvida sobre a possibilidade, diante da renitência de uma das partes na celebração do compromisso, de se obter judicialmente a instituição compulsória do juízo arbitral nos casos de cláusula compromissória vazia. Competirá ao juiz estatal tão somente a eleição do árbitro e de questões indispensáveis à instauração do juízo arbitral (art. 10 da Lei de Arbitragem), sendo-lhe vedado imiscuir-se nas questões de fundo relativas à controvérsia.

Destaque-se, todavia, que é indispensável o ajuizamento da execução específica da cláusula compromissória vazia para a instauração do juízo arbitral, sendo vedado presumir-se aceitação da instância arbitral ante a omissão do renitente em responder à comunicação do art. 6.º da Lei n. 9.307/96.

Com efeito, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível n. 7005797774 (Rel. Des. Carlos Eduardo Duro, j. 03.04.2003), entendeu inválida menção na correspondência enviada a uma das partes, com a pena de que o não comparecimento à audiência referida no art. 6.º, da Lei n. 9.307/96 implicaria aceitação do juízo arbitral. Entendeu o Tribunal que não havendo tal penalidade pelo não comparecimento no parágrafo único do referido art. 6.º, é vedada a instauração compulsória extrajudicialmente, sob pena de ter-ser por prejudicada a ação referida no art. 7.º da Lei.

6. Cláusula compromissória cheia¹¹ e desnecessidade do procedimento do art. 7º da Lei de Arbitragem

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgado muito bem fundamentado, enfrentou a questão da necessidade de intervenção judicial para a celebração do compromisso arbitral e instituição de arbitragem decorrente de cláusula compromissória cheia (Agravo de Instrumento n. 124.217-4/0, 5ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Rodrigues de Carvalho, vu, j. em 16.09.1999).

Até então duas correntes haviam se formado sobre o tema. Uma primeira, sustentando que a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem era a única via para instituição compulsória do juízo arbitral, pouco importando se a cláusula compromissória era cheia ou vazia. Outra, no sentido de que só nas cláusulas compromissórias vazias era necessária a intervenção judicial, já que na cheia o próprio órgão arbitral eleito pelas partes é que dirimiria, de acordo com suas regras, eventuais omissões da cláusula (não havendo necessidade de o juiz estabelecer o conteúdo do compromisso arbitral).

Após trazer à baila precedentes de direito comparado, entendeu-se que a existência de cláusula compromissória cheia dentro dos contornos do compromisso dispensava a atuação judicial e o procedimento do art. 7.º da Lei de Arbitragem¹². Afinal, de acordo com trecho do voto vencedor do Desembargador Silveira Netto, “submeter-se às regras de arbitragem de certa entidade significa abraçá-las em todos os seus aspectos, inclusive acatar a possibilidade de indicação dos árbitros, local do arbitramento e outros”.

Com esse entendimento o Tribunal de Justiça reformou a decisão de 1ª instância (processo n. 45.649/99, da 36ª Vara Cível de São Paulo) que havia afastado a preliminar de falta de interesse de agir arguida. E com base nisto, reconhecendo a desnecessidade

¹¹ Diversamente da cláusula compromissória vazia, na cheia (também nominada completa) há prévia indicação dos elementos indispensáveis para a imediata instituição do juízo arbitral (nomeação de árbitro ou de órgão arbitral institucional), nos termos do art. 5º da Lei de Arbitragem.

¹² Neste mesmo sentido foi o voto do Min. Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já mencionado Agravo Regimental na homologação de sentença estrangeira n. 5206.

do emprego do procedimento do art. 7.º da Lei de Arbitragem para a instituição do juízo arbitral advindo de cláusula compromissória cheia, extingui o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VII, do CPC).

Do V. Acórdão proferido foi interposto recurso especial pelos agravados (Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros), mas não foi ele conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 249.255-SP), pois as partes celebraram termo de aceitação da jurisdição da Corte Arbitral eleita pela cláusula compromissória impugnada.

No mesmo sentido do V. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi, de certa forma, a decisão tomada pelo Juízo da 16ª Vara Cível Central de São Paulo Capital (Juiz Alexandre Alves Lazzarini) na ação de n. 4.878/2001, em que era autor Celso Varga contra TRW Automotive South America S/A e Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

Tratava-se de ação em que o autor pretendia declarar a nulidade de cláusula compromissória cheia no contrato firmado com TRW (algo que me parece a lei só ter admitido ao final por meio da ação de impugnação), que reconhecia a competência da Câmara de Comércio Brasil-Canadá para dirimir eventuais conflitos das partes.

Apesar de cautelarmente deferida a liminar para suspender a instauração do Tribunal Arbitral – o que gerou perigoso precedente do TJ/SP por força do V. Acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 197.798.4¹³ – decidiu-se, ao final, que o autor da ação não tinha razão, já que voluntária e livremente, por meio da cláusula compromissória cheia, teria aderido à arbitragem da controvérsia. Ficou consignado na sentença, ainda, ser desnecessária a utilização da ação art. 7.º da Lei de Arbitragem para a instituição do juízo arbitral, pois, no caso, qualquer outra pendência para a celebração do compromisso seria dirimida pelo próprio órgão arbitral institucional eleito pelos contratantes.

Em grau de apelação a sentença monocrática foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível n. 296.036-4). Ficou consignado no V. Acórdão relatado pelo Des. Sousa Lima (j. 17.12.2003) ser desnecessária “a intervenção judicial prevista no art. 7.º do mesmo diploma legal, para firmar o conteúdo do compromisso arbitral, ou seja, este dispositivo vale para a chamada cláusula compromissória vazia, que só prevê a arbitragem como meio de solução de controvérsias, sem definir o órgão arbitral e a submissão às suas regras”.

¹³ No referido Agravo de Instrumento n. 197.978-4, da 7ª Câmara de Direito Público, ficou assentado que, além da discutível constitucionalidade do novo regime da arbitragem (algo já afastado pelo STF), havendo dúvida razoável e resistência justificada de uma das partes sobre a idoneidade do procedimento arbitral, prevalece o monopólio estatal da controvérsia, devendo ser suspensa a instauração do juízo arbitral eleito pelas partes (Relator Des. Sousa Lima, j. 09.05.2001).

7. Tendência de admissão da arbitragem para solução de litígios trabalhistas individuais

Podem ser submetidas à arbitragem as matérias laborais pecuniárias, com exceção às que se referem às normas de segurança e medicina do trabalho, que envolvam o trabalhador menor e outras áreas sensíveis¹⁴.

E as decisões arbitrais neste sentido são válidas para todos os fins de direito.

Vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a plena validade de sentenças arbitrais em matéria trabalhista (Recurso Especial n. 777.906-BA, Relator Min. José Delgado, 1ª Turma, vu, j. 18.10.2005; Agravo Regimental no Resp. n. 695.193-BA, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 04.10.2005; Recurso Especial n. 635.156/BA, Rel. Min. Castro Meira, j. 09.08.2004; Recurso Especial n. 707.043/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.04.2005; Recurso Especial n. 659.631-BA, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 16.12.2004; e Recurso Especial n. 638.150-BA, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19.04.2005).

De acordo com esses julgados, como a Lei n. 8.036/90 não faz distinção na forma de reconhecimento da ausência de justa causa para movimentação da conta vinculada do FGTS (art. 31 da Lei n. 8.036/90), nada impede que se admita tal movimentação com base em sentença arbitral (e não-judicial) que reconheceu a demissão imotivada, até mesmo porque o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas – óbice sempre alegado pela Caixa Econômica Federal para negar a movimentação – milita em favor do empregado e não pode ser interpretado como forma a prejudicá-lo.

Com este entendimento, parece-me clara a tendência em se aceitar a plena validade da arbitragem para dirimir os dissídios individuais de trabalho, mitigando a pretensa e falsa tese de indisponibilidade dos direitos patrimoniais de natureza trabalhista.¹⁵

¹⁴ Cf. Selma Lemes. O uso da arbitragem nas relações de trabalho. *Valor Econômico*, 15/16/17 ago. 2003.

¹⁵ O custo da arbitragem em matéria trabalhista também é um bom atrativo. Estudo realizado pelos advogados Fernando Galvão Moura e Nelma de Souza Melo mostrou que são ajuizados cerca de 6.500 processos trabalhistas/dia no Brasil – contra cerca[de mil processos/ano no Japão e 67 mil processos/ano na Inglaterra. Pela pesquisa, o custo médio de uma reclamação trabalhista, para os cofres públicos nacionais, atinge a cifra de R\$ 1.328,00, sendo que, nos Estados do norte, o valor pode chegar a mais de R\$ 4.000,00. O custo de um idêntico processo arbitral trabalhista, por outro lado, incluindo os honorários dos árbitros, pode variar de R\$ 80,00 a R\$ 500,00, dependendo da entidade escolhida. Fonte: INAMA – Instituto Nacional de Arbitragem e Mediação, por seu presidente, Edmir de Freitas Garcez.

8. Impossibilidade de deliberação de a assembleia condominial ter natureza arbitral

Outra interessante decisão foi proferida por força da ação n. 587/2002, da 30ª Vara Cível da Capital Paulista (Juiz Alexandre Dartanham de Mello Guerra), referendada pelo Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível n. 354.595-4 (Rel. Des. Jacobina Rabello, j. 16.06.2005).

Hélio Vieira Júnior ajuizou ação declaratória de nulidade de multa imposta pelo Condomínio Edifício Vila Bela, em virtude de ter mantido um cão na sua unidade habitacional, o que estaria em contradição com as disposições do condomínio edilício. Tal sancionamento foi ratificado pela assembleia dos moradores, que nos termos da convenção condominial, criativamente, teria força de arbitragem (art. 4.º da Lei n. 9.307/96).

Julgado parcialmente procedente a ação exclusivamente para afastar a multa aplicada (negado o pleito indenizatório), o condomínio apelou sob o fundamento de que o Judiciário não poderia se imiscuir na decisão proferida pela assembleia, cuja natureza era arbitral. Pugnava pela extinção do processo em julgamento do mérito (art. 267, VII, do CPC), forte na tese de que somente a assembleia tinha jurisdição sobre o caso.

No julgamento do recurso restou consignado que não é possível se falar que a convenção do condomínio ou a assembleia geral tenham características de arbitragem. Embora o julgado não tenha se alongado na questão, manifesta a falta de seriedade da convenção, já que propósito nítido da cláusula arbitral era por a salvo de qualquer impugnação a decisão da assembleia, que cumulava as incompatíveis atividades de parte e julgador (art. 14 da Lei de Arbitragem).

9. Revelia no processo arbitral e validade da sentença

O Superior Tribunal de Justiça, já à luz de sua novel competência para a homologação de sentenças judiciais e arbitrais estrangeiras (art. 105, I, “i”, da Constituição Federal, com a redação dada pela emenda n. 45/2004), tem aceitado à plenitude as sentenças arbitrais proferidas à revelia do demandado, desde que observadas as disposições dos artigos 38, III, e 39, parágrafo único, ambos da Lei de Arbitragem.

De acordo com a corte especial do STJ (homologação de sentença estrangeira n. 887), para a homologação de sentença arbitral estrangeira proferida à revelia do demandado compete a ele comprovar (e não ao requerente) que não foi devidamente comunicado da instauração do procedimento. Caso assim não faça cabalmente, nada impede a homologação da sentença estrangeira, nos termos do art. 38, III, da Lei de Arbitragem (Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.03.2006).

Em outro incidente de homologação de sentença arbitral (n. 874) estrangeira o STJ reconheceu a eficácia da citação postal realizada em território brasileiro, nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei de Arbitragem. Pretendia a condenada – que era

domiciliada no Brasil – afastar a validade da citação postal, vez que, ao seu entender, a ausência de rogatória de citação viciaria o procedimento e implicaria a negativa ao seu direito de defesa. O Relator Min. Francisco Falcão (corte especial), expressamente afastou a alegada ofensa à ordem pública na medida em que havia comprovação nos autos, além da citação postal admitida pela lei brasileira (art. 222 do CPC), de inúmeras intimações do impugnante para o comparecimento a atos realizados no processo arbitral (j. 19.04.2006).

10. Medidas de urgência perante a Justiça Estatal enquanto ainda não instaurado o juízo arbitral

Em antigo trabalho acadêmico tive oportunidade de investigar a possibilidade de serem requeridas medidas de urgência ao juiz togado enquanto ainda não instaurado o juízo arbitral (*verbis*):

Questão interessante surge quando, antes da instauração do Juízo Arbitral, com a aceitação da nomeação pelo(s) árbitro(s) (art. 19, *caput*, da LA), haja necessidade de alguma dessas medidas cautelares ou de urgência. Quem seria competente para apreciá-la? Haveria instauração antecipada do juízo arbitral?

Parece-me que não. A parte deve requerer diretamente ao Juiz competente para o conhecimento da causa (o da sede do juízo arbitral) a medida (agora sim com prevenção para a futura ação de nulidade do art. 32/33, da LA).

Entretanto, nesses casos, à exceção da medida cautelar de antecipação de provas (art. 846 do CPC), que se esgota com a simples produção, os demais provimentos cautelares ou de urgência deverão, após concedidos pela Jurisdição Estatal (arrestos, seqüestros, etc.), ser ratificados pelo juízo arbitral a se instaurar, remetendo-lhe o juiz os autos tão logo tenha ciência da aceitação da nomeação pelos árbitros, preservando-se, assim, a competência plena da Jurisdição privada sobre o litígio.

Entendendo o juízo arbitral ser impertinente ou desnecessária a medida, poderá, simplesmente, cassá-la, sem que haja problema algum de âmbito processual, posto que as cautelares em geral não fazem coisa julgada material, bem como, as concedidas liminarmente, podem ser cassadas a qualquer tempo (Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo* n. 106, pp. 202-203).

A jurisprudência acabou acolhendo, ao menos parcialmente, tese que advogávamos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em precioso precedente em que atuou como advogado Carlos Alberto Carmona, um dos integrantes da comissão de redação do anteprojeto que veio a se converter na Lei n. 9.307/96¹⁶ (Agravo de Instru-

¹⁶ Os outros dois integrantes desta comissão foram Selma Maria Ferreira Lemes e Pedro Antônio Batista Martins.

mento n. 384.896-4, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sérgio Gomes, vu, j. 03.05.2005), aceitou a intervenção excepcional da justiça estatal quando, sendo necessária uma medida de urgência, ainda não tivesse sido instaurado o juízo arbitral.

Tratava-se de uma ação cautelar em que a Companhia Melhoramentos de São Paulo pretendia a suspensão de uma cláusula em acordo de acionistas, cuja liminar foi deferida pelo juízo da 13ª Vara Cível da Comarca da Capital paulista (Juíza Cecília Piniheiro da Fonseca Amendolara – processo n. 131.763/2004), sob o fundamento de que o acordo impedia o exercício do direito de aquisição na forma planejada pela QWLA Participações Ltda, requerida na ação, ao menos até que os árbitros solucionassem em definitivo a questão, com a instauração da arbitragem também convencionada.

O Relator do Agravo de Instrumento interposto de tal decisão (pela QWLA Participações Ltda.), ao afastar a tese da agravante de que o Judiciário não poderia se imiscuir diante da convenção de arbitragem, deixou assentado que “não há violação da Lei n. 9.307/96, porquanto a Melhoramentos não tinha outra alternativa, senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências (eleição de árbitros, elaboração do respectivo requerimento, tradução de documentos etc.)”, ainda mais quando no caso o próprio regulamento da Corte Internacional de Arbitragem – eleita com órgão institucional para o caso – permite o acesso ao Judiciário em determinadas circunstância, entre elas nos casos de medidas de urgência (art. 23.2).

Em 24.03.2006 o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo de decisão denegatória do recurso especial que se interpôs do V. Acórdão do TJ/SP, tendo, logo após, transitado em julgado a decisão.

Em outros precedentes os Tribunais pátrios endossaram a tese de que compete à Justiça Estatal dirimir questões urgentes.

A 1ª Câmara de Direito Privado do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento n. 240.062-4, Rel. Elliot Akel, j. 27.08.2002) já havia assentado que a cláusula arbitral não impede que o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, conceda tutelas de urgência.

E o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no mesmo sentido, admitiu que ainda não instaurado o juízo arbitral pela celebração do compromisso, compete ao Judiciário apreciar cautelar de exibição de documentos (Agravo de Instrumento n. 0273072-3, 3ª Câmara Cível, Rel. Edílson Fernandes, vu, j. 24.02.1999).

11. Cabimento do recurso extraordinário em sede de ações que apreciem validade de convenção de arbitragem e impossibilidade de retenção do extraordinário contra decisões interlocutórias (art. 542, § 3.º, do CPC)

O Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar n. 212/RJ, cujo Relator era o Ministro Marco Aurélio, entendeu que estando em jogo jurisdição, ante a cláusula em que prevista a solução de conflito de interesse via arbitragem, tudo recomenda a submissão do tema ao Supremo Tribunal Federal (j. 01.06.2004).

Tratava-se de Agravo de Instrumento tirado contra decisão da justiça carioca, confirmada pelo respectivo Tribunal de Justiça, que não aceitara a validade de cláusula de arbitralidade eleita pelas partes, prosseguindo no conhecimento da demanda e negando a extinção do processo requerida pela parte demandada (art. 267, VII, do CPC).

A demandada, inconformada com a decisão de 2.º grau, ofertou Recurso Extraordinário, cujo processamento foi negado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por força da retenção obrigatória dos recursos excepcionais interpostos contra decisões interlocutórias (art. 542, § 3.º, do CPC).

O Pretório Excelso, ao apreciar a citada cautelar recebida como reclamação, determinou o processamento do Extraordinário, apontando expressamente que nesses casos não impera o regime da retenção por força do princípio da economia processual, já que seria contraproducente permitir o prosseguimento do processo sob o risco de, ao final, ser emprestada validade à convenção de arbitragem, com extinção da demanda.

E, ao meu ver, disse mais, revelando que matéria referente à validade de convenção de arbitragem, por envolver o próprio afastamento da Jurisdição Estatal, toca questão constitucional, sendo, portanto, plenamente possível a ativação da jurisdição da Corte Suprema via Recurso Extraordinário.

12. Ilegitimidade passiva dos árbitros para figurarem no polo passivo das ações de nulidade

A 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2006.002.00014 (j. 11.01.2006), corretamente entendeu que o árbitro, mesmo tendo sido o responsável pela causa de nulidade da sentença arbitral (suspeição), não é legitimado passivo para a ação de nulidade dos artigos 32 e 33 da Lei n. 9.307/96.

De acordo com o relator Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, somente as partes que submeteram a solução do litígio ao juízo arbitral e se sujeitam aos efeitos da decisão proferida deve integrar a lide em que se postula a anulação do procedimento ou da decisão arbitral.

Em decorrência disto, a árbitra carece de legitimidade passiva para compor o polo passivo da ação de nulidade de sentença arbitral, tanto mais que nem a causa de pedir, nem os pedidos, a envolvem.

13. Preservação das sentenças arbitrais e impossibilidade do Judiciário apreciar o seu mérito

Em inúmeros precedentes se tem relevado uma incontestável tendência em se preservar as sentenças arbitrais, que só vêm sendo anuladas em hipóteses dos vícios referidos no art. 32 da Lei de Arbitragem estarem cabalmente comprovados.

Assim aconteceu na Apelação Cível n. 2.0000.00.386180-7, do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (j. 14.10.2003, vu), em que se desacolheu o pedido de anulação da sentença arbitral sob inúmeros fundamentos processuais e de mérito. Na decisão da lavra da juíza Vanessa Verdolim Andrade, ficou assentado que “depois que as partes se submetem ao árbitro, não podem simplesmente se subtrair de sua decisão só porque lhe foi desfavorável, mesmo que parcialmente, porque aí é que está a utilidade do árbitro”. Entendeu-se, ainda, que na ação de nulidade não compete ao Judiciário fazer juízo de mérito da decisão do árbitro, eis que ela é soberana quanto as regras de fundo. E, finalmente, recusou-se o Tribunal a enfrentar matérias sequer apresentadas ao árbitro no momento oportuno.

No mesmo sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a consignar que “a ação declaratória de nulidade da sentença arbitral prevista nos arts. 32 e ss. da Lei n. 9.307/96, não possui o objetivo de propiciar a reapreciação do mérito da questão por equívocos na análise das provas e na aplicação do direito, mas apenas cassá-la, caso haja irregularidades formais, com fulcro nas hipóteses previstas, de forma exaustiva, nos incisos do art. 32 do aludido diploma legal” (Agravo n. 1.0024.05.750257-7, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, j. 18.04.2006, vu).

14. Conclusão

Da análise dos principais precedentes jurisprudenciais colacionados nestes 10 primeiros anos da Lei n. 9.307/96, bem se percebe que o Judiciário tem feito sua parte em prol da consolidação da arbitragem, afastando o intervencionismo tão receado por aqueles que apostam no instituto como eficaz meio alternativo de solução das controvérsias.

Ressalvada a sua participação na instauração compulsória das arbitragens decorrentes de cláusula compromissória vazia e da apreciação de medidas urgentes antes da instauração do juízo arbitral, a Justiça Estatal vem terminantemente se negando a interferir nos meandros do processo arbitral, deixando ao critério das partes e do árbitro a resolução das questões litigiosas em seu todo.

Não há razão para se desconfiar de que nos próximos anos haja mudança no cenário jurisprudencial ora apresentado. Não será, portanto, reiteramos a título de encerramento, por intervenção da jurisprudência que a arbitragem estará fadada ao insucesso.

Referências

BARRAL, Weber. Arbitragem e jurisdição, in: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

BORGES, Marcos Afonso. Sentenças e equivalentes jurisdicionais, in: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil: evolução*. 20 anos de vigência. São Paulo: Saraiva, 1995.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fábris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Arbitragem internacional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 329, mar. 1995.

_____. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, abr./jun. 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe Chiovenda. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1980.

NERY JR., Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal, *Revista de Processo*. São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002.

GARRO, Alejandro. Enforcement of arbitral agreements and jurisdiction of arbitral tribunals in Latin America. *Journal of International Arbitration*, v. 1, n. 4, dec. 1994.

LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem comercial internacional, in: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O uso da arbitragem nas relações de trabalho, *Valor Econômico*, 15/16/17 ago. 2003.

MAGALHÃES, José Carlos. Arbitragem internacional privada, in: MAGALHÃES, José Carlos Magalhães; BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986.

RIPPE, Siegbert. El arbitraje como medio alternativo de solución de controversias comerciales, in: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIVAS, Adolfo. El arbitraje según el derecho argentino, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 45, jan./mar. 1987.

Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: o mito da neutralidade. Requisitos e vícios da decisão

Brief considerations on the guarantee of judicial fundaments: the myth of neutrality. Requisites and vices of the decision

GUILHERME RODRIGUES ABRÃO

Advogado criminalista, Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal Empresarial (PUC/RS) e em Ciências Criminais (Rede LFG), professor de Direito Penal da Ulbra.

RAFAEL KLARMANN

Advogado criminalista, mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal e Processual Penal (Faculdade IDC)

RENATA JARDIM DA CUNHA RIEGER

Advogada criminalista, mestranda em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal e Processual Penal (Faculdade IDC).
e-mail: renatajardimdacunha@yahoo.com.br

Resumo: O objeto de estudo é o dever de fundamentação das decisões judiciais, calcando-se tal dever em verdadeira garantia expressa na Constituição Federal (art. 93, IX). Demonstrou-se que é por meio da motivação que se torna viável a análise de várias outras garantias fundamentais atreladas ao devido processo legal. Mostrou-se, também, que a motivação do magistrado não é somente um discurso pautado pela racionalidade, como se houvesse uma fórmula matemática para tanto. É dotada de racionalidade e de certa subjetividade, pois a emoção também integra “*decisium*” judicial, devendo reconhecer-se que, consciente ou inconscientemente, aspectos psicológicos do julgador compõem a motivação. Por derradeiro, demonstrou-se que, se não observados os requisitos da motivação, se estará diante de uma nulidade absoluta que macula indelevelmente o devido processo legal.

Palavras-chave: Fundamentação judicial. Racionalidade. Subjetividade. Emoção. Requisitos da fundamentação. Nulidade absoluta.

Abstract: The object of this study is the obligation of establishment of judicial decisions, being it a true guarantee expressed in the Federal Constitution (art. 93, IX). We have demonstrated that it is through motivation that it becomes viable an analysis of many other fundamental guarantees linked to the legal process. We have also showed that the magistrate’s motivation is not only a discourse guided by rationality, as if there were a mathematical formula for that. It is endowed by rationality and by a certain subjectivity, because emotion also integrates judicial *decisium*, and one may recognize that, consciously or unconsciously, psychological aspects of the judge compose the motivation. Finally, we have demonstrated that if the requisites of the motivation are not observed, one will be in face of an absolute nullity which maculates the legal process.

Keywords: Judicial fundaments; rationality; subjectivity, emotion; requisites of fundaments; absolute nullity.

1. A fundamentação como garantia: o controle da racionalidade e da subjetividade das decisões

O dever de fundamentação das decisões judiciais transcende a uma garantia técnica, representando, antes e acima disso, o resultado de determinada concepção sobre o exercício do poder estatal. Isso porque é pela motivação que é possível avaliar a atividade jurisdicional, verificando-se as escolhas e seleções feitas pelo julgador, a observância de regras do contraditório e as circunstâncias factuais que formaram a “verdade” do juiz (POZZEBON, in: GAUER, 2006. p. 242).

Nesse contexto, a fundamentação não interessa apenas às partes, que podem verificar se suas razões foram objeto de análise pelo julgador, mas também ao magistrado, que demonstra a sua atuação, e à sociedade, a qual verifica como está sendo distribuída a justiça (POZZEBON, *loc. cit.*). Assim, com a motivação, asseguram-se objetivos políticos, como a participação popular, a legalidade, a previsibilidade do conteúdo das decisões jurídicas, a separação dos poderes e a proteção dos direitos fundamentais (GOMES FILHO, 2001, p. 82 e segs.).

Enfim, “a fundamentação é de rigor” (TOURINHO FLHO, 2009. p. 20). E, nas palavras de Tourinho Filho, a sentença sem motivação é uma não-sentença (TOURINHO FLHO, *Op. cit.*).

Nessa senda, parece acertada a posição Luigi Ferrajoli no sentido de que a motivação tem valor “endoprocessual” e “extraprocessual”. Mais, não é exagerada sua afirmação de que a motivação pode ser considerada como o principal parâmetro de legitimação interna, ou jurídica, e externa, ou democrática, da função judiciária.¹

Ao abordar que a fundamentação é uma garantia extraprocessual, Ferrajoli refere-se à publicidade. E é inegável que ambas – fundamentação e publicidade – estão umbilicalmente ligadas. Há, nas palavras de Gomes Filho, uma “[...] relação de instru-

¹ Segundo Ferrajoli, “La presencia y, sobre todo, la exposición al control de la motivación gracias a su forma lógica y semántica tienen por consiguiente el valor de una discriminación entre métodos procesales opuestos y, como reflejo, entre modelos opuestos de derecho penal: entre lo que Carrara llamaba ‘convicción autocrática’ porque estaba basada en la ‘mera inspiración del sentimiento’ y la ‘convicción razonada’ por haberse expuesto las ‘razones’ tanto jurídicas como fácticas. y, en consecuencia – según la alternativa enunciada desde el comienzo de este libro –, entre cognoscitivismo y decisionismo penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y sustancialismo penal. Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la motivación tiene también el valor ‘endoprocessal’ de garantía de defensa y el valor ‘extra-processal’ de garantía de publicidad. Y puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial” (FERRAJOLI, 1995. p. 623).

mentalidade recíproca, que decorre do objetivo comum de possibilitar a comunicação entre a atividade processual e o ambiente social” (GOMES FILHO, 2001, p. 104).

A fundamentação e a publicidade estão expressamente consagradas na Constituição e reafirmadas na legislação infraconstitucional. No que tange à publicidade, está prevista, com expressa ressalva para situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais nos arts. 5.º, LX, c/c 37, “caput”, c/c art., 93, IX da Constituição Federal e no art. 792 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, no processo penal brasileiro, a regra é a publicidade absoluta. E nem poderia ser diferente, pois, em um Estado que se diz Democrático de Direito, não há espaço para o mistério. Nas palavras de Paulo Rangel, deve-se rejeitar o poder que oculta e não se tolerar o poder que se oculta, consagrando-se a publicidade dos atos e das atividades estatais (RANGEL, 2005, p. 12 e segs.).²

No que concerne à fundamentação, está prevista no art. 93, IX, da Constituição e no art. 382, III, do Código de Processo Penal. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder e, principalmente, se houve a observância das regras do devido processo legal (LOPES JÚNIOR, 2008, v. 1, p. 195).

O processo, como se sabe, destina-se a comprovar se um determinado ato humano realmente ocorreu. Trata-se de uma atividade recognitiva: “A um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador [...]” (COUTINHO, 2004, p. 80 e segs.). Mais (COUTINHO, *Op. cit.*):

[...] Intermedeia, do seu conhecimento do caso concreto (*notio; cognitio*) à sentença (não esquecer, jamais, que, do latim, a palavra decorre de *sentire*, gerúndio *sentiendo*, só para que se não pense em ‘máquinas judicantes’), um conjunto de atos preordenados a um fim. Ora, tais atos (e o radical continua latino e em *actio*), tomando em conta aquele escopo, têm, por evidente, o fim de sanar a ignorância, razão pela qual se vai falar em instrução (do latim *instructione*) [...].

Em outras palavras, o “saber” – como obtenção de um conhecimento – sobre o fato é o fim a que se destina o processo, o qual deve ser um instrumento eficaz para a sua obtenção. Daí a imprescindibilidade da motivação judicial, ressaltada por Lopes Júnior (2008, v. 1, p. 195):

² Ressalva-se que, excepcionalmente, é admitida a “publicidade especial ou restrita”, desde que seja necessária a restrição para o interesse social ou para a defesa da intimidade das partes (TOURINHO FLHO, 2009, p. 20). E não é demais lembrar a imprescindibilidade da motivação nas decisões que restringem a publicidade. Em outras palavras, mesmo naqueles casos em que a limitação da publicidade é permitida (ar. 5.º, LX, e 93, IX), sem uma expressa justificação sobre fatos que caracterizem as exceções constitucionais, não é possível ao juiz determinar o segredo (GOMES FILHO, 2001, p. 105).

[...] A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e a materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o ‘saber’ que legitima o ‘poder’, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.

Juntamente ao controle da racionalidade das decisões judiciais, é necessário observar o controle da subjetividade. Durante período da história do pensamento moderno – mais precisamente durante o Estado Liberal – buscou-se um tipo de saber isento de qualquer imperfeição humana. Defendeu-se a ideia de que o homem, como sujeito cognoscente, poderia anular-se completamente nas relações de conhecimento: o sujeito limitar-se-ia a captar o objeto (COUTINHO, 2001, p. 42)³.

Buscava-se uma verdade absoluta, que só poderia ser alcançada por intermédio de um juiz mito (Deus), capaz de ser neutro. Enfim, nesta concepção, tinha-se o juiz como um órgão neutro e imparcial que, por não ter interesse direto no caso, tutelaria a igualdade das partes no processo, atingindo a pacificação de conflitos de interesses e a justiça (COUTINHO, 2001, p. 44).

A partir do século XX, quando a Física Clássica – baseada na ideia de continuidade – cede lugar à Física Quântica – calcada na descontinuidade –, surge uma nova visão de mundo que rompeu o conhecimento até então existente. Nesta nova concepção, não se fala em objetividade pura nem em verdades absolutas: passa-se a admitir a existência de espaços entre o parcial e o imparcial e certeza e incerteza (POZZEBON, 2006, p. 232).

Sobre esta nova visão de mundo, Pozzebon ressalta:

Este novo conhecimento, com tal dimensão, que alterou toda uma visão de mundo, não pode mais ficar afastado do Direito e da forma de encarar as decisões judiciais. Assim, a decisão não é fruto de razão ou o da subjetividade, mas de razão e subjetividade, simultaneamente. O juiz não é parcial ou imparcial, mas parcial e imparcial. A decisão não é ‘verdadeira’ ou falsa, mas ‘verdadeira’ e falsa. É tudo isso. É humana (POZZEBON, *Op. cit.*).

Assim, hoje, reconhece-se que não existe racionalidade independentemente de sentimento, da subjetividade.⁴ Não existe racionalidade sem sentimento, emoção, daí a

³ Alguns fatores foram determinantes por esta busca pela neutralidade, tais como (a) a crença em uma razão que tivesse validade universal; (b) a necessidade de legitimar o discurso do Estado Moderno nascente (Estado de todos, que falava em nome de toda a nação); (c) a urgência em ocultar que os reais interesses do Estado eram de classes e não do povo. Passa-se, então, a falar de igualdade jurídica – todos são iguais perante a lei – e interesse público na resolução de conflitos.

⁴ Neste sentido, colaciona-se, ainda, trecho de Antônio Damásio: “É esse o erro de Descartes, a separação abissal entre o corpo e a mente, entre a substância corporal, infinitamente divisível,

importância da subjetividade e de todo o “sentire” no ato decisório e da necessidade de assumir que a “decisum” é um ato de crença, de fé (abandono da verdade pela impossibilidade) (LOPES JÚNIOR, 2008, v. 1, p. 198)⁵.

E este “sentire” implica, essencialmente, a atividade (s)eletiva do juiz, que deverá, na dimensão probatória, eleger entre teses apresentadas (acusatória e defensiva) qual delas irá acolher. Já no plano jurídico, decidirá o “significado válido da norma” (LOPES JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 198 e segs.). E lhe cumprirá deixar clara que opções foram feitas, possibilitando, reitera-se, às partes e à sociedade o conhecimento de suas decisões.

E, como bem lembra Fabrício Pozzebon, este dever de fundamentar tem três importantes faces no Estado Democrático e Social de Direito. São elas (POZZEBON, *Op. cit.*, p. 247):

[...] a) uma garantia de defesa contra eventuais abusos do poder estatal, uma vez que o julgador deverá explicitar os motivos que o levaram a decidir daquela forma (é um ponto de partida), além de possibilitar a interposição do recurso cabível; b) a materialização do direito subjetivo à prestação jurisdicional por parte do Estado, após um procedimento marcado por garantias, as quais deverão estar traduzidas na fundamentação; e c) dever do Estado prestá-la, assim como a educação, saúde, segurança, em primeiro e segundo graus de jurisdição, devendo o juiz atuar materialmente no sentido de sua efetivação (juiz ativo do Estado Democrático e Social de Direito), sempre sob pena de configuração de nulidade expressamente prevista no texto constitucional.

Por derradeiro, insta referir que é adequada a posição do autor, no sentido de que a fundamentação judicial é – mesmo sem estar prevista no rol do art. 5.º da Constituição⁶ – uma garantia fundamental. Mais: trata-se da “garantia das garantias”, “garantia-mãe”, ponto de partida para análise do respeito a todos os demais direitos constitucionais do acusado (POZZEBON, 2006, p. 247).

com volume, com dimensões e com um funcionamento mecânico, de um lado, e a substância mental, indivisível, sem volume, sem dimensões e intangível, de outro; a sugestão de que o raciocínio, o juízo moral e o sofrimento adveniente da dor física ou agitação emocional poderiam existir independentemente do corpo. Especificamente: a separação das operações mais refinadas, para um lado, e da estrutura e funcionamento do organismo biológico, para o outro” (DAMÁSIO, 1996, p. 280).

⁵ E, vale ressaltar, a denúncia desta subjetividade não visa a deslegitimar a decisão judicial. Objetiva-se, reitera-se, apenas, revelar a necessidade de que o juiz se dê conta de sua subjetividade – assum-a – e parta disso para julgar.

⁶ Não é demais referir que os constitucionalistas firmaram entendimento de que o rol do art. 5.º é meramente exemplificativo. É, portanto, possível a existência de direitos fundamentais em outros dispositivos da Constituição e, até mesmo, fora deste Diploma. Esta é, aliás, a única interpretação que se coaduna com a cláusula de abertura constante no §2.º do art. 5.º da Carta da República.

2. *Requisitos da motivação: dos aspectos objetivos à emoção*

Importante salientar que há determinados requisitos para que uma motivação judicial seja considerada idônea, inclusive para assegurar a função de garantia fundamental que tem o dever de fundamentação de todo o provimento jurisdicional (art. 93, inc. IX, CF/88). Para tanto, é possível identificar como requisitos da motivação alguns aspectos fundamentais como integridade, correlação, dialeticidade e racionalidade (GOMES FILHO, 2001, p. 174 e segs.).

A integridade pode ser concebida como um inerente imperativo do próprio mandamento constitucional do art. 93, inc. IX, da CF/88, o qual estabelece que todos “os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”, isto é dizer que todo e qualquer provimento jurisdicional deve ser sempre justificado.⁷

O requisito da correlação é entendido como a exigência de que os elementos que servem de base para a decisão estejam no processo, não podendo o julgador valer-se de elementos “extra” autos para justificar sua decisão, sob pena de indelével mácula ao princípio do devido processo legal.⁸ Assim, os elementos de convicção que levam à motivação devem obrigatoriamente se encontrar no processo judicial.

Por seu turno, o imperativo da dialeticidade deve ser analisado a partir da ideia de contraditório no processo⁹, uma vez que tudo aquilo que for contra-argumentado pela parte deverá ser levado em consideração na decisão judicial, ou seja, deverá o jul-

⁷ É o que Gomes Filho (ibid., p. 175) leciona ao afirmar que: “À vista disso, não se pode conceber uma fundamentação em que não estejam justificadas todas as opções adotadas ao longo desse percurso decisório, sob pena de frustrar-se o imperativo constitucional, principalmente se consideradas as funções de garantia que consagra. [...] Nesse sentido, é possível dizer que a integridade supõe a adequação do discurso justificativo aos temas que são efetivamente objeto de decisão.”

⁸ Para Gomes Filho (2001, p. 178), a correlação seria denominada de “correção” e consistiria na “[...] correspondência entre os elementos considerados como base da decisão e aqueles efetivamente existentes no processo”, bem como seria o “[...] exigir que na articulação do raciocínio decisório apenas sejam considerados elementos que efetivamente correspondam aos existentes no processo”.

⁹ “[...] o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados) a participar aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” e, para tanto, “[...] é necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 119). Na visão de Cordero, o “[...] debate contradictorio requiere, por lo menos, dos personas que intervengan, ante uno que los modera, y presupone luchadores equivalentes, y triunfa el mejor.” Ainda: “[...] por lo menos dos personas que hablan delante de uno que las escucha y las regula: ambas niegan, afirman, aducen pruebas, elaboran los respectivos materiales, discuten; rigen reglas que tienden a establecer cuál es la hipótesis mejor” (CORDERO, 2000, t. 2, p. 201 e segs.).

gador observar não só os argumentos, mas também os contra-argumentos da(s) parte(s) para balizar sua decisão. Daí que

[...] é evidente que o discurso justificativo dessa mesma decisão não pode ser algo semelhante a um monólogo, em que são apresentados argumentos de autoridade, mas, ao contrário, deve possuir um caráter dialógico capaz de dar conta da real consideração de todos os dados trazidos à discussão da causa pelos interessados no provimento (GOMES FILHO, 2001, p. 177).

2.1. A racionalidade e a emoção na motivação judicial

Outro requisito importante e fundamental para a motivação das decisões é a questão da racionalidade, entendida como um discurso coerente, harmônico e não-contraditório. Este aspecto merece especial destaque, pois se tornam essenciais algumas ponderações sobre a árdua tarefa de julgar e prolatar decisões no dia a dia dos julgadores, especialmente para dar atenção a um ponto fundamental da atividade jurisdicional: a razão e a emoção na motivação.

Inegavelmente, partindo-se da ideia de que o dever constitucional de fundamentação das decisões é uma garantia fundamental, mister se faz reafirmar – mais uma vez – que a motivação do julgador não é um ato puro e simplesmente racional, mas sim, um ato dotado de certa subjetividade. Em outras palavras, é certo que toda decisão judicial é fruto (ou deveria ser, ao menos) de uma racionalidade. Contudo, há de se reconhecer que, na motivação, há uma carga de sentimentos que se alia à racionalidade.¹⁰

Assim, o julgador, ao formar seu convencimento daquilo que está nos autos, irá formular mentalmente um juízo de valoração – juízo crítico – acerca de algo sobre o qual irá decidir e buscará na motivação argumentos para justificar sua própria decisão. E, como não poderia ser diferente, na formação desse juízo de valoração, há influência de vários fatores, até mesmo psicológicos.¹¹

Dessa forma, a motivação, aquilo que leva o julgador a fundamentar sua decisão, não é fruto apenas de certa dose de racionalidade, mas também influenciada,

¹⁰ Isto é dizer que “com efeito, o ensino convencional não mais atende às pressões exercidas pelas alterações sociais dos últimos cinquenta anos (entre as quais destacam-se as mudanças no comportamento feminino e na definição dos papéis sexuais) que parecem estar, de modo gradativo, apontando para um novo padrão de homem e, portanto, para um novo padrão de juiz. Esse novo magistrado – vou chamá-lo de juiz racional-emocional –, poderá ser um parâmetro na formação dos julgadores do século XXI.” (PRADO, in: ZIMERMANN & COLTRO (org.), 2007, p. 43-44.

¹¹ É o que leciona Zimmermann ao aduzir que “a formação do juízo crítico depende de uma série de fatores – conscientes e inconscientes – dos quais, aqui, vamos considerar, separadamente, os seguintes: os valores impostos pelo Superego; as funções do Ego, como as de Percepção, Pensamento e Discriminação; o processo de identificação; os tipos básicos de Personalidade e a Ideologia pessoal do juiz.” (ZIMERMANN, in: ZIMERMANN & COLTRO, 2007, p. 135).

consciente ou inconscientemente, por aspectos psicológicos, o que, então, permite reconhecer que não há decisão judicial em que não haja racionalidade e emoção na motivação.

E essa afirmação, ressalta-se, não coloca em risco a ciência do Direito, pautada na análise das leis, princípios, normas e regras de forma abstrata. Nesse sentido, colaciona-se trecho de Lídia Almeida Prado:

[...] a emoção dos juízes na prolação das sentenças não significa propor o drástico abandono da racionalidade no direito, mas a um uso equilibrado dela. [...] A sentença, embora baseada no conhecimento jurídico, é uma decisão como outra qualquer. Como ponderei, do mesmo modo que ocorre em outras áreas do saber, muito devagar surgem no Direito os indícios de uma valorização da emoção no ato de julgar, sem ser desconhecida a racionalidade (PRADO, *Op. cit.*, p. 47).

