REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60.811-024 – Fortaleza-CE

Home page: www.fa7.edu.br

DIRETOR GERAL

Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO

Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO

Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA GERAL

Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES DE CURSOS:

Administração: Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Luiz Daniel de Albuquerque Dias

Direito: Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Selene Maria Penaforte Silveira

Sistemas de Informação: Guy Barroso

Comunicação Social: Ismael Furtado

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Vol. 2, nº 1, Abril de 2005

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro /

Faculdade 7 de Setembro – v. 2, nº 1, (jan./dez. 2005) – Fortaleza: Bookmaker, 2005.

v. 2 : il. 21 cm

Publicação anual

ISSN 1809-5836

1 – Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro – FA7.

2 – Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Andréia Sabóia Medeiros .

Camila Austregésilo Diniz .

Ludmila Freitas Andrade .

Luís Humberto Nunes Quezado .

Matheus Lima Marques .

Milleane Nunes Pereira .

Raimundo Nonato Chaves Neto .

Raquel Moura da Cruz Soares .

Sâmia Regina Feitoza do Nascimento .

Sérgio Borges Nery .

Ticiane Marques Vieira .

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60.811-024 – Fortaleza-CE

Telefone: 85 – 4006-7600 – E-mail: fa7@fa7.edu.br

EDITOR

Maria Vital da Rocha

CONSELHO EDITORIAL

Agerson Tabosa Pinto

Alécio Saraiva Diniz

Ângela Teresa Gondim Carneiro

Danilo Fontenelle Sampaio

Ednilo Gomes de Soárez

Felipe dos Reis Barroso

Fernando Antônio Negreiros Lima

Ionilton Pereira do Vale

Isabelle de Menezes Ferreira

João Luis Nogueira Matias

José Feliciano de Carvalho

Luiz Dias Martins Filho

Maria Vital da Rocha

Natércia Sampaio Siqueira

Otávio Luiz Rodrigues Junior

Regina Beatriz Tavares da Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Carlos Rios / Haroldo Ribeiro

PROJETO GRÁFICO

BookMaker

Tiragem: 750 exemplares

ISSN 1809-5836

APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito da FA7 vem se afirmando, cada vez mais, como um ambiente propício à emanção do pensamento jurídico, com a realização permanente de atividades que visam a formação de profissionais com capacidade para:

- leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- interpretação e aplicação do Direito;
- pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- julgamento e tomada de decisões;
- domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

Foi neste contexto que nasceu a Revista Jurídica da FA7, que ora se apresenta em seu segundo volume, completamente dedicado à produção científica dos alunos do Curso de Direito, como testemunha do esforço da instituição no sentido de desenvolver as habilidades e competências acima arroladas.

SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO

Personalidade Civil: no Direito Romano e no Direito Atual (Andréia Sabóia Medeiros)	11
Bibliografia	22
Dolo Eventual X Culpa Consciente nos Resultados Lesivos Advindo dos Crimes de Trânsito – Racha (Camila Austregésilo Diniz e Raquel Moura da Cruz Soares)	23
Bibliografia	40
Culpados, até que se Prove o Contrário (Carlos Eduardo Nogueira B. Pontes)	55
Critérios Informativos dos Juizados Especiais (Ludmila Freitas Andrade e Ticiania Marques Vieira)	55
Bibliografia	72
Contratos Eletrônicos (Luís Humberto Nunes Quezado)	73
Bibliografia	90
Lei dos Crimes Hediondos – LHC (Matheus Lima Marques)	91
Bibliografia	106
Cláusula Penal (Milleane Nunes Pereira)	107
Bibliografia	119
O Livre Acesso à Injustiça (Raimundo Nonato Chaves Neto)	121
Bibliografia	134
A Clemência no Caso dos Exploradores de Caverna (Sâmia Regina Feitoza do Nascimento)	135
Bibliografia	150
Revolução do Poder Constituinte Originário (Sérgio Borges Nery)	151
Bibliografia	180

Personalidade Civil: no Direito Romano e no Direito Atual

Andréia Sabóia Medeiros

Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro

Personalidade Civil: no Direito Romano e no Direito Atual

1 INTRODUÇÃO

A personalidade jurídica, a susceptibilidade de direitos e obrigações, corresponde a uma condição indispensável da realização por cada homem dos seus fins ou interesses na vida com os outros – e o direito existe a serviço dos homens. Hoje, o reconhecimento dessa qualidade jurídica a todos os seres humanos não é mais motivo de discussões.