3. Os vícios da motivação e a sanção de nulidade

Uma vez não observados os requisitos anteriores acerca da motivação, é possível que haja a configuração de determinados vícios na decisão judicial que afetem a garantia fundamental elencada no art. 93, inc. IX, da CF/88, bem como o próprio princípio constitucional do “due process of Law”.

Um dos vícios que representa, indubitavelmente, maior violação aos referidos comandos constitucionais é a inexistência de motivação, ou seja, a total ausência de argumentos justificativos adotados pelo julgador quando da tomada de uma decisão.¹² Isso se dá, por exemplo, quando o juiz apenas se utiliza da reprodução de texto legal para justificar sua decisão ou, até mesmo, a consagrada expressão em muitos julgados: “para evitar tautologia”.

Também é possível identificar casos de motivação incompleta, em desacordo com o requisito da integridade, quando não justificados alguns pontos da decisão judicial. Esse vício de motivação ocorrerá, nas palavras de Gomes Filho, “[...] sempre que no seu texto não se apresentem justificadas as variadas escolhas que são necessárias para se chegar à conclusão, segundo as características estruturais do provimento examinado” (Ibid., p. 187).

Ademais, a motivação pode ser incompleta por não abranger todos os argumentos e contra-argumentos existentes no processo, ou seja:

¹² “O primeiro e mais grave deles é, sem dúvida, a inexistência de um discurso – mínimo que seja – em que o juiz enuncie as razões do provimento: a própria omissão gráfica de qualquer documento sobre o ‘iter’ do raciocínio decisório constitui a forma mais evidente de violação do dever constitucional, pois revela que a decisão não foi fruto de uma ponderada reflexão sobre os elementos de fato e de direito disponíveis nos autos, mas representa ato de pura vontade pessoal do seu autor” (GOMES FILHO, 2001, p. 185).

Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial

O não-atendimento desse imperativo constitui vício de particular gravidade, pois o silêncio do discurso justificativo quanto às provas e alegações das partes revela não só a falta de uma adequada cognição, mas, sobretudo a violação de um princípio natural do processo. [...] Assim, é mais correto e adequado entender que a exigência de dialeticidade da motivação diz respeito às atividades defensivas que objetivam efetivamente provocar a decisão sobre uma questão pertinente à discussão da causa e que resultam, portanto, na ampliação da atividade cognitiva judicial.¹³

Ainda, para que a decisão judicial seja idônea e devidamente fundamentada, deverá o julgador observar que sua motivação deverá partir sempre dos elementos acostados ao processo, devendo haver correlação, portanto, entre os elementos justificadores da decisão e os existentes nos autos.

É fundamental que a motivação seja fruto de uma racionalidade e consista em um discurso harmônico, coerente e não-contraditório que possa justificar a decisão tomada. Assim, o que se pretende evitar são incompatibilidades, incongruências, no discurso justificativo do julgador, como, por exemplo, casos em que o juiz reconhece a atipicidade da conduta, mas absolve o acusado por insuficiência de provas; juiz que discorre sobre posicionamento tido como correto, mas aplica tese oposta.¹⁴

Já em relação aos aspectos subjetivos – psicológicos – que afetam a decisão judicial, é possível sim que, em determinados casos, haja vício de motivação. É nesse sentido que o Código de Processo Penal prevê as causas de suspeição e de impedimento (artigos 252 e 254).

Contudo, ainda que de difícil percepção dos aspectos subjetivos (sentimentais/psicológicos) do julgador quando da prolação de sua decisão, tal caso de vício de motivação não é somente decorrente do impedimento ou suspeição do julgador, podendo, de acordo com o caso concreto, verificar-se pelo próprio teor da decisão. Isso acaba se coadunando com a própria definição de sentença, senão vejamos:

A palavra sentença origina-se do latim “sententia”, cuja raiz é “sentire”, sentir. Daí a associação com “sentimento”. Ou seja, até do ponto de vista etimológico, a sentença está mais relacionada com sentimento e vontade, do que com cognição e razão. Na realidade, ambos os momentos estão presentes, pois a atividade decisional envolve não só a cognição e razão, mas também implica a necessidade de fazer escolhas – e aí o papel do sentimento e da vontade está presente, quer disso se tenha consciência ou não (FACCHINI NETO, in: ZIMERMANN & COLTRO, 2007, p. 413).

¹³ Ibid., p. 188. Vale referir que o autor considera esse vício de motivação como sendo “não-dialético”.

¹⁴ “De qualquer modo, trata-se de vício gravíssimo, que, além de revelar a falta de correção no desenvolvimento do raciocínio decisório, torna inviável o próprio controle deste, pois uma argumentação que contenha asserções inconciliáveis impede aos destinatários da motivação conhecer claramente a ‘ratio decidendi’, frustrando a sua função de garantia” (GOMES FILHO, 2001, p. 193).

Diante desses requisitos da motivação que, se não observados, constituem verdadeiro vício de motivação e, por conseguinte, afetam a justificação do ato decisório, é inegável que serão violados preceitos constitucionais, especialmente o princípio do devido processo legal. Ademais, o próprio artigo 93, inc. IX, da CF/88 estabelece a “pena” de nulidade para a decisão que não é devidamente fundamentada.

Deve-se, ainda, ter em conta que a nulidade mencionada é absoluta, a qual poderá ser declarada de ofício pelos Tribunais, sem que haja necessidade de arguição pelas partes. Mais, pode ser declarada a qualquer tempo, pois não preclui, e não é necessário (ou, ao menos, não deveria ser) fazer prova do prejuízo, eis que este é evidente.

A mácula ao princípio constitucional do devido processo legal e ao próprio art. 93, inc. IX, da CF/88, por si só, já justifica a configuração de nulidade absoluta quando houver o reconhecimento de algum dos vícios da motivação. É isso que ensina Gomes Filho:

A nulidade no caso é absoluta, pois o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, não pode dar lugar à nulidade relativa, uma vez que as garantias processuais-constitucionais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal (GOMES FILHO, 2001, p. 202).¹⁵

Portanto, de acordo com as razões expostas e com fundamento constitucional, tem-se que a sanção prevista para os casos de vícios de motivação deve ser entendida – sempre e em qualquer hipótese – como nulidade absoluta. A fundamentação, reitera-se, é “garantia-mãe”, ponto de partida para análise do respeito a todos os demais direitos constitucionais, sendo inadmissível conceder tratamento leniente à sua ausência ou à sua deficiência.

Referências

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000, t. 2.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no processo penal, in: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo: Renovar, 2001.

¹⁵ Já Fazzalari (2006, p. 519 e segs.) trataria essa situação a partir do entendimento de que o ato seria “anulável”, embora existente: “[...] o provimento jurisdicional emitido pelo juiz incompetente, ou o de conteúdo disforme daquele que deveria ter sido dado em vista da ocorrência de uma certa situação substancial pressuposta (e cujo vício é, em certos casos, colocado sob nome impróprio, mas sugestivo, de ‘injustiça’ da sentença), ou o provimento carente de motivação, ou o precedido de um processo viciado (no qual tenham sido colocados atos processuais viciados); existem como provimentos, mas são ‘anuláveis’”.

Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial

_____. Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, p. 77-94, 2004.

DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. E o juiz não é só de direito... (ou A função jurisdicional e a subjetividade), in: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Book-seller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental, in: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional, in: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

TOURINHO FLHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado, in: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2007.

Direito de resistência e desobediência civil

Right of resistance and civil disobedience

OCÉLIO DE JESÚS C. MORAIS

Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Pará, especialista em Direito Público pela Universidade da Amazônia, especialista em Direito Sindical pelo CESIT/UNICAMP, Juiz federal do trabalho (TRT 8ª região) e conselheiro da Escola Judicial do TRT da 8ª região.
e-mail: ocelio.morais@gmail.com

Resumo: Este breve artigo trata do tema “Direito de resistência e desobediência civil”, no sentido do exercício fundamental da cidadania. O problema é saber se, e em que medida, este direito pode ser qualificado como direito fundamental, ou se não recebe guarida no ordenamento constitucional brasileiro. Aborda-se o tema como o ideário de uma resistência qualificada (individual ou coletiva) pela consciência que busca o objetivo maior – o aperfeiçoamento dos valores e princípios que dignificam a pessoa humana – transcendendo, como assinala Anityas C. Matos “a mera negativa de cumprimento de determinados mandamentos legais”. O método de investigação é bibliográfico. Explora-se o sentido teleológico do direito de resistência e desobediência civil, isto é, a finalidade a que se destina - aquela adotada por Maria Garcia: “a desobediência civil como garantia das prerrogativas da cidadania”.

Palavras-chave: direito de resistência; desobediência civil; cidadania.

Abstract: This brief article deals with the theme “Right to resistance and civil disobedience” in the sense of fundamental exercise of citizenship. The problem is whether and to what extent this right can be qualified as a fundamental right, or if you do not receive shelter in the Brazilian constitutional order. We have approached the issue as an ideology of a qualified resistance (either individually or collectively) by the consciousness that seeks the ultimate goal – the improvement of the values and principles that dignify the human person – transcending, as noted Anitya C. Matos, “the mere denial of legal compliance with certain commandments”. The method of research is literature. It explores the ideological direction of the right of resistance and civil disobedience, that is, its intended purpose – the one adopted by Maria Garcia: “civil disobedience as a guarantee of the privileges of citizenship”.

Keywords: Right of resistance; civil disobedience; citizenship.

1. Introdução

Quando o Art. 3º da LICC dispõe que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”,¹ não se tem apenas os critérios de vigência e de validade

¹ Cf. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei 4657, 04/09/42).

como condição de eficácia jurídica da lei a orientar a conduta humana na sociedade brasileira, mas também dali advém o sentido de que ninguém pode eximir-se de obrigação legal, alegando seu desconhecimento.

Quando o Art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”², tem-se não apenas as categorias jurídicas da normatividade e da imperatividade da lei, que disciplinam condutas permitidas e proibidas no ordenamento jurídico, mas também o conteúdo imbricado de que será legítima a insurgência ou resistência ao ato da autoridade que seja *contra-lege* ou arbitrário, ou seja, quando conflitante com a ordem constitucional ou ainda, de forma mais específica, quando conflitante com os direitos e garantias fundamentais.

A essa insurgência ou resistência, que, *a priori*, é próprio do *zôom politikón*³, por que denota a natureza política do agir do homem, com a evolução e transformação social e jurídica da sociedade, adquire a natureza de direito de resistência – qualificado que é como direito fundamental que objetiva o bem comum e a preservação dos direitos de cidadania.

Colocado sob essa perspectiva – direito de resistência como direito fundamental de cidadania – exsurge o direito à desobediência civil não como ato anarquismo social ou ato de violência contra o governo ou ato arbitrário de autoridade, mas como ação positiva e pacífica que é reconhecida à sociedade como “o direito de resistir a um poder exercido de forma arbitrária, tirânica, absolutista, não democrática, agressora das liberdades”⁴.

É desse tema – Direito de resistência e desobediência civil – que cuida este artigo científico, na disciplina Ordenamento Jurídico e Sistema, ministrada pela Prof.^a Dr.^a Maria Helena Diniz, como tarefa acadêmica no curso de doutorado na área de Relações Sociais (Direito Previdenciário), na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

O método de investigação do tema é bibliográfico, explorando-se, nesse trabalho, o sentido teleológico do direito de resistência e desobediência civil, isto é, a finalidade a que se destina esse direito, aquela adotada por Maria Garcia: “a desobediência civil como garantia das prerrogativas da cidadania”⁵.

² Cf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³ No tratado sobre o “viver feliz” (primeiro livro da obra *Ética a Nicômaco*), “Aristóteles leva à sua expressão acabada o finalismo moral de Sócrates e é, sem dúvida, um dos textos fundamentais para a compreensão da visão clássica do homem” (*Antropologia Filosófica I*, Henrique de Lima Vaz). Para Aristóteles, “a cidade faz parte das coisas naturais, e o homem é por natureza um animal político. E aquele que por natureza, e não simplesmente por acidente, se encontra fora da cidade ou é um ser degradado ou um ser acima dos homens, segundo Homero (*Iliada*, IX, 63) denuncia, trata-se de alguém: sem linhagem, sem lei, sem lar”.

⁴ Cf. Monteiro, *Op. cit.* p. 2.

⁵ Cf. Maria Garcia, *Desobediência Civil. Cit.* p. 291.

2. Breve histórico

Pode-se afirmar, *a priori*, que a concepção jurídica dada hodiernamente ao direito de resistência foi haurida com maior fluência na seara da filosofia política que trata sobre o poder e a respeito da organização social. Não obstante, de Sófocles (o dramaturgo grego) a Martin Luther King e Gandhi, de Aristóteles a Santo Tomás de Aquino, ou de Thoreau a Hobbes, por exemplo, concebem-se teorias políticas do Estado sobre os direitos políticos e, nesses, observam-se linhas teóricas que justificam o direito de resistência de desobediência civil.

Assim, observam-se os direitos ao desejo de paz e o atendimento de necessidades em Montesquieu, o não-cumprimento de leis injustas em Santo Tomás de Aquino, o direito à liberdade em Rousseau, o direito à propriedade em Locke, o direito à segurança em Hobbes como direitos naturais do homem, os quais, ontologicamente, fornecem substratos à formação do direito de resistência e desobediência civil, na concepção hodierna, em prol da cidadania individual e coletiva contra poderes, leis injustas ou governos arbitrários.

Com Sófocles (em *Antígona*)⁶, tem-se a ideia mitológica da resistência à ordem arbitrária e tirânica em defesa de um direito natural: o direito ao sepultamento digno.

É certo que a teorização do direito de resistência e desobediência civil em Henry David Thoreau (1817-1852), em Mahatma Gandhi (1869-1948), em Martin Luther King (1929-1968), entre os séculos XIX e XX, em Santo Tomás de Aquino (1225-1274), na Idade Média, em Locke (1632-1704) tinham significados e motivações específicas diferentes da concepção atual. Mas, de uma forma decisiva, contribuíram à evolução dessa teorização e à concepção moderna que eleva esse direito à categoria de direito fundamental, como, por exemplo, é feito por A. Machado Paupério e Maria Garcia. Em suma, pode-se afirmar que ambos convergem ao entendimento de que o direito de resistência e o direito de desobediência civil exprimem uma ação organizada e consciente, individual ou coletiva, que contesta pacificamente a supremacia e a validade da ordem jurídica vigente, em sua totalidade ou em parte, quando violadora dos direitos fundamentais da cidadania.

Assim, o direito de resistência e desobediência civil traduz o ideário de uma resistência qualificada pela consciência que busca o objetivo maior – o aperfeiçoamento dos valores e princípios que dignificam a pessoa humana –, transcendendo, como assinala Anityas Costa Matos “a mera negativa de cumprimento de determinados mandamentos legais”⁷.

⁶ Antígona – filha de Édipo (O Rei) – insurge-se à ordem de seu tio, Creonte (que assume o trono em substituição a Édipo), que proíbe o sepultamento de Pelenice, sob pena de morte a quem desobedecer tal ordem.

⁷ No artigo “A Desobediência Civil como direito fundamental”, Anityas Costa Matos aborda o tema como um direito fundamental na perspectiva do aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Os traços comuns, no desenvolver do pensamento teórico a respeito do direito de resistência e desobediência civil, podem ser assim resumidos e apontados: a existência do Estado e de uma ordem legal que podem, em alguma circunstância, apresentar-se violador dos direitos de cidadania; o reconhecimento da existência de um direito natural inerente ao homem; a resistência consciente como reação qualificada às leis injustas, aos atos arbitrários ou despóticos dos governos; a constatação de violação da ordem constitucional, tudo com um sentido teleológico: a desobediência civil, diante de tais circunstâncias, assume a natureza de direito fundamental que visa preservar direitos fundamentais já consagrados.

No contratualismo de Thomas Hobbes (*Leviatã*), não obstante defenda que a sociedade necessite de uma autoridade, à qual os cidadãos devem render o suficiente da sua liberdade natural, reconhece-se a obrigação da autoridade assegurar a paz interna e a defesa do bem comum. É a noção do direito à integridade física individual e à paz coletiva, cuja obrigação primordial em preservar incumbe à autoridade. O direito à propriedade é o direito que John Locke utiliza para, no *Primeiro tratado sobre o governo civil*, criticar a tradição que afirmava o direito divino dos reis sobre todas as coisas naturais. Para Locke a vida política é uma invenção humana, completamente independente das questões divinas, daí que, no *Segundo tratado sobre o governo civil*, expõe sua teoria do Estado liberal e a propriedade, defendendo que cabe ao Estado assegurar o direito de propriedade.

De forma explícita, Santo Tomás de Aquino manifestou-se sobre o direito de reagir ou de resistir às leis injustas, não obstante o tenha feito numa visão jusnaturalista da Lei. Para ele, *A Lei Positiva* é a lei feita pelo homem, que deve ser justa, para assegurar pacificamente a vida em sociedade, sendo que esta Lei positiva subordina-se à Lei Natural, e que não pode ser contrariada. Por isso, asseverava que “não há a obrigação de obedecer à lei injusta”⁸. Em outras palavras: o descumprimento de lei injusta é, na lição de Tomás de Aquino, o fundamento objetivo e racional da verdadeira objeção de consciência.

O sentido moderno traduz esse direito de não obedecer lei injusta como o direito de resistência e de desobediência civil, que A. Machado Paupério classifica como “o direito de resistência como resultante natural da insuficiência das sanções jurídicas institucionalizadas”⁹. Ou no sentido da efetividade da cidadania apontado por Maria Garcia, segundo o qual a desobediência civil é um direito fundamental, baseado na ideia de que a cidadania exige uma instrumentalização ampla e efetiva, pois assim está consagrado na ordem constitucional democrática brasileira.

O esboço histórico aponta que a teorização do direito de resistência e de desobediência civil apresenta sua fase embrionária na mitologia grega (com a resistência de Antígona à ordem despótica de Creonte), adquire uma feição justeológica (com Tomás de Aquino), evolui para uma visão jusnaturalista do contratualismo (com Hobbes,

⁸ Santo Tomás de Aquino. Pesquisado em [http://pt.wikipedia.org/wiki/Tomás de de_Aquino](http://pt.wikipedia.org/wiki/Tomás_de_de_Aquino). Acesso em 13 de agosto de 2010.

⁹ Machado Paupério, *Op. cit.*, p. 11.

Locke, Rousseau, dentre outros), e assume uma natureza de direito fundamental que objetiva reagir e resistir conscientemente às leis injustas e governos não democráticos, como entendem Celso Lafer, Canotilho, Maria Garcia, entre outros.

É importante, como forma referencial, exemplificar algumas práticas ativistas (não violentas, mas pacíficas) – portanto, pacifistas – de resistência a governos despóticos que, de alguma forma, violaram direitos civis. Revestem-se de importância para esse estudo, tais exemplos, porque oferecem os substratos fáticos que a ciência jurídica se apropria para avançar na teorização do direito de resistência e desobediência civil.

3. *Manifestações de desobediência civil*

A história registra importantes manifestações práticas do direito de *desobediência civil*. São referidas, nesse trabalho, porque são experiências que alavancaram teorias e fundamentaram um novo pensamento jurídico mundial a respeito desse direito, além, por certo, de terem contribuído ao aperfeiçoamento de regimes jurídicos no que tange ao exercício de direitos de cidadania.

Os Estados Unidos da primeira metade do século XIX estavam em guerra contra o México. Henry David Thoreau, crítico da guerra, encontrou uma forma bem peculiar de resistir e protestar contra a guerra: decidiu não pagar os impostos porque considerava não ser justa a utilização dos impostos para financiar a guerra injusta contra o México.

Thoreau é autor do ensaio *Desobediência Civil*, em que faz uma defesa da desobediência civil individual como forma de oposição legítima frente a um Estado injusto. A recusa a pagar impostos levou Thoreau à prisão, mas o seu protesto consciente de resistência política tinha por objetivo fazer valer o seu direito de cidadania e interferir no processo de tomadas de decisões pelo Estado com o fito de manter a coesão social interna e em relação ao México.

Thoreau entendia que, com a recusa ao pagamento de impostos, e com a sua prisão, o governo sofreria a pressão política da opinião pública e, dessa maneira a desobediência civil era incentivada como forma inteligente e eficaz de fazer valer os direitos de cidadão.

Dizia Thoreau em seu ensaio: “[...] Quando um sexto da população de uma nação que se comprometeu a ser o abrigo da liberdade é formada por escravos, e um país inteiro é injustamente invadido e conquistado por um exército estrangeiro, penso que não é demasiado cedo para os homens honestos se rebelarem e darem um início a uma revolução”¹⁰.

Para H. D. Thoreau, a lei não podia ser colocada acima do Direito, nem da Justiça, e tampouco poderia ferir o pacto político da cidadania. Por isso, diante de situações de injustiças sociais, de leis injustas e de governos autoritários, ele defendia a desobediência civil como meio próprio e eficaz recusar obediência ingênua e politicamente

¹⁰ H. D. Thoreau, *Cit.* p. 13.

inconsequente ao poder político estatal. Portanto, a desobediência civil era a forma pregada por Thoreau para expressar sua discordância em face das políticas governamentais despóticas e violadoras de direitos civis.

Entendia Thoreau que a autoridade de um governo dependia da autoridade que o povo lhe confiava, isto é, dependia da “sanção e do consentimento” do povo, sendo esse o pacto político a ser observado, com observância aos direitos dos indivíduos; “A autoridade do governo [...] para ser rigorosamente justa, ela deve ter a sanção e consentimento dos governados [...]”¹¹, afirmava Thoreau, enfatizando que o avanço democrático dependia do respeito ao indivíduo e, ao revés, inexistindo esse respeito, deve ser exercido o direito de desobediência civil.

Mahatma Gandhi inspirou-se nas ideias de Thoreau para liderar a reação pacífica contra a dominação inglesa na Índia. Gandhi introduziu novas noções ao conceito de desobediência civil, pois, para ele, a desobediência civil era um instrumento adequado à defesa dos direitos de cidadania, em todos os níveis, notadamente em face dos abusos do Estado e do capitalismo inglês.

Duas premissas teóricas fundaram a sua concepção de desobediência civil, segundo apontamentos de Maurício Gentil Monteiro¹², quais sejam: a) a desobediência passiva, por meio de movimentos de reivindicação não violenta; b) política de não-cooperação pelos boicotes a determinados produtos a fim de atingir os interesses dos produtos capitalistas e conquistar direitos sociais.

Para Gandhi, a desobediência era um direito inalienável do homem, sendo o seu exercício um eficaz meio de convencer o poder estatal quanto às injustiças e descertos de suas políticas sociais. “A resistência civil é o meio mais eficaz de exprimir a angústia da alma e o meio eloquente para protestar contra a manutenção do poder de um Estado nocivo”¹³, pregava Gandhi, segundo Nelson Nery Costa.

Martin Luther King foi o líder da resistência civil negra contra o racismo nos Estados Unidos – racismo que negava aos negros uma série de direitos civis e políticos. Luther King exercia o direito de desobediência civil também de forma pacífica, eis que era a forma viável de oposição e resistência à insurreição e à violência.

O líder negro da reação pacífica à antissegregação social teorizava que “a desobediência civil era o mais alto nível do protesto não violento”¹⁴ e, segundo Maurício Gentil Monteiro, “a reação radical e opressora, pelo governo, à desobediência em massa, tornaria ainda mais evidente a opressão e a injustiça praticados pelas autoridades estatais”¹⁵.

Dessas manifestações práticas de desobediência civil é possível sintetizar, teoricamente, duas acepções: uma, a desobediência civil individual consciente; outra, a desobediência civil coletiva qualificada.

¹¹ H. D. Thoreau, *Cit.* pp. 54-55.

¹² Maurício Gentil Monteiro, in *O direito de Resistência na ordem jurídica constitucional*, *Cit.* p. 67.

¹³ Gandhi, In Nelson Nery Costa, *Cit.* p. 42.

¹⁴ Nelson Nery Costa, *Cit.* p. 42.

¹⁵ Maurício Gentil Monteiro, *Cit.* p. 68.

Na primeira, experiência vivida e difundida por Thoreau, o exercício do direito de desobediência expressa a prerrogativa de um direito civil individual, que é o direito de protestar, de reagir, de resistir às leis injustas e aos governos não democráticos que violam direitos civis. A segunda, expressa um direito transindividual, difuso ou coletivo de resistir ou de desobedecer de forma igualmente pacífica leis injustas (no todo ou em parte), bem como de reagir às injustiças e desacertos das políticas antissociais.

Mesmo na sua fase contratualista, em que a desobediência civil era cara ao pensamento liberal clássico, ela podia ser concebida como essencial às liberdades, portanto, um direito fundamental do homem de resistir à opressão.

Isso está presente, inclusive, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹⁶ – a primeira carta universalista que positiva o núcleo dos direitos fundamentais. “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade: a propriedade, a segurança e a resistência à operação”, destaca a o Art. 2.º da declaração.

Por outras palavras, hodiernamente, o “direito de resistência à opressão” corresponde à nova denominação jurídica: direito de resistência e desobediência civil como um direito legítimo à preservação dos direitos de primeira, segunda e terceira geração, conforme a clássica divisão oferecida por John Rawls.

Pode-se afirmar, diante do que se expôs, que o direito à desobediência civil não consiste ato de negação à ordem jurídica, mas, ao revés, exercício de direito que visa precipuamente defender os direitos fundamentais da cidadania que estão albergados na ordem jurídica.

Com essas linhas teóricas, foi possível identificar nas manifestações práticas da desobediência civil o substrato teórico ao direito de resistência e desobediência civil. Assim, a evolução histórica e as manifestações de direito de resistência e desobediência civil exige em seguida, por quesito metodológico, a definição conceitual como forma de compreensão do núcleo teórico desse tema em epígrafe.

4. Conceitos sobre direito de resistência e desobediência civil

A. Machado Paupério faz distinção entre *direito de resistência* e *direito de desobediência*. Para ele, o direito de desobediência engloba o direito de resistência porque, na acepção, desobediência é gênero da qual a resistência à opressão é espécie. A mesma linha teórica é adotada por Maria Garcia, para quem a desobediência civil é gênero da espécie direito de resistência. “A desobediência civil pode-se conceituar como a forma particular de resistência [...]”, afirma a autora à f. 257 da obra “Desobediência civil, direito fundamental”.

De outro lado, Nelson Nery Costa considera a desobediência civil uma evolução teórica e prática do direito de resistência, sendo, por conseguinte, a desobediência civil uma espécie do direito de resistência, este, como gênero. “A desobediência civil

¹⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão (1789).

originou-se do desenvolvimento do conceito do direito de resistência”, afirma Nelson Nery Costa à f. 47 de sua obra “Teoria e realidade da desobediência civil”.

Independentemente da falta de consenso entre os autores, seja quanto ao gênero ou quanto à espécie qualificadora, pode-se afirmar que, no sentido geral, a desobediência civil é uma forma de protesto a um poder político constituído, seja o Estado ou não, que notadamente opressor e despótico, portanto, é visto como opressor pelos “desobedientes”.

Como visto ao norte, originalmente o conceito foi formulado por Henry David Thoreau e utilizado com êxito por Mahatma Gandhi no processo de independência da Índia e do Paquistão, que usou o método pacífico da resistência à dominação inglesa.

Sobre o conceito de direito de resistência e desobediência civil, a professora Maria Helena Diniz destaca que são formas diversificadas de manifestação à resistência contra o abuso de poder que exerce opressão inarredável. Tal manifestação à resistência, no magistério de Maria Helena Diniz, “no sentido amplo oferece aos cidadãos, em certas condições, a recusa à obediência, à oposição às normas injustas, à resistência, à opressão e à revolução”¹⁷.

Ainda no magistério da jurista, a desobediência civil “é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, ao fim ilegitimidade e a invalidade da lei e com mediato de induzir o poder a mudá-la. Daí ser um ato inovador e não destruidor”¹⁸.

Para Celso Lafer, o conceito de desobediência civil exprime ação objetiva que reivindica inovação e mudança na norma para corrigir injustiças. Assim conceitua: “A desobediência civil é ação que objetiva a inovação e a mudança da norma por meio da publicidade do ato de transgressão, visando demonstrar a injustiça da lei. Esta transgressão à norma, na desobediência civil, é vista como cumprimento de um dever ético do cidadão – dever que não pretende ter validade universal de absoluto, mas que se coloca como imperativo pessoal numa dada situação concreta e histórica”, conceitua, para acrescentar: “A desobediência civil é a reafirmação de obrigação político-jurídica”¹⁹.

Nelson Nery Costa define a desobediência civil como uma evolução teórica e prática do direito de resistência:

[...] A desobediência civil originou-se do desenvolvimento do conceito do direito de resistência. Este na resistência pela maioria ao governo até a sua substituição, quando ele não se comportasse segundo o pacto social, ou, posteriormente às constituições escritas. Aquela, porém, poderia ser praticada por indivíduos isolados ou pela minoria, necessariamente, pretender derrubar o governo ou modificar todo o ordenamento jurídico. Assim, a sua aplicação tornava-se mais fácil e mais frequente²⁰.

¹⁷ Diniz, 1989, pp. 87 e segs.

¹⁸ Idem, *Cit.* p. 87.

¹⁹ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos, Cit.*

²⁰ Nelson Nery Costa, *Cit.* p. 47.

Maria Garcia, tratando distintamente direito de resistência e desobediência civil, oferece o seguinte conceito de desobediência civil:

(...) A desobediência civil pode-se conceituar como a forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, quando ofensivo à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais²¹.

Maurício Gentil Monteiro assim conceitua o direito de resistência:

[...] o direito de resistência é um direito juridicamente protegido, devendo haver compatibilização de seu conteúdo com o conteúdo da ordem jurídica existente. O direito de resistência se manifesta em duas vertentes no sistema constitucional brasileiro: enquanto direito de defesa, ou seja, manifestação do *status libertatis* do indivíduo frente ao Estado, e enquanto direito político, ou seja, direito de participação e influência elaboração das políticas públicas e das normas jurídicas que regerão a vida social, e ainda de fiscalização e controle das autoridades representativas do regime democrático, enfim, manifestação do *status activo civitatis*.²²

Andityas Soares de Moura Costa Matos oferece a seguinte conceituação: “Define-se a desobediência civil como uma postura política individual que, mediante a ação organizada e consciente, contesta a supremacia e a validade da ordem jurídica vivente em sua inteireza ou em pontos isolados que, no momento, conformam o arcabouço essencial de tal ordem”²³.

Para J. J. Canotilho, na obra *Direito Constitucional*, à f. 459, o direito de resistência civil “poder-se-ia caracterizar como direito de qualquer cidadão, individual ou coletivamente, de forma pública e não violenta, com fundamento em imperativo ético-políticos, poder realizar os pressupostos de uma norma de proibição com a finalidade de protestar, de forma adequada e proporcional, contra uma grave injustiça”.

A par desses conceitos, observa-se um consenso: o direito de resistência e desobediência civil como condição de reação, de insurgência “contra o poder político estabelecido, em determinados casos e sob determinadas condições – e até que surgem as divergências”, conforme assinala Maurício Gentil Monteiro às f. 05-06 do livro “O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional”, com a finalidade da proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, quando ofensivo à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais”, segundo Maria Garcia.

²¹ Maria Garcia, *Desobediência civil, Direito fundamental*, cit. p. 257.

²² Maurício Gentil Monteiro, *Cit.* p. 194.

²³ Andityas Soares de Moura Costa Matos, in *A desobediência civil como direito fundamental*, Cit. p. 56.

Emitidos os conceitos, passe-se, então, identificar a natureza jurídica que marca, de forma indelével, a essência jurídica do direito de resistência e desobediência civil.

5. Natureza jurídica

A natureza jurídica exprime a essência ontológica de uma norma ou de um direito. Um direito, que pode ser natural ou positivo, tem em si uma natureza específica: a natureza de um bem, que revela a certeza incontroversa e intangível que assegura a alguém alguma coisa, material ou imaterial.

Do ponto de vista jurídico, a natureza de um direito é designada pela condição ontológica que a define na ordem jurídica.

Nesse sentido, o direito de resistência e desobediência civil designa natureza de direito juridicamente protegido como garantia de exercício das prerrogativas da cidadania em face de situações dentro da ordem jurídica, que são violadoras desses direitos, ou em face de governos tirânicos e não democráticos, que são opressores.

Portanto, nessa perspectiva de direito de cidadania, o direito de resistência e desobediência civil tem natureza jurídica de um direito humano fundamental, que objetiva o exercício das prerrogativas cidadãs. É precisamente a natureza de direito de resistência e desobediência civil como direito fundamental ou como direito de exercício das prerrogativas de cidadania, que é o foco central deste trabalho.

6. Direito de resistência e desobediência civil como direito fundamental na ordem jurídica brasileira

Sendo cediço que a sociedade (coletivamente) e o homem (individualmente) possuem o direito de resistir a um poder exercido de forma arbitrária, tirânica, não democrática e agressora das liberdades, vejamos o direito de resistência e desobediência civil na ordem jurídica.

Considerada a natureza jurídica de direito fundamental, portanto juridicamente protegido, o direito de resistência e o direito de desobediência civil asseguram ao indivíduo, a um determinado grupo ou à sociedade civil organizada o direito de opor-se contra o ente estatal, seja objetivando a justiça social, seja objetivando o exercício das garantidas das liberdades individuais e coletivas.

Essa natureza de direito fundamental juridicamente protegido exclui, por lógica, eventual qualificação ou tentativa de que o direito de resistência e o direito de desobediência civil possam vir a se constituir algo anárquico ou subversivo ou vala comum ao acobertamento de ilicitudes.

Por expressa incompatibilidade com a sua natureza jurídica, o direito de resistência e o direito de desobediência civil não se constituem como anomalia, ato ilícito ou abusivo, mas, ao revés, exprime o exercício regular do direito de cidadania que, como condição teleológica, objetiva o aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

Assim, o direito de resistência – como um direito de defesa – recebe abrigo na Constituição da República Federativa do Brasil como um meio individual de proteção de direitos fundamentais, os quais têm aplicabilidade imediata, consoante disposto no parágrafo 1.º, Art. 5.º.

No 2.º, Art. 5.º da Constituição Federal brasileira, Maria Garcia vê o exercício do direito de desobediência como um direito fundamental, bem como identifica no Art. 1.º, parágrafo único, o amparo jurídico-constitucional para o exercício do direito de resistência política – mesmo direito juridicamente protegido de resistência que Maurício Gentil Monteiro identifica nos incisos I a IV e parágrafo único do Art. 1.º da Constituição, no Art. 4.º, II, Art. 5.º, parágrafos 1.º e 2.º, 9.º, combinado com o Art. 114, I, II e III, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

De seu lado, Maria Helena Diniz reconhece no artigo 5.º, II da constituição brasileira de 1988 “uma garantia implícita de resistência à ilegalidade, pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer uma coisa senão em virtude da lei”. No parágrafo 2.º, Art. 5.º, a jurista considera que “ao prescrever os direitos e as garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados, confessa não esgotar a catalogação dos direitos e garantias logo está aceitando outros implícitos e necessários para a defesa do cidadão contra a opressão”, afirma Maria Helena Diniz à f. 87 da obra *A norma Constitucional e seus efeitos*.

Em vista do disposto no artigo 5.º, inciso XVI, da Constituição Federal de 1988, Segundo Maria Helena Diniz, não existe o reconhecimento expresso ao direito de resistência: “Todavia, a norma constitucional não reconhece, expressamente, o direito de resistência ante o disposto no Art. 5.º, XVI”, interpreta a autora à f. 87 da obra *A ordem constitucional e seus efeitos*.

Também no ordenamento jurídico infraconstitucional encontra-se juridicamente protegido o direito de resistência – como exercício regular de um direito fundamental – como são os casos da legítima defesa (Art. 25) e do estado de necessidade (Art. 23-I e 24 do CP).

Com efeito, o direito de resistência, enquanto qualificadamente direito de defesa, é juridicamente um meio individual de proteção, eis que o indivíduo é o titular de direitos fundamentais constitucionalmente outorgados, portanto, incorporados à ordem jurídica. É essa condição que o faz detentor do direito de proteção pelo Estado.

O direito de resistência também exprime um direito político de resistir aos governos não-democráticos. Instrumentos como a Ação Civil Pública (Art. 5.º, 129, III da CF) e Ação Popular (Art. 5.º, LXXIII, da CF), ou ainda o *impeachment* (Art. 51, I, 52, I e 86, parágrafo 1.º, II) podem ser utilizados pela sociedade, judicialmente, como forma de resistir aos abusos e desmandos e atos de corrupção de governos corruptos.

De se observar, por conseguinte, que os direitos de resistência e desobediência civil, qualificados como direitos fundamentais, estão previstos na Carta Magna brasileira. Disso decorre que gozam de prerrogativas e seguranças especiais.

Dada a envergadura constitucional do direito de resistência e de desobediência civil, posso concluir que possibilitam o surgimento de novos direitos relativos ao amplo exercício da cidadania os quais, igualmente, serão necessários e essenciais à evolução e ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Assim considerado – como direito fundamental – o direito de resistência tem outro núcleo essencial, conforme leciona Maria Garcia à f. 324: “A natureza participativa da desobediência civil – modo e medida pelas quais o cidadão torna-se governo, apresentando uma abrangência que inclui a própria defesa da constituição”.

Conclui, Maria Garcia, que a desobediência civil é um canal legítimo, por meio do qual o cidadão ou a sociedade participa em defesa desta, exercendo um direito fundamental de cidadania.

7. Conclusões

Desse estudo, apontam-se as seguintes conclusões:

1. O direito de resistência e o direito de desobediência civil evoluem na histórica política e na histórica jurídica como instrumentos, *a priori*, de oposição e negação aos governos tirânicos que não respeitavam os direitos naturais do homem, nem o pacto social;
2. Das manifestações pacíficas de direito de resistência e desobediência civil, alimentou-se a ciência jurídica e a doutrina para fundamentar os substratos teóricos e jurídicos dessa modalidade de direito como marco de desenvolvimento e aperfeiçoamento de regimes democráticos;
3. O direito de resistência e o direito de desobediência civil conceitualmente exprimem o exercício das prerrogativas da cidadania e, como condição ontológica, são necessários e essenciais ao aperfeiçoamento dos regimes democráticos;
4. Têm a natureza de direito juridicamente protegido ao amplo exercício das prerrogativas de cidadania;
5. Destinam-se, como direitos fundamentais e de aplicação imediata que são no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, à resistência pacífica, individual ou coletiva, contra leis injustas (no todo ou em parte) ou contra atos de governos tirânicos, despóticos, não democráticos e opressores;
6. Como núcleo essencial, o direito de desobediência civil exprime natureza participativa, numa abrangência que inclui a defesa da própria constituição.

Referências

COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A desobediência civil como direito fundamental, in: *Del Rey Jurídica*, ano 8, n.º 16, 2007.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 5 de outubro de 1988. Alexandre de Moraes (org.). 32 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em 09/08/2010 no site [http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão](http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão).

DINIZ, Maria Helena. *A norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil (Direito Fundamental)*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Acesso em 09/08/2010
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

MONTEIRO, Gentil Maurício. *O direito de resistência na ordem jurídica constitucional*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003.

SÁ, Mariana Santiago de. *Desobediência civil: meio de se exercer a cidadania*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2465/Desobediencia-civil-um-meio-de-se-exercer-a-cidadania>. Acesso em 05/08/2010.

SÓFOCLES. Antígona. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%ADgona>. Acesso em 10/08/2010.

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Tomás de Aquino](http://pt.wikipedia.org/wiki/Tomás_de_Aquino). Acesso em 13 de agosto de 2010.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/John>. Acesso em 12.08.2010.

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”: valoração e viabilidade

Brief notes about the “appellation by instrument”: valuation and validity

JOSÉ NADIM DE LAZARI

Advogado. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes, de Marília/SP – UNIVEM. Pesquisador do Grupo de Iniciação Científica “Novos Rumos do Processo de Conhecimento”, sob orientação do Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza.
e-mail: rafa_scandurra@hotmail.com.

GELSON AMARO DE SOUZA

Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Mestre em Direito pela ITE de Bauru/SP e Doutor em Direito das Relações Sociais – com área de concentração em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Integrado ao Corpo Docente do Mestrado em Direito e na Graduação em Direito da Faculdade do Norte do Paraná (UENP). Ex-diretor e atual professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Toledo de Presidente Prudente/SP. Leciona também na graduação da FAI de Adamantina/SP, é professor convidado da ESA/SP e da pós-graduação da FIO de Ourinhos/SP, ESUD de Cuiabá/MT e AEMS de Três Lagoas/MT.
Advogado militante em Presidente Prudente/SP. e-mail: advgelson@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho discute controvertido tema do processualismo cível na atualidade, em razão do “novo” (?) e ainda vago conceito de sentença, trazido pela Lei nº 11.232/05, ao art. 162, §1.º, CPC. Isto porque, mostra-se necessário analisar, em primeiro lugar, a natureza da decisão que promove a extinção, total ou parcial, com ou sem mérito, do processo para um ou mais litigantes; e, ato contínuo, é imperioso debater o conseqüente recurso desta decisão, incluindo a possibilidade do manejo de uma suposta “apelação por instrumento”. No final, será dada opinião sobre o tema.

Palavras-chave: Sentença; decisão interlocutória; apelação; agravo por instrumento; “apelação por instrumento”.

Abstract: This text discusses the controversial theme of the Civil Procedure in the present times, because of the “new” (?) and still vague concept of sentence, brought by Law n. 11.232/05, on the art. 162, §1.º, CPC. This happens because it is necessary to analyze, firstly, the nature of the decision that promotes the total or partial extinction, with or without merit, of the process for one or more litigants; and it is decisive to discuss the consequent appeal against this decision, including the possibility of using a purported “appellation of instrument”. In the end, an opinion about the theme will be given.

Keywords: Sentence; interlocutory decision; appellation; offense by instrument; “appellation by instrument”.

Jurisvox, (11):149-163, 2010

© Centro Universitário de Patos de Minas 2010

1. *Linhas prolegominais*

Mais uma vez é trazida à baila a Lei nº 11.232/05. Lá se vão mais de cinco anos desde seu advento, a “onda reformista” até já é outra (vide repercussão geral – Lei nº 11.418/06 –, recursos especiais repetitivos – Lei n.º 11.672/08 –, novo CPC em elaboração etc.), mas continua a supramencionada a produzir nos processualistas pátrios relação de “amor e ódio” acerca de sua proficuidade/inação. Nada obstante, imperfeições à parte, inegável deve ser a consideração de seu caráter “revolucionário”, ao transformar conceitos até então ditos imutáveis em “nada jurídicos” (vide alterações no antes autônomo processo executório, por exemplo), ou mesmo por sua percepção prévia do que virá a ser o novo Código de Processo Civil, ainda em fase de essência.

Isto posto, sem devaneios nem mais prolongamentos, este artigo discorrerá sobre a viabilidade da “apelação por instrumento” no ordenamento pátrio, sobretudo em considerando o “novo” (?) conceito de sentença previsto no art. 162, §1.º, CPC. Observa-se que, antes decisão que encerrava a lide (com ou sem mérito), e que agora “implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, CPC”, ainda não deve ser esse o final da caminhada, já que não é preciso obtemperar – a doutrina, em geral, já fez a cortesia –, situações do art. 267 e 269, CPC não necessariamente findam o processo.

Neste rumo, depara-se, a título ilustrativo, com a problemática litisconsorte, em que uma decisão encerra o percurso de um caminhante, mas prolonga o dos demais. Seria algo como uma espécie de “pedágio”, em cuja “hora da verdade” se define qual veículo prosseguirá pela estrada e qual precisará optar por uma via oblíqua. Entenda-se por “via oblíqua” aquela do recurso, que com o perdão da linguagem metaforizada, não é claramente possível achá-la, afinal, se o processo terminou para alguém, mas continuou para outrem, importa a natureza da decisão para aquele que ficou obstado ou para aquele que prosseguiu? Em outras palavras, o processo deve ser analisado sob prisma *estrito*, isto é, a relação singular sujeito/feito, ou sob enfoque *amplo*, em que se acrescentam outras pessoas e elementos nessa relação?

É aqui que o artigo se divide: se o nobre leitor for adepto do primeiro entendimento, que não pare de ler o artigo por aqui, mas fique avisado que a conclusão não se amoldará perfeitamente à sua linha de raciocínio. Agora, se for adepto do segundo, ressaltados elementos nesta obra acrescentados, talvez pense em sintonia com este autor. Por questão didática, obviamente, os dois caminhos e as diversas combinações possíveis necessitam ser comentadas (e até mesmo criticadas), para que o trabalho não incorra no terrível defeito da indefinição.

2. *Sobre o “novo” (?) conceito de sentença: variáveis sobre sua natureza*

Antes da Lei nº 11.232, sentença era o ato pelo qual o juiz punha fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Tratava-se de período em que, conforme doutrina majoritária, mais valia “por fim ao processo” que decidir propriamente de forma

definitiva ou terminativa, para definir sentença. Sentença era momento, finalidade, ou topologia¹, portanto.

A partir de 2005, diante do proclamado “simplismo” do conceito anterior, que não explicava, por exemplo, como o recurso dava continuidade ao processo, se a sentença deveria “findá-lo”², ou como se coadunaria o “velho” conceito ante a “nova” sistemática sincrética de cumprimento, sentença passou a ser o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, CPC. De topológica, então, sentença passou a ser conteudística³.

Diverge a doutrina, entretanto, acerca de um “novo” conceito de sentença. Para Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 136), pelo *novo* conceito admite-se a prolação de sentenças no curso do procedimento em primeiro grau, por não se exigir mais que esta espécie de ato decisório tenha a aptidão de extinguir o processo, nem que ponha termo ao procedimento em primeiro grau ou a alguma fase dele⁴. Em mesma sintonia, Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 253) afirma que sentença deve ser identificada como o ato do juiz que tem por conteúdo o que consta dos arts. 267 e 269 do CPC. Ainda, complementa a autora, normalmente sentença tem por efeito por fim ao processo, em primeiro grau ou mesmo se não houver recurso.

Em sentido diametralmente oposto, Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Filho (2009, p. 23) afirmam que a redação do art. 162, §1º, CPC, ao fazer referência aos artigos 267 e 269, “rodou e caiu no mesmo lugar”, por estarem estes dois últimos dispositivos inseridos no Capítulo III, do Título VI, que cuida da extinção do processo. O Capítulo III traz os artigos 267, 268 e 269, todos voltados à extinção do processo. Logo, para os autores, se a sentença é o ato que implica qualquer das situações

¹ Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 51): “[...] o conceito de sentença baseava-se em critério puramente topológico, não substancial. O que interessava não era o conteúdo do ato, mas a pura e simples posição por ele ocupada no itinerário do feito. Na arquitetura característica do Código, a sentença assinalava o ponto final de um processo”.

² Mais uma vez, oportunas as palavras de José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 52): “Ressalve-se que, a rigor, não era esse o momento que o processo realmente terminava: ele continuava a fluir enquanto subsistisse a possibilidade de recorrer e – é claro – durante a pendência de recurso. Em termos mais exatos, o que cabia dizer é que a extinção do processo de conhecimento se dava com o trânsito em julgado da sentença”.

³ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 253): “Sustentei, sempre, desde os últimos anos da faculdade, que se definir sentença como sendo o ato do juiz que põe fim ao processo está equivocado, errado. Jurídica e logicamente, não se pode escolher um critério que esteja fora do objeto definido para definir este objeto”.

⁴ O autor traz ainda um novo argumento para defender o “novo” conceito, a saber: “O novo conceito de sentença merece aplausos na medida em que aumenta as hipóteses de aplicação de uma técnica essencialmente ligada aos valores efetividade e celeridade: o julgamento antecipado. Como se não bastasse, permite também uma distinção mais clara entre a técnica do “julgamento antecipado de capítulo da demanda” e a técnica de “antecipação dos efeitos da tutela pretendida em capítulo da demanda” (concretizando, assim, o valor segurança jurídica)” (2007, p. 127).

dos arts 267 e 269, CPC, não paira dúvida de que se está cuidando de extinção do processo, como “expressamente” disposto no art. 267 e “implicitamente” no art. 269 do CPC. Ainda, acrescentando argumentos a essa posição, convém as palavras de Carlos Augusto de Assis (2006, p. 94):

Tendo em vista essa mudança de rumos em matéria de execução, o legislador entendeu que a definição do art. 162, §1º, que previa a sentença como fonte de *extinção* do processo não era mais adequada. A sentença condenatória não mais iria extinguir o processo, pois o cumprimento de seu comando (efetivação) passaria a se dar no mesmo processo. A intenção do legislador no sentido acima exposto se revela claramente na exposição de motivos, quando fala que “a alteração sistemática impõe a alteração dos arts. 162, 269 e 463, uma vez que a sentença não mais põe fim ao processo”. Como se vê, não houve qualquer intenção de provocar mudanças no sistema recursal brasileiro. Procurou-se, apenas, sanar uma imperfeição técnica provocada pela nova sistemática de cumprimento de sentenças. *Esse dado, por si só, é relevante e nos faria inclinar no sentido de que a sentença, para o CPC, continua sendo caracterizada pelo fato de ter a aptidão de pôr fim ao procedimento em primeiro grau (só que no tocante à fase de conhecimento) [grifei].*

Postos os dois posicionamentos, convém o perfilhamento àquele que apregoa a inexistência de um “novo” conceito de sentença. Que não se pode, desde já consignando, o direito de uma definição doutrinária sobre sentença, mas o argumento tomado por este autor, complementar, para defender um “novo conceito velho de sentença”, baseia-se na comparação entre conceito substituído e conceito substituto.

Ora, resta a impressão de que, quando se afirmava ser a sentença ato do juiz que “punha termo ao processo”, se esquecia da continuação do conceito, qual seja, “com ou sem resolução do mérito”, como se o mérito nunca tivesse constituído finalidade do ato. Tivesse antes o legislador se limitado, então, a definir sentença apenas como ato do juiz que “punha termo ao processo”. Contudo, não bastasse a interpretação dispositiva anterior imperfeita, veio a nova definição, e do que mais ela tratou além de mérito? De absolutamente nada. Essa é a resposta. Então se pode dizer que o “novo” conceito “olhou” para a “parte esquecida” do conceito anterior? É esse o caminho, ou é negável que “com ou sem mérito” não é sinônimo de “situação do art. 267 ou 269, CPC”? Observa-se, pois, que tanto antes como agora, sentença sempre foi finalidade mais conteúdo. Acontece que a equivocada interpretação literal do dispositivo no passado “esqueceu” o conteúdo do ato, como parece querer a equivocada interpretação literal do dispositivo na atualidade “se esquecer” da finalidade. Não se trata, pois, de conflitar os critérios, mas de agrupá-los num binômio complementar.

Enriquecedoras, neste prumo, as palavras de Eduardo Arruda Alvim e de Angélica Arruda Alvim (2002, p. 21-22):

Veja-se, por exemplo, a alteração do §1.º do art. 162. A conceituação de sentença, pela leitura isolada desse dispositivo, deve ter por base o conteúdo da decisão. Conforme tivemos oportunidade de expor com mais detença em outro trabalho de nossa autoria,

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

como o legislador não alterou o §2º do art. 162, quer nos parecer que o critério segundo o qual deve ser conceituado o que se entenda por sentença pode-se dizer misto, porque leva em conta não apenas o conteúdo, mas a circunstância de a decisão por fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. Esse é o critério, ademais, que melhor preserva a harmonia do sistema recursal, deixando incólume o princípio da correspondência recursal, alicerce do Código de Processo Civil de 1973.

Também a opinião de Gelson Amaro de Souza e de Gelson Amaro de Souza Filho (2009, p. 375-376):

Fazer reforma pelo prazer de reformar em nada adianta, se na prática tudo continua como antes. Dizem os críticos que a redação anterior do art. 162, §1º, do CPC levava em consideração apenas o *topus* e não o conteúdo. Agora, a nova redação leva em conta o conteúdo e não o *topus*. Mero engano. Tanto antes como agora se leva em conta o *topus* e o conteúdo. Ao tratar da finalização do processo com sentença, já se está levando em conta estas duas vertentes. Considera-se como *topus* ao dizer que a sentença extingue o processo (art. 267 do CPC) e considera-se como substância ao indicar a sentença como ato de conteúdo extintivo da lide (art. 269 do CPC). Sendo ato extintivo da lide, será ato extintivo do processo, porque não se pode admitir processo sem lide.

Ademais, é preciso ressaltar que a função da sentença *deve* ser por fim ao processo, senão sentença não será, mas mera decisão. Dela dependem a coisa julgada e sua eficácia preclusiva, a Ação Rescisória e os honorários advocatícios, a título ilustrativo. Cabíveis, mais uma vez, as palavras de Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Filho (2009, p. 23):

Também os artigos 467, 485 e 489 do CPC, interpretados conjuntamente, levam à conclusão que pela sentença dá-se a extinção do processo. O primeiro refere-se à coisa julgada quando não mais couber recurso, o que é indicativo de extinção do processo, porque enquanto este não for extinto sempre haverá possibilidade de recurso. O segundo impõe como requisito para a ação rescisória o trânsito em julgado, que só acontece em processo extinto. O último afirma que a propositura da ação rescisória não suspende o cumprimento (execução) da sentença ou do acórdão rescindendo, indicando que esta pode ser proposta após a sentença ou acórdão, mas antes do cumprimento (execução) do julgado [...] Além do mais, caso a sentença não encerrasse o processo, seria ato incidente e não se poderia falar em atribuição dos encargos sucumbenciais previstos nos arts. 20 e 27 do CPC [...].

Acrescente-se, ainda, a assertiva supramencionada da ilustre doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 253), na qual sentença, *normalmente*, tem por efeito por fim ao processo em primeiro grau de jurisdição ou ao processo mesmo, se não houver recurso.

Nesta frequência, não nos renega ao desamparo a recente jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando acena pelo objetivo extintivo do processo, sem ou com mérito (267 ou 269, CPC), da sentença:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. CORTE DE ORIGEM. ACÓRDÃO POR MAIORIA. PRESCRIÇÃO. CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO-INTERPOSIÇÃO. RECURSOS ESPECIAIS NÃO CONHECIDOS. SÚMULA 207/STJ.

1. Os aclaratórios foram opostos com o objetivo de sanar erro material ocorrido no acórdão embargado, porquanto não se observou que a divergência ocorrida na Corte de Origem referiu-se à matéria de mérito.

2. *É cediço que o reconhecimento da prescrição extingue o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. Desse modo, havendo modificação da sentença e dissidência do tribunal quanto à prescrição, faz-se necessária a interposição de embargos infringentes para que, esgotada a instância ordinária, seja possível realizar a impugnação do acórdão por meio do recurso especial, a teor do preceituado na Súmula 207/STJ [grifei].*

3. No caso, os recursos especiais interpostos discutem, além de outras questões, a fluência do prazo prescricional sem, contudo, terem sido manejados embargos infringentes perante o tribunal *a quo*.

Nesse ponto, os apelos nobres não devem ser conhecidos.

4. No pertinente às demais matérias apreciadas no recurso especial, por estarem relacionadas com a parte unânime do acórdão regional, permanecem as conclusões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, reconhecendo a legitimidade passiva da União, e concordou com a Corte de Origem quanto aos critérios de correção monetária.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer em parte dos apelos especiais da Fazenda Nacional e da Eletrobrás e negar-lhes provimento.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. APELAÇÃO. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO. CASSAÇÃO DA LIMINAR.

– Nas ações de busca e apreensão, *a apelação interposta contra sentença que julga improcedente o pedido, ou extingue o processo sem resolução do mérito, é recebida apenas no efeito devolutivo, o que ocasiona a cassação da liminar anteriormente concedida.* Inteligência do art. 3º, § 5º, do DL 911/69, com a redação dada pela Lei 10.931/2004 [grifei].

Recurso especial a que nega provimento.

(REsp 1046050/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 01/12/2009).

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO. PRESCRIÇÃO.

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA COM A ESFERA ADMINISTRATIVA.

I – *Correta a decisão que extingue o processo sob o fundamento da prescrição do direito de ação, quando esta é ajuizada após o prazo quinquenal.* (grifei).

II – A superveniente absolvição na esfera criminal, por ausência de provas, não exclui a culpa administrativa do servidor.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 797.885/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 30/10/2006 p. 398).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

Contrariu sensu, se o ato não põe termo ao processo, mesmo havendo hipótese do art. 267 ou do art. 269 do CPC, não poderá ser considerado sentença, encaixando-se, portanto, no art. 162, §2.º, da Lei Adjetiva. Oportuna, mais uma vez, a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE EXTINGUE PARCIALMENTE A EXECUÇÃO, DETERMINANDO SEU PROSSEGUIMENTO COM RELAÇÃO AOS CREDORES QUE NÃO TRANSIGNARAM. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. (grifei).

1. *A decisão que homologa transação e extingue parcialmente a execução, determinando seu prosseguimento com relação aos litisconsortes que não transigiram, possui natureza interlocutória, motivo pelo qual o recurso contra ela cabível é o agravo de instrumento, e não a apelação* [grifei].

2. Tratando-se de erro grosseiro, não se aplica o princípio da fungibilidade. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 829.992/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 412).

LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO PELO AUTOR. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. SENTENÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA.

1. A ação de consignação em pagamento tem cabimento na hipótese em que o devedor, não conseguindo liberar-se de uma dívida, tem de lançar mão do Poder Judiciário para tal. A ação tem, portanto, natureza declaratória, e não constitutiva.

2. Há apenas uma hipótese em que a lei processual atribui à sentença proferida na ação de consignação força executiva: quando o Juiz conclui que o depósito é insuficiente, determinando a complementação, na forma do § 2º do art. 899 do Código de Processo Civil.

3. *Ato do juiz que não extingue simultaneamente o procedimento e a relação processual é decisão interlocutória e deve ser impugnada via agravo* [grifei].

4. Recurso especial improvido.

(REsp 661.959/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2006, DJ 06/06/2006 p. 142).

Com isso, conclui-se que, em que pese os clamores pela natureza conteudística do ato decisório para definir sentença, observa-se, na verdade, o continuísmo do critério misto (finalidade mais conteúdo), pelo qual sentença é o ato que põe termo ao processo (ou ao menos à etapa do procedimento), de forma definitiva ou terminativa. Na prática, algo que em nada diferencia do conceito anterior, revogado pela Lei n.º 11.232 em 2005.

3. Sobre o recurso cabível: variáveis sobre uma decisão

Aduzidas e refutadas no capítulo anterior considerações sobre um “novo” conceito de sentença, bem como sobre um “novo” critério para se definir sentença, qual seja, o meramente conteudístico, por bem se faz discutir o recurso cabível contra o ato decisório, a depender de sua natureza interlocutória ou solucionadora do feito, bem como do critério adotado. Apelação? Agravo por instrumento? “Apelação por instrumento”? Discorramos, oras.

Tome-se, de início, a seguinte casuística: as partes A e B litigam em face de C. A, porém, é parte ilegítima, e por se tratar a condição da ação de matéria de ordem pública, o juiz reconhece-a de ofício e profere decisão terminativa de mérito, com supedâneo no art. 267, VI, CPC. Observa-se que o processo, antes litisconsorte ativo, continua para B, agora sozinho. Qual o recurso cabível desta decisão terminativa?

Com supedâneo no critério misto (conteúdo mais finalidade) aqui adotado, se sentença é o ato judicial que visa ao fim do processo, sem ou com mérito, há que se concluir que esta decisão não foi sentença, mas mera interlocutória, agravável por instrumento, portanto, no prazo de dez dias, obedecendo às regras dos arts. 522 e seguintes do CPC.

De outra forma, com amparo no critério conteudístico, houve hipótese prevista no art. 267, CPC, consubstanciando a sentença do “novo” art. 162, §1.º, apelável, portanto. Entretanto, frente à possibilidade prejudicial desta apelação suspender o “andamento” do feito para as partes outrora julgadas legítimas, cogitou-se, de início, a paradoxal interposição do agravo por instrumento desta sentença⁵, ou a aplicação, por analogia, do recurso em sentido estrito da pronúncia, do processo penal⁶.

⁵ Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 254): “Outro exemplo é a decisão de exclusão do litisconsorte: A move ação contra B, C e D. O juiz exclui D do processo. O que o juiz faz quando diz isso? Ele está proferindo uma sentença entre A e D, extinguindo a relação processual que se formou. A, juiz e D. *O recurso cabível é o agravo* [grifei].”

⁶ Cf. Jorge de Oliveira Vargas (2007, p. 117): “Todavia este argumento, por si só, não impede o recurso da apelação, pois o processo pode subir ao tribunal para ser apreciada a apelação da sentença que não pôs fim ao procedimento e continuar tramitando em primeiro grau através

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

Nesta escala “evolutiva” do critério do conteúdo, não tardou a doutrina a criar um “mecanismo de readequação” recursal frente ao “novo” conceito de sentença, isto é, da impossibilidade legal de um agravo por instrumento contra sentença, e da inconsistência fática de uma apelação que suspenderia o trâmite do feito em primeiro grau, pensou-se na num “recurso híbrido”, uma “apelação por instrumento”.

Neste sentido, convenientes as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 252):

Um caso interessantíssimo, a respeito do qual nós discutimos outro dia, é o seguinte: o art. 273, §6.º, diz que a antecipação de tutela pode ser concedida quando o pedido é incontroverso. A doutrina toda discute se quando o juiz faz isso ele está proferindo uma sentença ou está proferindo uma liminar, uma decisão interlocutória que depois pode modificar. Tenho a impressão de que vem prevalecendo, na doutrina principalmente, a idéia no sentido de que essa decisão é uma sentença. [...] Então surge, evidentemente, o problema do recurso. Se aquilo é sentença, qual o recurso cabível? [...] Sempre fui simpática a idéia de que poderia se pensar num agravo de instrumento com efeito suspensivo para que a situação ficasse equivalente à situação da apelação. Aí eu recebi um e-mail dizendo que há uma opinião aqui no Rio Grande do Sul, que é uma idéia de vanguarda. Recebi este e-mail relatando uma posição que teria sido criada aqui por um juiz de 1º grau e essa posição, num primeiro momento, me deixou extremamente abalada. E o que o juiz propõe? Ele propõe que a parte impugne essa decisão por meio de uma “apelação por instrumento”. Quando eu escutei essa expressão “apelação por instrumento” eu me assustei. Eu coloquei essa idéia debaixo do travesseiro, pensei melhor, pensei sob essa ótica muito contemporânea de se analisar o Direito Processual, a partir de uma perspectiva constitucional, do Princípio da Isonomia e realmente cheguei à conclusão de que essa é a melhor solução.

Também as de Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 134):

Como, então, permitir a subida do recurso em a paralisação do procedimento *a quo*? A resposta intuitiva, ao que nos parece, é a formação de um instrumento. Não se venha objetar, quanto ao ponto, que não há previsão legal para isso. Decerto não há (admitamos), mas, até aí, também não existe um artigo de lei – um sequer – que obrigue a subida da apelação nos próprios autos do processo. Assim é feito por sempre haver sido feito assim, em obediência ao poder silencioso da tradição. De direito posto.

Por fim, a opinião de Jorge de Oliveira Vargas (2007, p. 117):

dos autos suplementares, ou ao processo, para apreciação da apelação, poderá subir por traslado, adotando-se aí, por analogia, o contido a respeito do recurso em sentido estrito da pronúncia, no art. 583, parágrafo único, do CPP, que diz: ‘O recurso da pronúncia subirá em traslado, quando, havendo dois ou mais réus, qualquer deles se conformar com a decisão ou todos não tiverem sido ainda intimados da pronúncia’”.

Existe ainda o argumento de que a subida da apelação, por traslado, caracterizaria um novo tipo de recurso, qual seja, o de apelação por instrumento, o que iria ferir o princípio da tipicidade dos recursos. Este argumento, também, ainda que pudesse ser tido como válido, não poderia prevalecer sobre os princípios da correspondência, da isonomia e do devido processo legal procedimental; além do que, não se trata de um novo recurso, mas do mesmo, qual seja, o de apelação, assim como o recurso em sentido estrito, referido, quando sobe por traslado, não muda de nome, continua a ser recurso em sentido estrito; ou seja, a “apelação por instrumento” além de não ferir o princípio da tipicidade, ainda faria observar os da correspondência, da isonomia e do devido processo legal.

Interessante frisar, ainda, que Fabio Milman (2007, p. 172) chega a traçar diretrizes em prol da procedimentalização da suposta nova modalidade de apelo. Algo semelhante ao utilizado no agravo por instrumento. Vejamos:

Na redação atual do art. 514: “Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà: I – os nomes e a qualificação das partes; II – os fundamentos de fato e de direito; III – o pedido de nova decisão.” Este pequeno estudo sugere o acréscimo de três parágrafos ao art. 514, como segue: “§ 1.º. Na hipótese de sentença parcial, o apelante dirigirá a petição diretamente ao tribunal competente, atendendo aos requisitos do *caput* deste artigo, também informando o nome e endereço completo dos advogados constantes do processo e, no prazo de 3 (três) dias fará juntar, na origem, cópia das razões da apelação, do comprovante de sua interposição e relação das peças que a instruíram, sob pena de não conhecimento. § 2.º. A apelação a que se refere o parágrafo anterior será obrigatoriamente instruída com cópias da petição inicial, da resposta, da sentença parcial, da certidão de intimação das partes, de eventuais embargos de declaração, sua decisão e certidão da respectiva intimação, do comprovante do preparo, se exigido, e de todas e quaisquer peças que o recorrente reputar úteis à compreensão e julgamento. §3.º. Deficiente a formação do instrumento, porque faltantes as peças obrigatórias ou ausentes aquelas que possibilitem a formação da compreensão acerca da controvérsia para efeito de julgamento, a apelação será de imediato não conhecida (art. 557, *caput*).”

Complementa o autor (2007, p. 172-173):

Na mesma linha, necessário modificar, mediante acréscimo, o que consta no art. 518 do CPC: “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1.º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. § 2.º. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em 5 (cinco) dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.” A proposta aqui é de alteração nos parágrafos ao art. 518 do CPC que passariam a ter o conteúdo abaixo apresentado: “§ 1.º. Tratando-se da apelação ofertada contra sentença parcial (§ 1.º sugerido anteriormente ao art. 514), o relator, se não for hipótese de incidência do art. 557, declarará os efeitos em que a recebe e, na seqüência, determinará a

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

intimação do apelado, por meio de seus procuradores, para responder e, querendo, juntar cópias de peças dos autos que entender necessárias à formação do órgão julgador recursal. § 2.º. O juiz ou relator não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; § 3.º. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz ou relator, em 5 (cinco) dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso”.

Como último argumento, defende-se a existência de “dúvida objetiva” para aceitar o novo apelo dentro do Princípio da Fungibilidade, se for o caso, como agravo por instrumento. Com a palavra, mais uma vez, Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 244):

Na verdade, a razão de ser deste princípio é a de que a parte não pode ser prejudicada porque há dúvidas, manifestadas na doutrina e/ou na jurisprudência a respeito de qual seja o caminho adequado, para se conseguir alguma coisa dentro do processo, uma vez em curso um processo, ou através de um processo sem que haja ainda nenhum processo incoado. [...] Quando se usa a expressão dúvida objetiva, quer-se referir à situação de haver pluralidade de opiniões, de haver uma certa hesitação, de não haver unanimidade, quer no plano da doutrina, quer no plano da jurisprudência, quanto a qual seja o caminho correto para se obter alguma coisa dentro do processo.

Em apertada síntese, então, defende-se a possibilidade do manejo da “apelação por instrumento”, em observância à ideia de efetividade processual, como corolário “lógico” (?) do Princípio da Correspondência Recursal (sentença/apelação). Ainda, acena-se por sua não ofensa à ideia de tipicidade, por estar a “apelação”, em sua forma “simples”, prevista no CPC, mas, sem prejuízo disso, chega-se a dar diretrizes de suposta alteração legislativa. Por fim, prega-se pela aplicação do Princípio da Fungibilidade ante a existência de dúvida objetiva.

Tudo por se adotar o critério meramente conteudístico do ato decisório para se definir sentença. Em primeiro lugar, convém reconhecer que a ausência de previsão legal parece não ser óbice determinante para vedar a “apelação por instrumento” no ordenamento deste país. Fosse esse o problema, bastaria alterar, mais uma vez, o CPC, para nele incluir o apelo em lume.

Contudo, há que se afirmar que o critério misto (conteúdo mais finalidade) é elemento atrelado à segurança jurídica, ou seja, *findou* o processo, procedimento ou etapa dele, *com* ou *sem* mérito, consubstanciada estará sentença. Se não, mera decisão haverá. Mais do que isso, se aduz-se nova espécie de apelo, por celeridade, efetividade ou constitucionalização processual, não se mostra com qual dispositivo da Constituição Federal se coaduna o novo recurso. Que não se utilize – desde já chamando a atenção do leitor – a amplíssima Cláusula do Devido Processo Legal (art. 5.º, LIV) ou a duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII) para tentar dar consistência a isso, pois em momento algum se consideram os critérios *praticidade* e *tempo* para definir a salvaguarda da medida. Vai ver porque se o objetivo-mor do processo é a sentença, não seria falsa

premissa dizer que a dificuldade de conceituar esta espécie de ato decisório gera insegurança jurídica. Em palavras resumidas, não há qualquer “objetivo constitucional” em defender a “apelação por instrumento” no ordenamento deste país.

Nesta linha de raciocínio, é descabido o clamor pela aplicação do Princípio da Fungibilidade, frente à dúvida objetiva. Primeiro, por se tratar a “apelação por instrumento” de erro grosseiro (chego a imaginar o recorrente que se esqueceu de agravar por instrumento até o décimo dia – art. 522, CPC – “apelando por instrumento” no décimo quinto. Chamo a atenção, pois, que o presente recurso pode sair da abstração doutrinária para adentrar o campo da chicana jurídica). Segundo, por não haver dúvida objetiva, afinal, este recurso nada mais é que argumento construído em prol da subsistência de um critério, qual seja o conteudístico. Então, que não aleguem os defensores desta ideia uma indagação por eles próprios criada para gerar confusão processual e, com isso, defender a dúvida objetiva (chego a imaginar o “próximo passo” desta parcela doutrinária, qual seja, a de que, se de sentença cabe apelação e se de decisão interlocutória cabe agravo, retido ou por instrumento, logo o ato decisório que autoriza “apelação por instrumento” não é nem sentença nem decisão interlocutória, mas “sentença interlocutória”).

Por falar em agravo, há que se fazer outra indagação: se a “apelação por instrumento” teria processamento semelhante ao agravo por instrumento, poderia o relator, nos termos do art. 527, II, CPC, convertê-la na forma retida, criando uma chamada “apelação retida”?

Ainda, é preciso lembrar não ser a apelação dos arts. 513 e seguintes a única do CPC. Há aquelas previstas nos arts. 285-A, §1.º e 296 da Lei Adjetiva, cuja principal nuance é a possibilidade de juízo de retratação. Com efeito, a admissão de uma “apelação por instrumento” endereçada diretamente ao tribunal competente inviabilizaria este juízo.

Por fim, faz-se mister comentar as hipóteses, distintas, previstas nos arts. 273, §6.º e 330 e seguintes, do CPC, que tratam da antecipação dos efeitos da tutela frente ao chamado “pedido incontroverso” e do julgamento antecipado da lide, respectivamente. Com relação ao primeiro dispositivo, discute-se na doutrina sobre ser esta decisão provisória, passível de confirmação e, portanto, interlocutória, ou verdadeira sentença, por ser o pedido já dito “incontroverso”⁷. Deve prevalecer o primeiro entendimento, contudo, sobretudo em considerando o critério misto (conteúdo mais finalidade) do ato

⁷ Adepta desta posição, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 251): “Um caso interessantíssimo, a respeito do qual nós discutimos o outro dia, é o seguinte: o art. 273, §6.º, diz que a antecipação de tutela pode ser concedida quando o pedido é incontroverso. A doutrina toda discute se quando o juiz faz isso ele está proferindo uma sentença ou está proferindo uma liminar, uma decisão interlocutória que depois pode modificar. *Tenho a impressão de que vem prevalecendo, na doutrina principalmente, a ideia de que essa decisão é uma sentença. Apesar de haver uma tradição no direito brasileiro no sentido de que o objeto litigioso não pode ser cindido, de que, como regra, não há duas sentenças no mesmo processo, uma em cada momento etc., há muitos doutrinadores de primeira categoria, asseverando que, quando o juiz antecipa a tutela, porque o pedido é incontroverso, está proferindo uma decisão de mérito, uma situação equivalente à da cognição exauriente*” [grifei].

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

para se definir sentença, bem como a disposição tópica do parágrafo sexto em artigo que versa sobre a *antecipação* de tutela e não sobre sua concessão definitiva (respeito à regra de hermenêutica, portanto, de que os parágrafos se reportam ao *caput*).

Em mesma sintonia, assim afirma Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 131):

Propomos, nessa linha, que a técnica do art. 273, §6.º, seja compreendida como aquilo que ela realmente é: *verdadeira antecipação dos efeitos da tutela, com as características inerentes ao instituto (revogabilidade, provisoriedade, etc. Não foi incluída sob a rubrica do art. 273 por acaso [grifei].*

Também a opinião de Teori Albino Zavascki (sem data, p. 4-5):

Para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a da cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito. Ter-se-ia, com essa solução, a possibilidade de outorgar, relativamente ao pedido incontroverso, a imediata, completa e definitiva tutela jurisdicional. *Não foi essa, todavia, a opção do legislador, que preferiu o caminho da tutela antecipada provisória. Com isso, limitou-se o âmbito da antecipação aos efeitos executivos da tutela pretendida. Sendo assim, também aqui, como nas demais hipóteses de antecipação da tutela, o que se outorga antecipadamente é a eficácia social da futura sentença de procedência, não a jurídico-formal. Em outras palavras: não se condena por antecipação, nem se declara e nem se constitui ou desconstitui. O que se faz, simplesmente, é adiantar os efeitos executivos que poderão decorrer da futura sentença definitiva condenatória, declaratória, constitutiva ou desconstitutiva [grifei].*

Pela mesma linha de raciocínio, qual seja, a de que o mero critério conteudístico do ato para se defini-lo como sentença não basta, não pode ser considerado o julgamento antecipado (art. 330) de um dos pedidos, quando houver cúmulo, sentença, dada a inaptidão desta decisão para por termo ao feito, apesar de presente situação prevista no art. 267 ou 269 do CPC. Em outras palavras, quando o juiz está diante de pedido único e a questão de mérito é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não há necessidade de produzir prova em audiência, estará proferindo sentença, já que este ato é capaz de por fim ao processo (ou ao procedimento, ou a etapa dele) e se mostra presente hipótese do art. 267 ou 269 do CPC, o que vai de encontro ao critério misto (conteúdo mais finalidade) aqui adotado. De outra forma, havendo cúmulo de pedidos, o julgamento antecipado de apenas um deles, conforme o art. 330 e seguintes do CPC, não constituirá sentença, mas mera decisão, não apelável “por instrumento”, portanto. Ressalta-se, inclusive, a defesa da aplicação desta regra para todas as demandas em que houver cúmulo de pedidos, mesmo não sendo caso de julgamento antecipado.

Com isso, conclui-se não ser medida mais acertada defender a possibilidade da “apelação por instrumento” no ordenamento brasileiro. Primeiro, porque tal medida não traz qualquer efeito útil, já que situações que ensejariam esta nova modalidade de apelo já são abrangidas pelo agravo por instrumento. Segundo, porque nunca fez bem

ao processo civil ir “ajustando” os dispositivos do Código de Buzaid de maneira im-pensada, de acordo com a adoção de um ou outro “critério”. Ainda mais quando se trata de uma “cadeia de dispositivos”, como aqueles atinentes à apelação. A título ilus-trativo, a adoção de um critério conteudístico do ato decisório faria necessário alterar não apenas os arts. 513 e seguintes, mas também o art. 296 e o recente art. 285-A, todos do CPC. Observa-se, pois, que não só não traz efetividade ao processo o advento de um “apelo por instrumento”, como também lhe gera confusão, e confusão, como todos sabem, gera desconfiança por parte de litigantes e terceiros; e desconfiança não é bené-fico ao bom andamento do Poder Judiciário pátrio. Fiquemos com o critério misto (con-teúdo mais finalidade), pois, que já valia antes da Lei nº 11.232/05 e continua a valer agora.

4. Linhas derradeiras

Em nota conclusiva, defende-se a inexistência de um novo conceito de sentença no ordenamento pátrio, de forma que nada mais faz o art. 162, §1.º, CPC, “alterado” pela Lei nº 11.232/05, que repetir a essência do conceito anterior dessa espécie de ato decisório. Isto porque, com ou sem mérito, a função da sentença *deve* ser por termo ao processo ou à etapa do procedimento, senão pela segurança jurídica, porque dela de-pendem alguns institutos do Processo Civil como a coisa julgada e sua eficácia preclu-siva, a Ação Rescisória e os honorários advocatícios. Assim, conclui-se que o “novo conceito velho” apenas adequa o sistema decisório à nova sistemática sincrética de sa-tisfação da lide, daí o aceno pela continuidade do critério misto (conteúdo mais finali-dade) para se definir sentença.

Por conseguinte, entende-se não ser cabível neste ordenamento o manejo da “apelação por instrumento”, por desnecessidade jurídica, por insegurança jurídica, e por ilogicidade do sistema, sobretudo com as novas regras práticas do agravo por ins-trumento e com os novos e amplos poderes do relator, que poderia convertê-la, de ma-neira irrecorrível, em “apelação retida” (?). De igual maneira, inadmissível o Princípio da Fungibilidade, por erro grosseiro e inexistência de dúvida objetiva. Daí a ideia que, entre uma alteração em cadeia da Lei Adjetiva e a continuidade do critério misto (con-teúdo mais finalidade), a opção a ser escolhida é a segunda.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. As reformas e o sistema recursal, in: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 52, mar-abr/2002. São Paulo: IOB, p. 7-26.

ASSIS, Carlos Augusto de. Mudou o conceito de sentença?, in: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, mai-jun/2006. São Paulo: IOB, p. 86-96.

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. 1.* São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais – Vol. 3.* 7 ed. Salvador: Juspodium, 2009.

_____; CHEIM JORGE, Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MILMAN, Fábio. O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 150, ago./2007. São Paulo: RT, p. 160-174.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A nova definição de sentença, in: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, mai-jun/2006. São Paulo: IOB, p. 51-60.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Um novo conceito de sentença?, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 149, jul/2009. São Paulo: RT, p. 120-138.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis: atualizado com as reformas de 2006 e 2007.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Sentença – em busca de uma nova definição In *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária.* Ano 57, n. 376, fev./2009. Porto Alegre: Nota Dez, p. 19-41.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 20 de abril de 2010.

VADE MECUM. 5 ed. São Paulo: RT, 2010.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 148, jun./2007. São Paulo: RT, p. 111-118.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela em face de pedido *incontroverso*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf). Acesso em 21 de abril de 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O agravo e o conceito de sentença, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 144, fev. 2007. São Paulo: RT, p. 243-256.

Percepção científica do Direito

Scientific Perception of the Right

REIS FRIEDE

Catedrático, ex-membro do Ministério Público, Mestre e Doutor em Direito, professor-coordenador da Escola de Pós-Graduação em Direito da UniverCidade e professor-coordenador dos cursos de Graduação em Direito da UniverCidade – Campus Centro; e autor de inúmeras obras jurídicas, dentre as quais *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001 (189 p.) e *Vícios de Capacidade Subjetiva do Julgador: Do Impedimento e da Suspeição do Magistrado nos Processos Civil, Penal e Trabalhista*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001 (469 p.). e-mail: rfriede@trf2.gov.br.

Resumo: O presente artigo analisa, inicialmente, a posição majoritária da doutrina segundo a qual o Direito se constitui em autêntica e genuína ciência autônoma, abordando o conceito de ciência, a classificação binária das ciências, bem como outras classificações relativas às ciências, passando, a seguir, à classificação da Ciência do Direito, objetivando extrair os importantes ensinamentos derivados de tal percepção. Posteriormente, passa-se à análise da axiologia jurídica e projeção comportamental do Direito, da tridimensionalidade do Direito, da caracterização particular da Ciência do Direito e, por fim, das especificidades da Ciência Jurídica.

Palavras-chave: Direito; ciência autônoma; classificação; axiologia.

Abstract: This article examines firstly the majoritarian position of the doctrine in which the law is an authentic and genuine autonomous science, approaching the concept of science, the binary classification of sciences, as well as other classifications related to science, followed by the classification of the Science of Law, to extract the important lessons derived from this perception. Later on, we go approach the legal analysis of the axiological and the projected behavioral law, the tridimensionality the law, the particular characterization of the Science of Law and, finally, the specific nature of legal science.

Keywords: Law; autonomous science; classification; axiological.

Introdução

Não obstante a tese segundo a qual o Direito se constitui em efetivo ramo científico ter sido negligenciada no passado por expressiva parcela de estudiosos, na atualidade contemporânea é, no mínimo, majoritária a posição doutrinária que entende o Direito como autêntica e genuína Ciência Autônoma.

Ainda que se possa discutir se o *Direito* constitui-se na própria *ciência*, em sua descrição conceitual, ou, ao contrário, restringe-se apenas ao objeto de uma ciência (a chamada Ciência do Direito), a verdade é que, no presente momento evolutivo, poucos

são os autores que ousam desafiar a visão dominante do Direito como ciência e suas principais consequências, especialmente após o advento – e, sobretudo, a leitura técnica – da notável obra de Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, em que o autor logrou demonstrar, na qualidade de mentor do racionalismo dogmático (normativismo jurídico), a pureza jurídica do Direito em seu aspecto tipicamente científico (KELSEN, 1974).

Mesmo assim, entre nós ainda existem aqueles que simplesmente defendem o ponto de vista do Direito como uma forma não-científica, desafiando não só o caminho lógico-evolutivo do estudo do Direito, mas, particularmente, a acepção mais precisa (e correta) do vocábulo ciência.

[...] não é rigorosamente científico denominar o *Direito* de *ciência*. [...] As pretensas *ciências sociais*, com ranço comtiano, onde se costuma incluir o *Direito* [...] não oferecem princípios de validade universal que lhes justifiquem a terminologia [...] (JACQUES, 1978, pp. 10-11)

O *Direito* não é *ciência*, mas *arte*; como também ramo da moral (GENY in *Science et Technique en Droit Privé Positif*, 2a. édition, Tome I, Paris, 1927, pp. 69-71 e 89)

As regras do Direito são preceitos artísticos, normas para fins práticos, determinações ordens, que se impõem à vontade. Não se confundem com as afirmações científicas, que se dirigem à inteligência (PEDRO LESSA in *Estudos de Philosophia do Direito*, Rio, 1912, p. 46).

O presente estudo pretende fazer uma análise das diferentes classificações das Ciências propagadas por diversos autores através do tempo, aplicando-as efetivamente na classificação doutrinária do Direito como um tipo de ciência, não só com diversos pontos de contato com as outras ciências, mas também com características específicas, tais como o processo de interpretação ou hermenêutica, que difere a Ciência Jurídica das outras ciências.

1. Conceito de Ciência

A questão central, nesse contexto de atuação, ao que tudo indica, parece ser, sob o prisma de sua própria especificidade, os múltiplos e variáveis conceitos de *ciência*, bem como, as possíveis e diferentes traduções do vocábulo em epígrafe.

Nesse sentido, resta oportuna a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., para quem “a expressão *ciência* não é *unívoca*; não obstante de com ela se pretender designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único e uniforme que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica” (FERRAZ JR., 1973, pp. 159-160).

De qualquer sorte, o que caracteriza a *ciência*, na acepção atual, não pode ser, em nenhuma hipótese, como deseja Paulino Jacques (JACQUES, 1973), uma pretensa e

utópica validade universal de seus princípios, independentemente de meridianos e paralelos, uma vez que, de forma absolutamente diversa, a noção contemporânea de ciência reside no_escopo próprio de sua atuação, ou seja, na busca, constante e permanente, pela verdade (ou, ainda, em outras palavras, na perene explicação evolutiva dos diversos fenômenos naturais e sociais).¹

Em essência – é oportuno ressaltar – inexistente, de forma insofismável, a efetiva possibilidade de se ter fato gerando normas de validade sinérgica, acima de qualquer possibilidade de contestação no espectro temporal-evolutivo.