O estudo a seguir conceituará personalidade, analisando-a frente ao Direito Romano e, posteriormente, no Direito atual, onde perceberemos quão importantes e numerosas foram as contribuições do Direito Romano para nosso direito moderno.

2 PERSONALIDADE NO DIREITO ROMANO

2.1. PESSOA FÍSICA OU NATURAL

O sujeito de direito é denominado, tecnicamente, no direito moderno, pessoa¹. Os romanos não possuíam termo específico para denominar pessoa. A palavra *persona*, donde veio pessoa, inicialmente significou máscara, posteriormente personagens, por fim, como estes são criaturas humanas, *persona* ganhou maior extensão, vindo a significar o próprio homem². E baseado em passagem única das Institutas³, preleciona AGERSON TABOSA: “*Embora os romanos não a tenham empregado com essa significação precisa, persona, designou o homem capaz de direitos*”⁴.

¹ José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, p. 90.

² Agerson Tabosa, Direito Romano, p.127.

³ Institutas, 1, 16, 4: “*Servus nullum caput habet*”. – O escravo não tem nenhuma capacidade.

⁴ Agerson Tabosa, op cit, p.128.

Existem duas categorias de pessoas: as pessoas físicas ou naturais (homens e mulheres que não fossem os escravos) e as pessoas jurídicas ou morais.

2. 2. REQUISITOS

As pessoas físicas são os seres humanos, mas, nem todo ser humano é pessoa física (basta verificar a condição do escravo)⁵. Para ser considerado pessoa física era mister o preenchimento de alguns requisitos, uns que se relacionam com a existência e outros com a capacidade. Nesse ponto, verificamos que o Direito Romano era mais criterioso que o direito brasileiro, como analisaremos a seguir.

2. 2. 1. Requisitos de Existência

Modernamente, basta o nascimento com vida para que se configure, juridicamente, o ser humano⁶. No entanto, em Roma, os requisitos para o reconhecimento existencial da pessoa se verificava quando eram preenchidas três condições: nascer vivo, ter forma humana e ser viável.

Nascer vivo – Segundo os juristas romanos, o feto era apenas porção da mulher ou de suas víceras “*partus enim antequam edatur, mulieris portio est uel uiscerum*”⁷ = o feto antes de vir à luz é porção da mulher, ou de suas víceras, portanto, não podia ser considerado homem “*partus nondum editus homo nos recte fuisse dicitur*” = o feto que ainda não foi dado à luz não se diz que seja um homem⁸. Verifica-se, com clareza, que era preciso não só o nascimento, mas sim, que ocorresse também a vida extra-uterina. O nascituro, por não preencher ainda esse primeiro requisito, não é considerado ser humano, mas, desde a concepção é protegido. E para resguardar o direito do nascituro, a mulher que o está gerando pode requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador, que terá como objetivo resguardar direitos que ele virá a ter quando for considerado pessoa física.

Ter forma humana – O nascimento não bastava, era preciso que o recém nascido tivesse forma humana⁹. Uma particularidade do direito romano não acolhida pelo direito brasileiro. No Código espanhol (art. 30) perma-

⁵ José Carlos Moreira Alves, op cit, p.90

⁶ CCB, art.2º “A personalidade começa com o nascimento com vida...”

⁷ Digesto, 25, 4, 1, 1, Ulpiano

⁸ Digesto, 35, 2, 9, 1, Papiniano

⁹ Digesto, 1, 5, 14, Paulo: “*Non sunt liberi qui contra formam humani generis more procreantur*”.

nece ainda essa exigência no recém-nascido e que tenha vivido desprendido do seio materno por 24 horas¹⁰. O indivíduo considerado *monstrum* jamais podia ter personalidade, capacidade jurídica. Segundo os romanos, existia essa hipótese que caracterizava como monstro o ser nascido de mulher: se, no todo ou em parte, possuísse configuração de animal (os romanos acreditavam na possibilidade da cópula entre mulher e animal que resultaria em seres híbridos). Hoje, via de regra, percebeu a medicina total impossibilidade do nascimento de novos seres em virtude desse tipo de relação carnal.

Ser viável – Além do nascimento com vida e da forma humana era preciso que o recém-nascido apresentasse a possibilidade de viver, aptidão à vida, sendo esta mais um requisito para à existência da pessoa física. Ao nascido prematuramente, antes de um período mínimo de seis meses, não era atribuída a personalidade, porquanto, segundo Hipócrates, esse era o menor tempo de gestação necessária para que a criança, depois de nascida, continuasse à viver, antes disso era considerado aborto.