Muito pelo contrário, o que a ciência realiza, no âmbito de sua atuação, é exatamente conceber, caracterizando e criando por meio de interpretações próprias (porém, com necessário escopo de generalização), a melhor explicação de um dado fenômeno particular (natural ou social), em um considerado momento histórico em que aspectos culturais, geográficos, organizacionais, etc, necessariamente possuem sua esfera – maior ou menor – de influência.²

¹ Nesse contexto, por força do raciocínio binário, é lícito, inclusive, consignar o conceito antagônico à ciência que se traduz modernamente pela crença. Enquanto a ciência, reconhecendo que não possui a verdade, objetiva, de forma constante e permanente, encontrá-la, pela busca incessante da explicação verdadeira dos fenômenos fáticos (de valoração objetiva e subjetiva) e de suas consequentes ocorrências no mundo real e cultural, a crença, por sua vez, ciente de que já possui a verdade (ou seja, a correta explicação para os fenômenos fáticos do mundo real), simplesmente impõe a sua explicação (interpretação), como única e insuperável tradução da realidade, permitindo, neste sentido, a concepção básica da denominada fé (que é sempre imposta), como fator último a impedir o próprio desenvolvimento da crença. Não é por outra razão, inclusive, que a essência da fé (na qualidade de fator basilar da crença) se traduz pelo “acreditar em algo que não pode ser provado”, tornando, por efeito, toda crença (como, por exemplo, a religião) igualmente válida (não permitindo, conseqüentemente, padrões de comparação qualitativa) e determinante sob a ótica de sua própria abrangência.

² Assim é que nos primórdios da Física, a melhor explicação científica para o fenômeno da queda de um objeto em direção ao chão não passava pela atual e complexa teoria da gravitação universal, preferindo os “cientistas” da época, por ausência de melhor interpretação, entenderem o fato (na qualidade de efetivo acontecimento no mundo real) por meio da singela concepção da existência de uma pretensa “mão invisível” que simplesmente empurrava todo e qualquer objeto em direção ao solo. Mas mesmo com todo o desenvolvimento da Ciência da Física, o homem ainda não foi capaz de explicar, de forma inequívoca, dentro de seu contexto de juízo de realidade, dotado de valoração objetiva, o simples fato da queda de um objeto em direção ao chão, considerando, sobretudo, que a vigente lei da gravidade (corolário da teoria da gravitação universal) parte de um princípio básico de suposta validade universal, mas amplamente contestável, que poderia ser resumido, não obstante algumas complexidades que deixaremos ao largo, da seguinte maneira: um corpo de massa menor é sempre atraído em direção ao corpo de massa maior, determinando, em consequência, que qualquer objeto (de massa relativa desprezível) simplesmente “caia” em direção ao centro do planeta (que possui massa infinitas vezes maior), sendo contido apenas pelo obstáculo natural que é exatamente a sua superfície (ou seja, o chão). Como o pressuposto básico da atração gravitacional como concebida na atualidade contemporânea, pressupõe a existência de corpos com massa, a Física de hoje simplesmente não é capaz de explicar a descomunal atração gravitacional que exerce os

A concepção básica de Ciência (incluindo seu conceito específico), por efeito consequente, não pode considerar a existência de incontestes e permanentes princípios de validade universal, tendo em vista que a validade intrínseca dos princípios e pressupostos científicos são sempre mutáveis no tempo e no espaço, em decorrência da própria e necessária evolução dos conceitos científicos.³

Por efeito consequente, a ciência não pode, sob pena de sublime subversão lógico-conceitual, ser encarada como algo que se traduz por uma verdade absoluta, mas, ao contrário, necessariamente deve ser entendida como algo que busca, de forma constante e permanente, a verdade (em sua acepção plena), aproximando-se cada vez mais da mesma, porém sem nunca poder atingi-la, ou mesmo tangenciá-la com plena segurança.⁴

1.1. Classificação binária das Ciências

Se é plenamente correto afirmar que as ciências, de modo geral, não se tradu-

chamados “buracos negros”, na qualidade de corpos celestes desprovidos de matéria, e, por consequência, de massa, na concepção clássica de “massa branca”.

³ É evidente que os denominados Princípios Gerais do Direito não são universais ou mesmo permanentes (até porque, os fenômenos sociais que os instruem são nitidamente mais complexos que os fenômenos naturais, objetos de outras ciências) muito embora, no mundo atual de notável capacidade de comunicação e intercâmbio, essa realidade tenda naturalmente a um ponto de aproximação semelhante a pretensa universalização de concepções tipicamente estudados pela Física, Química, Astronomia etc. O próprio conceito axiológico de *justiça*, como valor intrínseco do *Direito*, é conveniente ressaltar, vem sendo, de modo perceptível, permanentemente universalizado, não obstante as diversas culturas e os diferentes estágios evolutivos das várias sociedades em convivência temporal comum. Por outro lado, é também importante consignar que as ciências dotadas de juízo de valor (avaliação subjetiva), como o *Direito*, são inerentes ao denominado *mundo cultural*, em que as preocupações valorativas possuem incontestemente natureza subjetiva.

⁴ É exatamente neste sentido que alguns autores observam a existência, em matéria científica, das denominadas “verdades relativas”, ou, em outras palavras, “verdades” com validade limitada ou restrita, no tempo e no espaço, a uma dada e/ou considerada situação fática. Por outro prisma, como o objeto das ciências sociais (culturais) é mais complexo do que o das ciências naturais, considerando, neste contexto analítico, não só a célebre afirmação de Wilhelm Dilthey (*Introduction a L'étude des Sciences Humaines*, Paris, 1942) de que “a natureza se explica, enquanto que a cultura se compreende”, mas, sobretudo, a constatação inequívoca de que o fato social abrange relações múltiplas (mecânicas, físicas, químicas, biológicas, etc.), deduz-se, sem muito esforço, que a sua mobilidade é muito maior que a relativa às ciências naturais, gerando uma falsa impressão de que suas conclusões interpretativas são menos válidas ou mesmo desprovidas de qualquer grau de cientificidade. A verdade, entretanto, é que ambas as ciências (naturais e sociais (culturais)) são, por definição, inexatas (pois buscam, de forma constante e permanente, as suas respectivas *verdades interpretativas*), diferenciando-se apenas no foco de associação dos fenômenos e, em consequência, no *lapso temporal associado* que, no caso das ciências naturais (por se tratar de fenômenos de menor *complexidade relacional*), são mais longos, originando uma primeira (e equivocada) impressão de que não são variáveis e, portanto, traduzem uma realidade fixa e exata.

Muito embora os menos avisados possam questionar onde estaria, neste espectro classificatório, posicionada a Matemática, a verdade é que esta pseudociência, por não ter o escopo próprio de atuação das ciências (ou seja, a valoração intrínseca (e interpretativa) de um fato (natural ou social), concebendo uma norma explicativa (inerente ao mundo real) ou de projeção (inerente ao mundo cultural)), melhor se encontra classificada como genuína linguagem científica ou, como preferem alguns, efetiva ciência instrumental.

1.1.1. Outras classificações relativas às Ciências

Não obstante a consagrada classificação binária das ciências, resta oportuno consignar que, no espectro histórico-evolutivo, como bem leciona Maria Helena Diniz em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, muitos autores ensaiaram algumas classificações, hoje, de modo geral, reputadas primitivas (e, portanto, ultrapassadas), que partem de outros pressupostos lógicos (DINIZ, 2000, pp. 22-26). Augusto Comte, por exemplo, optou por classificar as ciências em *abstratas* (teóricas ou gerais) e *concretas* (particulares ou especiais) (COMTE, 1949).

No primeiro grupo comtiano, como bem salienta Maria Helena Diniz (*ob. cit.*, p. 23), estariam as ciências que estudam as leis gerais que norteiam os fenômenos da natureza, sendo-lhes aplicável os critérios da dependência dogmática (que consiste em agrupar as ciências, de modo que cada uma delas se baseie na antecedente, preparando a consequente), da sucessão histórica (que indica a ordem cronológica de formação das ciências, partindo das mais antigas às mais recentes) e de generalidade decrescente e complexidade crescente (que procede partindo da mais geral para a menos geral e da menos complexa para a mais complexa), compreendendo, neste particular, a Matemática (ciência dos números e da grandeza, a mais simples e universal, posto que só se refere às relações de quantidade, embora seja a mais geral porque se estende a todos os fenômenos), a Astronomia (Física celeste ou mecânica universal, ciência que estuda as massas materiais que existem no universo), a Física (ciência que se ocupa dos fenômenos físicos, ou seja das forças da natureza), a Química (físico-química, ciência que tem por objeto a constituição dos corpos particulares), a Biologia (físico-biológica, ciência que estuda os corpos complexos que se apresentam com vida) e a sociologia (físico social, ciência das relações sociais que se dedica a acompanhar a vida social do homem).

No segundo grupo desta classificação, por seu turno, encontrar-se-iam as ciências derivadas em que a tônica seria a descrição concreta dos fenômenos abstratos estudados nas ciências teóricas ou gerais. Desta feita, a Botânica e a Zoologia seriam ciências concretas derivadas da biologia, ao passo que o Direito seria uma ciência concreta derivada da Sociologia.

Wilhem Dilthey, inspirado, como bem lembra Maria Helena Diniz (*ob. cit.*, p. 24), na classificação de ciência de ampère, optou, por sua vez, em distinguir ciências da natureza (que se ocupam dos fenômenos físico-naturais, empregando o método da

ver com tais expressões, através de uma “virtual tradução” de seus verdadeiros (e respectivos) sentidos designativos.

explicação fática) e em ciências do espírito objetivo (culturais, que descrevem e analisam a realidade histórica e social como produto das ações humanas) (DILTHEY, 1942).

Nesse contexto classificatório, encontraríamos na primeira divisão a Física, a Química, a Biologia, etc., ao passo que, na segunda divisão, a psicologia (espírito subjetivo) e a Sociologia e o Direito (espírito objetivo), entre outras.

Aristóteles, baseando-se no critério ficcional, por seu turno, preferiu dividir as ciências em teórica ou especulativa (limitadas à reprodução cognitiva da realidade), e práticas (que tem por objeto o conhecimento para a orientação de ações e comportamentos).

Dentre as ciências teóricas, distinguiu-se, conforme o grau de abstração inerente a cada uma delas, as ciências físicas ou naturais (incluindo a percepção da natureza originária (realidade natural) e da natureza transformada pelo homem (realidade cultural)), as ciências matemáticas ou formais (atinentes ao mundo quantitativo numérico (aritmética) e extensivo (geometria)) e as ciências metafísicas (ontológicas, relativas ao ser enquanto ser, ocupando-se com noções de causa e efeito).

Já no grupo das ciências práticas, existiriam as ciências morais ou ativas que objetivam dar normas ao agir, procurando dirigir a atividade interna e pessoal do homem, buscando atingir o bem comum – em que estaria inserido o Direito –, e as ciências factivas e produtivas (que visam dar normas ao fazer, procurando dirigir a atividade externa e pessoal do homem, buscando atingir o belo [ciências artísticas] ou o útil [ciências técnicas]).

De qualquer sorte, e independentemente de outras considerações, vale frisar que, sob uma certa ótica, todas essas diferentes classificações também atendem, a exemplo da doutrina mais contemporânea a propósito do tema, a uma concepção binária, ainda que, de modo inevitável, restrita, por sua vez, a uma percepção menos desenvolvida (avançada) do fenômeno epistemológico em seu sentido amplo.

1.2. Normas da Natureza (Juízo de Realidade) e Normas da Cultura (Juízo de Valor)

A moderna concepção classificatória binária, todavia, não pode ser plena e satisfatoriamente entendida, em sua inteireza, sem a necessária compreensão da origem última da própria dicotomia intrínseca que existe na distinção básica e fundamental entre as ciências naturais e sociais (culturais), na qualidade de incontestes circunstâncias originárias que se operam como verdadeiras explicações lógico-distintivas.

Essas inerentes características circunstanciais aludem, sobretudo, às diferentes percepções normativas que se deduzem a partir da observação dos mais diversos fenômenos naturais e sociais (culturais), o que torna, por via de consequência, o seu estudo indiscutivelmente fundamental para a perfeita compreensão do Direito como ciência social (cultural).

Desta feita, o primeiro passo, sob esta ótica analítica, é procurar estabelecer claramente a indubitável diferença entre as regras derivadas da simples observação da

natureza do mundo do ser – que, ao contrário, traduzem a percepção intelectual e criativa do homem – que, ao contrário, traduzem a percepção axiológica do ser social e criativo –, produzindo os denominados “juízos de valor”.⁷

As normas da natureza, inerentes ao juízo de realidade (valoração factual perceptiva da caráter objetivo), como se pode facilmente deduzir, são estudados pelas chamadas *ciências naturais*, por intermédio de suas duas vertentes: *macrocosmos* (relativa aos aspectos factuais da realidade observável externa aos seres vivos) e *microcosmos* (relativa aos aspectos factuais da realidade observável interna aos seres vivos).

Já as normas da cultura, inerentes ao juízo de valor (valoração perceptível de caráter subjetivo), ao contrário, correspondem às denominadas *ciências sociais* (culturais) que se subdividem, por seu turno, em *ciências não-hermenêuticas* (em que os juízos de valor são procedidos sobre fatos sociais observados, reunindo, pois, normas derivadas de simples percepção axiológica e reflexiva dos fenômenos ocorridos no mundo cultural, tais como as normas sociológicas, históricas, econômicas etc.) e em *ciências hermenêuticas* (em que os juízos de valor se adicionam a uma projeção de obrigatoriedade de comportamento na busca da preservação de valores e que, por esta razão, são necessariamente reinterpretadas hermeneuticamente).

Vale registrar, por oportuno, que outros autores também têm ensaiado outras classificações a respeito do tema, ainda que, de um modo geral, aludam, como não po-

⁷ Conforme já mencionamos, a partir da observação de fatos da natureza, o homem descreve interpretativamente determinadas normas que retratam, através de uma percepção objetiva, a explicação lógica relativa aos fenômenos naturais, concebendo os chamados “juízos de realidade”. Neste particular, é cediço deduzir que os corpos providos de massa “caem” (na verdade se dirigem ao centro do planeta), em função de uma construção normativa, cuja síntese conclusiva aponta para a explicação teórica da lei da gravitação universal (cujo corolário mais conhecido denomina-se lei da gravidade), da mesma maneira que os gases, quando submetidos ao calor, se dilatam, através de leis concebidas pelo homem por intermédio de uma valoração objetiva da realidade fática inerente ao denominado mundo do ser, em que a participação humana, embora tenha inegável caráter de percepção valorativa, é sempre dirigida objetivamente a explicação dos fenômenos inerentes ao mundo como ele de fato se apresenta, sem qualquer consideração subjetiva (juízo de valor propriamente considerado), posto que seu único objetivo é extrair juízos perceptivos de realidade, criando normas físicas com o intuito de sedimentar (e desenvolver) os conhecimentos adquiridos. A partir da observação dos fatos sociais, em virtual oposição, todavia, o homem descreve interpretativamente, determinadas normas que refletem, através de uma percepção subjetiva, não a explicação lógica inerente ao mundo natural, mas, ao contrário, a valoração efetiva derivada da realidade cultural em que se encontra inserido, produzindo normas de cultura (e não normas da natureza) derivadas de um juízo de valor (valoração subjetiva). Neste especial, o homem, de forma diversa do juízo de realidade (em que também existe uma valoração perceptível, ainda que de caráter objetivo), não mais deseja construir normatizações inerentes ao mundo como ele é (mundo do ser), mas, ao contrário, procura traduzir valores próprios (subjetivos) que projetem alterações circunstanciais capazes de interferir com a realidade, concebendo um autêntico mundo derivado que corresponde aos vários objetivos pelos quais o homem analisa a realidade fática buscando, através dos vários juízos de valor, analisá-la e modificá-la.

deria deixar de ser do juízo de realidade do juízo de valor e inerentes ao mundo do dever-ser). Nesse particular, resta, como ilustração, expressamente aludir à classificação de Hermes de Lima, que procurou estabelecer uma classificação, segundo a conduta humana, em normas técnicas (derivadas do juízo de realidade e inerentes ao mundo do ser) e em normas éticas (derivadas do juízo de valor e inerentes ao mundo do dever-ser) (LIMA, 1983).

Reis Friede

natureza (derivadas e cultura (derivadas

2. *Classificação da Ciência do Direito*

Como o objeto precípua de nosso trabalho restringe-se ao estudo do Direito, mister que, a partir de um amplo quadro ilustrativo (já perfeitamente delineado), nos limitemos à classificação do Direito, objetivando, desta feita, extrair os importantes ensinamentos derivados desta percepção.

Neste diapasão, resta fundamental assinalar que, num espectro analítico mais adequado, a Ciência do Direito tem sido corretamente classificada como efetiva ciência social, de nítida feição hermenêutica, considerando, especialmente, não só tem foco de observação em fenômenos sociais e culturais, mas, sobretudo, por desenvolver um sistema peculiar de interpretação de fatos sociais e culturais que não se limita, de nenhuma maneira, à simples valoração intrínseca dos mesmos, concebendo norma (fase legislativa), mas, ao contrário, permite ultrapassar a concepção fundamental interpretativa, reprocessando a conclusão (ou, em outras palavras, a própria norma) e concebendo, desta feita, uma segunda norma (de aplicação) no contexto de um sinérgico processo hermenêutico (fase judicial).⁸

Todavia, não obstante a inerente complexidade do assim concebido processo hermenêutico, o Direito, sob o prisma classificatório, não pode se restringir (e de fato não se restringe) à simples designação de ciência social hermenêutica, posto que a denominada ciência jurídica também se caracteriza, de forma diversa das demais ciências, por ser uma ciência particular de projeção comportamental (ou, como preferem alguns autores, ciência de projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser)) e por ser uma ciência inexoravelmente axiológica (valorativa).⁹

⁸ A verdade é que o Direito, como ciência, tem, numa aproximação para fins didáticos, dois diferentes momentos interpretativos. O primeiro – comum a todas as ciências e que se processa através da tríade fato/valor/norma – caracteriza um processo tipicamente legislativo de criação da própria norma abstrata. O segundo – peculiar à chamada ciência jurídica – desenvolve um processo genuinamente judicial de aplicação efetiva da norma abstrata por meio da caracterização (através de um complexo hermenêutico de mecanismos de interpretação da norma jurídica) da norma concreta (ou efetiva).

⁹ Sob a ótica axiológica, em particular, cumpre esclarecer que o Direito se exterioriza, no âmbito científico, por meio de um específico e complexo processo de valoração factual que inclui parcelas intrínsecas (notadamente a segurança das relações sócio-político-jurídicas e a busca da justiça, ou da decisão justa), cuja ponderação se concretiza, de maneira diferenciada, por in-

2.1. *Axiologia jurídica e projeção comportamental do Direito*

Inegavelmente, as características axiológicas e de projeção comportamental (meta do dever-ser) do Direito, muito mais do que a própria vertente hermenêutica, foram responsáveis, por muitos anos (e mesmo séculos), pela grande dúvida no tocante ao específico posicionamento enciclopédico do Direito. Havia no passado remoto razoáveis dúvidas (e algumas com sobrevida mesmo no passado recente) a respeito dessas características particulares da Ciência Jurídica, notadamente no que alude à sua específica operacionalidade prática, forjando, em consequência, uma forte incompreensão quanto à efetiva possibilidade de se ter, no espectro classificatório, uma autêntica ciência social de projeção de um mundo ideal, a partir de premissas valorativas (de cunho nitidamente axiológico), inerentes a um quadro de ideias (com forte feição ideológica), presentes e decompostas no mundo real.

Entretanto, o que aparenta ter sido dúvida primaz no passado parece ter se transformado em incontestável certeza no presente, permitindo que o Direito – a par de toda a sorte de inegáveis especificidades – se posicione, com invejável segurança, na atualidade contemporânea, em um tipo particular de ciência, com características especiais (hermenêutica, comportamental [projeção de um mundo ideal, ou meta do dever-ser] e axiológica), mas nem por isso distante do *factum* característico fundamental de todas as ciências, ou seja, a busca permanente e contínua pela verdade, por meio da interpretação de fatos (naturais ou sociais), por intermédio da necessária e insuperável valoração intrínseca de um dado fenômeno, originando uma norma ou tese (explicativa e/ou comportamental).¹⁰

3. *Tridimensionalidade do Direito*

Não obstante toda a sorte de considerações que permitem uma verdadeira multiplicidade de pontos de vista a respeito do Direito como ciência, particularmente o

termínio dos diversos ramos científicos do Direito. Assim, o Direito Processual, que, incontestavelmente, se constitui em uma inexorável unidade (como sempre defenderam os unitaristas (ou monistas), como Hans Kelsen), passou a ser dividido em Direito Processual Penal – no qual, no eventual confronto entre os valores axiológicos da justiça e da segurança, prepondera o valor da justiça (razão pela qual inexiste, por exemplo, prazo decadencial para o ajuizamento da competente ação autônoma de impugnação (revisão criminal) contra sentença condenatória transitada em julgado) – e em Direito Processual Não-Penal (Direito Processual Patrimonial ou Civil *lato sensu*) – no qual, no mesmo confronto, prepondera o valor da segurança (razão pela qual há, no âmbito do processo civil, em situação análoga, prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da competente ação autônoma de impugnação (ação rescisória) contra sentença transitada em julgado na esfera cível).

¹⁰ Informações complementares e detalhes a respeito do tema podem ser pesquisados em nossa obra *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pp. 1-38.

próprio conceito de
plexo de enunciad
sentido limitado, dirigido a um determinado objeto”) evoluiu para uma concepção contemporânea mais ampla e consentânea (“ciência é a busca da verdade explicativa de uma realidade inerente ao mundo do ser ou projetativa de uma percepção cultural inerente ao mundo do dever-ser), é fato que, em seu caráter estrutural, a denominada Ciência Jurídica apresenta-se por meio de uma nítida feição tridimensional, transcendente, em todos os casos, às diversas concepções epistemológico-jurídicas relativas à cientificidade do conhecimento jurídico.

Desta feita – independentemente da particular concepção doutrinária de Miguel Reale –, o Direito, como qualquer ciência, constitui-se, em último grau, em uma resultante final da percepção interpretativa (de índole subjetiva, inerente ao seu correspondente juízo de valor, relativo ao denominado mundo do dever-ser, dotado de significação cultural) de um dado fato social, traduzindo necessariamente uma concepção normativa (cultural) de projeção comportamental e de natureza hermenêutica (REALE, 1999).

Por efeito consequente, a caracterização do Direito, como incontestada realidade científica, em sua vertente tridimensional, apenas reflete, em linhas gerais, o caráter comum da equação que sempre se constrói por intermédio da percepção interpretativa de um fato (valoração factual) concebendo uma norma resultante; sendo certo, sob este prisma, que as diferentes ciências e suas respectivas classificações se operam a partir, sobretudo, das duas diferentes possibilidades de percepções interpretativas de um dado fato produzindo normas finalísticas: de caráter objetivo (juízo de realidade inerente ao mundo do ser sobre fatos naturais, traduzindo normas (reais) explicativas) ou de caráter subjetivo (juízo de valor inerente ao mundo do dever-ser sobre fatos sociais, traduzindo normas (culturais) de projeção comportamental (hermenêutica) ou não-comportamental).

3.1. Estrutura tridimensional do Direito

O tridimensionalismo, essencialmente, constitui-se, portanto, em uma característica estrutural inerente a todas as ciências, e não, como podem supor os menos avisados, a uma particularidade da Ciência do Direito, ainda que sejamos obrigados a reconhecer que a denominada visão tridimensional de Miguel Reale, neste aspecto, transcenda à concepção básica da tríade Fato-Valor-Norma, comum a toda construção científica, para também abranger aspectos associados, próprios e específicos, da Ciência Jurídica, tais como aqueles integrantes da interação do fato com a validade social (sociologismo jurídico), do valor com a validade ética (moralismo jurídico) e da norma com a validade técnico-jurídica (normativismo abstrato), além de elementos de domínio que traduzem uma tridimensionalidade concreta ou específica: fato/eficácia (aspecto do ser), valor/fundamento (aspecto do poder-ser) e norma/vigência (aspecto do dever-ser) (REALE, 1999).

4. Caracterização particular da Ciência do Direito

De todo e exposto, resta concluir – não obstante algumas acepções conceituais simplificadas (que entendem, por exemplo, a ciência “como um conjunto organizado de conhecimentos relativos a um determinado objeto, especialmente os obtidos mediante a observação e a experiência dos fatos e um método próprio”) – que toda a ciência resume-se, em última análise, a um processo de percepção valorativa objetiva (inerente ao mundo real) ou subjetiva (inerente ao mundo cultural) de um dado fato natural ou social, produzindo, em consequência, uma norma explicativa (descritiva da realidade física) ou de projeção não-comportamental (descritivas e analíticas da realidade histórica, cultural e social) e comportamental (descritivas e analíticas de condutas humanas).

Nesse aspecto, é cediço concluir que toda a ciência é, em síntese, interpretativa em uma tradução abrangente, tendo em vista que o escopo de atuação científica se processa exatamente por meio da interpretação de fenômenos naturais ou sociais (culturais).

Desta feita, a chamada valoração intrínseca de um dado fato (natural ou social), criando uma tese ou norma, nada mais é do que o resultado último de uma interpretação em sentido amplo.

Por efeito, quando se afirma que uma determinada ciência é classificada como não-hermenêutica isto não significa dizer que inexistente, *in casu*, interpretação, mas apenas que não se processa, na hipótese, um mecanismo de “sobreinterpretação” (ou dupla interpretação), caracterizador do denominado processo hermenêutico.

Nesse diapasão analítico, é lícito afirmar que a denominada ciência hermenêutica – de que o Direito é o melhor exemplo – se caracteriza, sobretudo, pela efetiva existência de um autêntico processo complexo de interpretação. Por efeito, vale dizer que inicialmente há, como em todas as demais ciências, a valoração intrínseca de um fato criando uma dada norma ou tese (fase legislativa); todavia, de forma diversa das demais espécies científicas, a norma produzida pelo sistema interpretativo básico não pode ser, de imediato, aplicada, sendo necessária uma espécie de “sobreinterpretação” (ou seja, a norma concebida originariamente é reinterpretada por meio de um novo e diferente processo) para se chegar, finalmente, à interpretação final e definitiva, no contexto específico de uma “verdade relativa”, por intermédio de uma fase judiciária.

A este fenômeno particular e próprio do Direito é que convencionalmente a doutrina costuma denominar de interpretação normativa ou hermenêutica jurídica.

4.1. Ciência Axiológica

Da mesma forma que o Direito se caracteriza, sob o prisma hermenêutico, como uma ciência de “duplo processo interpretativo” (ou “sobreinterpretação”), igualmente

se processa como uma ciência de valoração factual ampliada, ou mesmo de “sobrevaloração”.

Reis Friede

Isto significa ciência do Direito, o processo de valoração intrínseca de um fato, concebendo uma dada norma, não se restringe a um espectro valorativo (de cunho científico) nitidamente objetivo (ou exclusivamente interpretativo), mas, ao contrário, necessita da imposição de valores sociais (derivados da ética, da moral etc. e que, necessariamente, são mutáveis no tempo e no espaço) e de valores intrínsecos (tais como segurança, justiça, ordem etc.)

Como os valores axiológicos do Direito podem, inclusive (em dadas circunstâncias), ser antagônicos (segurança versus justiça, por exemplo), incumbe ao processo valorativo (de feição axiológica) particular do Direito a busca permanente de uma solução conciliadora, representada, em última análise, pela caracterização dicotômica dos diferentes ramos científicos do Direito (direito penal, civil, tributário etc.) que ponderam, de maneira propositadamente desigual, os diferentes valores intrínsecos a cada dada situação efetiva.¹¹

5. Especificidades da Ciência Jurídica

A percepção do Direito como inexorável ramo científico, todavia, não é, por si só, suficiente para a plena compreensão do fenômeno jurídico à luz das necessidades de superação das múltiplas questões que se apresentam.

Muito pelo contrário, resta fundamental que o estudioso da matéria seja capaz de entender, de forma amplamente satisfatória, as três características basilares do Direito como ciência: projeção comportamental, axiologia e hermenêutica.

A primeira – projeção comportamental – alude ao fato de que a preocupação vital do Direito resume-se, acima de tudo, em moldar comportamentos individuais e

¹¹ Não é por outra razão que, após duas horas acaloradas de debates, o Superior Tribunal de Justiça tomou uma decisão inédita no Brasil. Negou o cancelamento do registro de paternidade, mesmo após um exame de DNA comprovar que um pediatra de Goiás não era o pai biológico de uma criança. A razão: a sentença já havia transitado em julgado. O STJ optou por manter a sentença para preservar a “segurança jurídica” no campo do Direito Civil. A ação foi julgada em primeira instância em 1993 e a decisão, à base de provas testemunhais, foi pelo reconhecimento da paternidade. Em segunda instância, manteve-se a decisão. E, em grau de recurso, chegou o caso ao STJ, que não julgou a ação por se tratar de matéria de prova (é conveniente lembrar que o STJ só tem competência para julgar matéria de direito). Só depois de vencidos os prazos legais em que podia recorrer, o pediatra entrou com uma ação de negação de paternidade, exigindo o exame de DNA e pedindo o cancelamento do registro civil. O exame provou que não era ele o pai. Mas aos olhos da lei era tarde demais. Prevaleceram no STJ os argumentos de que a matéria julgada deveria ser preservada, sob pena de abrir um precedente que determinaria a possibilidade de reavaliação constante de ações já julgadas, fazendo, desta feita, pois, prevalecer o princípio de segurança jurídica sobre o valor da justiça, como valor axiológico básico inerente ao Direito, considerando, sobretudo, a natureza não-penal do Direito Processual vertente à hipótese.

grupais (espaço), idealizado pelo conjunto da sociedade, representada pelos seus legisladores.¹²

Assim é que o Direito está, de modo constante e permanente, a orientar as condutas humanas em sociedade, a partir de suas normas jurídicas que são produzidas pelo conjunto da sociedade (ainda que por meio de seus representantes eleitos para tanto) e aplicadas (interpretadas) por um corpo técnico de julgadores, quando da eventualidade da existência do conflito (derivado da não-compreensão dos exatos termos da norma e/ou do efetivo e intencional descumprimento da mesma).

A segunda – a axiologia – corresponde à incontestável existência de uma infinidade de valores intrínsecos ao Direito, donde se destacam, preponderantemente, os valores da justiça e da segurança.

Como ambos os valores são igualmente importantes, tratou o Direito (originalmente, uma incontestável realidade unitária) de se ramificar, permitindo o estabelecimento a priori de eventuais possibilidades de prevalência de um valor sobre o outro, quando preexiste a hipótese de conflito valorativo.

Desta maneira, prevalece, em última instância, a verdade real (em nome do valor da justiça) nas questões instrumentalizadas pelo Direito Processual Penal, ao passo que prepondera, em última análise, a verdade ficta, formal ou presumida (em nome do valor da segurança) nas questões (sobretudo patrimoniais) instrumentalizadas pelo Direito Processual Civil.¹³

¹² Não é por outra razão que as normas incriminadoras (típicas da parte especial do Código Penal), por exemplo, não podem ser aplicadas retroativamente, posto que a preocupação fundamental do Direito não é punir e, sim, evitar que a conduta reprovável (e em algum momento já realizada) se repita, projetando, desta feita, o comportamento idealizado pelo conjunto da sociedade (contrário à prática da conduta considerada). Em sentido oposto, as chamadas normas permissivas têm emprego retroativo exatamente pelo fato de que a projeção de comportamentos, intrínseca ao Direito, encontra fundamento na valoração factual (valoração político-ideológica do conjunto da sociedade (por meio de seus representantes) sobre o fato social, concebendo a norma comportamental (norma jurídica) que, por natureza, é sempre mutável no tempo (e no espaço) e, por esta razão, deve acompanhar os desígnios sociais mais atualizados.

¹³ Ainda assim, deve ser esclarecido que os valores vertentes do Direito (fundamentalmente, a justiça e a segurança) não são necessariamente divergentes. Muito pelo contrário, trata-se de valores harmônicos e convergentes que, apenas em dadas situações concretas, tornam-se divergentes, obrigando o Direito, como realidade axiológica, a resolver o eventual conflito valorativo. Assim é que, em essência, o Direito Processual Civil, em relação ao Direito Processual Penal, busca igualmente a verdade real; apenas, não a encontrando, sua disciplina autoriza o julgador a sentenciar com base na verdade presumida. Aliás, a maior prova da convergência axiológica dos valores intrínsecos ao direito pode ser deduzida partindo-se de uma premissa segundo a qual cada grau jurisdicional subsequente (posterior) aperfeiçoa o anterior, forjando a concepção hipotética de que, para se ter uma decisão absolutamente justa, seriam necessário n graus, quando n tende ao infinito (∞). Ora, como a existência humana é inexoravelmente finita, tal concepção – abstrata e hipoteticamente justa – seria, na prática, absolutamente injusta, posto que todos os jurisdicionados (e demais interessados) deixariam de existir antes da prolação final da sentença. A restrição do número de graus de jurisdição – uma incontestável imposição do fator segurança

A terceira – hermenêutica – indica, sobremaneira, a existente interação funcional entre a apriorística parcela legislativa do Direito e a subsequente parcela judiciária, responsável última pela interpretação (e aplicação, nos eventuais conflitos) das normas jurídicas produzidas pelos representantes do povo (na qualidade de titular do Poder Político).¹⁴

Muito embora o conhecimento dessas três características basilares do Direito como ciência seja absolutamente fundamental para o entendimento e a compreensão última do fenômeno jurídico, é exatamente esta última característica (a hermenêutica jurídica) – e sua indispensável e plena compreensão – o fator primordial para o completo êxito deste objetivo, posto que tal característica atinge o âmago da concepção estrutural do Direito.

Aliás, neste particular, cumpre assinalar, de modo veemente, que o objeto específico (em seu sentido mais restritivo) do conteúdo dos cursos jurídicos cinge-se, preponderantemente (se não exclusivamente) à interpretação (e aplicação) da norma jurídica, produzida pelo legislador, e não propriamente à caracterização originária da lei (em seu sentido amplo) ou do próprio Direito, devendo, neste aspecto, serem afastadas, com sinérgica repulsa, quaisquer teses (ou posições) excêntricas (e altamente controvérsas), como a do propalado Direito Alternativo ou Direito Insurgente.

A Ciência representa a busca da verdade no sentido de atender aos anseios do Homem de compreender o mundo ao seu redor. Não se trata, entretanto, de buscar uma verdade absoluta, mas, tão somente, de uma compreensão dos fenômenos naturais e sociais, a fim de facilitar a interação do indivíduo com o meio em que vive.

A Ciência Jurídica, como as demais ciências, não pretende igualmente estabelecer uma verdade absoluta, mas visa atender às demandas do grupo social, que são necessariamente mutáveis ao longo do tempo, de acordo com a evolução cultural da sociedade.

Para tanto, não se limita a descrever os fatos sociais, mas também os interpreta,

–, por efeito, coaduna, neste contexto, perfeitamente com os ditames mais sublimes do *valor da justiça*, demonstrando claramente o relativo *equilíbrio axiológico do Direito*.

¹⁴ A ideia central *in casu* corresponde, em termos aproximados, à noção da separação funcional do exercício do Poder Político e, em parte, ao festejado mecanismo de freios e contrapesos, considerando que, na hipótese, a parcela responsável pela criação e edição das leis (Poder Legislativo) não pode interpretar e aplicar as mesmas, ao passo que a parcela responsável pela interpretação e aplicação das leis (Poder Judiciário, em última análise) não pode fazê-lo, exceto com base na norma legitimamente produzida pelo legislador. Não é por outro motivo que, não obstante seja pacífico o entendimento de que o julgador deve sempre buscar a decisão justa, o mesmo jamais pode obter o resultado almejado senão com base na lei (ou nas leis), legítima e constitucionalmente produzidas pelo legislador. Também, a propósito do tema, vale consignar que não é só o julgador que aplica e interpreta a norma jurídica. Muito pelo contrário, todos os operadores do Direito (advogados, membros do Ministério Público, juízes etc.) e até mesmo os cidadãos são potenciais aplicadores e intérpretes (o primeiro grupo, de forma técnica, e o segundo, de modo leigo), sendo certo que, no eventual conflito, no entanto, a última palavra (no que tange à interpretação e à aplicação das normas jurídicas) será sempre do Judiciário (e, conseqüentemente, de seus membros).

à luz d
se, ain
meio da criação, interpretação e aplicação de normas legais a todos impostas, em maior
ou menor escala, a paz social, tornando o mundo real o mais próximo possível do ide-
al.

Referências

COMTE, Augusto. *Cours de Philosophie Positive*. Paris, 1949.

DILTHEY, Wilhelm. *Introduction a L'étude des Sciences Humaines*. Paris, 1942.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.

JACQUES, Paulino. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974.

LIMA, Hermes de. *Introdução à Ciência do Direito*. 27 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24 ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no processo penal brasileiro

Brief considerations on the revaluation of the victim and the reparation of the damage in the Brazilian penal process

RENATA JARDIM DA CUNHA RIEGER

Advogada criminalista, mestranda em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal e Processual Penal (Faculdade IDC). e-mail: renatajardimdacunha@yahoo.com.br

RODRIGO OLIVEIRA DE CAMARGO

Advogado criminalista, Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS), Membro da Comissão Sobral Pinto de Direitos Humanos da OAB/RS.

Resumo: O estudo visa a discutir a revalorização da vítima e a reparação do dano no Processo Penal Brasileiro. Inicialmente, demonstrou-se a preocupação com o ofendido em âmbito internacional e nas reformas processuais penais ocorridas em 2008. Logo depois, estudou-se o ressarcimento da vítima no Direito brasileiro e analisou-se, detidamente, a nova redação do art. 387, IV, do CPP e os seus principais problemas práticos. Concluiu-se que são totalmente inadequadas a apuração e a determinação de danos materiais e/ou morais no bojo de um processo penal, e que o artigo deveria ser expurgado do CPP. Em isso não ocorrendo, urge, ao menos, que sejam observadas as premissas do sistema acusatório, em especial a inércia judicial.

Palavras-chave: Revalorização da vítima; reparação do dano; reformas processuais penais; art. 387, IV, do CPP; sistema acusatório; inércia judicial.

Abstract: The study aims at discussing the revaluation of the victim and the reparation of the damage in the Brazilian penal process. Firstly we have demonstrated the worry about the offended in an international sphere and in the penal processual reformations occurred in 2008. Then we have studied the indemnity of the victim in the Brazilian Right, and made a detailed analysis of the art. 387, of CPP, and its main practical problems. We have concluded that the examination and determination of material or moral damage in a penal process are totally inadequate, and the article should be excluded from the CPP. If this does not occur, it is urgent to observe the premises of the accusatory system, especially the judicial inertia.

Keywords: Revaluation of the victim; reparation of the damage; penal processual reformations; art. 387, IV, of CPP; accusatory system; judicial inertia.

1. As reformas processuais penais e a revalorização da vítima

A problemática da vítima ocupa um papel de destaque no Direito Penal e na Política Criminal. Encontram-se, nos mais diversos países, importantes discussões de

temas como o apoio psicológico e material à vítima¹. Em conformidade com esta tendência internacional, as reformas do Código de Processo Penal brasileiro, ocorridas em 2008, consagraram uma revalorização do ofendido no âmbito do processo criminal. Estabeleceu-se, por exemplo, que este deve ser ouvido sempre que for possível (art. 201) e que deve ser intimado de diversos atos processuais (art. 201, §3º).

Estabeleceu-se, também, que, se o juiz entender necessário, deve encaminhar a vítima a atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência e de saúde, a expensas do ofensor e do Estado (art. 201, § 5.º). Ainda a título exemplificativo da revalorização do ofendido, insta referir que se determinou que devem ser tomadas as medidas necessárias à preservação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem, determinando-se, inclusive, o segredo de justiça em relação a dados, depoimentos e outras informações constantes nos autos a seu respeito (art. 201, § 6.º).

Neste trabalho, interessa, especialmente, a nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal. Este dispositivo consagrou mais uma vantagem para o ofendido, visando-se à “concertação entre agente-vítima”² por meio da facilitação da reparação de danos. Parece que o Legislador identificou como um “problema” a demora que a vítima enfrentava para que lhe fosse alcançada a indenização, agravada, ainda, pela

¹ Sobre a preocupação dos órgãos oficiais com a vitimação, interessante lembrar que, a partir da década de 70, o Conselho da Europa investiu na problemática, visando a uma melhor salvaguarda dos direitos e interesses das vítimas no interior dos vários Estados Membros. Dentre os instrumentos internacionais, destacam-se os seguintes: 1) “Resolução (77) 27, de 28 de setembro de 1977”, tratando da indenização às vítimas dos processos criminais; 2) “Recomendação N° R (83) 7, de 23 junho de 1983”, prevendo a participação do público na elaboração e na aplicação da Política Criminal e destacando as reações penais não detentivas e o apoio à vítima; 3) “Convenção Europeia, de 24 de novembro de 1983”, abordando a indenização pelo Estado às vítimas de crimes violentos; 4) “Recomendação N° R (85) 11, de 28 de junho de 1985”, discutindo a posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; 5) “Recomendação N° R (87) 21, de 9 de setembro de 1987, prevendo assistência às vítimas de crimes e prevenção da vitimação. Também a Assembleia Geral das Nações Unidas tem se debruçado nos últimos anos sobre esta problemática, tendo adotado, em 29 de novembro de 1985, a Resolução A/RES/40/34, a “Declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas de criminalidade e às vítimas do abuso do poder”: OLIVEIRA, 1994, p. 27-52.

² A expressão é utilizada por Jorge de Figueiredo Dias. O autor português constata que se refere, cada vez com maior insistência, como uma nova e autônoma finalidade da pena o propósito de com ela se operar a possível concertação entre agente e vítima, através da reparação dos danos: DIAS, 2004, p. 56. Esta parece ser a posição de Claus Roxin, para quem faz parte da função social do Direito Penal a inclusão da vítima. O autor salienta a importância da reparação voluntária, seja em dinheiro ou em força de trabalho, e a possibilidade de conciliação entre autor e ofendido. Mais, para Roxin, uma compensação do autor à vítima, que satisfaça esta, ou uma reparação pode restabelecer consideravelmente a paz jurídica para delitos leves, prescindindo-se, até mesmo, da pena. No que tange aos crimes graves, o autor alemão sugere a concessão de uma suspensão condicional da pena ou, quando menos, sua atenuação substancial: ROXIN, 2001, p. 11-18, e p. 17-18. Entre nós, em sentido semelhante: SANTANA, 2006, p. 469-506.

demora de um processo de liquidação, dado o caráter “ilíquido” da sentença criminal (BALTAZAR JÚNIOR, 2008, p. 255).