2. 2. 2. Requisitos de Capacidade

O Direito Romano não reconhecia a todo e qualquer homem a qualidade de ser sujeito de direitos, como veremos no Direito Brasileiro, o escravo não possuía essa qualidade, uma vez que era considerado coisa (*res*), portanto, era considerado objeto de direitos. Além dos requisitos de existência já vistos acima, é necessário ter capacidade jurídica, ter personalidade. Primeiramente, é necessário fazer a diferença entre capacidade de direito e capacidade de fato. Capacidade de direito é a aptidão para a titularidade, inerente a toda pessoa física, e a capacidade de fato é a aptidão para o exercício¹¹. Por exemplo, em Roma, um impúbere *sui júris* tinha capacidade de direito, mas não possuía capacidade de fato uma vez que não podia produzir os efeitos decorrentes dos seus direitos.

No Direito Romano existiam os requisitos que serviam para avaliar a capacidade jurídica das pessoas, limitando aqueles que a tinham completamente. Esses requisitos eram chamados de *status*, que eram em número de três: *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*.

¹⁰ CCE, “Para los efectos civiles, solo se reputará nascido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido Del seno materno”.

¹¹ Agerson Tabosa, op cit, p. 132.

O *Status Libertatis* informava qual a posição do indivíduo perante a liberdade. No direito romano, ou os homens são livres ou são escravos¹². Os livres, por possuírem liberdade, tinham capacidade jurídica. Os escravos, por não serem livres, não podiam ser pessoas, logo, não tinham nenhuma capacidade. Por exemplo, não podiam casar-se legitimamente, não tinham patrimônio, não podia ser parte em juízo, enfim, eram apenas objetos de direito subjetivo. No *Status Civitatis* as pessoas, perante a cidade, podiam ser *cives* (cidadãos) ou *peregrini* (estrangeiros). Os estrangeiros sempre possuíram capacidade reduzida em relação aos cidadãos, estes podiam ter a capacidade plena. O cidadão romano possuía a faculdade de eleger-se magistrado (*ius honorum*), direito de votar (*ius suffragii*), dentre outros que não eram concedidos aos estrangeiros. Por fim, no *Status Familiae*, as pessoas, dentro da família romana, ou eram *sui júris*, ou seja, independentes do pátrio poder, com plena capacidade, ou eram *alieni júris*, isto é, de direito alheio, dependentes do pátrio poder, portanto, com capacidade reduzida. Esse *status* determina qual a amplitude da capacidade jurídica do cidadão no campo do direito.

Concluímos que para que o ser humano, no Direito Romano, adquirisse personalidade jurídica eram necessárias três características: ser livre, ser cidadão romano e que fosse *sui júris*.

2. 2. 3. **Cápitis Deminutiones**

A capacidade da pessoa física não era permanente, imutável. Por existirem os *status*, a capacidade da pessoa podia sofrer alterações que geralmente resultavam em reduções. Em virtude disso, a denominação de *cápitis deminutiones*, ou seja, diminuição de capacidade. Dependendo da intensidade da redução produzida, a *cápitis deminutio* podia ser máxima, média e mínima¹³.

Máxima – A pessoa que porventura perdesse a liberdade, sofria a máxima diminuição. Perderia a condição de pessoa, *persona*, e passava a ser escravo. Perdia o *status libertatis*, portanto, tornava-se inábil para ser titular de qualquer direito, era a sua própria morte civil, retirava do indivíduo o requisito da capacidade.

¹² Institutas, 1, 3, pr.: “*Summa itaque divisio de jure personarum haec est, quod omnes aut líberi sunt aut servi*”.

¹³ Institutas, 1, 16, pr.

Média – sofria a *cápitis deminutio* média o romano que perdesse a cidadania, passando a ser estrangeiro, e, em consequência, sofria restrições de direito inerentes aos estrangeiros. Essas restrições podiam abranger a esfera pública ou privada.

Mínima – A mudança de um indivíduo que era *sui júris* e passa a ser *alieni júris* implica em uma diminuição de capacidade que os romanos consideravam mínima. Era a *cápitis deminutio* mínima.

Além desses fatores que citamos acima, poderiam existir outras alterações que afetariam a capacidade das pessoas. Os principais fatores estavam ligados à idade, a saúde, sexo e religião.