Antes deste estudo, far-se-á breve análise do ressarcimento do ofendido no processo penal. Demonstrar-se-á que as leis brasileiras cuidam, há algum tempo e com especial zelo, da reparação do dano da vítima, buscando, sempre que possível, incentivar-lá.

2. A reparação do dano da vítima no Direito brasileiro

Conforme referido, neste item, analisar-se-ão, de forma meramente exemplificativa, normas da legislação brasileira³ que versam sobre o ressarcimento da vítima, a começar pelos dispositivos do Código Penal. O art. 91, I, deste Diploma estabelece como efeito da condenação a obrigação de reparar o dano. A sentença penal condenatória faz, portanto, coisa julgada no cível⁴.

O art. 16, por sua vez, prevê o arrependimento posterior. Trata-se, como se sabe, de uma causa de redução de pena (de um a dois terços) àquele que, antes do recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário, repare o dano ou restitua a coisa⁵. E, não é demais referir, se a reparação do dano ocorrer depois do recebimento da denúncia e antes da prolação da sentença, aplica-se a atenuante genérica do art. 65, III, b⁶.

³ A análise restará limitada à legislação brasileira, mas, conforme referido, a preocupação faz-se presente nos Ordenamentos dos mais diversos países. O Direito Penal Português, por exemplo, dá relevo à problemática em diversos dispositivos: considera a reparação do dano como condição de legitimidade de aplicação de certas “penas de substituição” (art. 51 – 1) ou como condição da “dispensa de pena” (art. 74 – 1b) e admite que o lesado postule a reparação no próprio processo penal (arts. 71 e SS. E 82 – A do CPP: DIAS, 2004, tomo I, p. 57).

⁴ A sentença absolutória, por sua vez, não impede a propositura da competente ação indenizatória no juízo cível, salvo se o fundamento da absolvição for o reconhecimento da inexistência material do fato ou, ainda, de que o acusado não foi o autor do delito ou de que agiu sob o manto de excludente da criminalidade. Não é demais lembrar que a ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade não afasta a obrigação de reparar o dano: BITENCOURT, 2008, vol. I, p. 691-692.

⁵ No que tange ao delito de fraude no pagamento por meio de cheque (art. 171, §2º, VI, CP), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, pago o cheque antes do oferecimento da denúncia, descaracterizado estará o crime. Sobre o assunto, o Egrégio Tribunal emitiu a Súmula 554, a qual tem a seguinte redação: “O pagamento de cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”, significando que, antes da propositura, o pagamento retira a justa causa da ação penal. Trata-se, portanto, de exceção ao art. 16 do Código Penal. Sobre o assunto, conferir: DELMANTO, 2002, p. 29.

⁶ Interessante referir que, no que concerne ao delito de estelionato (art. 171, *caput*, CP), o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já considerou a reparação do dano – mesmo

O Código Penal incentiva, ainda, a reparação para a substituição das condições genéricas por condições específicas na suspensão da pena. No prazo da suspensão que é concedido ao condenado, ele deverá prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). A exceção fica por conta dos casos de reparação do dano causado ao ofendido, tendo em vista que o § 2.º do art. 78 estabelece que, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, poderá o juiz substituir as exigências de prestação de serviço à comunidade ou de limitação de fim de semana pela aplicação, cumulativa, de outras circunstâncias menos gravosas ao acusado, a saber: a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de, sem autorização do juiz, ausentar-se da comarca onde reside e; c) comparecimento mensal ao juízo a fim de justificar suas atividades.

Mais, o art. 83, IV, estabelece a reparação do dano enquanto condição para a concessão do livramento condicional, salvo a efetiva impossibilidade de fazê-lo⁷. E, por derradeiro, no art. 312, § 3.º, permite a extinção da punibilidade no crime de peculato culposo quando a reparação do dano der-se antes da sentença irrecorrível. Sendo depois desta, é prevista a redução pela metade da pena imposta.

Também o Código de Processo Penal regula a reparação do dano. No título IV, do Livro I, proporciona meios eficazes para a vítima buscar o seu ressarcimento. Além disso, garante a utilização das medidas assecuratórias, quais sejam: a) sequestro (art. 125); b) hipoteca legal (art. 134); c) arresto de imóvel (art. 136); e d) arresto de bens móveis suscetíveis de penhora (art. 137)⁸.

Com efeito, não é excessivo referir que quaisquer dos procedimentos acima arrolados podem ser requeridos e decretados em qualquer fase do procedimento crimi-

que posterior ao recebimento da denúncia - causa extintiva da punibilidade, aplicando analogicamente a norma expressa no § 2.º do art. 9.º da Lei 10.684/03. Este dispositivo, vale lembrar, determina a extinção da punibilidade quando efetuado o pagamento integral de tributo ou contribuição social. Na decisão, referiu-se que “o Estado, enquanto lei penal, quando trata diferente ao infrator pobre em relação ao delinquente de colarinho branco, estabelece uma diferenciação pelo tipo de agente que pratica o crime, fato que atinge frontalmente aos princípios constitucionais. O poder estatal impõe ao estelionatário que comete crime contra cidadão pena privativa de liberdade mesmo se este ressarcir a vítima antes da sentença, mas não pune o ‘estelionatário’ que comete crime contra o patrimônio do Estado, em situação idêntica. Em ambos os casos há crime patrimonial, logo não há como tratar diferentemente os criminosos por ter escolhido como vítima o Estado ou cidadão. Ao restituir os valores integrais ao patrimônio da vítima, mesmo depois do recebimento da denúncia, mas antes da sentença, em caso de crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça, deve ser aplicada – analogicamente – a regra da § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03.”: TJRS, RSE n.º 70021561105, 5º Câmara Criminal, rel: Aramis Nassif, j. em 09/01/2008.

⁷ A impossibilidade de reparar o dano origina-se das condições financeiras do preso ou, dentre outros motivos, do paradeiro desconhecido da vítima, do perdão, da prescrição ou novação da dívida: DELMANTO, 2002, p. 165.

⁸ Não é demais lembrar que a Lei 9.613/98, Lei de Lavagem de Dinheiro, incrementa o sequestro de bens, valores ou direitos, oriundos dos crimes que deram origem à lavagem (art. 8º).

nal, antes do oferecimento da denúncia ou queixa e, até mesmo, após decisão final do processo, desde que ainda passível de recurso (art. 127 do CPP).

Transitada em julgada a sentença penal – obrigatoriamente condenatória –, serão os autos do pedido de medidas assecuratórias (os quais são autuados em separado) remetidos ao Juízo Cível, conforme impõe a regra prevista no art. 143, para os fins de que seja promovida a execução por meio de uma ação civil própria.

Insta, ainda, lembrar a Lei 9.099/95, a qual introduziu o chamado modelo consensual de Justiça. Esta Lei priorizou a indenização do dano em detrimento, até mesmo, da punição do infrator.

O art. 62 deste Diploma prevê que, sempre que possível, deve ocorrer a reparação dos danos sofridos pela vítima. O art. 72 e seguintes, por sua vez, regulam a conciliação e composição de danos. E, ressalta-se, o acordo homologado implica a renúncia ao direito de queixa e de representação.

A Lei 9.099/95 instituiu, ainda, a suspensão do processo. Estabelece o art. 89 que, nos crimes com pena inferior a 1 (um) ano, é possível a suspensão do feito por de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado se submeta a algumas condições. E uma delas é justamente a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 89, §1.º, I)º. Vale dizer que o não-cumprimento deste requisito implica a revogação da suspensão (art. 89, §3º).

Também a Lei 9.503/98, que instituiu o Código de Trânsito, mostrou preocupação com a vítima e com o dano, prevendo a penalidade de multa reparatória. O art. 297 estabelece que esta penalidade consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou de seus sucessores, de quantia calculada com base no §1.º do art. 49 do Código Penal, sempre que o crime gerar prejuízo material.

Ainda a título demonstrativo, cita-se a Lei 9.605/98, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Esta lei apropriou-se do viés reparatório do princípio do Poluidor-Pagador¹⁰; exigindo, em diversos momentos, a reparação.

O art. 17, por exemplo, estabelece, enquanto condição à concessão de “sursis” especial, o laudo comprobatório da reparação do dano ambiental. O art. 27, a seu turno, prevê enquanto condição à transação a composição do dano, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

⁹ Não é demais trazer as lições de Aury Lopes Júnior, no sentido de que “o dever de reparar o dano não se confunde com a obrigação de aceitar uma exigência abusiva ou virar um instrumento de coação e excessos por parte da vítima. Se existe uma ação de cunho indenizatório tramitando, onde se discute a responsabilidade civil e/ou o valor devido, não há obstáculo algum a que se considere cumprida a suspensão condicional do processo” (LOPES JÚNIOR, 2009, vol. II, p. 237).

¹⁰ Este princípio determina, em síntese, que aquele que empreende uma atividade potencialmente poluidora tem que incorporar nos custos de produção os custos de prevenção e reparação de eventual dano ambiental. Sobre o assunto, conferir: BENJAMIN, 1993, pp. 226-236, e pp. 3-4; e MACHADO, 2006, pp. 59-61 e 83-84.

Lembra-se, ainda, o art. 20, que consagra previsão bastante semelhante à nova redação do art. 387, IV, pois determina que “a sentença condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido e pelo meio ambiente.” No parágrafo único deste dispositivo, prevê-se que, transitada em julgado a sentença, a execução poder efetuar-se nos termos do “caput”, sem prejuízo de liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

A preocupação com a reparação do dano está, também, na pena a ser imposta: o art. 9º estabelece que a prestação de serviços a comunidade consiste, no caso de dano a coisa particular, na restauração desta, se possível. O art. 14, por sua vez, considera circunstância que sempre atenua a pena o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação ou, ainda, limitação significativa da degradação ambiental causada¹¹.

Por derradeiro, no que tange aos crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90), interessante a observação de Baltazar Júnior no sentido de não haver necessidade da fixação do valor mínimo a título de indenização. Isso porque o oferecimento de denúncia contra delitos dessa natureza exige conclusão de procedimento administrativo-fiscal tributário e, via de consequência, pressupõe a existência de liquidez do valor da obrigação, elemento essencial para posterior inscrição em dívida ativa da União (BALTAZAR JÚNIOR, 2008, p. 258).

3. A nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal

Eugênio Pacelli de Oliveira explica que, quando a repercussão da infração penal atinge também o campo da responsabilidade civil, terá lugar a chamada ação civil “ex delicto”, prevista no art. 63 e seguintes do CPP, que consiste no procedimento judicial voltado à recomposição civil do dano causado pelo crime, previamente reconhecido pelo juízo criminal. O autor aborda, ainda, que há vários e diferentes sistemas processuais regulamentando a matéria, ora permitindo o ajuizamento simultâneo dos pedidos (penal e cível) em um só juízo, ora prevendo a separação de instâncias, com maior ou menor grau de separação entre elas (OLIVEIRA, 2008, p. 165).

No Brasil, adota-se o sistema de independência relativa, pois existe, muitas vezes, subordinação da temática civil à criminal. Conforme referido, o art. 91, I, do Código Penal prevê que a obrigação de reparar o dano é efeito genérico da sentença penal condenatória. Mais, o art. 935 do Código Civil estabelece que não mais se discutirá no cível a decisão criminal que reconheça a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor.

¹¹ Também no que tange ao meio ambiente, vale lembrar a Lei 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Esta Lei prevê, no art. 14, §1.º, que, sem obstar outras penalidades, é “o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

Antes da reforma, a vítima aguardava o trânsito em julgado da decisão penal e ingressava na esfera cível em busca de seu ressarcimento. Tratava-se de um título ilíquido e fazia-se necessária a liquidação por artigos, com produção de provas do dano.

A nova redação do art. 387, IV, trazida pela Lei 11.719/08, mudou esta concepção e tornou o título líquido (ao menos em parte), na medida em que previu a possibilidade de o juiz fixar um valor “mínimo” para a reparação dos danos causados pela infração. Este posicionamento é reforçado pelo parágrafo único do art. 63, também inserido pela Lei 11.719/08, o qual prevê que “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do ‘caput’ art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Assim, permite-se, atualmente, que a vítima ingresse no Juízo Cível com um valor pré-fixado pelo juiz criminal (SILVA, 2008, p. 15). Esta previsão, contudo, não obsta o ajuizamento de ação civil “ex delicto” pelo ofendido ou seus sucessores ou, ainda, da liquidação pela diferença a ser pleiteada (neste sentido, conferir: FERRARI, 2003, p. 149; e OLIVEIRA, 2008, p. 165)¹².

Esta alteração, sabe-se, foi trazida pelo anteprojeto da “Comissão Pelegrini”¹³ e está em plena conformidade com a tendência internacional de revalorização da vítima e com a já analisada preocupação do Legislador brasileiro com a reparação do dano. Isso porque torna mais célere, para o ofendido, a reparação dos prejuízos experimentados pelo ato ilícito, pois não mais haverá necessidade, estando o patamar mínimo do dano estabelecido, de processo civil de liquidação¹⁴.

Vale referir que o Anteprojeto do Código de Processo Penal¹⁵ também trata da questão. Prevê a possibilidade de o juiz arbitrar indenização pelo dano moral causado

¹² Ressalva-se o entendimento de Guilherme Nucci, no sentido de que o juiz pode fixar a indenização de maneira ampla e definitiva. Nesta situação, o autor entende que seria indevida a liquidação na órbita do juízo cível: NUCCI, 2008, p. 236.

¹³ A redação elaborada pela Comissão Pellegrini foi enviada para o Congresso Nacional, onde foi mantido o trecho e foram acrescentados os demais tópicos do art. 387. Ainda no Senado, foi apresentada emenda visando à inserção, no §1º, do art. 387, da possibilidade de execução da reparação nos mesmos autos. Na justificativa, o Senador Demóstenes Torres discorreu sobre o ajustamento do Código de Processo Penal às demandas sociais e sobre a preocupação com a vítima. A emenda, contudo, não foi aprovada, e a execução deve dar-se no Juízo Cível: CHOUKR, 2009, p. 619.

¹⁴ Para Baltazar Júnior “parece claro, então, que o sentido da regra é tornar mais ágil reparação, mas sem atrasar o andamento da ação penal. Em outras palavras, havendo dados nos autos da ação penal que permitam a fixação do valor mínimo do dano, assim se fará”: BALTAZAR JÚNIOR, 2008, p. 258.

¹⁵ O anteprojeto foi elaborado por Antônio Corrêa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira (relator), Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido (coordenador), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral: Anteprojeto/ Comissão de Juristas responsável pela elabora-

pela infração penal, sem prejuízo da ação civil contra o acusado e contra o eventual responsável civil pelos danos materiais existentes.

Na exposição de motivos, consta que “a opção pelos danos morais se apresentou como a mais adequada, para o fim de se preservar a celeridade da instrução criminal, impedindo o emperramento do processo, inevitável a partir de possíveis demandas probatórias de natureza civil.” Consta, ainda, que, “nesse ponto, o anteprojeto vai além do modelo trazido pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que permitiu a condenação do réu ao pagamento apenas de parcela mínima dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos efetivamente comprovados.”¹⁶

ção de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, 133 p.

¹⁶ Apenas a título ilustrativo, colacionam-se os dispositivos do Anteprojeto que tratam da “parte civil” (na exposição de motivos, explica-se que a vítima, enquanto parte civil, poderá ingressar no processo, não só como assistente da acusação, mas também, ou apenas, como parte processual a ser contemplada na sentença penal condenatória): “Art. 79. A vítima, ou, no caso de sua ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia, poderá, no prazo de 10 (dez) dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal, para o que será notificado após o oferecimento da inicial acusatória. §1º O arbitramento do dano moral será fixado na sentença condenatória e individualizado por pessoa, no caso de ausência ou morte da vítima e de pluralidade de sucessores habilitados nos autos. §2º Se a vítima não puder constituir advogado, circunstância que deverá constar da notificação, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz, ainda que apenas para o ato de adesão civil à ação penal, caso em que o advogado poderá requerer a extensão do prazo por mais 10 dias improrrogáveis. §3º A condenação do acusado implicará, ainda, a condenação em honorários, observadas as regras da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, devidos ao advogado constituído pela parte civil ou nomeado pelo juiz.” “Art. 80. A parte civil terá as mesmas faculdades e os mesmos deveres processuais do assistente, além de autonomia recursal quanto à matéria tratada na adesão, garantindo-se ao acusado o exercício da ampla defesa. Parágrafo único. Quando o arbitramento do dano moral depender da prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória ou a sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo cível, sem prejuízo do disposto no art. 475-N, II, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.” “Art. 81. A adesão de que cuida este Capítulo não impede a propositura de ação civil contra as pessoas que por lei ou contrato tenham responsabilidade civil pelos danos morais e materiais causados pela infração. Se a ação for proposta no juízo cível contra o acusado, incluindo pedido de reparação de dano moral, estará prejudicada a adesão na ação penal, sem prejuízo da execução da sentença penal condenatória, na forma do disposto no art. 82. §1º A reparação dos danos morais arbitrada na sentença penal condenatória deverá ser considerada no juízo cível, quando da fixação do valor total da indenização devida pelos danos causados pelo ilícito. §2º No caso de precedência no julgamento da ação civil contra o acusado e/ou os responsáveis civis pelos danos, o valor arbitrado na sentença penal para a reparação do dano moral não poderá exceder àquele fixado no juízo cível para tal finalidade. §3.º A decisão judicial que, no curso do inquérito policial ou da ação penal, reconhecer a extinção da punibilidade ou a absolvição por atipicidade ou por ausência de provas, não impedirá a propositura de ação civil. “Art. 82. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, e sem prejuízo da propositura

Neste trabalho, não serão analisados os dispositivos do Anteprojeto, mas, tão-somente, algumas questões acerca do 387, IV, cuja vagueza traz mais questionamentos que repostas:

3.1. *Aplicação da lei no tempo*

Um dos primeiros problemas surgidos logo após a entrada em vigor da norma processual penal diz respeito à aplicação da lei no tempo, justamente porque se discute a natureza¹⁷ do art. 387, IV, do CPP. Nos primeiros julgados sobre esta problemática, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul firmou, acertadamente, entendimento de que a norma tem evidente natureza substantiva, já que importa sanção a ser imediatamente executada pela vítima, quando do trânsito em julgado. Em outras palavras, para o Tribunal, o preceito tem carga penal, e isso impede a sua incidência imediata, sob pena de fazer retroagir lei prejudicial ao acusado.

Afora isso, o Tribunal gaúcho abordou que, se fosse possível a aplicação do instituto aos processos em andamento, “estar-se-ia retirando do acusado a possibilidade de debater a questão, no curso do processo, violando frontalmente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, vendo-se condenado à indenização, sem que tivesse chance de rebatê-la.”¹⁸

da ação de indenização, poderão promover-lhe a execução, no cível (art. 475-N, II, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil), as pessoas mencionadas no art. 75. Parágrafo único. O juiz da ação civil poderá suspender o curso do processo, até o julgamento final da ação penal já instaurada, nos termos e nos limites da legislação processual civil pertinente.” Na parte da sentença, destaca-se o seguinte dispositivo: “Art. 412. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – arbitrará o valor da condenação civil pelo dano moral, se for o caso [...]”.

¹⁷ Como é cediço, a doutrina tradicional distingue as leis em penais, processuais penais puras e mistas. Neste trabalho, interessa analisar, ainda que sucintamente, as duas últimas. Entende-se que a lei processual penal pura regula o início, o desenvolvimento ou o fim do processo, bem como os diferentes institutos processuais. A ela, é aplicável o princípio da imediatidade. A lei mista, por sua vez, é aquela que possui caracteres penais e processuais penais. A esta, aplica-se a regra de direito intertemporal do Direito Penal: a lei mais benéfica retroage e a mais gravosa não. Não é demais referir que a doutrina moderna já rechaça esta distinção. Observa-se que, à luz da Constituição, a garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa deve ser aplicada, também, às leis processuais, sendo frágil e artificial a distinção entre leis puras e leis mistas: LOPES JÚNIOR, 2008, pp. 201-206.

¹⁸ TJRS, Apelação Crime n.º 70027798511, 8ª Câmara Criminal, Relatora: Fabianne Breton Baisch, julgado em 18/02/09. Também: TJRS, 70027575414, 8ª Câmara Criminal, rel.: Isabel de Borba Lucas, julgado em 01/4/09; TJRS, Apelação Crime n.º 70027659226, 8ª Câmara Criminal, Relator: Isabel de Borba Lucas, julgado em 28/01/09; TJRS, Apelação Crime n.º 70027594563, 8ª Câmara Criminal, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 17/12/08; TJRS, Apelação Crime n.º 70027241017, 8ª Câmara Criminal, Relator: Fabianne Breton Baisch, j. em 17/12/08; TJRS, Apelação Crime n.º 70027069822, 8ª Câmara Criminal, Relator: Isabel de Borba Lucas, julgado em 17/12/08.

As decisões aqui citadas parecem acertadas e encaminham-se de extremada prudência¹⁹, pois se trata de aplicação da regra em processos que estavam em andamento. Contudo, isso, evidentemente, não encerra a problemática trazida à discussão.

3.2. *Necessidade de pedido expesso*

Andrey Borges de Mendonça entende que a fixação do “quantum” pelo magistrado independe de pedido expesso da parte. Fundamenta que é efeito automático de toda a sentença penal condenatória transitada em julgado a obrigação de indenizar o dano causado e que o mesmo raciocínio se aplica ao valor da indenização: é automático, sem que seja necessário pedido expesso de quem quer que seja.

Mais, o citado autor aborda que existe um verdadeiro comando ao magistrado de fixar o montante mínimo. E, em não tendo elementos para tanto, o juiz deverá mencionar tal impossibilidade, expondo os motivos pelos quais assim decide. Acrescenta, ainda, que, na hipótese de simples omissão da autoridade judicial, será cabível a oposição de embargos de declaração (MENDONÇA, 2008, pp. 240-242).

O entendimento é reforçado pelo coro de José Paulo de Baltazar Júnior, para quem inexistente necessidade de requerimento da vítima. Argumenta que, não raro, o ofendido desconhece o seu direito à indenização ou, por algum motivo qualquer, teme exercê-lo. Este autor assevera, também, que, a teor da lei, pode o magistrado determinar a fixação do valor mínimo de ofício (BALTAZAR JÚNIOR, 2008, p. 258).

Esta orientação foi acolhida em recentíssimo julgado da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação n.º 70028215945²⁰. Contudo, não parece adequada. Os autores e os magistrados desconsideraram importantes premissas do sistema acusatório, bem como o princípio da correlação.

Aury Lopes Júnior propõe, acertadamente, uma leitura da ação processual (penal) dentro da “estruturação de conceitos dentro de características próprias” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 280) e, neste contexto, apresenta o princípio da correlação²¹ (ou con-

¹⁹ Ressalva-se o entendimento de Andrey Borges de Mendonça, para quem o art. 387, IV, tem apenas caráter processual penal e, por isso, deve ser aplicado imediatamente: MENDONÇA, 2008, p. 245.

²⁰ A fundamentação limita-se ao Parecer do Procurador de Justiça: “[...] Quanto à indenização concedida na sentença, andou bem o insigne Promotor de Justiça Dr. Roberto Bayard Fernandes Figueiró, ao salientar que ‘compete ao julgador, ao proferir a sentença condenatória, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, independente de pedido explícito’. E, quanto ao valor, em caso de eventual impossibilidade de pagamento, deverá ser decidido pelo juízo executório, o competente”: TJRS, Apelação Crime n.º 70028215945, 3ª Câmara Criminal, rel.: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 16/4/09.

²¹ “O exercício da pretensão acusatória (com todos os seus elementos) é a acusação, fundamental para aferir-se se é a sentença (in)congruente no processo penal, pois é ela quem demarca os limites da decisão jurisdicional. O objeto do processo penal é a pretensão acusatória, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para

gruência). Este princípio consiste na ideia de imutabilidade absoluta de objeto no processo penal, o qual está umbilicalmente ligado à imputação formulada na “pretensão processual penal”.

Essa rigidez advém da própria estrutura do sistema acusatório, em que o magistrado deve ser considerado mero espectador do processo, sem poderes de gestão sobre a prova e sem a possibilidade de incursão ao elemento objetivo da pretensão acusatória, seja para ampliá-la ou restringi-la²². Deve, assim, haver necessariamente uma identidade entre a deliberação do magistrado e aquilo que, sob o crivo do contraditório, foi produzido no processo, não sendo possível permitir decisão à parte da matéria que foi objeto de discussão no feito.

Neste contexto, para que possa o juiz aplicar a norma prevista no art. 387, IV do CPP, deve haver a necessária correlação entre o pedido formulado na denúncia ou queixa e a decisão, sem prejuízo, ainda, de toda a formação da prova a ser feita na fase instrutória do processo penal. Em outras palavras, para que seja aplicada a reparação do dano tal qual estabelece o dispositivo processual, deve a peça inicial estabelecer, ainda que aproximadamente, o “quantum” indenizável a título de reparação de dano. Mais, no decorrer do processo, a parte interessada deve fazer a prova necessária e indispensável que venha a embasar sua pretensão e eventual condenação à reparação do dano.

Quando do julgamento da Apelação Criminal 70029444130²³, a Sexta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manifestou-se sobre a questão, referindo que o instituto jamais poderá ser aplicado “ex officio” pelo juiz. Fundamentou que

ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança. [...] A compreensão da complexa estrutura do objeto do processo penal é fundamental para o estudo do princípio ou regra da correlação, como também o é para a compreensão dos limites do poder acusatório.” (LOPES JÚNIOR, 2009, vol. II, p. 346).

²² Sobre o assunto, conferir o trabalho da advogada Natalie Pletsch, ao analisar a formação da prova no jogo processual penal. A advogada destaca, acertadamente, a necessidade de o juiz manter-se inerte, imparcial, no decorrer do processo penal. Refere que, para assegurar a imparcialidade, é preciso proibir o magistrado de se movimentar. Acrescenta que há apenas dois cursos a seguir (tese defensiva e tese acusatória), e pender em direção a qualquer deles é romper com a equidistância. Por este motivo, ao lembrar a antiga redação do art. 156 do CPP, Natalie Pletsch refere que, “dentre tantos, o meio mais grave, porém mais corrente, da quebra desta simetria é identificado durante a instrução probatória, quando o juiz, apoiado na legislação processual penal brasileira, diligencia de ofício”: PLETSCHE, 2007, pp. 67-73.

²³ TJRS, Apelação Criminal 70029444130, 6ª Câmara Criminal, Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. em 30 de abril de 2009. Em idêntico sentido: TJRS, Apelação Crime n.º 70028776599, 6ª Câmara Criminal, rel.: Aymoré Roque Pottes de Mello, j. em 26/3/09. Interessante referir que, nesta decisão, o Tribunal trouxe outra problemática, qual seja, a situação econômica do réu. Referiu que, no caso, a imposição de indenização também violava o princípio constitucional da intranscendência, segundo o qual a pena não pode ultrapassar a pessoa do agente. Isso porque, tratando-se de réu pobre, é certo que o pagamento das verbas indenizatórias comprometeria o sustento da sua família.

[...] sua incidência repudia a unilateralidade e requisita observância, antes de tudo e sobretudo, aos princípios norteadores dos direitos e garantias fundamentais individuais (constitucionais e infraconstitucionais), dentre os quais se inscrevem os da imputação, da correlação, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros não menos importantes, no devido processo penal legal aplicável à espécie “sub judice”.

Por derradeiro, interessante citar o entendimento de Nereu Giacomolli, no sentido de que a vítima pode expressar seu interesse de que não seja estabelecido o valor da indenização na sentença criminal. O autor destaca, acertadamente, que a reparação está no âmbito de disponibilidade do interessado, motivo por que, diante de manifestação contrária da vítima, não pode o magistrado fixar qualquer valor. Conclui abordando que, aqui, se aplica o princípio dispositivo, o qual comporta renúncia e transação (GIACOMOLLI, 2008, pp. 110-111).

3.3. Legitimidade e interesse recursal

Questão de especial relevo para compreensão do instituto diz respeito, ainda, à impugnação da decisão que determina, ou não, ao acusado o pagamento à vítima de reparação do dano sofrido pelo ato ilícito. A doutrina e os Tribunais discutirão, provavelmente, a problemática através dos institutos da legitimidade e do interesse recursal.

O art. 577 do Código de Processo Penal legitima aos recursos penais as partes (Ministério Público ou querelante, como sujeitos ativos da ação, e o réu, como sujeito passivo). Os arts. 584, §1º, e 598, a seu turno, legitimam à interposição de apelação e de recurso em sentido estrito o ofendido e seus sucessores, ainda que não se tenham habilitado como assistentes (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2005, 78 e segs.). Nesse contexto, conclui-se que esses têm pertinência subjetiva para recorrer.

Passa-se, então, a analisar quais desses têm interesse recursal. No que tange ao réu, não restam dúvidas, eis que a decisão que fixa valor de indenização atinge frontalmente seus interesses.

O assistente de acusação e o querelante também têm interesse recursal, pois visam à satisfação integral de seu dano. Contudo, parece que o processo penal não é o foro adequado para este tipo de embate.

Assim, considerando a vítima ser de pequena monta o valor “mínimo” fixado pelo magistrado quando da sentença penal, deve postular no Juízo Cível um valor maior. O seu interesse econômico pode e deve ser satisfeito com plenitude, mas em seara distinta do processo penal.

No que concerne ao Ministério Público, é necessário reconhecer que não tem, em regra, interesse recursal sobre a questão: apenas ao ofendido e ao acusado incumbem decidir sobre “quantum” da reparação. Isso porque se trata de um bem disponível e cabe apenas às partes decidir acerca da disposição, ou não, desse direito e acerca da busca dos meios de tutela que lhe são assegurados. Ademais, no processo penal, a função do Ministério Público encontra-se estreitamente ligada à tutela do bem jurídico

protegido pela conduta tipificada, e não aos eventuais interesses econômicos da vítima em ser indenizada.

No entanto, em uma situação, parece que o “Parquet” tem interesse recursal: quando o Órgão tem legitimidade para intentar a ação civil “ex delicto”, nos termos do art. 68 do Código de Processo Penal (MENDONÇA, 2008, p. 244). E, ressalta-se, esta atribuição só existe em estados que ainda não organizaram a Defensoria Pública, constitucionalmente incumbida da orientação e defesa dos necessitados, na forma dos art. 5.º, LXXIV, e 134 (TOURINHO FILHO, 2009, pp. 229-230). Vale, também aqui, a ressalva de que o ideal seria satisfazer o interesse econômico da vítima na seara cível.

4. Conclusões

À guisa de conclusão, interessa retomar sucintamente os principais pontos abordados no curso do trabalho. Na parte inicial, demonstrou-se que a problemática da vítima ocupa um papel de destaque no Direito Penal e na Política Criminal dos mais diversos países. Destacou-se, ainda, que as reformas processuais penais - ocorridas em 2008 - consagraram uma revalorização do ofendido no âmbito do processo penal.

Iniciou-se, então, a discussão sobre os objetos centrais deste trabalho, quais sejam, a questão da reparação do dano no Direito Processual Penal Brasileiro e a nova redação do art. 387, IV, da Lei Adjetiva Penal. No que tange àquela questão, demonstrou-se que as leis brasileiras cuidam, há algum tempo e com especial zelo, da reparação do dano do ofendido, buscando, sempre que possível, incentivá-la. Foram, então, analisados, doutrinária e jurisprudencialmente, os principais dispositivos legais sobre o assunto.

No que tange à nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, mostrou-se que a inovação está na fixação do “quantum” a ser reparado no bojo do processo penal. Antes da reforma, a vítima aguardava o trânsito em julgado da decisão penal e ingressava na esfera cível em busca de seu ressarcimento. Tratava-se de um título ilíquido e fazia-se necessária a liquidação por artigos, com produção de provas do dano.

A nova redação do art. 387, IV, mudou esta concepção e tornou o título líquido (ao menos em parte), na medida em que previu a possibilidade de o juiz fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração. Contudo, a vagueza deste dispositivo trouxe mais questionamentos do que respostas aos juristas, fazendo-se imprescindível a análise dos principais problemas práticos, sob a ótica dos princípios constitucionais que norteiam o processo penal.

O primeiro deles consiste na aplicação da lei no tempo. Concluiu-se que dispositivo tem evidente carga penal e que isso impede a sua imediata incidência, sob pena de fazer retroagir lei prejudicial ao réu. Afora isso, se fosse possível a aplicação do instituto aos processos em andamento, “estar-se-ia retirando do acusado a possibilidade de debater a questão, no curso do processo, violando frontalmente os princípios consti-

tucionais do contraditório e da ampla defesa, vendo-se condenado à indenização, sem que tivesse chance de rebatê-la.”²⁴

Outro problema, quiçá o mais grave, reside na necessidade, ou não, de pedido pela parte interessada na inicial acusatória. Demonstrou-se que as premissas do sistema acusatório e o princípio da correlação impõem que haja pedido expresso e, ainda, a correlação entre o pedido formulado na denúncia ou queixa e a decisão, sem prejuízo de toda a formação da prova a ser feita na fase instrutória do processo penal.

Discutiu-se, ainda, a legitimidade e o interesse recursal das partes e do ofendido para recorrer da decisão que fixar, ou não, o “quantum” a ser indenizado. Entendeu-se que têm legitimidade o réu, o Ministério Público, o assistente de acusação e o querelante. No que tange ao “Parquet”, demonstrou-se que falta, em regra, interesse recursal, por se tratar de questão patrimonial e, portanto, disponível.

Ressaltou-se, no curso do trabalho, que o ideal é que a discussão acerca da reparação do dano não seja travada no processo penal, mas sim em ação civil. Isso porque trazer esta discussão representa uma violação de princípios básicos do processo penal e de toda e qualquer lógica jurídica. “Desvirtua o processo penal para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a essa função, estrutura e princípios informadores” (LOPES JÚNIOR, 2008, vol. I, p. 97).

Enfim, parecem totalmente inadequadas a apuração e a determinação de danos materiais e/ou morais no bojo de um processo criminal. Ao trazer tal possibilidade, o Legislador incrementou o polo acusador e fragilizou o defensivo. Isso porque, como bem observa Nereu Giacomolli, a Acusação terá interesse em produzir provas para a fixação da indenização, enquanto a Defesa terá mais uma preocupação, além de demonstrar a necessidade de absolvição (GIACOMOLLI, 2008, p. 110).

O dispositivo deveria, então, ser expurgado do Código de Processo Penal para que a indenização fosse discutida, tão-somente, no âmbito cível. Isso, provavelmente, não ocorrerá, até porque o Anteprojeto traz, ainda mais, a discussão para o processo penal. Diante disso, urge, ao menos, que sejam observadas as premissas do sistema acusatório, em especial a inércia judicial.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A Sentença Penal de Acordo com as Leis de Reforma, in: NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Reformas do Processo Penal*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

²⁴ TJRS, Apelação Crime n.º 70027798511, 8ª Câmara Criminal, Relatora: Fabianne Breton Baisch, julgado em 18/02/09. Também: TJRS, Apelação Crime n.º 70027659226, 8ª Câmara Criminal, Relator: Isabel de Borba Lucas, julgado em 28/01/09; TJRS, Apelação Crime n.º 70027594563, 8ª Câmara Criminal, Relator: Danúbio Edon Franco, julgado em 17/12/08; TJRS, Apelação Crime n.º 70027241017, 8ª Câmara Criminal, Relator: Fabianne Breton Baisch, j. em 17/12/08; TJRS, Apelação Crime n.º 70027069822, 8ª Câmara Criminal, Relator: Isabel de Borba Lucas, julgado em 17/12/08.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental, in: *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 226-236.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, vol. I, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERRARI, Eduardo Reale. *Código de processo penal: comentários ao projeto de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. (Re)pensando as condições da ação processual, in: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) *Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

Breves considerações sobre a revalorização da vítima...

OLIVEIRA, Odete Maria de Oliveira. *Problemática da Vítima de Crimes: reflexos no Sistema Jurídico Português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ROXIN, Claus. Problemas atuais de política criminal, in: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2, n.º 4, set/dez 2001, pp. 11-18.

SANTANA, Selma Pereira. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário, in: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinícius (coord.). *Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *A reforma processual penal de 2008: lei 11.719, procedimentos penais: lei 11.690/ 2008, provas: lei 11.689/ 2008, júri: comentadas artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos*

Penal protection of the intellectual propriety and the services of radio diffusion and interactive: excesses and mistakes

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Profesor Titular de Derecho Penal
Coordinador del Grupo de Investigación Reconocido
sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática
Universidad de Valladolid. e-mail: rimata@der.uva.es

I. En la regulación legal de la propiedad intelectual sobre los programas informáticos y para las obras en general, así como para los distintos servicios de radiodifusión se detecta preocupación y una gran actividad por los retos que las nuevas tecnologías traen.

1. Como se sabe estamos en los albores de la llamada sociedad de la información. Esta representa sin duda un cambio de modelo respecto a contextos sociales precedentes. En la sociedad mercantil de la que venimos y en la que todavía nos encontramos, la propiedad sobre bienes materiales constituye el concepto clave desde el punto de vista económico y jurídico. Sin embargo en la sociedad de la información en la que nos adentramos la perspectiva es otra, de manera que este tipo de propiedad pierde esa posición preeminente de la que gozaba, pues deja de resultar decisiva en los procesos económicos. Será la información – o si se prefiere, desde un punto de vista jurídico, la propiedad intangible- la que se convierta en el bien económico determinante. De esta manera los conceptos, ideas, representaciones e informaciones alcanzan el papel de nuevos medios de producción¹. La sociedad de la información y los medios tecnológicos a ella asociados producen la aparición de un nuevo mercado de naturaleza electrónica². Esta peculiar naturaleza produce en primer lugar la desmaterialización de los contenidos circulantes en ese mercado, con la consiguiente facilitación de su reproducción, almacenamiento y transmisión, pero a costa de un menor control sobre los mismos y dificultades para la

* El presente trabajo se corresponde con otro más amplio en fase de realización. La reducción del mismo se ajusta a los requisitos de edición de la obra.

¹ BOEHME-NESSLER, V. *Cyberlaw. Lehrbuch zum Internet-Recht*. München 2001.

² En este sentido BERCOVITZ, A. “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas”. *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Madrid 1996, p. 91-2.

identificación de contenidos digitalizados ya no perceptibles por los sentidos. Además se produce una mundialización de este mercado no sujeto ya a las fronteras geográficas tradicionales.

En este contexto de nuevo modelo social en el que la información por si misma y por su capacidad y potencialidad para alcanzar nuevos desarrollos tecnológicos se coloca en un lugar privilegiado como fuente esencial de productividad, la propiedad intelectual también ve relanzado su papel económico y social en cuanto institución jurídica reguladora de las creaciones del ingenio humano y por lo tanto también de la información³. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que se encarga de promover y desarrollar los instrumentos jurídicos que proporciona este recurso jurídico, no deja de señalar la influencia que el mejor aprovechamiento de las posibilidades que ofrece la propiedad intelectual para el desarrollo económico y social de los países, especialmente los ahora conocidos como Países Menos Desarrollados. En una reciente reunión internacional se adoptó una Declaración en la que se reconoció que la creación, protección, gestión y uso de los derechos de P.I. contribuirán al desarrollo económico facilitando la transferencia de tecnología, propiciando mayores niveles de empleo y creando riqueza. En la misma Declaración se reafirmó la vital importancia y conveniencia de aumentar el marco institucional y político de la modernización y el desarrollo de los sistemas e instituciones de Propiedad Intelectual. en los Países Menos Adelantados⁴. Esta conexión se plasma igualmente en la firma de un Acuerdo entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio en 1995⁵. Vinculado a la concepción amplia de la noción de Propiedad Intelectual se han desarrollado trabajos y Convenciones para la tutela de los derechos de productores de fonogramas y entidades de radiodifusión.

2. La concepción tradicional de los derechos de autor se asocia a la tecnología analógica que llevaba a cabo reproducciones materiales de la obra tutelada de una menor calidad al producto original, relación a la que se supeditaba el precio⁶. La digitalización permite la obtención de copias completamente idénticas a la obra original sin pérdida de calidad, facilitando a su vez la reproducción, distribución y circulación de la obra de forma inmaterial. Debido a estos elevados precios para los potenciales ad-

³ Cfr. MIRO LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Dykinson 2003, p. 27 y ss, y 122 y ss.

⁴ Ministros de países menos adelantados (PMA) reunidos bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Seúl, del 25 al 27 de octubre de 2004, convinieron en la importancia de la propiedad intelectual (P.I.) como instrumento para el desarrollo y reafirmaron su intención de crear instituciones de P.I. para alcanzar sus objetivos de desarrollo. Véase <http://www.wipo.int/pressroom/es/>.

⁵ <http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo030es.htm>

⁶ GOMEZ SEGADE, J. A. "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright". *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Madrid 1996, passim.

quirentes y la gran facilidad y rapidez con las que se pueden obtener copias perfectas de los programas, ha provocado la proliferación masiva y comercialización de copias no autorizadas de programas informáticos⁷. Por ello la piratería de software, que puede ofrecer idénticos productos con gran facilidad, rapidez y escasísimo coste, se ha convertido en un negocio extraordinariamente lucrativo⁸. De manera que las modernas tecnologías de la información han conducido también hacia una forma completamente nueva de "Delincuencia de alta tecnología"⁹.

La evolución técnica ha obligado a la matización y complementación de muchas categorías de los derechos de autor para armonizarlas con los nuevos medios electrónicos inmatrimales y a formular nuevas medidas jurídicas de protección, incluidas las penales, por las mayores posibilidades de acceso no autorizado a las obras tuteladas.

Respecto a las nuevas realidades tecnológicas las legislaciones han ido sucesivamente adaptándose a los hechos y todavía persistirá la necesidad de contemplar en la normativa los nuevos medios de difusión de la obras protegidas. Hasta ahora los distintos medios de la sociedad de la información funcionan aisladamente como el sistema telefónico, emisiones de radio y televisión inalámbricas y por cable, comunicaciones por satélite o redes informáticas. Fase en la que nos encontramos actualmente y que ha obligado a cambios en las categorías de la propiedad intelectual y también en su proyección en el terreno penal al que nos hemos referido. Pero nuevas perspectivas se abrirán con la operatividad integrada del conjunto de los medios electrónicos ya hoy actuantes y nuevas modalidades que puedan aparecer, lo que hará necesario un nuevo ajuste de la regulación con los medios tecnológicos disponibles. Se atisba en el horizonte una interminable carrera entre las innovaciones tecnológicas y las posibilidades de tutela efectiva de los derechos de autor.

Los derechos de autor poseen el sentido no sólo de compensar al creador por sus obras, sino también el de favorecer la innovación y creación de todo género de obras. Sin embargo, junto a la regulación de las nuevas realidades tecnológicas en el sistema de propiedad intelectual, éste ha ido derivando hacia un mayor control de la difusión de las obras y una mayor extensión de los derechos de explotación, generalmente en manos de intermediarios. Al miedo ante los nuevos avances técnicos que facilitan la reproducción de las obras, tanto las de carácter lícito como las ilícitas, se ha reaccionado en algunos casos tratando de asegurar la tutela de los derechos de explotación de las obras frente a las nuevas tecnologías. Pero al mismo tiempo se ha producido

⁷ Véase GOMEZ SEGAGE, J.A. "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright", *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Madrid 1996, p. 131 y ss y 136 y ss. GOMEZ MARTÍN, V. "La protección penal de los derechos de autor sobre programas informáticos". Poder Judicial 66/2002, p. 146. También SÁNCHEZ LOPEZ, V. "La tutela penale del software nel diritto spagnolo", *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia* 1,2 (1997), p. 29.

⁸ THIELE, M. *Dimension und Bekämpfung*. Marburg, 2001.

⁹ THIELE, M. *Dimension und Bekämpfung*. Marburg, 2001.

una gran confusión, situada entre lo irracional y lo interesado, sobre los límites de estos derechos sobre las obras tuteladas.

3. Sobre la necesidad de establecer complementarios campos de punición es preciso atender a las nuevas realidades tecnológicas y las emergentes posibilidades de contravención de los derechos de autor. Sin embargo lo que no resulta acertado es la mera inclusión en el sistema penal de todas las nuevas modalidades técnicas vinculadas a la conculcación de los derechos sobre las obras sin diferenciarlas de los ilícitos puramente civiles y sin atender a los principios fundamentales del derecho punitivo como lo son los de lesividad e intervención mínima. En este terreno para dar cabida a las actuales necesidades político criminales de tutela de la propiedad intelectual así como de las entidades de radiodifusión y audiovisión es necesario lograr un equilibrio entre los distintos intereses puestos en juego – los del autor, los relativos a los derechos de explotación que suelen estar en manos de empresas editoras o productoras y el interés general relativo al acceso del público a la información¹⁰– llevando a cabo la concreta incriminación respetando los límites y la finalidad del *ius puniendi*. Curiosamente, en el actual modo de regular esta materia y de establecer infracciones de índole penal, el interés que en la práctica se ve en mayor medida reforzado no es el de los creadores ni el general a facilitar mayores posibilidades de acceso a la información, sino el de los intermediarios que poseen la titularidad de los derechos de explotación de las obras.

En un detallado estudio de la evolución legislativa en la tutela penal de la propiedad intelectual en el ámbito Norteamericano, se detectan los intensos esfuerzos de los grupos de presión y de la industria para influir en la regulación establecida¹¹. De forma que es posible afirmar que los legisladores como representantes del interés público en el desarrollo de la normativa de derechos de autor han abandonado esta responsabilidad en el reciente desarrollo de las infracciones a los derechos de autor¹². El balance final de esta regulación proporciona un resultado desfavorable a los intereses de los usuarios, contrario al mandato constitucional¹³. Lo cierto es que desde muy distintos puntos de vista se señalan los riesgos y excesos de esta tendencia. Desde el ángulo de la libertad de acceso a la cultura se vislumbran los riesgos de una mercantilización de la cultura, con base en el reforzamiento de los derechos de explotación de las obras, abandonando los intereses generales de la sociedad, de manera que la revisión que las nuevas tecnologías propician en el campo de los derechos de autor consistan únicamente en encontrar soluciones técnicas para garantizar el pago por el acto de

¹⁰ Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1705.

¹¹ Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1709.

¹² Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1720.

¹³ Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1722.

leer¹⁴. En una orientación semejante González Barahona¹⁵ señala el cambio cualitativo que prácticamente nos ha llevado de la imprenta hasta Internet, cambio en el que la actual tecnología permite efectuar copias de casi cualquier tipo de información en gran cantidad, de gran calidad y colocarlas en cualquier parte del mundo de forma inmediata. Frente a ello, sin embargo, la tendencia es la imposición de múltiples restricciones en la práctica las legislaciones otorgan el control sobre las obras a los editores, con lo que la pérdida real se produce para consumidores y la misma sociedad.

Pero también desde la observación de la influencia de este tipo de medidas en el desarrollo económico se llama la atención sobre esta tendencia ferrea a controlar la información y el acceso a las obras. En un reciente informe del *Digital Connections Council of the Committee for Economic Development* (conocido grupo de Estudios económicos en el ámbito Norteamericano), sobre *Promoting innovation and economic growth: the special problem of digital intellectual property*¹⁵ se señalan los inconvenientes para los intereses económicos generales derivados de los sistemas de propiedad intelectual cerrados. Se estima que, pese a lo cierto de los problemas introducidos por las técnicas digitales, los sistemas que acentúan la exclusividad de los derechos en el entorno digital dificultan la necesaria capacidad de innovación que requiere el sistema económico para su crecimiento. Y ello cuando precisamente la existencia de los derechos de autor se fundamentan en la tutela del ingenio y de la capacidad de innovación del ser humano.

En la presente situación, y no sólo para el caso español, se aprecia una tendencia a acudir a la sanción penal en la tutela de la propiedad intelectual, particularmente respecto a los programas de ordenador, que no se acomoda a los criterios expuestos. La misma se ha acentuado con la reciente reforma del Código Penal de 25.11.04, cuyas incoherencias más destacadas con el papel propio de un moderno sistema penal pasamos a exponer.

II. Estos excesos en el recurso a la vía penal se detectan en la legislación española desde distintos ángulos.

1. La regulación legal de la protección penal de la propiedad intelectual en España se sitúa en un apartado del Código penal que posee independencia sistemática (sección 1ª del capítulo XI), dentro del grupo de delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico (Título XIII). En la concreta regulación se contiene un tipo básico (art. 270), unos tipos agravados (art. 271), así como referencias a aspectos relativos a la responsabilidad civil y la publicidad de la sentencia condenatoria (art. 272).

2. El art. 270, en su número tercero, incluye una particular modalidad de comportamiento punible vinculada a la exportación, importación y almacenaje de las obras sin la

¹⁴ LE CROSNIER, H. "Repensar los derechos de autor. Defensa de la lectura social frente a los nuevos peajes de la cultura", *Archipiélago* 55/2003. Trad. Marisa Pérez Colina, especialmente pp. 9 y 10.

¹⁵ Puede consultarse en http://ced.org/docs/report/report_dc.pdf.

necesaria autorización, el código ya incriminaba las mismas y la reforma de 2003 re-fuerza esta nueva zona objeto de sanción criminal y que tiene mucho que ver con el fenómeno ya habitual desde hace años de importación de fonogramas adquiridos legalmente en diversos países como algunos orientales (Malasia, Hong Kong) o de Iberoamérica (México) que son traídos a España para su comercialización pero sin que cuenten con la conformidad del licenciataria para nuestro país¹⁶.

Se trata de los únicos comportamientos punibles sin correspondencia inmediata y expresa –lo cual no significa que no puedan ser abarcadas también - con la regulación del TRLPI y que la mayoría de la doctrina penal o de otras disciplinas jurídicas vincula con el derecho/infracción de distribución¹⁷. Uno de los derechos de explotación de las obras reconocidas en la regulación de la propiedad intelectual es el de distribución, como se acaba de indicar para la modalidad de comportamiento punible inmediatamente anterior, de forma que únicamente quien goza de licencia de distribución de una determinada obra puede realizarla lícitamente pues es una actividad sometida a autorización del autor o del titular de los derechos.

De manera que estos supuestos de importación, exportación y almacenamiento hacen referencia a estas actividades comerciales de carácter internacional sobre obras tuteladas, en las cuales el sujeto posee los derechos de distribución pero se produce un exceso en cuanto al ámbito territorial de validez de los mismos¹⁸. En estas llamadas “importaciones paralelas” se lleva a cabo una conducta no sobre copias ilícitas, pues se trata de ejemplares adquiridos a quien tenía el derecho de reproducción, pero las mismas son distribuidas (importadas) sin autorización del titular de los derechos de distribución¹⁹. En realidad se estima que si la copia es ilícita ya en el país de origen la acción sería ya punible en relación a la modalidad de reproducción²⁰. El Código lo que hace entonces es incriminar incluso las operaciones comerciales referidas a copias legales en origen, e introducidas en España, – mediante Internet o mediante copias físicas, pues

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995, p. 223.

¹⁷ Por todos, SERRANO GOMEZ, E. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Civitas, Madrid 2000, p. 137.

¹⁸ Cfr. LOPEZ MORENO, J.; FERNÁNDEZ GARCIA, E.M. “La World Wide Web como vehículo de delincuencia”, *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial X* (2001), p. 429.

¹⁹ Así MIRO LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Dykinson 2003, p. 409.

²⁰ “la compra del producto y su posterior importación sería ya punible para el importador”. GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”. *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995, p. 227. Autor que en realidad estima que “no sólo el legislador civil, sino también el penal protege el derecho del titular y de sus cesionarios a explotar pacíficamente la obra dentro del territorio en el cual tiene derechos exclusivos, y por ello, castiga, mencionándola expresamente, la conducta de quien “importare... ejemplares de dichas obras o producciones... sin la referida autorización” (p. 226).

nada específica el supuesto y no cabe establecer limitaciones al respecto – al no estar cubierto el nuevo ámbito geográfico por los derechos de autor.

Para el caso de la importación la conducta resultaba punible con independencia del origen lícito o ilícito de los productos en su país de procedencia. Consecuencia que ahora únicamente sigue manteniendo para el caso de productos procedentes del exterior de la Unión Europea, debido a la existencia de una regulación armonizada de la propiedad intelectual en el marco de la Unión Europea. Extensión de las conductas prohibidas en el terreno de la importación que probablemente constituye un exceso de punición por parte del legislador.

Ya hemos visto que los supuestos de importación no aparecen en la regulación privada de esa materia y, además, en realidad en estos casos existe un producto amparado legítimamente por el titular de los derechos de propiedad intelectual, pero que al cambiar de situación geográfica – por el paso de fronteras- se produce una colisión con el titular de los derechos – ahora distinto – en el país de recepción. Se trata de un problema de colisión internacional de derechos que debería solucionarse desde el ámbito de las normas de derecho privado, único competente en la materia. El derecho penal no tiene la función de solucionar los posibles conflictos de derechos en una actividad comercial, ya sea en el ámbito nacional como internacional. Frente a esta extensión del ámbito propio del Derecho Penal se había orientado el Tribunal Supremo a la hora de interpretar y aplicar el art. 270. En la Sentencia de 2 de abril de 2001 El Tribunal Supremo había mantenido como punibles exclusivamente la importación de obras usurpadas, mientras que la importación de obras lícitamente adquiridas al precio fijado en el mercado resultaría atípica, de manera que el párrafo segundo del art. 270 – en el que se incriminan estas conductas – no vendría a establecer una alternativa típica autónoma respecto a las del primer párrafo. El titular de los derechos contaría todavía con la posibilidad de salvaguardar sus intereses, de considerarlos perjudicados, mediante el recurso a las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad de la legislación sobre Propiedad Intelectual²¹. Como bien indica Quintero²², si esos derechos han sido salvaguardados en el Estado no Comunitario no hay razón alguna para hablar de posible delito. Sin embargo, como se ha visto, el sentido de la reforma ha sido exclusivamente facilitar la atipicidad de los hechos realizados en el interior de la Unión Europea – por las dificultades especiales que producía en un contexto de derechos armonizados-, lo que en realidad reafirma la punibilidad del resto de casos pero a la vez revela la incoherencia y falta de simetría para los dos casos de la regulación.

²¹ Cfr. Código Penal Comentado (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Director). Bosch 2004, p. 843-4.

²² Comentarios al Nuevo Código Penal (QUINTERO OLIVARES, Director). Thomson/Aranzadi 2004, p. 1349. Autor que indica cómo la modificación legal de la prohibición responde a los problemas suscitados por algunas compañías discográficas. Con ello sus importaciones procedentes de los países miembros de la Unión no plantean problemas de punibilidad pero si se podrán presentar para los casos de importaciones de otros puntos del planeta. El propio Quintero Olivares había advertido que para la doctrina penal la intervención del legislador penal resulta excesiva en muchos puntos. “Internet y propiedad intelectual”, *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial X (2001)*, p. 381.

Moreno y Bravo ha analizado detenidamente el problema surgido ante la incriminación de las importaciones paralelas, especialmente en el caso de los fonogramas pero en realidad con un alcance general. Este autor, con la doctrina mayoritaria considera que únicamente puede tomarse como objeto de tutela penal para el caso de las conductas del párrafo segundo del art. 270 los ejemplares ilícitos de una obra, es decir, aquellas obras reproducidas sin autorización²³. Esta conclusión la extraería en primer lugar de la dicción literal del precepto indicado, que hace necesaria que la lesión de la propiedad intelectual se produzca sin la autorización de los titulares de los derechos. Por otra parte si los intereses lesionado se corresponden con los derechos de explotación sobre las obras, en estos casos en realidad sería preciso identificar la lesión patrimonial con el que produce la competencia comercial que tiene su causa en los precios que el productor de fonogramas ha fijado en un mercado (el extracomunitario) y los establecidos para España y la Unión Europea. Es decir el daño patrimonial exigido por el tipo vendría integrado por el que reciben los distribuidores exclusivos para España ante la concurrencia de un tercero en este mercado²⁴.

Pero también se excluye la punición de las conductas con base en obras lícitamente adquiridas con base en el principio de proporcionalidad y por consideraciones relativas a la posibilidad de consentimiento del titular de los derechos. El principio de proporcionalidad vendría a exigir diferencias entre conductas de diferente gravedad. “no tiene idéntico contenido criminal la importación intencionada de fonogramas piratas que la distribución de fonogramas adquiridos lícitamente en un mercado extracomunitario”. También desde el ángulo del principio de proporcionalidad pues la existencia de medidas no penales que permiten dar solución la conflicto de intereses en juego. Tales normas de la regulación civil que pueden dar una solución satisfactoria al conflicto obligarían nuevamente a distinguir entre la importación de obras lícitas en origen de las obras ilícitamente puestas en el mercado.

En definitiva se trata de dos situaciones bien diferenciadas con un desvalor no equiparable y que por tanto merecen un tratamiento jurídico-penal radicalmente opuesto pues en el caso de las copias piratas el importador lo que hace es continuar las consecuencia ilícitas de la acción previa mientras que cuando las obras son de origen lícito únicamente se vale de las leyes del mercado: en el primer caso “el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva, mientras que el importador de fonogramas lícitos sólo se vale de las leyes de la oferta y de la demanda, lo que hace que la respuesta no deba ser nunca proveniente del ordenamiento jurídico penal”²⁵. La delimitación del objeto jurídico de protección en el art. 270, correspondiéndose con los derechos de exclusividad de explotación de una determinada obra y sus reproducciones en el mar-

²³ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 484/2001, p. 2.

²⁴ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 484/2001, p. 3.

²⁵ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 484/2001, p. 3.

co de una concurrencia leal de mercado, “impide la criminalización de las importaciones obtenidas lícitamente en un mercado paralelo, pues ello supondría el empleo del Derecho penal *no como última ratio, sino como prima ratio de la política social*”²⁶.

3. En el párrafo tercero del art. 270 CP se recogen como distintas conductas relativas a medios destinados a facilitar la supresión e neutralizar los dispositivos técnicos de protección de los programas de ordenador. Ahora, tras la reforma de noviembre de 2003, las conductas de fabricación, puesta en circulación o tenencia de estos medios que podían dirigirse sobre los dispositivos de protección de los programas de ordenador, se extienden a la misma situación respecto a cualquier otra obra tutelada por los derechos de autor. Nueva prolongación de la punibilidad que tiene aplicación inmediata con relación a los dispositivos de protección recientemente implantados en los CD musicales y que generará situaciones de conflicto con el derecho de copia para uso privado como ya se ha indicado anteriormente.

El mencionado párrafo tercero del art. 270 castiga un supuesto peculiar: la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador. Constituyen así un hecho delictivo esta serie de conductas previas a la lesión misma de la propiedad intelectual sobre programas de ordenador y cuyo objeto material de ataque inmediato en realidad se refiere a los dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador. En el mercado aparecen dispositivos y programas de supresión de la protección anticopia de juegos de ordenador y que en principio no se ofrecen para realizar copias ilícitas, sino para otro tipo de acciones como las copias de seguridad, pero en realidad esta pretensión no deja de ser aparente en muchos casos²⁷.

El origen de la incriminación de esta conducta resulta también peculiar. Esta conducta, incluida en el texto del Código Penal durante la tramitación parlamentaria del mismo, tiene su base en la pretensión de las instancias Comunitarias de dotar de especial protección a los elementos lógicos de los sistemas informáticos, proponiéndose la sanción de estas conductas a los países miembros en la Directiva Comunitaria de 14 de mayo de 1991 (91/250/CEE)²⁸. Pese a ello es necesario advertir que la especial protección de la que se quiere dotar a estos elementos no hacía precisa su conversión en con-

²⁶ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 484/2001, p. 4. El subrayado es del original. En contra de las orientaciones expuestas y recogidas en el texto se manifestó ya antes del vigente Código Penal GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995, p. 223 y ss.

²⁷ Cfr. LOPEZ MORENO, J.; FERNÁNDEZ GARCIA, E. M. “La World Wide Web como vehículo de delincuencia”. *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial X* (2001), p. 434.

²⁸ Véase también PICA, G. *Diritto penale delle Technologie informatiche*, Utet, Torino 1999p. 194.

ducta delictiva pues, como ha advertido Mestre²⁹, las previsiones de la mencionada Directiva no obligaban a que la infracción tuviera carácter penal.

Esta orientación ha trascendido las fronteras europeas, de forma que en EEUU la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (DMCA) ha incluido como infracción la neutralización de las medidas técnicas que protegen la obra equiparando la simple difusión de informaciones o de productos a la efectiva neutralización³⁰. En realidad en la mencionada *Digital Millenium Copyright Act* la elusión de medidas anticopia por parte de los usuarios no queda prohibida. Y ello pues se trata de permitir que el público pueda realizar copias en circunstancias que quedan cubiertas por la doctrina del *fair use* (copias de uso privado)³¹. No sucede lo mismo con el mero acceso, que no se considera cubierto por los derechos de autor y por tanto tampoco son aplicables las limitaciones a los mismos. En Europa, la Directiva sobre armonización de derechos de autor y conexos en la Sociedad de la Información, no prevé en su articulado casos en los que resulte lícito la elusión de estas medidas tecnológicas, pero puede entenderse que, resultando lícita la copia privada de una obra tutelada por los derechos de autor y protegida mediante alguna medida tecnológica, pueda también realizarse lícitamente la elusión de tales medidas desde la perspectiva de la copia de uso personal³². Sin embargo, para el caso de los programas de ordenador sabemos que no cuentan con la posibilidad de copias lícitas para uso personal – salvo las de seguridad y otras de carácter puramente técnico – por lo que no cabe plantear de la misma manera la hipótesis de elusión de las medidas tecnológicas.

Este hecho delictivo representa por distintos motivos una modalidad de comportamiento punible de carácter excepcional. En primer lugar pues supone el adelantamiento de la protección penal a conductas que no se refieren siquiera al empleo o

²⁹ Señala expresamente este autor que “La Directiva no especifica qué naturaleza jurídica (civil, administrativa o penal) han de tener estas que denomina medidas adecuadas” (p. 69). “La protección jurídica de la propiedad intelectual sobre el software en España: estado de la cuestión tras la Directiva de 14 de mayo de 1991, del Consejo C.C.E.”, *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1621, de 25 de diciembre de 1991. También el mismo autor en Derecho Penal, Parte Especial (LAMARCA PEREZ. Coordinadora). Colex 2004, p. 336.

³⁰ REIDENBERG, J.R. “L’encadrement juridique de l’internet aux États-Unis”, *L’Internet et le Droit*. 2001.

³¹ XALABADER PLANTADA, R. “Infracciones de propiedad intelectual. La *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor en la Sociedad de la Información”. *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Cuadernos de Derecho Judicial IX* (2002), p. 154. Algunos aspectos de interés sobre el reciente desarrollo de la legislación penal en materia de derechos de autor en Norteamérica en Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, nº 2 (1999), p. 1719 y ss.

³² En el sentido señalado XALABADER PLANTADA, R. “Infracciones de propiedad intelectual. La *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor en la Sociedad de la Información”. *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Cuadernos de Derecho Judicial IX* (2002), p. 159.

utilización de estos mecanismos, sino a su mera fabricación, puesta en circulación o tenencia, es decir a momentos siempre previos a lesión alguna de la propiedad intelectual. Se trataría de una modalidad que constituye únicamente un peligro abstracto para la tutela penal de propiedad intelectual, difícil de justificar desde el ángulo del principio de lesividad que preside la construcción del Derecho Penal³³. Por otra parte, se señala cómo esta modalidad tan específica rompe con la sistemática interna de la regulación al referirse a un concreto objeto en las condiciones antes señaladas³⁴. En realidad ahora el legislador ya no toma como objeto material una obra literaria, artística o científica sino tales dispositivos técnicos de protección de la obra. Y sin embargo no es posible identificar la acción dirigida sobre estos dispositivos con una infracción de los derechos de autor. Además con la reforma el legislador ha ampliado el radio de acción del supuesto al añadir las conductas de importación, al parecer pretendiendo así armonizar este tercer apartado del art. 270 con los dos precedentes³⁵. Por eso mismo se suscita la incompreensión respecto a la regulación establecida por la no inclusión de la conducta de exportación que también se recoge anteriormente, salvo que se estuviera dispensando protección a la industria audiovisual local, por lo que ya no tendría tanto interés castigar las mismas conductas pero en el sentido de la exportación. En todo caso no parece que el instrumento jurídico adecuado para proteger estos intereses, por legítimos que en ocasiones puedan resultar, sea el Derecho Penal.

Finalmente es preciso indicar que esta prohibición posee una mayor amplitud que el ilícito civil (art. 102 letra c LPI), lo que resulta incoherente con la relación característica entre ambos tipos de ilícitos³⁶. No resulta acertada la regulación penal superando el radio de acción del ilícito civil al abarcar tanto tenencia como puesta en circulación y fabricación (este último supuesto no previsto en la regulación del TRLPI) de este tipo de desprotectores, cuando además el tipo penal no reclama el fin comercial que debe guiar al autor de los hechos que se exigen en la legislación civil, con el consiguiente ensanchamiento de la zona punible. La infracción privada exige expresamente que la puesta en circulación o tenencia de estos instrumentos lo sea "con fines comerciales", como lo hace la más reciente Directiva comunitaria 2001/29/CE sobre armonización de

³³ En este sentido se ha señalado que el legislador ha llevado demasiado lejos la intervención penal. GONZALEZ RUS, J. J. "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos", *Derecho informático y de las nuevas tecnologías*, Boletín nº 5, enero 2003, p. 14, en <http://edec.iespana.es/edec/derinfor/216.htm>

³⁴ Así GONZALEZ GOMEZ, A. *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*. Tecnos, Madrid 1998, p. 204.

³⁵ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 551.

³⁶ En este sentido también JORGE BARREIRO, A. *Comentarios al Código Penal*, Civitas 1997, p. 775. La coincidencia con el ilícito civil, su innecesaridad así como la colisión con el principio de proporcionalidad que manifiesta Miro Llinares, llevan a este autor a señalar la inconstitucionalidad del mencionado párrafo. "La protección de los derechos de explotación exclusiva sobre el software", *Revista Penal* 13 (2004), p. 100.

los derechos de autor y conexos en la Sociedad de la Información (art. 6). Resulta incongruente elevar el nivel de exigencia para la infracción más leve (ilícito privado) e imponer menores requisitos en el ámbito sancionatorio más grave (derecho penal)³⁷.

En todo caso sí parece exigible para la aplicación del supuesto, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art. 270 CP, que el medio técnico desprotector de programas posea como única y exclusiva finalidad la de eliminar o evitar los dispositivos de seguridad del programa. Como consecuencia de esta exigencia típica, deberán excluirse de los comportamientos abarcados por la conminación penal aquellos que, además, posean otras funciones o aplicaciones³⁸. En realidad no se trata, como en ocasiones se apunta, de realizar una interpretación restrictiva del tipo, a la vista de los múltiples reparos jurídicos que presenta, sino que lo que se está haciendo es aplicar – como no puede ser de otra manera – la finalidad que expresamente exige el tipo. La no toma en consideración de esta particular, y no otra, finalidad del dispositivo, si que constituiría una infracción de lo previsto en la ley.

III. La reforma ya varias veces aludida incluye nuevas conductas punibles relativas a programas de ordenador pero ahora en el marco de los delitos relativos al mercado y a los consumidores” (sección 3ª, capítulo XI). Ya la exposición de motivos se refiere a estos nuevos hechos incriminados al indicar que “se incorporan las figuras delictivas relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica”. Como fundamento de esta pretendida incriminación se cita la “respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales”.

Ya la decisión legislativa sobre la ubicación sistemática de las conductas prohibidas produce cierta perplejidad. Resulta que el tipo de hechos incriminados, como los

³⁷ El art. 102 TRLPI establece que cometen conducta infractora “Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”.

³⁸ GONZALEZ GOMEZ, A. *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*. Tecnos, Madrid 1998, p. 203. Antes las críticas que propicia esta regulación y dada esta expresa exigencia legal, la doctrina señala la facilidad con la que puede llevarse a la inaplicabilidad del supuesto si se añaden al programa copiador otras instrucciones destinadas a realizar funciones diversas a las previstas para el supuesto. Cfr. MIRO LLINARES, F. “La protección de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* 13 (2004), p. 100. Para Gonzalez Rus también son exigibles los elementos generales del tipo básico como el ánimo de lucro o la actuación en perjuicio de tercero, lo que serviría para limitar el contenido del supuesto de la mera tenencia. “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *Derecho informático y de las nuevas tecnologías*, Boletín nº 5, enero 2003, p. 14, en <http://edec.iespana.es/edec/derinfor/216.htm>? En sentido semejante al entender aplicables los elementos generales del tipo básico MIRO LLINARES, F. “La protección de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* 13 (2004), p. 101. d.

accesos fraudulentos por particulares a los servicios de televisión por pago o a Internet, de acuerdo a su colocación en la organización del Código debemos considerarlos como “delitos relativos al mercado y a los consumidores”, es decir, delitos contra los intereses de los consumidores. La doctrina, pese a lo reciente de la reforma, ya ha tenido ocasión de identificar los bienes realmente protegidos. Así se alude a los intereses de las empresas concesionarias³⁹, los intereses económicos de las entidades que prestan servicios de radiodifusión o interactivos⁴⁰, o los intereses económicos de los prestadores de servicios⁴¹. Por ello Martínez-Bujan ha señalado la incorrecta ubicación sistemática de estas conductas incriminadas, especialmente por considerar que la naturaleza de los intereses tutelados resulta exclusivamente patrimonial individual, mientras que lo propio de los delitos contra los consumidores y singularmente contra el libre mercado y la libre competencia es tutelar un bien jurídico supraindividual. Pero es que además resulta notorio que las conductas castigadas se dirigen desde el consumidor hacia las empresas suministradoras de servicios, y sin embargo lo propio de los delitos contra los consumidores es que la dirección de las conductas sea del empresario hacia el consumidor.

Pese a que se ha intentado el encaje de estas conductas entre los hechos delictivos contra la propiedad intelectual – pues lo cierto es que se atacan los derechos de explotación de las entidades de radiodifusión –, en realidad la tipificación del art. 286 desborda con mucho el contenido. No sólo porque no exista en principio una obra tutelada por los derechos de autor sobre la que se dirija la conducta, sino porque además tales conductas están situadas en momentos previos a la posible lesión de las facultades propias de la propiedad intelectual y por tanto en ningún momento la redacción típica llega a exigir afectación alguna de las mismas. “la mayoría de las conductas tipificadas en el art. 286 (salvo la del apdo. 4) serían simples actos preparatorios de las citadas conductas del art. 270-1... Ahora bien, el delito del art. 286 posee una órbita de aplicación mucho mayor (tanto en lo que atañe a las acciones típicas como al objeto material), cuyo injusto, si bien englobará en la práctica la vulneración de derechos conexos de propiedad intelectual en el conjunto de servicios que presta, no exige conceptualmente tal afectación”⁴².

Con ello la amplificación de las conductas punibles que implica el art. 286 se hace notorio, no exclusivamente respecto a la tutela penal de la propiedad intelectual sino al conjunto de la legislación penal. “El art. 286 incorpora una nueva apuesta de intervención penal, cifrada en la represión de los precursores (tenencia o conductas

³⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. Parte Especial, Tirant lo Blanch 2004, p. 523.

⁴⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 588-9.

⁴¹ MORALES PRATS/MORON LERMA. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Thomson/ Aranzadi 2004, p. 1427. Estos autores entienden que la tutela de estos intereses económicos de estos operadores, en cuanto resultarían indispensables para el acceso a Internet, adquiere una dimensión supraindividual.

⁴² MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 588.

periféricas a la propia tenencia tendentes a facilitar la posterior comisión de un ilícito) destinada a proteger el nuevo interés colectivo antes indicado. Con dicha medida legislativa, se supera la anterior línea de política-legislativa en la que el castigo de los precursores se limitaba al ámbito de la propiedad intelectual (art. 270.3 CP) y al de las falsedades documentales (art. 400 CP)”⁴³.

La explicación de la decisión de llevar estas conductas al ámbito de los delitos relativos al mercado y a los consumidores vendría dada por la constatación de la imposibilidad de considerar algunos de los supuestos recogidos como auténticos delitos contra la propiedad intelectual y, por el contrario, su admisión como delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2002⁴⁴, en la que se plantea la calificación penal de las conductas de fabricación, venta y distribución de tarjetas aptas para la decodificación de la señal de televisión, lo que permitía acceder a los canales difundidos y a los programas de “pago por visión” sin el abono de las correspondientes cuotas, efectúa consideraciones dignas de mención. En un interesante desarrollo la mencionada Sentencia determina la imposibilidad de calificar los hechos como defraudación de telecomunicaciones, del art. 255 CP, la inexistencia de delito contra la propiedad intelectual, del art. 270, pero admite finalmente la presencia de un hecho punible relativo al descubrimiento y revelación de secretos empresariales del art. 280. La defraudación de las telecomunicaciones del art. 255 no es posible apreciarla pues la fabricación y venta de tarjetas decodificadoras no puede verse sino como un acto previo a la conexión fraudulenta y directa que exigiría el tipo penal. Tampoco cabía incluir los hechos señalados entre los delitos contra la propiedad intelectual pues ni la señal ni las tarjetas resultan obras tuteladas por tales derechos, ni las conductas de fabricación y venta de las tarjetas representan un acto de comunicación pública propio de estos hechos punibles. De este modo al sí aplicarse un delito de descubrimiento y revelación de secretos, incluidos entre el mencionado grupo relativo al mercado y a los consumidores, parece que aconsejó finalmente incluir estas conductas en el mismo.

El legislador en una regulación realmente prolija, compleja y confusa pretende abarcar todos los posible supuestos de facilitación del acceso mismo a los servicios de radiodifusión e interactivos, facilitación de los equipos alterados que permitan tal acceso fraudulento, o facilitación de información que permitan la posibilidad de acceso. Hasta aquí conductas de tercero, en relación a quien en realidad va a hacer uso del servicio. Pero en un último apartado igualmente se penaliza la utilización de los equipos que permitan el deseado acceso in consentido a este tipo de servicios, ahora, se entiende, por el propio usuario del mismo.

En el apartado primero del precepto –art. 286–, se incriminan las conductas de quienes faciliten el acceso condicional o no a algún servicio de radiodifusión (sonora o

⁴³ MORALES PRATS/MORON LERMA. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Thomson/Aranzadi 2004, p. 1429.

⁴⁴ ARP 2003/221, Sentencia 1036/2002 (Sección 8ª) de 4 de noviembre de 2002. A este respecto la mencionada resolución indica la imposible aplicación de las defraudaciones del art. 255.

televisiva) o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica. La conducta resulta punible siempre que para la misma se empleen equipos o programas informáticos no autorizados en la Unión Europea (fabricación, importación, distribución, puesta a disposición, venta alquiler o mera posesión de los mismos). También si los equipos o programas señalados se instalan, mantienen o se sustituyen. En todo caso se requiere que la conducta se realice sin el consentimiento del prestador de los servicios defraudados, así como que el autor dirija subjetivamente sus conductas hacia finalidades comerciales. Como la regulación se refiere a conductas de fabricación, importación o puesta a disposición de programas o equipos, algún autor entiende que se recogen conductas previas a la instalación de los mismos e incluso a su venta que únicamente puede constituir un peligro abstracto para los intereses tutelados⁴⁵.

En el apartado segundo se castiga con la misma pena la alteración (o duplicación) de la identificación de un equipo de telecomunicaciones o bien el que el autor se limite a comercializar los equipos previamente alterados en su identificación, siempre que concurra ánimo de lucro en la conducta. Al parecer esta concreta incriminación se dirige a perseguir la utilización fraudulenta de teléfonos móviles sustraídos⁴⁶. El apartado tercero prevé la realización de conductas de comunicación pública de la información necesaria para sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a algunos de los servicios de radiodifusión o interactivos mencionados, siempre que conlleve una incitación a lograr tal objetivo. De forma que es necesario que la información proporcionada sea idónea para establecer el acceso, se dirija – al menos potencialmente – a una pluralidad de personas y que la misma implique una incitación a llevar a cabo los procedimientos de los que se da noticia. Para Muñoz Conde la exigencia de incitación amplía las posibilidades de expansión del tipo a conductas muy alejadas del bien jurídico⁴⁷. Pero quizás el aspecto que mayor expansión dota a la conducta es la no exigencia de ánimo de lucro. Parece que el legislador constató la no presencia de tal elemento en muchos casos de quienes facilitaban por Internet u otras publicaciones los códigos de acceso y otras informaciones, por lo que suprimió tal requisito para facilitar su persecución penal⁴⁸. De forma que el legislador lo que ha realizado ha sido una incriminación en la que omite un requisito exigido en las conductas anteriores y sin cuya presen-

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch 2004, p. 523.

⁴⁶ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (Director). *Código Penal Comentado*, T. I, Bosch 2004, p. 873.

⁴⁷ *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch 2004, p. 523. Sin embargo en algún caso jurisprudencial reciente la toma en consideración de la necesidad de incitación hizo imposible, junto con otros extremos, el castigo de los hechos. En el suceso decidido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de enero de 2003 (ARP 2003/274), el autor había escrito un artículo publicado en una revista en el que facilitaba la información necesaria para elaborar tarjetas que permitían la recepción no autorizada de la señal de televisión por satélite. En el artículo, sin embargo se hacían continuas advertencias sobre la ilicitud de la práctica real de la decodificación y del interés puramente educativo y de experimentación del artículo. La acusación pretendía la imputación de una provocación a un delito de estafa.

⁴⁸ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 589.

cia estas conductas del art. 286 1 y 2 no se pueden considerar lo suficientemente graves como para constituir un hecho delictivo. De forma que el legislador da cabida a estas acciones sin interrogarse suficientemente si la nueva incriminación abarca hechos cuyo injusto alcance el mínimo para resultar penalmente significativas. Téngase en cuenta que ya hemos dicho que las conductas del art. 286 representan por su contenido actos preparatorios en dirección a una hipotética lesión posterior de la propiedad intelectual. Si resulta que los ataques a la propiedad intelectual requieren en todo caso el que el autor obre animado por el ánimo de lucro para que la conducta resulte típica no puede dejar de considerarse paradójico que las acciones previas, mucho más alejadas de la posible afección al bien jurídico exijan menores requisitos. Es más en realidad la presencia del ánimo de lucro ha resultado el único elemento que permite distinguir estos hechos punibles de los meros ilícitos privados. De otra forma se produce un solapamiento de ilícitos contrario a los principios básicos del Derecho penal. En el mismo apartado se equipara la conducta prevista en el primero de ellos de facilitación del acceso a los servicios de radiodifusión e interactivos cuando se realice sin ánimo de lucro. Respecto esta concreta modalidad se pueden plantear las mismas dudas que acabamos de señalar anteriormente con base en la ausencia de elemento del ánimo de lucro.

Finalmente el cuarto y último de los números del art. 286 convierte en hecho punible la utilización de los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación. La pena en este se remite a la prevista en el art. 255, lo que permite entender que el propio legislador admite su semejanza con las conductas de defraudación allí contenidas⁴⁹. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el art. 255, aquí no se impone una cuantía mínima defraudada con requisito para la existencia del delito, sino que expresamente se indica la presencia del hecho delictivo “con independencia de la cuantía de la defraudación”. La doctrina llama la atención sobre esta ausencia de cuantía mínima en la defraudación pese a la remisión al art. 255 en el que sí se condiciona la punición a la producción de una defraudación superior a los 400 euros⁵⁰. No sería descabellado pensar en la posible influencia de la constatación de que la exigencia de una cantidad semejante como defraudación lleva, en la mayoría de los casos, a considerarlos mera falta y no delitos en sentido estricto, como ya ha sucedido en la práctica⁵¹. De esta forma no se proporcionan razones suficientes para la valoración de este hecho como más grave y la consiguiente aplicación de una pena superior, máxime si al mismo tiempo se admite el para-

⁴⁹ Cfr. MESTRE DELGADO, E., en *Derecho Penal, Parte Especial* (LAMARCA PEREZ. Coordinadora). Colex 2004, p.369.

⁵⁰ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., en AAVV, *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch 2004, p. 590.

⁵¹ En el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004/134367), un abonado de televisión por cable deja de recibir el servicio ante el impago de las cuotas, de forma que lo que hace es conectarse directamente del repartidor de señal del edificio. Teniendo en cuenta las cantidades defraudadas se le condena como autor de una falta de defraudación del art. 623.

lismo de los casos, como lo demuestra la remisión punitiva que el propio legislador efectúa. La realización de este tipo de hechos delictivos conlleva, de acuerdo a las previsiones de la ley para los dos primeros apartados mencionados, penas de prisión y de multa acumulativamente establecidas, pudiendo llegar la privación de libertad hasta los dos años. En el caso de los dos últimos apartados la pena es de multa (seis a veinticuatro meses y tres a doce meses, respectivamente).

V. Esta tendencia legislativa es sin duda expresión de la preocupación en el orden internacional por la protección de las obras tuteladas, especialmente las que se difunden por medios tecnológicos, respecto a una eficiente tutela legal. Los Tratados de la OMPI de 1996 (WCT y WPPT)⁵² se dirigen principalmente a la aplicación de los derechos de autor en el entorno digital. Estos textos requieren a los países para que proporcionen una protección jurídica adecuada y prevean recursos contra la elusión de las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de las obras. Pese a los términos en los que se plantea la necesidad de tutela y las presiones dirigidas a las instituciones para obtener el respaldo penal a la tutela de los medios telemáticos de difusión de obras puede suceder que la recepción, en muchos casos mimética, de los ilícitos privados en la regulación penal resulte improcedente en ocasiones por exceso y en otras por inadecuado para conseguir los fines que se persigue. La preocupación por los cambios tecnológicos va acompañada de la de los que temen que la revolución digital debilite su posición en el mercado. Preocupación empresarial legítima y normal pero para la defensa de esos intereses se deberán poner en marcha novedosas estrategias empresariales y técnicas pero no acudir al Derecho Penal a modo de herramienta de control del mercado.

Un asunto relevante y singular se presenta respecto a las copias privadas de programas de ordenador y su posible sanción penal. Problema sobre el que ya hemos fundamentado en otro trabajo la exclusión de su relevancia penal. No faltan, sin embargo, opiniones y legislaciones que avalan la ampliación de la punición en este terreno. Aspecto este de las copias para uso privado de programas de ordenador que legislativamente no está resuelto en nuestro país y que sin embargo se presenta con asiduidad en la práctica de los usuarios de sistemas informáticos y cuya solución podría deparar una nueva extralimitación.

De la manera como se aborden la inclusión de estos y otros supuestos en el campo penal dependerá que se logre el equilibrio de intereses en juego antes mencionado. El automatismo en trasladar a la normativa penal los nuevos supuestos de infracciones a los derechos de autor, introduce el “riesgo de transformar el instrumento penal de un justo medio de salvaguardia del progreso tecnológico-informativo en irracional forma de garantía de posiciones privilegiadas en el mercado”⁵³.

⁵² WCT en vigor desde el 6 de marzo de 2002, relativo a la protección de las obras literarias y artísticas, como escritos, programas informáticos, bases de datos, obras musicales, audiovisuales, obras de arte y fotografía. El Tratado WPPT, en vigor desde el 20 de mayo de 2002, se ocupa de la interpretación, ejecución y fonogramas.

⁵³ ANGELINI, M. “Riflessi penalistici della duplicazione privata del software”, *La Giustizia penale* 10 (2000), p. 608.

O sistema prisional de Minas Gerais e a aplicação da parceria público-privada

The prisional system in Minas Gerais and the application of the public-private partnership

TALLYTA DE OLIVEIRA PEREIRA CARDOSO

Pós-Graduada em Direito pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (UNIDERP), departamento de Direito Público. Graduada pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Advogada. e-mail: tallytacardoso@yahoo.com.br

“Quando se sonha e se dá precisão ao objeto sonhado, se houver “bancabilidade” ele se converte em uma realização (...). É o sonho do desenvolvimento com inclusão social e soberania.”
Carlos Lessa – Ex-Presidente do BNDES

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar a aplicação do instituto de parceria público-privada (PPP) no sistema prisional de Minas Gerais. A partir do estudo do complexo penitenciário mineiro a ser construído nesse sistema poder-se-á mensurar quais serão as efetivas possibilidades para que a PPP atinja seu fim maior: amenizar a precariedade, desprestígio e estado de falibilidade em que o setor prisional encontra-se hoje. Almeja-se também que, ao discorrer sobre a legislação das parcerias público-privadas, tanto em nível federal quanto do Estado de Minas Gerais, este estudo possa auxiliar futuros estados brasileiros que planejam implementar o instituto de parcerias em seus respectivos sistemas prisionais.