Frente ao exposto, finalizamos o estudo sobre a personalidade no Direito Romano. Adiante, analisaremos a personalidade no Direito Brasileiro.

3 PERSONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. CONCEITO

Personalidade é o conjunto de princípios e de regras que protegem a pessoa, o ser humano, em todos os seus aspectos e manifestações.

A personalidade está intimamente ligada à idéia de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações¹⁴. Hoje, como resultado de uma conquista jurídica, ela é reconhecida a todo ser humano. ORLANDO GOMES, vale ressaltar, enfatizou ser a personalidade um atributo jurídico. Personalidade jurídica é requisito indispensável para ser sujeito de direito. A personalidade não irá depender da consciência e, muito menos, da vontade do indivíduo. O recém-nascido, o deficiente mental ou mesmo o indivíduo portador de enfermidade que por estas razões não podem exprimir consciência ou vontade são pessoas, logo, possuem personalidade.

Uma vez adquirida a personalidade o indivíduo, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou pessoa jurídica), passa a praticar os atos e negócios jurídicos dos mais diferentes modos. Considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele seu objeto¹⁵ não se excluindo na categoria de direito subjetivo; neste caso, os chamados

¹⁴ Clóvis Bevilacqua, Teoria Geral, § 3º.

¹⁵ Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, p. 27.

direitos da personalidade, expressamente reconhecidos pelo novo Código Civil (artigos 11 a 21) que buscam a visão da pessoa como valor, reconhecendo os atributos inerentes e indispensáveis a todo e qualquer ser humano. A personalidade, portanto, é o instituto básico do direito civil, e a pessoa, o seu núcleo fundamental. O direito protege-a e garante-lhe a reprodução e a conservação, por meio dos direitos da personalidade, do direito de família e do direito patrimonial.

No que se refere à pessoa natural ou física, objeto do Capítulo I, do Novo Código Civil, que substituiu a expressão “homem” por “pessoa”, excluindo qualquer tipo de discriminação, dispõe em seu art. 1º, que: “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Concluiu-se que a personalidade é atributo de qualquer pessoa, com um sentido de universalidade, como o artigo supracitado menciona, seja ela pessoa natural ou jurídica¹⁶.

3.2. AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE

A personalidade está intimamente ligada à pessoa humana. Sua duração, portanto, é a vida. Desde que o homem vive e enquanto viver possuirá personalidade. Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos¹⁷.

A personalidade jurídica, em nosso direito, tem início no nascimento com vida. Existem dois requisitos únicos: o nascimento e vida. O natimorto não adquire personalidade.

Entende-se por nascimento quando o feto é separado do ventre materno, naturalmente ou utilizando qualquer recurso obstétrico. A unidade biológica é desfeita, mãe e filho constituem dois corpos com manutenção orgânica própria.

A vida de um novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca ox carbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que deixe de existir em seguida. Desde que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical¹⁸. A prova poderá

¹⁶ Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol. I, p.35, n.16.

¹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, a propósito, anotou: “Em o direito brasileiro, a idéia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre”. (Instituições de Direito Civil, vol I, p.142, n.42).

¹⁸ De Page, Traité Elementaire , I, n° 236.

ser feita utilizando todos os meios e os processos técnicos que a medicina legal proporcione para verificação da entrada de ar nos pulmões. Exame bastante utilizado e tido como o principal, é a docimasia hidrostática de Galeno¹⁹. A partir desse momento, se inicia a personalidade civil.

A partir do nascimento com vida é que integram os direitos e as obrigações e passa a existir a pessoa. Até o nascimento, o que existem são direitos potenciais, que para se constituírem de fato, precisam aguardar o nascimento e a aquisição da personalidade. Se nascer vivo, ainda que pereça em seguida, o novo ser chegou a ser pessoa, adquiriu direitos e, com sua morte, conseqüentemente os transmite. Os requisitos (nascimento e vida) que são necessários para a aquisição da personalidade mostram seu caráter prático quando se passa para a matéria sucessória, uma vez que, mesmo vivendo por alguns segundos, o recém-nascido recebe, adquire e transmite direitos aos seus sucessores.