Palavras-chave: Parceria público-privada (PPP); sistema prisional do Estado de Minas Gerais; Direito Administrativo Aplicado.

Abstract: The present work examines the Brazilian model of public-private partnerships (PPP) and the application of this institute at the prisional system of state of Minas Gerais. From this study about the prisional complex of Minas Gerais we are able to measure which will be the effective possibilities so that this system of partnership achieves its first target: to solve the problems of the actual prison system. Besides, we also wish that, during the study of the federal and state laws about the theme, this work may help futures state partnerships installations.

Keywords: Public-private partnerships; prisional complex of Minas Gerais; applied administrative law.

1. Considerações iniciais

O sistema penitenciário encontra-se em condição caótica e se apresenta como um dos mais relevantes problemas sociais contemporâneos na maioria dos estados brasileiros. A questão carcerária tem sido objeto de profundos debates e estudos no cenário brasileiro, em inúmeros setores. O Estado, por muitas vezes, não tem conseguido oferecer aos seus cidadãos livres direitos básicos, como lazer, trabalho e educação. Imagine então, o que resta para aqueles reclusos, cidadãos excluídos do convívio social.

Há muitos anos, a atuação conservadora e corporativista estatal vem gerando indignação e inquietação em muitos setores da sociedade. Tal modo de agir tem contribuído para que este se transforme em um organismo voraz no consumo dos recursos disponíveis, sendo dotado, ainda, de ineficiência e burocracia em suas operações e sem eficácia em relação aos objetivos e metas traçadas.

Neste cenário surge uma gestão pública, que poderá representar uma alternativa para a solução de alguns problemas sociais do país mediante a colaboração simultânea do setor público e privada. A instituição de um instrumento legal de parceria entre o Estado e a iniciativa privada, dentro de um ambiente de cooperação, cumprimento recíproco de deveres e comprometimento com objetivos e resultados. Em que pese o leque de áreas a serem exploradas por este novo instrumento contratual, o objeto de estudo deste trabalho focaliza-se na sua aplicação ao sistema penitenciário.

Em se tratando da realidade carcerária brasileira, mais que necessário, é imperioso avançar na gestão dos presídios brasileiros, construindo projetos e formando elos entre os mais variados segmentos da sociedade – sempre em consonância com a supremacia do interesse público sobre o particular –, a fim de se fazer uma reforma no sistema prisional brasileiro, visando sua ampliação e qualificação.

O Estado tem buscado os meios e parcerias mais adequadas às punições que institui, haja vista ser ele o único possuidor do poder-dever de punir. Nesse diapasão, achar soluções que contraponham as medidas tradicionais e muitas vezes ineficazes do Poder Público, é fundamental.

A parceria público-privada está sendo vista, em todos os setores, como uma nova maneira de o governo se relacionar com o setor privado, em que este ingressa com a capacidade de investir e de financiar, com a flexibilidade e com a competência gerencial, enquanto o setor público assegura a satisfação do interesse público.

Como uma boa alternativa a ser aplicada em mais estados brasileiros no futuro, mister se faz analisar um dos presídios brasileiros a ser construído nesse contexto de parceria público-privada, o Complexo Penal de Ribeirão das Neves, que será inaugurado na região metropolitana de Belo Horizonte, em Minas Gerais, possivelmente no ano de 2012.

2. A realidade prisional do Estado de Minas Gerais

As informações da Fundação João Pinheiro mostram que a criminalidade violenta aumentou substancialmente do início da década de 80 até os dias atuais no estado

de Minas Gerais. A taxa sobe de 97 ocorrências para cada 100 mil habitantes, em 1986, para 521 em 2005.

O sistema prisional mineiro atual não se difere do nacional, porquanto se configura como grande problema social, repleto de “feridas” crônicas, como a superlotação e as péssimas condições vigentes nas unidades prisionais.

Em 1997 havia 13 mil presos em Minas Gerais, somando-se os detentos em delegacias de polícia, cadeias públicas e penitenciárias. Segundo os dados do Sistema de Informações Penitenciárias – InfoPen, do Ministério da Justiça, em junho de 2008 esse número subiu para 37.312 presos. Atualmente já são mais 46.447 presos em delegacias e cadeias mineiras, e a projeção para o final de 2011 é de que o Estado tenha mais de 60 mil internos no sistema carcerário

Em todos os estados, seja em maior ou menor grau, existe um déficit de vagas que causa superlotação, sendo esta, uma das principais causas de rebeliões. Fica evidente a necessidade de aumentar o número de lotações. Em seu voto em mandado de segurança que versou sobre a interdição de uma unidade prisional em Minas Gerais, devido sua condição falimentar, o desembargador Antônio Carlos Cruvinel (2009) atentou que

não se pode, nessa esteira de raciocínio, “virar as costas” para a precariedade em que vivem os detentos do Estado, em especial da Comarca de Lagoa Santa, com argumento de que “outros presídios possuem o mesmo problema, as verbas são escassas ou que a transferência dos presos levaria o problema para longe dos olhos da comunidade”, ficando o preso a esperar disponibilidade orçamentária do Poder Executivo e um planejamento que não implementado (DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL – Relator vencido parcialmente. Mandado de Segurança 1.0000.08.477689-7/000(1), Data do Julgamento: 25/11/2008, Data da publicação: 20/02/2009).

É imprescindível achar respostas e soluções inovadoras que permitam aos estados atuarem com mais agilidade e eficiência para gerenciarem um sistema prisional que se encontra em estado calamitoso.

Ressalta-se que Minas Gerais figura entre os estados com maior número de presos provisórios e também está dentre os que têm maiores déficits de vagas prisionais no país, com pouco mais de 20% de déficit. Nesse contexto surge uma opção para enfrentar essa dificuldade de disponibilidade de vaga dos estados, qual seja, o sistema de parcerias público-privadas dos presídios.

Discorrendo sobre o tema, o professor Sanfelice, com maestria, preleciona:

A transferência de serviços para terceiros, em nível mundial, assumiu contornos que a destacam como uma prática moderna e eficiente. A concepção desse modelo representa, na área privada, essencialmente, a interpretação de que, para maior eficiência e menores custos, há necessidade de concentrar-se nas atividades-fim, no objetivo de produção, transferindo as atividades (SANFELICE, 2002, p. 9).

Experiências bem-sucedidas foram implantadas nos Estados Unidos e Reino Unido apresentando custos reduzidos de até 15% em comparação aos custos governamentais.

O governo de Minas Gerais, ao firmar o primeiro contrato de parceria público-privada (PPP) no sistema prisional brasileiro espera que as finalidades da pena, que são a sanção, reeducação e a prevenção de novos crimes, sejam efetivas e eficazes.

Esse desafio já começou a ser enfrentado, com o início da construção do primeiro presídio brasileiro construído pelo sistema de parceria público-privada (PPP).

3. Parceria público-privada e a lei n.º 11.079/04

Muitos especialistas em parcerias explicam as transformações do Estado e da Administração Pública em suas obras, dentre eles destacamos Orlando Euler Castro (2004), Boaventura de Souza Santos (1999) e Ros Tennyson.

Castro (2004) destaca em seu livro que a evolução da gestão pública decorre de um plexo de fatores, como a globalização e a necessidade do cumprimento de valores que fundamentam as normas e também pela própria articulação da sociedade, que anseia por melhores usos dos recursos públicos.

Convém antes de adentrar nesse instituto cujo escopo é conferir maior eficiência econômica e justiça social às ações estatais, definir o que é parceria. Segundo Ros Tennyson, “parceria é a reunião de um grupo de pessoas para atingir um fim de interesse comum, que será alcançado somente através do trabalho colaborativo, com os riscos e benefícios da jornada compartilhados entre todos os parceiros.”

Ressalta-se que o manual dessa autora sul-africana radicada em Londres sobre parcerias tem como proposta a construção de Parcerias Intersetoriais, cujos parceiros devem compor os diferentes setores: público, privado e sociedade civil.

A partir da experiência e pioneirismo inglês com o projeto *Private Finance Initiative (PFI)*, no início da década de 1990, o modelo das *Public-Private Partnerships (PPP)* se disseminou por diversos continentes. Considerando que os modelos já existentes de contratações públicas não se adequavam à nova experiência já presente em diversos países desenvolvidos, como Inglaterra, Itália, Estados Unidos e Canadá, a adoção desse mecanismo no Brasil exigiu previsão legal específica.

A parceria público-privada é uma das mais novas formas de contrato administrativo, embora se distinga das demais concessões pelo fato de haver neste um envolvimento de contraprestação pecuniária do ente público ao parceiro privado, não sendo exigido nenhuma tarifa do cidadão pelo uso do serviço.

Da necessidade de um novo marco legal, surgiu a Lei 11.079, de 30.12.2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. A lei 11079/04 (Lei das PPP) traçou o perfil e contornos do instituto da parceria.

Em se tratando de parcerias público-privadas, encontra-se em destaque na Administração Pública Brasileira, uma nova modalidade de concessão e contrato de

prestação de serviços que pode vir a ser uma boa alternativa para atender as necessidades do setor público: as parcerias entre o setor público e a iniciativa privada.

Esse tipo de parceria público-privada foi desenvolvida para suprir as necessidades do setor público que, como um todo, apresenta restrições orçamentárias para investimentos. Além do mais, o mecanismo supracitado objetiva, no que tange ao Poder Público, suprir a insuficiência de investimentos em infraestrutura por recursos próprios.

A lei das PPPs estabeleceu ainda as normas gerais do modelo nacional do instituto da parceria público privada. Acerca dessas normas gerais, Márcio Pestana ressalta que [...] tanto se referem à Administração Pública direta, quanto indireta, atingindo, ainda, por igual referência expressa, os fundos especiais e as demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CARRARA, s.d.).

A Lei trouxe também a definição legal do instituto e, com isso, condensou os conceitos já existentes nas legislações estaduais, além de limitar as parcerias às modalidades patrocinada e administrativa. “Art. 2.º – Parceria Público-Privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.”

Marçal Justen Filho assim conceitua o instituto:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro (JUSTEN FILHO, 2010).

Destarte a referida lei ter clara influência do direito estrangeiro, mormente pelo direito inglês, já que a parceria público privada teve origem naquele país; a legislação brasileira adaptou a aplicação das parcerias à sua realidade.

Desse modo, Di Pietro, ao dissertar sobre o sistema de PPPs, afirmou que “o direito brasileiro passa a adotá-lo, inovando ao prever garantias que o poder público poderá prestar aos parceiros privados e aos financiadores dos projetos” (DI PIETRO, 2005).

Um projeto de PPP deve conter explicitamente as funções do governo, das agências multilaterais e do Setor Privado. O papel do Governo está ligado à sua estrutura legal, garantia dos pagamentos públicos nos projetos e à política econômica. O artigo 10, § 3º da Lei 11079/04 exige, por exemplo, que as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública tenham autorização legislativa específica. As agências multilaterais são a maior fonte de financiamento das PPP e têm como missão precípua ampliar a capacidade institucional e legal do instituto. Além disso, cabe às agências atrair potenciais financiadores e operadores de serviços.

O papel do setor privado está ligado ao conhecimento específico para avaliação de riscos, à iniciativa para identificar e desenvolver novos projetos e propostas e avaliar o grau de autossustentabilidade dos projetos.

É importante frisar que o rol de características de cada setor acima mencionados não é exaustivo, haja vista que cada setor tem outras competências subsidiárias, além de aspirações e estilos de funcionamento próprios.

Três fatores são de suma importância para a instituição de uma parceria público-privada: a sobrecarga do Estado, a necessidade de recursos para investimentos e a crença na maior eficiência da gestão privada.

A crise da sobrecarga é definida por Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, 2007) como a assunção, pelo Estado contemporâneo, de tarefas cada vez mais volumosas, retiradas da sociedade, dos grupos sociais e dos indivíduos.

Alguns autores acreditam que existe uma relação direta entre os modelos de Estado e as formas de atuação da Administração Pública. As críticas desferidas ao Estado de bem-estar social, principalmente em razão de sua ineficiência econômica do setor público, geram uma tendência ao enxugamento estatal de repasse de atividades à iniciativa privada.

Percebe-se então, a necessidade de um Estado que atue mais como condutor e gerenciador do progresso do que como agente ativo da economia, prestador dos mais diversos tipos de serviços à comunidade.

4. Características do modelo em Minas Gerais

Em 25 de novembro de 2003, a Assembleia Legislativa de Minas Gerais aprovou o Projeto de Lei 889/2003, que se transformou na Lei n.º 14.868 de 16.12.2003. Esta lei foi a primeira a tratar do tema PPP no Brasil e dispõe sobre o Programa Estadual de parcerias público privadas. Ao editar a Lei 14.868/03 sobre as parcerias público-privadas, tendo se antecipado em um ano à iniciativa da União, o Estado de Minas Gerais estabeleceu a primeira disciplina legal para as PPPs no país.

Desde sua instituição, o Programa PPP-MG tem alcançado importantes conquistas e avanços, como a criação da Unidade PPP, vinculada à Sede, que tem como objetivo executar atividades operacionais e de coordenação de parcerias público-privadas. Outro destaque foi a Rede PPP-MG foi a construção de um capital sólido de informações e mecanismos sobre este tipo de parceria. A rede tem mais de 20 órgãos do Governo de Minas e atualmente conta com 200 membros.

A lei federal segue a mesma linha geral da lei estadual mineira e das demais legislações estaduais sobre o assunto, como a do estado de Santa Catarina e São Paulo. Porém, há diferenças importantes, que merecem destaque, tanto entre as próprias leis estaduais quanto entre estas e o projeto federal.

A legislação mineira adotou uma conceituação ampla, pois em seu parágrafo único do art. 1º definiu as PPP como contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes.

Adotou-se na lei federal um conceito mais estrito de PPP, restringindo-se assim a aplicação do objeto. A lei mineira estabelece em seu artigo 5.º o que pode ser objeto

de parceria público privada, enquanto a lei federal não explicita quais seriam esses objetos.

Entende-se então, que na lei federal, embora haja uma conceituação do instituto mais enxuta, o objeto das PPP deve ser entendido de forma ampla, que permita a celebração de contratos de parceria para a prestação de serviços públicos, precedida ou não da execução de obra pública, bem como para a prestação de serviços necessários, direta ou indiretamente, para a Administração.

O art. 10 da lei mineira prevê parâmetros para o estudo técnico que deve preceder a PPP, especificando o que deve constar no mesmo, em relação ao serviço, obra ou empreendimento a ser contratado. Tal especificação é uma evolução em relação à lei federal, que se refere apenas de maneira genérica à necessidade de um estudo prévio à PPP.

Minas Gerais tem sido visto como estado-modelo no que tange à implementação do mecanismo das PPP e recebe visitas constantes de representantes de governo de outros estados para troca de informações sobre o desenvolvimento de projetos. Verifica-se que a maioria dos estados brasileiros ainda terá de percorrer um caminho considerável até alcançarem o nível de qualidade dos programas de PPPs mineiros. Posteriormente também foi implantado o Fundo PPP pela Lei nº 14.869/03.

5. Parceria público-privada aplicada ao sistema prisional mineiro

O pioneirismo do Estado de Minas Gerais nos projetos das áreas de transporte público e educação já despontam como modelos bem sucedidos de parceria público-privada. O estado tem desenvolvido uma estrutura administrativa e gerencial específica para atender e qualificar as diversas atividades que poderão ser objetos de parceria público-privada.

Sob esse enfoque, a Lei Estadual n.º 14.868 de 2003 também enumerou as atividades que podem se desenvolver pelo sistema de PPP, tais como: saúde e assistência social, saneamento básico, segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça, ciência, pesquisa e tecnologia, agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização, além de outras áreas públicas de interesse social ou econômico.

Estados como o Amazonas, Bahia e Paraná já têm experimentos de colaboração entre ente público e privado no que se refere a sistemas prisionais, mas nenhum desses iniciou-se desde a construção das penitenciárias, uma vez que elas já existiam, e nem no formato de Parceria Público Privada.

Apesar de serem institutos diferentes, a Constituição Brasileira não apresenta prescrição impeditiva nem quanto à terceirização nem quanto ao sistema de parcerias. Oportuno ressaltar que a parceria público-privada também se difere do sistema de privatização de presídios.

O então governador de Minas Gerais, Aécio Neves, assinou em 16 de junho de 2009 o contrato que deu início à construção do primeiro complexo penitenciário do país implantado por meio de Parceria Público-Privada (PPP).

Importante frisar que o modelo que está sendo implantado no estado está em consonância com as obrigações constitucionais em relação à segurança pública

Essa parceria público-privada celebrada em Minas Gerais tem fundamentação jurídica e está regulada pela Lei Federal n.º 11.079/04, pela Lei Estadual n.º 14.868/03 e, subsidiariamente, pelas Leis Federais n.º 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95, e demais normas que regem a matéria, regulando-se pelo disposto no edital de concorrência n.º 01/2008 do Estado de Minas Gerais:

Este edital, que trata da construção e gestão do complexo penal no estado de Minas Gerais denominou licitação como: procedimento público conduzido pelo poder concedente para selecionar, entre as propostas apresentadas, a que melhor atenda ao interesse da Administração Pública (ESTADO de Minas Gerais, n.º 01/2008).

O objeto do edital é a construção e gestão de complexo penal composto por unidades penais. Estão indicadas no edital as diretrizes que se referem à obra, à infraestrutura e aos serviços que irão ser prestados.

No que tange ao primeiro complexo penitenciário que está sendo construído no contexto de parceria público privada, o prazo da concessão administrativa será de 27 (vinte e sete) anos, que poderão ser prorrogados na forma da lei.

O empreendimento será composto de cinco unidades prisionais, sendo que três comportarão sentenciados em regime fechado e duas em regime semiaberto e terá capacidade para receber 3.040 detentos.

Tendo em vista o longo prazo de duração desta parceria entre governo e uma empresa privada, a necessidade de bases legais sólidas é precípua, protegendo os interesses, não somente do investidor, mas também do cidadão.

O estado de Minas Gerais foi pioneiro no país ao aprovar a sua própria lei de Parcerias Público Privadas (PPPs), antecipando-se em um ano à iniciativa da União.

Ao assinar o contrato para a construção do complexo penitenciário de Ribeirão das Neves, o ex-governador Aécio Neves enfatizou:

Estamos fazendo mais uma vez história em Minas. O que estamos contratando não são apenas vagas no sistema prisional que, eventualmente, poderia levar à impressão de que haveria privatização do setor, estamos contratando resultados. Foram estabelecidos parâmetros muito objetivos que a empresa terá que cumprir, do ponto de vista da garantia da segurança, por exemplo, como inibição de fugas, seja o caminho da ressocialização dos presos, e oportunidade de trabalho e de educação (Parceria contra o caos. *Estado de Minas*, caderno Gerais, p. 22, 16, jun. 2009).

Em Minas Gerais, a parceria público-privada versa sobre o contrato de prestação de serviços de que o estado seja o usuário indireto. O grupo privado está desembolsando todo o valor referente ao investimento e o governo repassará ao consórcio aproximadamente R\$74,63 (setenta e quatro reais e sessenta e três centavos) por dia e por detento, quando as vagas já estiverem disponíveis.

O sistema prisional de Minas de Gerais e a aplicação da parceria público-privada

O complexo penal da região metropolitana de Belo Horizonte localizar-se-á em Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, e será formado por cinco penitenciárias, com capacidade para receber um total de 3.040 detentos, ampliando assim o número de vagas no sistema prisional mineiro. O presídio, inspirado no modelo prisional da Inglaterra, integra o Programa de Ampliação e Modernização do Sistema Prisional e traz inovações no modelo de gestão penitenciária.

Com a efetivação da parceria, espera-se que a Lei de Execuções Penais seja cumprida. O estado mineiro almeja com o sistema de PPP, senão acabar, reduzir os índices de violência dentro das penitenciárias, bem como combater o crime organizado interno e acabar com a permanência de presos com penas já cumpridas.

O custo médio dos detentos custará cerca de R\$ 2.238,00 por mês ao Estado, o que representa um valor 25% menor que o custo atual de manutenção de presos, segundo dados da Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais.

No caso em tela, o parceiro público é o Governo do Estado de Minas Gerais, e no outro polo, os vencedores da licitação para construir e gerir o primeiro presídio brasileiro pelo sistema de parceria público privada: os diretores do consórcio batizado de Gestores Prisionais Associados (GPA), formado pelas empresas CCI Construções, Construtora Augusto Velloso, Tejofran – Empresa de Saneamento e Serviços, NF Motta Construções e Instituto Nacional de Administração Prisional LTDA.

O investimento por parte do concessionário GPA será de R\$ 190.000.000 (cento e noventa milhões de reais), sem custos para o Estado. De acordo com o edital, o repasse anual do Governo mineiro não poderá ultrapassar a cifra de R\$ 78 milhões por ano.

Em 31 de dezembro de 2008, o valor total estimado do contrato era de R\$ 2.111.476.080 (dois bilhões e cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais). O cálculo desse valor foi baseado na soma dos valores nominais da contraprestação pecuniária mensal e da parcela anual de desempenho.

O cidadão, usuário do serviço, na parceria público-privada em estudo, é o apenado. Numa visão fática, ele seria um usuário-forçado de tal concessão administrativa porquanto não lhe ser facultado usar ou não o sistema, ou seja, recolher-se ou não à prisão. Melhor entendimento é de que o preso seja um beneficiário desta parceria, uma vez que ela poderá lhe proporcionar condição de vida mais digna e maior chance de ressocialização.

Outro beneficiário, não menos importante, é a sociedade, que também espera que os detentos se ressocializem e retornem ao convívio social com disposição para levar uma vida digna, deixando de causar insegurança aos seus pares.

Além do Governo do estado de Minas Gerais, a sociedade também terá mecanismos, como a rede mundial de computadores (internet), para verificar se está havendo transparência na parceria e se a relação custo-benefício desse sistema de PPP irá superar a atual.

Enquanto um dos principais objetivos do complexo penitenciário é aliviar a pressão existente hoje sobre o sistema carcerário, a maior prioridade será a ressocialização do preso.

Antes de firmar o contrato de parceria público-privada, diversos órgãos do estado trabalharam na elaboração do projeto, tendo sido realizadas audiências e consultas públicas.

Para que fossem apresentadas críticas, sugestões e alterações no contrato da parceria público-privado, também foi disponibilizado para os interessados bem como para a população, a minuta e o Edital de Concorrência nº 01/2008, que trata da contratação de Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão administrativa, de Complexo Penal na Região.

5.1. Deveres do parceiro privado

Além da observação dos critérios definidos no edital da PPP do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, os vencedores do processo licitatório para a construção e gestão da penitenciária, devem observância à Lei de Execução Penal (LEP). Atividades que não retiram do Estado sua função correccional terão de ser desempenhadas pelo parceiro privado. Enquadram-se nessas atividades o controle de visitas aos internos e assistência jurídica aos mesmos.

Também será de inteira responsabilidade do parceiro privado a operação dos serviços previstos no contrato, que incluem atividades educativas, de formação e capacitação profissional, fornecimento de alimentação, assistência médica, odontológica e psicológica.

Cabe ao ente privado ainda realizar todas essas atividades dentro de elevados níveis de operacionalidade e adequada gestão dos internos, otimizando a utilização dos recursos públicos e contribuindo para o crescimento do número de sentenciados reintegrados à sociedade.

Está prevista na lei n.º 11.079 a possibilidade de pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho realizado na execução e cumprimento do contrato, de acordo com padrões e metas qualitativas previamente definidas. Essa remuneração variável está prevista também no contrato da PPP do Sistema Penitenciário do estado de Minas Gerais. No caso do complexo prisional de Ribeirão das Neves, critérios como a higiene dos presídios, o número de fugas e rebeliões, a quantidade de detentos que estão estudando e trabalhando, a quantidade e qualidade dos serviços de saúde e dos programas de ressocialização de detentos serão avaliados.

Se tais fatores não alcançarem índices satisfatórios, o estado de Minas Gerais poderá reduzir o valor da parcela anual de desempenho a ser paga ao Consórcio GPA. Ou seja, o repasse para os empreendedores concessionários estará vinculado a diversos indicadores de desempenho, tais como os citados acima.

Em linhas gerais, o ente privado é responsável por desenhar o projeto arquitetônico, financiar, construir, manter e operar.

5.2. Deveres do parceiro público

A responsabilidade do Estado pela custódia, tutela, encaminhamento e execução da pena dos condenados deve perdurar durante toda a execução do contrato. O

artigo 144 da Constituição dispõe que a segurança pública é dever do Estado. Nesse sentido, e sem ferir a Constituição, o Poder Público permanece com a responsabilidade de controlar e monitorar todas as atividades que ocorrem no complexo penal.

Os diretores dos presídios permanecem como agentes governamentais e têm como prerrogativa exclusiva a aplicação de sanções de ordem administrativa aos internos, tais medidas coercitivas visam a assegurar a observância ou cumprimento das leis penais.

O parceiro público, no caso o estado de Minas Gerais, continuará responsável pela guarda externa dos presídios, mormente pela ação da Polícia Militar. Também é dever do estado de Minas Gerais a administração das transferências de internos, firmar convênios por intermédio da Secretaria de Defesa Social para que os presos possam trabalhar além da remuneração do parceiro privado.

Em suma, dentre as responsabilidades do ente público as que se destacam à primeira vista são: dirigir a penitenciária em questões disciplinares e de segurança, realizar a segurança externa das unidades prisionais e realizar o transporte dos internos, em caso de audiências, transferências ou outras requisições de deslocamento feitas pelo Poder Judiciário.

O estudo e acompanhamento desse sistema de parceria público privada poderá ser exemplo para outros municípios ou estados do país. As falhas que surgirão no decorrer da construção e implementação da parceria poderão ser corrigidas nos próximos modelos de PPP no sistema penitenciário que surgirão.

6. Considerações finais

A análise do estudo e da aplicação prática das parcerias público-privadas (PPP) torna-se imperiosa diante da carência de recursos do Estado – esse novo tipo de contrato pode solucionar algumas questões ligadas à falta de investimento em infraestrutura, segurança, dentre outros aspectos importantes.

É certo que a viabilidade da construção e administração de unidades prisionais sob o marco da Lei de Parceria Público-Privada não é algo simples, exigindo-se muita cautela e, sobretudo, transparência por parte dos entes envolvidos.

A implementação correta, nos parâmetros legais, e a fiscalização direta dos presídios construídos sob esse sistema têm a possibilidade de trazer diversos benefícios aos próprios apenados e à sociedade em geral.

Indispensável reafirmar que a opção pelo sistema de PPP, embora tenha algumas semelhanças com a privatização dos presídios, é algo novo e de existência única no direito brasileiro. O Estado não pode se eximir, em nenhuma hipótese, de suas responsabilidades precípuas, dentre elas, a execução da pena e das medidas de segurança, em todos os seus termos.

Destarte, seu foco deve ser o de oferecer à sociedade os reais resultados da aplicação deste tipo de contrato, com índices e dados confiáveis, considerando-se todos os aspectos envolvidos, de maneira que haja um fomento do assunto, elevando um de

seus princípios constitucionais, a eficiência, como pedra de toque da Administração Pública, também na esfera da gestão prisional.

O estudo do tema mostra que parcerias de sucesso urgem por habilidades de seus participantes. Algumas dessas habilidades são revestidas na forma de requisitos, e vêm previstas em lei.

Para que uma parceria funcione, e mais do que isso, se torne exemplar, há que se levar em conta as características peculiares de cada ente envolvido. Logicamente, o parceiro privado visa o lucro, no entanto, este rendimento deve ser retirado de uma forma lícita, moral, legal sem ferir nenhum dos princípios constitucionais vigentes.

As iniciativas de Minas Gerais, no sentido de atrair investimentos privados e fomentar a participação crescente dos segmentos para que sejam implementados projetos estrategicamente vitais à sociedade é relevante. Espera-se que esta seja bem sucedida e venha a ser parâmetro para outras de mesmo nível.

Em se tratando de contrato, as PPPs estão sujeitas a todos os vícios que vemos em outras formas de licitação pública, com o risco de que também seja usada para desonerar o Estado de fazer novos investimentos, ou que seja aplicada sem a transparência necessária. Entretanto, o sistema prisional brasileiro encontra-se à beira do caos, e soluções não de ser tomadas.

Conforme Araújo Neto, “independentemente de uma reflexão aprofundada, no Brasil, qualquer um é capaz de concluir que o cárcere, do modo como ora se administra, não recupera o internado, ao revés, agride aquele que precisa de ajuda” (ARAÚJO, 2005).

Este é o momento necessário para que o país, objetivando a supremacia do interesse dos seus, busque novas formas de sanar as grandes dificuldades existentes e provenientes do seu sistema prisional.

No mundo, mormente no âmbito jurídico, difícil é encontrar consenso sobre algum tema. Existem inúmeros argumentos consistentes tanto a favor quanto discordantes sobre a aplicação do sistema de PPP no sistema penitenciário. Diante disso, é primordial analisar os presídios que estão sendo construídos com a aplicação desse instituto e, além disso, que sejam acompanhados os resultados futuros, a fim de poder-se concluir sobre a conveniência ou não da aplicação do mesmo à sociedade.

“O tempo é o senhor da razão”. Esta frase, atribuída ao escritor francês Marcel Proust, deve ser aplicada no presente trabalho.

Muito embora experiências internacionais tenham comprovado a eficácia da atuação da iniciativa privada nas políticas públicas, somente o tempo responderá se o processo de parceria público privada ao sistema prisional brasileiro será benéfico para a administração pública e seus tutelados.

Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AZEVEDO, Sette. *Primeiro Passo Para Parcerias*. Disponível em: <http://www.azevedosette.com.br/ppp/noticias/2008-01-17_05.html>. Acesso em 19, abr. 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Lei no 11.079*, de 30 de dezembro de 2004.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages>. Acesso em: 30, maio. 2010.
- CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARRARA, Rafael Martins. *Parceria Público Privada para realização dos serviços públicos*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=. Acesso em: 18, jun. 2010.
- CASTRO, Orlando Euler. *A nova engenharia da gestão pública*. Disponível em <http://www.indg.com.br/info/entrevistas/entrevista.asp?22>. Acesso em: 21, jun.2010.
- CONJUR. *Brasil tem a quarta maior população prisional do mundo*. Disponível em <http://www.infoseg.gov.br/infoseg/destaques-01/03-11-2007-brasil-tem-a-quarta-maior-populacao-prisional-do-mundo>. Acesso em: 16, jun. 2010.
- CONJUR. *Gilmar Mendes quer detentos em escolas e bibliotecas*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jul-04/presidios-nao-podem-deposito-pessoas-indesejaveis-ministro>. Acesso em: 16, jun. 2010.
- COSTA, Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Privatização das prisões mais uma vez a polêmica*. Disponível em http://www.oabms.org.br/noticias/lernoticia.php?noti_id=137. Acesso em 06, jun. 2010.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração público-privada e outras formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESTADO de Minas Gerais, n.º 01/2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar. *Iniciativas bastam para melhorar sistema carcerário*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-abr-16/melhora-sistema-carcerario-depender-apenas-corresponsabilidade>. Acesso em: 16, jun. 2010.

MINAS GERAIS. *Edital de licitação concorrência n.º 01/2008*. Secretaria do estado de defesa social do estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

MINAS GERAIS. *Lei Estadual n.º 14.868/03*.

MINAS GERAIS. *Unidade Parceria Público-Privada - MG – Unidade PPP*. Disponível em: www.ppp.mg.gov.br. Acesso em: 28 abril, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

O SISTEMA prisional que não queremos. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, v. 12, n. 267, p. 36-37, fev., 2009.

PARCERIA contra o caos. *Estado de Minas, Caderno Gerais*, p.22, 16, jun. 2009.

PARCERIAS Público-Privadas. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, v. 18, n. 185, p. 22-34, set. 2004.

PESTANA, Marcio. *A concorrência público-privada (PPP)*. São Paulo: Atlas, 2006.

SANFELICE, Rui Humberto. *Reforma do Estado: reflexos nas administrações públicas municipais da região noroeste do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Unijuí, 2002, p. 38-45.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SECURING your world. Disponível em <http://www.hmpaltcourse.co.uk>. Acesso em 15, jun. 2010.

O sistema prisional de Minas de Gerais e a aplicação da parceria público-privada

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TENNYSON, Ros. *Manual e ferramentas para a construção de parcerias*. International Business Leaders Forum, 2003.

O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco: distinções e aplicação

The offended consent and the victim's self-placement under risk: distinctions and application

THALITA DA SILVA COELHO

Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Público pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito. e-mail: thalitacoelho@globo.com.
Artigo escrito sob orientação do Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky.

Resumo: No presente artigo buscou-se estabelecer a distinção entre o consentimento do ofendido e da autocolocação da vítima em risco, bem como delimitar os requisitos de aplicação dos citados institutos, mediante pesquisa doutrinária. Por meio dos estudos realizados, concluiu-se que não se pode conceber que o ofendido exerça sempre um papel estático diante do crime, pois muitas vezes seu comportamento contribui de modo determinante para a prática delituosa. A doutrina penal informou que o consentimento do ofendido pode atuar como causa de exclusão da tipicidade ou causa supralegal de exclusão da ilicitude. Mostrou, ainda, que o assentimento afastará a tipicidade quando este constituir elemento essencial do tipo ou quando a norma incriminadora pressuponha o dissenso da vítima. Lado outro, indicou que o consentimento funcionará como causa de justificação quando o interesse envolvido e preponderantemente privado, podendo a vítima sobrepor a sua vontade em atingir o bem jurídico ao desvalor da ação e do resultado. Verificou-se que a ação a próprio risco ocorre quando a própria vítima quem, por livre e espontânea vontade, se coloca em situação de risco e por isso, os sujeitos ativos do delito não têm contra si a imputação dos ilícitos. Por derradeiro, constatou-se que, a despeito das críticas, a perspectiva para os institutos estudados são positivas, merecendo adesão e regulamentação pelo ordenamento jurídico pátrio, adequando-o à atual conjuntura.

Palavras-chave: Consentimento do ofendido; imputação objetiva; autocolocação em risco; ilicitude; tipicidade.

Abstract: This paper aimed to distinguish the consent of the offended from the victims' self-placement under risk and to define the requirements for implementing these institutes through doctrinaire research. Throughout the studies we have concluded that it is not conceivable that the offended always plays a static role in the crime, because many times his behavior contributes in a crucial manner to the criminal act. Criminal scholars reported that the consent of the offended can act as an exclusion cause of the illegality, or as a supra-legal exclusionary clause for the *tatbestand*. It has also shown that the consent takes away the typical character when it constitutes an essential element of the *tatbestand*, or when the offending act demands the dissent of the victim. On the other hand, it indicates that the consent will work as a

justification clause when the interests involved are prevalingly particular, having the victim the capacity to overlay his will of offending the protected right. It concludes that the action on its own risk takes place when the victim jeopardizes himself, and therefore the active agent cannot be held responsible for the fact. In the end, it was found that despite the criticism, the outlook for the institutes are positive, deserving proper appropriation and regulation by our legal system, adapting it to the current conjuncture.

Keywords: consent of the offended; charging objective; self-placement under risk; illegality. *Tatbestand*.

1. Introdução

O Direito Penal tem como finalidade última a proteção dos bens jurídicos essenciais aos indivíduos e à coletividade e, para tanto, realiza a previsão de condutas delituosas e a sanção correspondente. No entanto, tornou-se uma constante o enfrentamento de uma série de dilemas relativos aos critérios empregados na tipificação das condutas que serão admitidas como penalmente relevantes. Isso ocorre em virtude das novas ideias e concepções apresentadas pelos aplicadores e estudiosos do direito.

Cumprе salientar que a teoria jurídica do delito, aceita como um sistema conceitual, é composta pela tipicidade, ilicitude (ou antijuridicidade) e culpabilidade, tendo por escopo, estabelecer critérios genéricos indicadores da punibilidade de um injusto penal.

Os mencionados componentes, fundamentais para a aplicação da lei ao caso concreto, estruturam-se a partir de teorias submetidas à evolução e aprimoramento, que atuam sob um aspecto do delito.

Observa-se que a simples subsunção de uma ação ou omissão ao tipo penal não se mostra como atividade adequada, eficaz e segura para exercer a pretensão punitiva estatal; mesmo porque, a complexidade das relações humanas atuais não nos permitiria fazer uma simples análise de causa – e causador – e efeito. Destarte, além do exame dos elementos normativos, objetivos e subjetivos do tipo, relevante destrinchar outros caracteres, como as causas de justificação, ou exclusão de culpabilidade, por exemplo.

Das considerações acima advém a relevância do tema pesquisado, uma vez que o papel da vítima em face do crime tem assumido novos contextos, trazendo à tona a contribuição desta para a ocorrência do crime, bem como sua interação com o agente, ensejando o abandono da concepção inocente *versus* culpado.

Neste diapasão, a moderna vitimodogmática surge como um postulado em busca de uma punição mais justa do autor, quando a própria vítima não agiu com o cuidado necessário para proteger o bem jurídico exclusivamente pessoal, ponderando o seu comportamento na prática delituosa e na fixação da pena do agente, ora isentando-o da reprimenda, ora atenuando a mesma.

A partir desse entendimento, incontestemente a importância dos institutos do consentimento do ofendido e da autocolocação da vítima em risco, cada vez mais utilizados como fundamento de decisões judiciais.

O consentimento do ofendido, muito embora desprovido de previsão legal, age como causa de justificação supralegal ou de exclusão da tipicidade dependendo do caso, conforme veremos adiante. A aplicação de tal instituto é uma amostra de que os Tribunais Pátrios já estão atentos à influência da vítima no cometimento do ilícito.

Em suma, o consentimento do ofendido consiste na aquiescência do titular do bem jurídico que dele pode dispor e, a despeito de não estar explícito no Código Penal Brasileiro, é instituto de extrema relevância para a ciência penal, considerando o condão de transformar condutas juridicamente relevantes em atos comuns.

Na seara das teorias criadas para determinar as condutas tidas como típicas, aparece a Teoria da Imputação Objetiva, que acrescentou critérios objetivos empregados para se imputar um resultado a alguém. Grosso modo, a teoria defende que somente é admissível a imputação objetiva do fato se o resultado tiver sido causado pelo risco não permitido criado pelo autor, estruturando-se basicamente sobre o conceito de risco permitido. Logo, sendo o risco permitido, não há que se falar em tipicidade.

Dentre os critérios de imputação objetiva está a autocolocação em risco, situação em que é a própria vítima quem se coloca, por livre e espontânea vontade, em situação de risco e por isso, os sujeitos ativos do delito não têm contra si a imputação dos ilícitos (ou, quando muito, têm sua responsabilidade diminuída).

Fato é que os dois institutos, aparentemente semelhantes, têm distinções fundamentais, tanto na conceituação, quanto na aplicação, as quais serão objeto do presente trabalho, focando sempre no papel de vítima em face do crime.

Feitas as breves considerações acima, urge destacar que o presente trabalho objetiva, a partir de análise e confronto da doutrina existente, estabelecer as distinções entre os dois institutos, assim como delinear as situações em que cada um deve ser aplicado.

2. Consentimento do ofendido

2.1. Desenvolvimento da teoria do consentimento

Segundo Juarez Tavares (1969), a primeira aparição do consentimento, termo que vem do latim (*consentire*), encontra-se na antiga expressão *volenti non fit injuria*, compreendida como a possibilidade do consentimento da vítima excluir a injúria, sendo esta admitida como a lesão intencional em seu corpo, sua honra e sua situação jurídica; entretanto, o velho aforismo atuava de forma muito limitada.

Inicialmente, o instituto incidia apenas sobre os delitos de natureza privada, eis que sendo o direito penal calcado em normas públicas, entendia-se inadmissível que a vontade de um particular prevalecesse sobre os anseios do Estado. Somente no início do século passado, o mesmo ganhou maior relevância jurídica, com a ascensão de uma nova realidade social, permeada por relações humanas cada vez mais complexas. Logo, era necessária e, ainda é, a regulamentação do consentimento por um princípio geral.

Conforme assinala Pierangeli (2001), o penalista germânico Feuerbach inaugurou a discussão, partindo da ideia de que o consentimento se trata de uma permissão,

que terá validade conforme a natureza do direito atingida pela ação e da capacidade de disposição do bem jurídico. A mencionada teoria foi alvo de críticas, pois o consentimento não teria o condão de excluir a antijuridicidade, considerando que a conduta consentida não poderia violar o direito positivo, tampouco o direito subjetivo do ofendido.

A Teoria do Negócio Jurídico criada por Zitelmann e aprimorada por Frank defende que o consentimento deve ser vislumbrado sob o aspecto negocial e visa fundamentar a sua eficácia como causa de exclusão da ilicitude. Considerando a natureza do consentimento do ofendido, qual seja, de negócio jurídico, e que os princípios norteadores do negócio oferecem espaço para que os indivíduos estabeleçam seus próprios fundamentos jurídicos, razoável e justificada a possibilidade de disponibilidade de um bem jurídico penalmente tutelado. Pierangeli (2001) explica que as ações consentidas, que observassem os dispositivos civis, teriam a antijuridicidade excluída.

Frank, que inicialmente acompanhava o entendimento de Zitelmann, acrescentou que os pressupostos do direito civil somente seriam aplicados ao âmbito penal, caso o objeto do delito envolvesse interesses igualmente civilísticos. Logo, quando o objeto atingisse interesses atinentes à coletividade, seria imperioso que se buscassem outros critérios, advindos do direito público.

Conforme assinala Pierangeli (2001), a Teoria do Negócio Jurídico angariou severas críticas, inclusive por Frank, pois, muito embora tenha sua base sustentada pelo próprio direito positivo, o consentimento não tem natureza negocial. A vontade negocial é dirigida à concretização de um interesse que, ao contrário do consentimento, não vai de encontro ao ordenamento jurídico.

Congratulada principalmente por Bierling, a Teoria da Ação Jurídica, mais recente que as duas anteriores, desenvolve-se a partir da relação entre o bem jurídico e seu titular, de tal modo que, se este atribui relevância ao bem e age como tal, consequentemente, a sua aquiescência tornará a conduta lícita. Em síntese, se o titular permite a perda, renúncia ou perigo de lesão, o que não significa que tenha renunciado à tutela jurídica, o bem deixa de ser juridicamente tutelado.