3.3. O NASCITURO

O nascituro é o ser já concebido, mas que se encontra no ventre materno²⁰. O artigo 2º do novo Código Civil brasileiro contempla, assim como na codificação de 1916, que a personalidade se inicia com o nascimento com vida e a lei protege, desde a concepção, os direitos do nascituro. E este acontecimento (nascimento com vida) é que torna possível a aquisição e a perda de direitos subjetivos pelo indivíduo. E, embora o nascituro não seja considerado pessoa, ele possui a proteção legal dos seus direitos desde a concepção. Assim, é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1779); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único); pode receber doação (art. 542) e ser contemplado em testamento (art. 1.798); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º). O Direito Penal também o protege, penalizando o aborto. E a Constituição Federal assegura a todos, sem distinção, o direito à vida (art. 5º)²¹. Preleciona, a propósito, Carlos Alberto Bittar:

¹⁹ Esse exame é baseado na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água, como nos informa Sérgio Abdalla Semião. (Os Direitos do Nascituro-Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 158-9.

²⁰ Silvio Rodrigues, Direito civil, vol I, p. 36.

²¹ Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, vol. I, p.80.

“Adotou-se o sistema em que se tem como o início da personalidade o nascimento com vida, mas se respeitam o direito do nascituro, desde a concepção, ou seja, quando formado o novo ser. Conforme esse entendimento, ficam sob condição da vinda à lume os direitos do nascituro, considerando-se como tal a exalação do primeiro sopro de vida após a separação da mãe, que demonstra afirmação da nova existência, diversa da genitora, cabendo daí, pois, ao filho todos os direitos reconhecidos à pessoa humana no plano jurídico. Mesmo que venha a falecer em seguida consideram-se adquiridos os direitos, para todos os efeitos próprios, protegendo-se assim os interesses do nascituro e do respectivo círculo familiar”²².

Importante salientar que o natimorto não adquire personalidade, pois se entende que alguém nasceu com vida quando respira ao ser separado da mãe²³. Várias teorias surgiram na doutrina com o objetivo de esclarecer qual o momento que se iniciava a personalidade. A teoria concepcionista, influenciada pelo Direito francês, afirmava que o nascituro adquiria personalidade jurídica desde a concepção e, portanto, considerado pessoa. Essa teoria foi seguida por Limongi França, Francisco Amaral dos Santos e Teixeira de Freitas. A teoria da personalidade condicional concluiu que o nascituro possui direitos em condição suspensiva. Nessa linha, ensina Arnold Wald: *“A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”²⁴*. É a posição de Oertmann e Miguel Maria de Serpa Lopes. E finalmente, a teoria natalista, que afirma não ser o nascituro pessoa, pois possui apenas expectativas de direitos e que o início da personalidade se opera a partir do nascimento com vida.

Considerando a maior parte da doutrina, segue-se o raciocínio da teoria natalista em que o nascituro possui mera expectativa de direitos e, por não ser considerado pessoa, esses direitos se apresentam em estado potencial.

²² Carlos Alberto Bittar, Curso de Direito Civil, vol. I, p.79.

²³ Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, p. 144.

²⁴ Arnold Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro- Introdução e Parte Geral, p. 120.

3. 4. FIM DA PERSONALIDADE

Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com essa cessa a sua personalidade.

O Direito brasileiro não reconhece qualquer possibilidade de perda da personalidade em vida. Somente com a morte a personalidade jurídica é extinta, não significando a abolição dela a cassação de direitos políticos, prevista na Constituição Federal de 1988, art.15.

A ciência moderna defende que a vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral. Uma vez constatada a morte encefálica do indivíduo se finda à vida, logo, a personalidade.

4 CONCLUSÃO

Mediante ao exposto, analisamos os requisitos da personalidade no Direito Romano e no Direito Brasileiro. É visível que este buscou seus fundamentos, alicerce, no Direito Romano. Logo, verifica-se que não se pode compreender por completo o mundo jurídico atual se não buscarmos suas raízes, origens, calcadas no Direito Romano.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13ª ed., vol I, Rio de Janeiro. Forense, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 3ª ed., Rio de Janeiro. Renovar, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Vol.1. São Paulo. Forense Universitária, 1994.

HENRI DE PAGE. *Traité Elementaire de Droit Civil Relge*. Bruxelas, 1948

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. I. 5ª ed., São Paulo. Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª ed., São Paulo. Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol I. São Paulo. Saraiva, 2003.

WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Introdução e Parte Geral. 8ª ed., São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 20ª ed., Rio de Janeiro. Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. I. 32ª ed., São Paulo. Saraiva, 2002.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro – Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*. Belo Horizonte. Del Rey, 1998.