Mezger caminha próximo à Teoria da Ação Jurídica; no entanto, defende que se o titular consente na perda, renúncia ou perigo de lesão, é porque retirou do bem a importância que lhe era dada, e, por conseguinte, a sua posição de juridicamente tutelado. Igualmente, o germânico Welzel adota a Teoria da Ação Jurídica, todavia, sob o aspecto do direito consuetudinário e, portanto, assevera que o consentimento deve ser, além de sério, consoante aos bons costumes.

Conforme acima exposto, observa-se que desde à época de sua concepção até a atualidade, os estudiosos não chegaram a um consenso acerca do instituto do consentimento do ofendido, permanecendo como questão controvertida.

O ordenamento jurídico pátrio não contém previsão expressa a respeito do consentimento, em que pese ter sido a matéria alvo de discussão pela Comissão Revisora do Código de 1940, que, contudo, optou por excluir a disposição constante do projeto Alcântara Machado, entendendo ser evidentemente supérfluo.

Apesar dessa ausência de menção legal ser percebida em diversas legislações, o Código Italiano de 1930¹ tratou amplamente do tema, em seu artigo 50, o qual dispõe que “[...] não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”.

2.2. Disponibilidade do bem jurídico penalmente tutelado

Imprescindível ao desenvolvimento do presente trabalho realizar algumas considerações acerca do conceito de bem jurídico penal, bem como da sua disponibilidade.

Prado (2005, p. 274), fornece o seguinte conceito de bem jurídico penal:

[...] O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

Pierangeli (2001) entende por bem jurídico penal aquele cuja lesão ou ameaça é cominada uma sanção. A relevância do bem está conexas a uma situação social, concreta ou abstrata, relacionada às pessoas, coisas, condição pessoal, dentre outras. O próprio agrupamento realizado pela sistemática legislativa na Parte Especial do Código delimita as condutas que atingirão o bem jurídico penalmente tutelado.

Não há que se confundir o bem jurídico e o objeto da conduta, muito embora os dois elementos, às vezes, convergir-se-ão para o mesmo ponto. Conforme Prado (2005, p. 274) o objeto da ação nada mais é que o “[...] objeto real atingido diretamente pelo atuar do agente e pode ser corpóreo ou incorpóreo”.

Admitido o consentimento como a renúncia ao bem jurídico, inolvidável a necessidade de delinear as características que farão com que o mesmo seja, ou não, disponível. Nesse ponto, os estudiosos se deparam com um novo problema, que até o presente momento não obteve solução satisfatória.

Dois são os critérios empregados na definição acerca da disponibilidade dos bens jurídicos.

O primeiro, conforme Pierangeli (2001), prevalente na doutrina, trata-se da teoria concebida na Alemanha, denominada balanceamento de interesses ou equivalência dos interesses, na qual o interesse privado lesado que não contenha relevância estatal poderá ser passível de disposição. Todavia, o citado critério é duramente criticado, pois pressupõe que haja um conflito de interesses entre vários titulares, a despeito do bem jurídico ser uno. Ademais, há evidência que, havendo pluralidade na titularidade do bem jurídico, somente mediante o consentimento de todos eles poder-se-á cogitar a disponibilidade.

¹ O mencionado artigo do Código Italiano de 1930 foi retirado da Obra de Aníbal Bruno, constante na referência, a qual faz menção expressa ao dispositivo legal em questão.

O segundo critério, determinado por uma corrente doutrinária ítalo-alemã, opera a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis a partir da sua utilidade social. Assim, indica Pierangeli (2001, p. 119) que havendo uma “[...] imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, este é disponível, e contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível”.

Tentou-se, ainda, delinear um critério embasado no direito processual, servindo-se das ações penais para estabelecer a seguinte lógica: sendo a ação penal incondicionada, o bem fatalmente será indisponível; o raciocínio contrário era utilizado no que tange às ações penais privadas.

Porém, patente a falha do referido critério, eis que a imposição da norma no sentido de que a ação se dê mediante querela não aponta certamente a indisponibilidade do bem, mas a preocupação do Estado em resguardar o ofendido de eventuais prejuízos causados pela publicidade do processo.

Destarte, diante das dificuldades em se criar um critério seguro e objetivo a respeito da disponibilidade do bem jurídico penal, recomenda Pierangeli (2001) que, para se estabelecer os limites do consentimento do ofendido, é preciso que se faça a conjugação de três aspectos, sendo eles: a análise de todos os princípios norteadores do Direito; a apreciação de todas as fontes (mediatas e imediatas); e o juízo adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal.

Ensina Tavares (1969) que em um primeiro momento, imperativo determinar se o bem é coletivo ou individual. Se coletivo, intolerável a sua disponibilidade, uma vez ligado a valores indispensáveis à manutenção da ordem pública e social. Caso contrário, ou seja, se for o bem individual, deve-se verificar se o titular do bem pode dele livremente dispor, o que será estabelecido pela consciência jurídica da época, bem como por todo conjuntos das disposições legais.

Por todo o exposto, razoável admitir que o bem jurídico penal disponível será aquele obrigatoriamente individual, cujo titular possa livremente renunciar à tutela estatal.

2.3. Conceito e função

Já fora mencionado que o direito pátrio não elencou o consentimento do ofendido nas causas de justificação constantes no artigo 23 do Código Penal vigente. Talvez, a omissão se justifique pelo alcance do instituto em testilha, que ora atuará como causa de atipicidade, ora como causa de justificação.

A expressão aquiescência, no sentido de concordância, foi eleita pela doutrina moderna para se referir tanto ao acordo, quanto ao consentimento. O primeiro terá o condão de excluir a tipicidade, enquanto o segundo será eficaz como excludente de ilicitude.

Acerca do consentimento (acordo), assinala Bruno (1959, p. 19) que é preciso “[...] separar dos casos de justificação dois grupos de fatos”.

Bruno (1959, p. 19) ensina que alguns tipos penais apresentam em sua estrutura, como elemento negativo, expresso ou tácito, o não consentimento do titular do bem jurídico, de modo que, se este consentir excluída estará a tipicidade. Isso ocorre, por

exemplo, no delito de furto, em que se encontra implícito que a subtração da coisa alheia móvel deve ser praticada em contrariedade à vontade da vítima, pois, se assim não for, a conduta não englobará os elementos do tipo, tratando-se de mera retirada assentida, incapaz de lesar ou expor o bem jurídico a perigo. Igual exemplo, o crime de invasão de domicílio e de violação de correspondência.

Por outro lado, o consentimento do titular do bem pode integrar o tipo penal, e, portanto, aquele que consente concorrerá para a prática delituosa. É o caso do crime de aborto com o consentimento da gestante, no qual o “[...] dissenso, então, passa a se constituir um elemento essencial do tipo” (PIERANGELI, 2001, p. 98).

Em suma, no consentimento do ofendido (acordo) como causa de atipicidade, o dissenso do titular do bem jurídico funciona como elemento do tipo.

O consentimento do ofendido operar-se-á como causa supralegal de justificação quando o titular do bem disponível “[...] permitir a outrem praticar em relação ao bem uma ação que sem esse consentimento teria o caráter de fato punível” (BRUNO, 1959, p. 20). Para Prado (2005, p. 415), o consentimento do ofendido

[...] exclui a ilicitude nos casos em que o titular do bem jurídico protegido e disponível assente de forma livre. Como justificante, o consentimento do ofendido, elemento extrínseco ao tipo, implica renúncia de tutela de bem jurídico disponível, avalizada pelo Direito positivo (*volenti non fit injuria*).

O fundamento da causa justificante em análise situa-se, quase que por unanimidade, no campo dos princípios gerais, cujo princípio da ponderação de valores se nos apresenta mais adequado.

Antes de adentrarmos no mencionado princípio, vale tecer breves comentários no que tange aos posicionamentos divergentes. Para alguns, o princípio da ausência de interesse legitima o consentimento do ofendido, defendendo que não havendo interesse, ou, ainda, existindo interesse maior, desaparece o injusto. Para outros, como Sauer, deve ser aplicado o princípio do interesse preponderante, no qual a conduta típica será lícita quando à custa de um bem de menor valor, preserva-se outro de maior relevância.

Chegamos, então, à teoria da ponderação de valores. Afirma Tavares (1969) que a norma jurídica tem como objetivo a proteção do bem jurídico, que é realizada por meio de comandos permissivos e proibitivos, entretanto, havendo a renúncia da proteção jurídica, ocorre a preponderância da vontade, em detrimento do desvalor da ação e do resultado.

Após todas as distinções acima, cogente o exame dos requisitos objetivos e subjetivos de validade do consentimento, o que faremos a seguir.

2.4. Requisitos do consentimento

2.4.1. Requisitos subjetivos

Os requisitos subjetivos do consentimento do ofendido são aqueles relacionados à pessoa que aquiesce, que, por sua vez, pode ser tanto a pessoa natural, quanto a pessoa jurídica, desde que titulares do bem penalmente tutelado.

A titularidade do bem jurídico e a personalidade civil são adquiridas pela pessoa física concomitantemente, no momento do nascimento; no entanto, para que os atos desta sejam juridicamente válidos, imperioso a plena capacidade, nos termos do art. 82 do Código Civil Brasileiro.

Lembra Pierangeli (2001) que havendo mais de um titular do bem, é imprescindível o consentimento de todos eles, sob pena de restar prejudicada a aplicação do instituto em comento.

No que tange à pessoa jurídica, seja ela pública ou privada, o consentimento será exercido por meio de seu representante legal, nos limites de seus poderes, sendo importante ressaltar que é inaceitável o consentimento nos delitos de natureza exclusivamente pessoal, conforme posiciona Pierangeli (2001).

A idade mínima do consenciente é uma questão controversa em nosso ordenamento jurídico, sendo alvo de discussão, haja vista a ausência de determinação expressa na legislação vigente. Buscando suprir a mencionada lacuna, os doutrinadores, em sua maioria, chegaram ao consenso de que “[...] o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, 18 anos” (PIERANGELI, 2001, p. 138).

Por razões lógicas, tendo o Código Penal determinado a idade na qual o indivíduo adquire a capacidade penal, sendo esta comum a todos, não se poderia cogitar que a validade do consentimento se orientasse por outra idade, senão 18 anos.

2.4.2. Requisitos objetivos

Além das condições atinentes ao agente que consente, a validade de sua aquiescência depende, ainda, de aspectos objetivos. Segundo Alessandra Greco (2004, p. 101), “[...] o consentimento para ser válido deverá ser claro, sério, livre e determinado, identificando de forma inequívoca uma manifestação de vontade por parte do titular do bem jurídico”.

A referida manifestação poderá ser realizada de modo expresso ou tácito; no entanto, conforme frisa Pierangeli (2001), a simples inércia da vítima não pode ser admitida como consentimento.

Para Pierangeli (2001) é imprescindível que o consentimento, ainda que tácito, seja reconhecível, isto é, o agente deve ter completa ciência de que está atuando sob o assentimento do titular do bem jurídico.

O consentimento independe de forma determinada, podendo ser externado mediante comunicação oral direta ou indireta, escrita ou mesmo por gestos. No que tange ao tempo da manifestação, não há acordo na doutrina. Alguns autores, como Grispiigni,

defendem que se os atos de execução foram iniciados, o consentimento não terá o condão de justificar a ação, devendo o agente responder pela tentativa.

Admitindo-se a teoria da renúncia da tutela jurídica, conclui Pierangeli (2001, p. 157) que

o consentimento será válido e apto a produção de seu efeito justificante todas as vezes que preceder a realização do evento. Daí, em razão da ação estar ainda em curso e o evento não se verificou, ficam justificados pelo consentimento todos os idôneos que se desenvolveram antes do cumprimento do consentimento.

Vale mencionar, que decorridos todos os atos de execução, o consentimento não acarretará efeito no sentido de excluir a antijuridicidade, mesmo porque, se assim fosse, estaria mitigado o critério do reconhecimento do consentimento.

Considerando que o consentimento não obriga o titular do bem jurídico, até o momento em que o agente executa ação autorizada, poderá o mesmo ser revogado, não obstante a sua motivação. Se a revogação se dá anteriormente à ocorrência do evento, os atos já praticados restarão justificados, enquanto os seguintes, persistindo o agente, serão a ele imputados. Logicamente, a revogação depois de ocorrido o evento, não terá eficácia.

Por fim, reforça Pierangeli (2001) que, em geral, a revogação deve ser feita da mesma maneira pela qual foi dado o consentimento.

2.4.3. Elementos acidentais

Aos requisitos subjetivos e objetivos devem ser somados os elementos acidentais, que não consistem em pressupostos fundamentais à validade e eficácia do consentimento e se manifestam por meio da condição, termo e modo.

São as denominadas cláusulas acessórias, isto é, “[...] tudo o que os participantes de uma relação jurídica convencionam, em especial ou diversamente das disposições supletivas da lei” (PIERANGELI, 2001, p. 159).

Pierangeli (2001) observa, ainda, que os elementos acidentais somente irão incidir no exame do consentimento quando o agente tenha ciência dos mesmos, anteriormente ao fato ou, ao menos, durante sua execução.

A condição é qualquer evento futuro e incerto ao qual se subordina o resultado, podendo ser resolutiva ou suspensiva.

Será resolutiva quando o implemento da condição tornará o ato sem efeito, voltando-se, dentro do possível, ao *status quo antem*. Assim, no contexto em estudo, “[...] se se trata de consentimento submetido a uma condição resolutiva, essa anuência terá validade e eficácia quando a condição vier a se realizar” (PIERANGELI, 2001, p. 160).

Na condição suspensiva, por outro lado, a eficácia do ato estará atrelada à realização do fato futuro e incerto. No entanto, tal modalidade não se aplica ao consentimento, pois “[...] mesmo na eventualidade de uma realização posterior da condição suspen-

siva, esta não produz qualquer efeito para a exclusão da antijuridicidade, já que o fato foi cumprido antes da realização da condição” (PIERANGELI, 2001, p. 160).

O termo é elemento accidental que se destina à fixação de um prazo, que determina a extensão cronológica da eficácia do ato consentido, isto é, a partir de quando ou até quando o agente possui a aquiescência do ofendido.

Por derradeiro, temos o modo pelo qual a conduta assentida deva ser praticada pelo agente, sendo este fixado pelo consenciente.

3. Considerações sobre da teoria da imputação objetiva

3.1. Breves apontamentos acerca do funcionalismo

Para abordar o critérios da autocolocação da vítima em risco faz-se mister tecer alguns comentários sobre o sistema funcionalista, base da imputação objetiva, a qual prevê o mencionado critério.

Insta ressaltar que, inicialmente, a teoria do delito era regida pelo sistema naturalista, no qual, segundo Luís Greco (2000), são adotados aspectos formais sem qualquer observância mínima ao conteúdo.

A fim de superar as ásperas críticas ao sistema naturalista, emergiu o sistema neokantiano, que preconizava a construção de conceitos por meio do plano teleológico.

Chega-se, então, na década de 30, ao sistema finalista, adotado pelo ordenamento penal vigente, fundado principalmente por Welzel, o qual estabelece que o homem só age finalisticamente, guiado pela vontade humana, alicerçando o sistema primordialmente no conceito de ação. Assim, o sistema finalista proporcionou intensa mudança, retirando o dolo da culpabilidade e colocando-o na tipicidade.

Todavia, para os funcionalistas, o sistema finalista, com ânsia de superar o neokantismo, acabou esbarrando novamente no naturalismo, mostrando-se, assim, inadequado.

Conforme assevera Luís Greco (2000, p. 123):

[...] Se o neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica do ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico.

Portanto, o sistema funcionalista, para Luís Greco (2000), aparece como resposta às lacunas até então não preenchidas pelos demais sistemas.

A primeira teoria puramente funcional adveio das ideias de Niklas Luhmann e tem cunho sociológico, centrado no conceito de expectativa, “[...] que orienta o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade tornando a vida mais previsível e menos segura” (GRECO, 2000. p.123).

Em apertada síntese, Luhmann sustenta que o direito, em virtude de sua função, não pode estar incomunicável com o sistema social, sendo imprescindível, inclusive, como fundamento de sanção. Nesta esteira de entendimento, a norma jurídica irá exercer um papel essencialmente funcional, consistindo em proporcionar estabilidade ao sistema social, por meio da codificação das expectativas exigidas socialmente.

O sistema social estabelece o modelo de conduta padrão, fornecendo aos homens as expectativas que podem ter diante de um semelhante². A partir dessa concepção, iniciou-se a construção do funcionalismo no direito penal, mormente por dois renomados doutrinadores, quais sejam, Claus Roxin e Günther Jakobs.

Roxin (2002a) atribui ao direito penal nuance teleológica e funcional, de modo a atender à finalidade das normas jurídicas, por meio da função social da mesma, afastando o sistema finalista. O funcionalismo de Roxin é caracterizado pela ascensão da política-crimal, e sua integração junto ao ordenamento.

Jakobs, acostado às ideias de Luhmann, elabora o sistema funcionalista sob o argumento de que o direito, como conjunto de regras implementado no sistema social, tem uma função precípua de, por meio da pena, reafirmar a validade das normas, bem como ratificar as expectativas dos homens que compõem a sociedade em que vige a legislação violada.

O funcionalismo exige uma nova conceituação dos elementos que integram a teoria do delito, adaptando-os a essa visão do direito penal, na qual o mesmo cumpre uma função no sistema social. Dentre os elementos, encontra-se a teoria da imputação objetiva, que reformula o tipo objetivo, compondo a dogmática da parte geral reconstruída sob o enfoque funcionalista.

3.2. Evolução e conceito da teoria da imputação objetiva

Diante da necessidade da criação de novas proposições, que amparassem o funcionalismo, foi retomada por Claus Roxin a teoria criada por Karl Larenz em 1927, denominada imputação objetiva.

Segundo Alessandra Greco (2004, p. 74):

Essa teoria encontra raízes na filosofia de Hegel, no século XIX. O objetivo do conceito de ação para Hegel e desenvolvido pela escola hegeliana era imputar ao sujeito, entre as multiplicidades de cursos causais, somente aquele que pode ser considerado como obra sua. Neste sentido, imputação significava atribuir um fato ao sujeito através de critérios objetivos.

Karl Larenz, na verdade, criou a imputação objetiva com vistas à aplicá-la na esfera cível, delimitando os fatos próprios e os acontecimentos acidentais, para determinar

² “[...] O direito penal é orientado, político-criminalmente, pela consideração de suas consequências. Posteriormente, Jakobs estabeleceu as bases de um direito penal funcional, no qual sua missão fica restrita à estabilização das expectativas que se podem aceitar para o convívio social” (ROCHA, 2002, p. 24).

se um acontecimento é ou não obra de determinado sujeito. Seu juízo, portanto, será teleológico, “dada a capacidade da vontade humana de estabelecer e realizar fins e dirigir o curso causal a uma meta determinada, a vontade domina o que acontece na natureza e o converte em fato próprio” (GRECO, 2004, p. 76).

Em 1930, Richard Honing transferiu as ideias de Larenz para o âmbito penal, com o escopo de elaborar critérios utilizados para imputar à alguém determinados resultados. Roxin, então, desenvolve a teoria, acrescentando à mesma critérios objetivos, norteadores da tarefa árdua de imputação de um resultado lesivo a um indivíduo. Segundo Claus Roxin (2002a), de modo simplificado, a teoria da imputação objetiva diz que

[...] um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.

A mais patente modificação apresentada pela teoria da imputação objetiva se relaciona à relação de causalidade. Até então, a causalidade era explicada por meio da teoria da equivalência dos antecedentes, atribuída a Julius Glaser e desenvolvida por Maximilian von Buri.

A distinta teoria, também conhecida como *conditio sine qua non*, foi acolhida pelo atual Código Penal, em seu artigo 13. Em síntese, ela estabelece que, mediante a aplicação do método indutivo hipotético de eliminação, segundo o qual “[...] eliminando-se mentalmente a ação indaga-se sobre a produção do resultado, da forma como ocorreu” (ROCHA, 2002, p. 47), verifica-se se sem ela o resultado não teria se implementado.

Assim, haverá nexos causal sempre que uma ação ou omissão concorrer para a concretização do resultado. Observa-se, portanto, tratar-se de uma causalidade restritamente material.

A teoria da imputação objetiva inovou ao somar à causalidade física a causalidade jurídica, ou seja, não há que se falar em negativa da teoria da equivalência dos antecedentes, mas um aperfeiçoamento desta.

Vale reiterar que a imputação objetiva consiste na “[...] atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização” (ROCHA, 2002, p. 43).

Segundo a teoria, a imputação decorre de um nexo material entre ação e resultado; no entanto, em algumas hipóteses (como nos crimes omissivos impróprios), nas quais não se vislumbra a causalidade física, a vinculação será estabelecida pela norma jurídica. É o que explica Rocha (2002, p. 43):

[...] Não existindo relação de causalidade física, é a norma jurídica que estabelece a vinculação entre a inatividade e o resultado indesejado. Daí falar-se em causalidade normativa, criação especulativa exclusiva do direito penal. Na verdade, o resultado é produzi-

do pelas forças que o determinam, e não pela ausência de impedimento. A omissão não contribui para a produção do resultado, e o processo causal que produz é estranho ao omitente, o qual apenas não interrompe o desenvolvimento das forças que causam o resultado com a ação esperada. Causar o resultado não é a mesma coisa que não o impedir.

A causalidade sob o ponto de vista da imputação objetiva e segundo os preceitos de Claus Roxin, é alicerçada na política criminal, assim, a causalidade deve orientar-se não por dados ontológicos, mas pelos fins do direito penal.

Destarte, na imputação objetiva a relação de causalidade é calcada entre o nexo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico, a chamada causalidade normativa.

3.3. Critérios objetivos norteadores

Fora mencionado que a teoria da imputação objetiva visa alcançar um “método” de imputação eficiente, ensejando consequências justas e adequadas. Para tanto, foram desenvolvidos por Roxin critérios norteadores, os quais serão objetos de estudo do presente tópico.

3.3.1. Criação de um risco permitido, princípio da confiança e risco proibido

Considerando a finalidade do direito penal, a saber, a proteção de bens jurídicos, conclui-se que apenas as ações perigosas serão alvos de proibição, sob pena de se limitar à liberdade dos indivíduos sem parâmetro de proporcionalidade. Todavia, nem todas as ações perigosas serão proibidas.

O risco criado será proibido ou não, de acordo com “[...] uma ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos, que tende a proibir toda ação perigosa, e o interesse geral de liberdade [...]” (GRECO, 2005, p. 38).

Vale mencionar que a avaliação do risco criado toma como critério geral objetivo o homem prudente e não o homem médio. Assim, afasta-se a exigência de que alguém seja obrigado a um dever de cuidado além de suas forças. Nas palavras de Greco (2005, p. 26), “[...] uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico”.

O chamado risco tolerado consiste naquele inerente à sociedade contemporânea, indispensável ao progresso e à relação interpessoal, sendo que as condutas assim entendidas serão penalmente irrelevantes. Exemplo claro ocorre no trânsito; indubitável que o motorista, ao conduzir um veículo, está a todo tempo se submetendo aos riscos atinentes à atividade; no entanto, tal risco é socialmente aceito, pois proporciona um benefício à generalidade.

Jakobs (2000, p. 38) manifesta que “[...] numa sociedade de liberdades só se pode gerar a permissão de um risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem suportará os custos”.

A averiguação da permissibilidade de um risco é aferida a partir do princípio da confiança², segundo o qual, “[...] uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos” (ROXIN, 2002a, p. 14).

Ainda, sobre o risco permitido, sustenta Claus Roxin (2002a, p. 17):

Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causalção não deve ser imputada ao tipo objetivo.

O contrário pode ser dito do risco proibido, que é rechaçado pela sociedade, e irá gerar consequências no mundo penal.

Greco (2005) ensina que o risco juridicamente desaprovado se submete a três critérios, quais sejam: a violação de normas de segurança, a infringência ao princípio da confiança e comportamento contrário ao padrão dos homens prudentes.

As normas de segurança, jurídicas ou não, estabelecem regras que visam indicar as condutas perigosas ou a maneira correta de agir. Isso ocorre, por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro. Ou seja:

Se por outro lado, o risco permitido for ultrapassado, através, por exemplo, de desrespeito às normas de segurança, a causalção de um resultado de lesões corporais decorrente desta violação representará uma ação de lesões corporais, que será punível a título de dolo ou culpa, a depender da disposição psíquica de seu responsável (ROXIN, 2002, p. 17).

Destarte, o resultado lesivo será imputado ao agente tão-somente quando estabelecer uma situação que ultrapasse o limite do risco permitido.

3.3.2. *Diminuição do risco*

Haverá diminuição do risco quando o agente não criou o perigo e tentou diminuí-lo, muito embora tenha dado causa a um resultado danoso. Quando se implementar o referido critério norteador, o resultado não será imputado ao agente, tendo em vista que o mesmo evitou um dano maior ao bem jurídico.

A avaliação do risco deve ser realizada em um momento *ex ante*, pois, só assim, constata-se que a vítima está próxima de ter um bem jurídico lesionado. A diminuição

² “[...] importante observar que o princípio comporta, reconhecidamente, exceções ou restrições: ninguém pode confiar em quem não é digno de confiança, como uma criança ou um doente mental (não se pode dirigir despreocupadamente, se se vê que há crianças jogando futebol na rua); da mesma forma a confiança será injustificada se há indícios concretos no sentido de que o comportamento antijurídico de terceiro será praticado [...]” (GRECO, 2005, p. 55).

do risco, conforme assevera Claus Roxin (2002a), reduz a probabilidade de uma lesão e, por isso, não pode ser admitida como ação típica. Aconselhável lembrar que a substituição de um risco pode vir a configurar caso de estado de necessidade e não de diminuição do risco.

3.3.3. *Âmbito de proteção da norma*

Para a imputação de um resultado a alguém, necessário nexos direto entre o risco criado e o resultado produzido. Assim, “[...] quando a extensão punitiva do tipo incriminador não abrange o gênero de risco criado pelo agente ao bem jurídico e nem o resultado ou as circunstâncias dele advindas, não há imputação objetiva” (GRECO, 2004, p. 148).

Prado (2005) ensina que somente os danos diretos são abraçados pela esfera de proteção da norma. Isto é, ao autor não serão imputados danos secundários, indiretos, ou que não estejam abrangidos pelo injusto penal. Exemplo da incidência do critério do âmbito de proteção da norma seria a mãe de uma vítima de homicídio, que ao saber do falecimento, sofre um infarto e morre. Por certo, o homicida não irá responder pela segunda morte, uma vez que se encontra fora da esfera de proteção do tipo penal em questão.

3.3.4. *Proibição de regresso*

O critério de proibição de regresso ocorre, segundo Alessandra Greco (2004, p. 147), “[...] quando um comportamento anterior considerado inócuo não pode ser considerado co-autoria ou participação em conduta futura proibida”. Esse critério não tem aceitação unânime entre os autores, justificada pela confusão que o mesmo provoca na doutrina.

Para fins do presente estudo, admitir-se-á que a proibição de regresso como critério de exclusão da imputação, em virtude de uma contribuição não dolosa para atuação dolosa posterior, conforme menciona Luís Greco (2005).

3.3.5. *Cursos causais hipotéticos*

Os cursos causais hipotéticos consistem em situações nas quais não obstante a conduta diversa do agente, ainda assim, o resultado se implementaria.

Há divergência na doutrina quanto à eficácia deste critério para excluir a imputação. Luís Greco sustenta que “[...] o direito não nega proteção a um bem apenas pelo fato de que este bem já esteja em perigo” (2005, p. 80). Lado outro, há quem defenda que a imputação restará excluída se a houver a modificação da causalidade, sem que haja mudança na amplitude do risco³.

³ Como exemplo, temos o “[...] trem descontrolado que se encontra em rota de colisão com uma pedra gigantesca, que é desviado para o trilho paralelo, o qual também está bloqueado pela mesma pedra” (GRECO, 2005, p. 81).

3.3.6. A autocolocação da vítima em risco

A autocolocação da vítima em risco, também denominada como ação a próprio risco, integrante do cerne do presente estudo, merece ser melhor detalhada em capítulo à parte, o que faremos a seguir.

4. Autocolocação da vítima em risco

4.1. Origem

Fora visto no capítulo anterior que, Claus Roxin, a partir da teoria criada por Karl Larenz e Richard Honing, desenvolveu critérios de imputação objetiva. Dentre os quais, está elencada a autocolocação da vítima em risco, alvo de estudo do presente capítulo.

No introito deste trabalho fora mencionado que hoje a vítima não pode ser entendida exclusivamente como a pessoa sobre a qual recaem as consequências da ação criminosa, permanecendo inerte face ao agente. Restou observado que o ofendido interatua com o sujeito ativo, contribuindo para sua conduta e, algumas vezes, colocando a si próprio em uma situação de risco que, conseqüentemente, acarretará o resultado lesivo. Acrescenta Alessandra Greco (2004, p. 111) que

deve-se abandonar de vez o conceito estático de vítima, como sendo o sujeito passivo do delito. A vítima interage com o criminoso e com o meio, e devemos, para tingir uma visão completa dos fatos, estudar seu comportamento. Deste raciocínio surge uma concepção mais moderna de direito penal, em que não há espaço para as interpretações mais tradicionais e ultrapassadas.

Em virtude dessa interação, imperioso e interessante o exame da autocolocação da vítima em risco. O aludido critério surgiu por meio de uma construção jurisprudencial alemã, com o escopo de ser aplicado em três situações específicas, sendo elas: morte de viciado por Aids contraída por meio do compartilhamento de agulha, na participação em suicídio e na transmissão de Aids por meio de relação sexual quando o parceiro consente na relação, mesmo ciente dos riscos.

Assinala Alessandra Greco (2004) que a finalidade da autocolocação da vítima em risco é a adequada imputação do resultado ao agente, por meio da retirada de sobrecarga na culpabilidade do autor, tendo em vista que a conduta do ofendido igualmente forneceu elementos para a produção do resultado.

Em 1983 o Supremo Tribunal da Alemanha deu o primeiro crédito ao critério, aplicando-o ao caso de um usuário que veio a falecer após o consumo em conjunto de substância entorpecente⁴. A ementa da decisão assim dizia:

⁴ O *leading case* da jurisprudência alemã foi o famoso caso da seringa de heroína: a vítima, conhecida socialmente como viciado, não conseguia comprar seringas em farmácia alguma. Ela

Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo auto-responsável não estarão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realiza. Quem apenas prova, possibilita, ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio (GRECO, 2005, p. 64).

No entanto, tal julgado foi extremamente criticado por alguns estudiosos, uma vez que, o comportamento do drogado sobrevivente não se amolda a nenhum tipo objetivo, estando ausente, ainda, o dolo ou a culpa.

Aliás, há quem afirme que a autocolocação não merece guarida, devendo ser privilegiada a aplicação de institutos mais tradicionais, que não gerem tanta polêmica e confusão ao raciocínio jurídico. Todavia, com a ascensão da teoria da imputação objetiva, a tendência é que seus critérios sejam cada vez mais admitidos, o que nos parece um grande avanço para o Direito Penal.

O princípio da subsidiariedade preceitua que o direito penal só deveria incidir sobre situações cujo titular do bem jurídico, efetivamente, não disponha de meios para protegê-lo. É nesse princípio que se assenta a autocolocação da vítima em risco.

No entanto, é preciso compreender que não se pode cobrar do titular que viva em função do bem jurídico, “colocando-o em uma cúpula”, e, por isso, há que se determinar um padrão das medidas protetoras exigíveis. Em escólios sobre o assunto, melhor sintetiza Alessandra Greco (2004, p. 115):

Pode-se dizer que, em resumo, o núcleo central do princípio de subsidiariedade viria a depender da determinação das possibilidades individuais de proteção. Evidentemente, esta tarefa apresenta uma série de dificuldades, porque não se pode estar em constante alerta e construindo, sem trégua, um muro protetor ao redor do bem jurídico. Em consequência, o primeiro passo a ser dado é a determinação do tipo e da quantidade de perigo diante da qual deve reagir o titular do bem jurídico. E quanto ao perigo, deve se distinguir o perigo geral das intensidades de perigo para determinados bens jurídicos. Destas últimas (intensidades de perigo para determinados bens jurídicos) dependerá a criação de novos tipos de ataque para o bem jurídico que, ademais, tendem a desenvolver-se se forma muito mais rápida que a reação por parte do legislador para cobrir essas novas vias de proteção.

Relevante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não tem disposição expressa acerca do comportamento da vítima, ressalvado o art. 59 do Código Penal, que, no entanto, refere-se somente a uma circunstância judicial incidente na fixação da pena privativa de liberdade.

recorre, portanto, ao autor, o qual compra as seringas. Os dois se injetam da droga, adormecem, e depois só o autor acorda, a vítima não (GRECO, 2005, p. 63).

4.2. Conceito e critérios de aplicação

Como já adiantado, a autocolocação da vítima em risco é um desdobramento da teoria da imputação objetiva, criada pela jurisprudência alemã, que busca uma imputação adequada do resultado ao agente.

Luís Greco (2005, p. 62) afirma que “[...] hoje costuma-se admitir que quem se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima não pode ser punido caso as coisas de fato acabem mal”.

Certamente, a aplicação deste critério não se opera de modo aleatório, sendo imprescindível que todos os elementos estejam presentes. Segundo Alessandra Greco (2004, p. 104), “[...] a autocolocação da vítima em risco exige que ela atue voluntariamente e de forma arriscada livremente, e para que se faça uso dela é necessário que se faça uma análise em conjunto com os demais elementos da imputação objetiva”.

Além do comportamento livre e consciente da vítima, é preciso que o mesmo seja determinante para a consecução de um resultado lesivo que, em princípio, não foi desejado por nenhuma das partes. Cumpre asseverar que a autocolocação se justifica pelo consenso entre autor e vítima na criação do risco.

Apenas aos bens jurídicos individuais aplica-se a autocolocação em risco, pois, conforme já explicado no tópico 2.2 do presente trabalho, os bens atinentes aos interesses difusos não comportam margem de disponibilidade.

Ademais, a vítima deve ser imputável, isto é, precisa ter atingido a maioridade penal, bem como estar em pleno gozo de suas faculdades mentais. Logo, estará apta a dispor livremente de seus bens jurídicos e se colocar em uma situação de risco.

Luís Greco (2005) acrescenta, ainda, que não haverá exclusão da responsabilidade do agente, caso o mesmo tenha conhecimentos superiores aos da vítima acerca do risco a que almeja. Destarte, quando a própria vítima se coloca em uma situação de risco por ela criada, gerando um resultado, que poderia ser evitado por meio de sua omissão, não há que se falar em imputação a um terceiro, posto que o ofendido concorreu de forma consistente para a produção do resultado.

4.3. Efeitos da aplicação da autocolocação da vítima em risco

A aplicação da autocolocação da vítima em risco também se mostra como tema controverso, ainda em discussão pela doutrina.

Autores renomados como Jakobs e Hassemer sustentam que o comportamento da vítima deva ser analisado na fixação da pena, não sendo causa, jamais, de exclusão do tipo. Alessandra Greco (2004), seguindo o posicionamento de Schünemann – o qual defende que dependendo da contribuição dada pelo ofendido ao delito, o agente ficará isento de pena – acrescenta que a autocolocação da vítima em risco, ora excluirá a tipicidade, ora atenuará a pena do autor do crime.

Assim, nos é permitido concluir que, sendo a autocolocação da vítima em risco um novo critério norteador da teoria da imputação objetiva, nos casos em que os requisitos do instituto em comento forem plenamente preenchidos, teremos a exclusão da

imputação do resultado ao agente, assumindo o fato a condição de penalmente irrelevante.

De outro giro, quando o comportamento do ofendido não for capaz de excluir a imputação do resultado ao agente, deve ao menos ser considerado quando da aplicação da pena, atenuando-a.

Cumprir lembrar que a retirada da sobrecarga do agente não pode acarretar o deslocamento da responsabilização para a vítima.

5. Distinções

O objetivo precípua do presente trabalho é diferenciar os institutos do consentimento do ofendido e da autocolocação da vítima em risco; o que faremos a seguir. Com base na pesquisa bibliográfica e na leitura dos capítulos acima, é possível vislumbrar a influência da vitimodogmática em ambos os institutos. Isto é, têm como cerne a contribuição da vítima para o crime, através de seu comportamento.

Em poucas e simples palavras, define-se o consentimento do ofendido como “[...] a autorização da vítima para que o agente cometa o crime” (GRECO, 2004, p. 163).

Já a ação a próprio risco se nos apresenta como instituto mais recente, permeado por aspectos complexos e ainda pouco delimitados. Não poderia ser diferente, tendo em vista a sua origem na teoria da imputação objetiva, igualmente polêmica.

Como conceito de autocolocação da vítima em risco, temos que se trata de um critério objetivo acrescido à teoria da imputação objetiva, criado pela jurisprudência alemã.

Segundo o mencionado critério, o mesmo operar-se-á quando a vítima “[...] se coloca espontaneamente em uma situação de risco” (GRECO, 2004, p. 171), ou seja, a vítima concorre efetivamente para a conduta delituosa. Destarte, a partir do significado dos institutos, já são ventiladas algumas distinções.

Enquanto na ação a próprio risco a vítima se coloca em perigo mediante suas próprias ações, inclusive organizando a empreitada, no consentimento do ofendido este apenas permite que o agente pratique os atos de execução. Observa-se nitidamente diferentes níveis de participação da vítima.

Ademais, no consentimento há a certeza da produção de um resultado lesivo ao bem jurídico, pois é este resultado o que está autorizado pelo ofendido. Na autocolocação em risco, a anuência se refere apenas à produção de uma situação de risco para o bem jurídico, crendo a vítima em um desenlace feliz⁵.

⁵ [...] Confusão já começa a ser feita também no Brasil, entre imputação objetiva e consentimento do ofendido, porque ganha cada vez mais espaço na doutrina moderna a idéia de que o consentimento tem por objeto não apenas a ação perigosa, como também o resultado de dano, de modo que se a vítima aceita que outra pessoa participe de uma conduta perigosa, isso não significa que ela tenha consentido no resultado, na lesão (GRECO, 2005, p. 66).

O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco

Para Alessandra Greco (2004), o núcleo de diferenciação entre os dois institutos encontra-se, conforme já demonstrado, exatamente no nível de vontade da vítima, dirigida ao resultado.

O consentimento do ofendido tem delineado os requisitos para sua válida incidência, dividindo-se em objetivos e subjetivos. É imperioso que o bem jurídico seja disponível, que o consentiente seja pessoa maior de 18 (dezoito) anos, em pleno gozo de suas faculdades mentais, e, por fim, que o assentimento não contenha nenhum vício.

Por sua vez, quando o próprio titular do bem jurídico o coloca em situação de risco, não deverá ser acionado o direito penal, desde que a vítima seja maior de 18 (dezoito) anos, em pleno uso de sua capacidade mental, que aja voluntariamente, consciente dos prováveis riscos a que exporá o bem, devendo seu comportamento ser livre e determinante para a concretização do resultado lesivo, não querido por nenhum dos envolvidos.

O grau de envolvimento do titular do bem jurídico é decisivo na seleção do instituto a ser aplicado. Pondera-se, ainda, que a aplicação de um ou de outro, poderá ensejar efeitos coincidentes ou distintos. Logo, despontando o consentimento do ofendido, o caso concreto irá conduzir para a exclusão da tipicidade ou para a exclusão da ilicitude. Prevalendo a autocolocação da vítima em risco, poderá se cogitar a exclusão da tipicidade ou a atenuação da pena do autor do delito, dependendo do evento.

6. Considerações finais

Após o estudo realizado, mister se faz tecer alguns comentários finais, que, além de selar o conteúdo abordado, apontará para um ponto de vista genérico em relação aos institutos abordados, bem como, seus reflexos na atual conjuntura penal.

Os sérios problemas da criminalidade indicam que o sistema penal vigente não se mostra eficiente na proteção dos bens jurídicos. Por outro lado, não nos é mais permitido ignorar a presença da vítima na dinâmica do crime.

Para superar esse déficit, alguns estudiosos defendem que o caminho adequado a ser percorrido é o da superação do finalismo, desvencilhando o direito penal do sistema fechado, no qual para cada fato há uma norma, com possíveis adaptações realizadas pela jurisprudência.

Nesse sentido, emerge o funcionalismo, apresentando-nos a teoria da imputação objetiva, como uma nova forma de se atribuir o fato a alguém, mediante critérios objetivos, analisados anteriormente aos elementos do crime (tipicidade, ilicitude, culpabilidade), com a evidência de que a inserção da autocolocação da vítima em risco no ordenamento penal brasileiro necessita da adoção *a priori* da imputação objetiva.

Alessandra Greco (2004) afirma que a autocolocação da vítima em risco deva ser admitida como um instituto autônomo, assim como é feito com o consentimento do ofendido, muito embora o mesmo não esteja positivado.

Adotando-se a imputação objetiva alcança-se solução para muitas questões divergentes, pois, segundo a teoria, todos os bens são disponíveis, podendo a vítima abrir mão da proteção jurídica conferida pelo Estado.

É preciso, ainda, que o consentimento do ofendido seja normatizado, a fim de que sua aplicação se dê de maneira mais frequente, e, que os doutrinadores dediquem mais tempo ao seu estudo e aprimoramento, pois, reiterar-se, a vítima muitas vezes contribui para a ocorrência do fato criminoso, não podendo ser desconsiderado o seu comportamento.

Essas mudanças no sistema penal ensejariam o fim do paternalismo demasiado em relação aos bens jurídicos, que, em algumas situações, foram lesados pela própria vítima, ou com o consentimento da mesma, demonstrando verdadeira afronta ao princípio da subsidiariedade.

Vale lembrar que, salvo o consentimento do ofendido, os demais institutos abrangidos no presente trabalho são recentes, e, certamente ainda serão alvos de intensas discussões, e mais, de modificações, com o escopo de se atingir o melhor sistema possível, atendendo as necessidades da sociedade contemporânea.

Referências

BRASIL. *Código Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 985p. (Legislação brasileira)

BRUNO, Aníbal Bruno. *Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 189p.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, out./dez. 2000.

GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. 173p.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 94p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1.º a 120 do CP*. 23 ed. rev. atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006. 483p.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 284p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral: arts. 1.º a 120*. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 859p.

ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. *Imputação objetiva*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 112p.

O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a. 383p.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 38, jul.-set. 2002b.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 12, vol. 12, 1969.