PINTO, Agerson Tabosa. *Direito Romano*. Fortaleza, Imprensa Universitária, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

Dolo Eventual X Culpa Consciente nos Resultados Lesivos Advindo dos Crimes de Trânsito (Racha)

**Camila Austregésilo Diniz
Raquel Moura da Cruz Soares**

**Estudantes de Direito da
Faculdade 7 de Setembro**

Dolo Eventual X Culpa Consciente nos Resultados Lesivos Advindo dos Crimes de Trânsito (Racha)

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países que apresenta os piores índices de violência no trânsito, justificando, assim, a criação de novos crimes e punição mais severa para aqueles já existentes no Código Penal pelo Código de Trânsito Brasileiro, fazendo uma ressalva aos exageros do mesmo. Almejando uma maior punição aos crimes de trânsito, o art.303 estabelece uma pena para a lesão corporal culposa cometida na condução de veículo automotor maior do que a estabelecida pelo Código Penal para a lesão corporal dolosa (ainda que no tipo simples).

Antes da vigência do Novo Código de Trânsito, o ‘racha’ era enquadrado como contravenção penal, sendo punido atualmente, tanto como infração administrativa gravíssima, com a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, quanto infração penal, com a pena de detenção de seis meses a dois anos, regulada pelo CTB.

2 CULPA

2.1. CONCEITO

Na definição de Julio Fabrini Mirabete¹, culpa é: “*A conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado*”. Podemos observar, em tal definição, os seguintes elementos:

¹ Apud Rogério Greco. Curso de Direito Penal, p.213.

2.1.1. **A conduta humana voluntária, comissiva (um fazer) ou omissiva (abster-se de agir)**

Para a caracterização de qualquer crime se faz necessária a presença da conduta humana e voluntária (pois, na falta desta, teríamos a coação física recaindo na atipicidade, ausência de conduta), sendo que a conduta culposa consiste quase sempre em uma finalidade lícita ou juridicamente irrelevante para o âmbito penal. Na conduta culposa, o agente, além de não conseguir atingir o seu objetivo por empregar de forma inadequada os meios utilizados, gera um resultado lesivo não querido.

2.1.2. **Inobservância do dever objetivo de cuidado**

Consiste em regras comportamentais, ou seja, regras de condutas (expressas ou não) impostas a todos que vivem em sociedade. Quando se diz que o agente se utiliza, na conduta culposa, de meios inadequados para atingir a sua finalidade, quer-se dizer que ele não teve a cautela necessária na prática de seu ato, justamente por infringir tais regras (seja de maneira imprudente, negligente ou imperita). Por exemplo: uma mãe que deixa ao alcance de seus filhos objetos cortantes, como uma faca de cozinha. Nesse caso, percebemos que a periculosidade da conduta existe independentemente de uma norma escrita.

2.1.2.1. ***Imprudência***

A imprudência é uma conduta positiva (comissiva) precipitada, sem observar a cautela necessária descrita pela norma ou inerente à própria razoabilidade. A norma diz que o agente deve abster-se de determinada ação, no entanto, vem a realizá-la. Lembrando que a imprudência ocorre concomitantemente ao evento danoso (pois sem o evento, não há que se falar em responsabilidade).

2.1.2.2. ***Negligência***

A negligência é uma conduta negativa (omissiva). Quando há uma norma impondo a ação, o agente se abstém dela, permanecendo na inércia. É esta que acaba por causar o resultado. Por exemplo: um motorista não verifica os freios do carro, que vêm a falhar quando acionados, causando o atropelamento de um transeunte. Às vezes, essa omissão chega a ser tão relevante, que o legislador criou um tipo especial, a omissão imprópria (art.13, §2º). Esta ocorre quando o agente tinha o dever legal de agir para evitar o resultado, e não apenas um dever moral. Por exemplo: um pai vê seu filho se afogando e, podendo agir, assiste inerte à morte da criança.

2.1.2.3. **Imperícia**

Luiz Regis Prado² define imperícia como: “Vem a ser a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos precisos para o exercício de profissão ou arte. É a ausência de aptidão técnica, de habilidade, de destreza ou de competência no exercício de qualquer atividade profissional. Pressupõe a qualidade de habilitação para o exercício profissional (a falta de habilidade no conduzir o veículo (motorista profissional); não saber praticar uma intervenção cirúrgica ou prescrever um medicamento (para o médico). Havendo imperícia, fora do âmbito profissional, a culpa é atribuída ao agente a título de imprudência ou de negligência”.

2.1.3. **Resultado lesivo**

Tem que haver, para a caracterização do crime culposo, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, pois, ainda que a conduta seja imprudente, negligente ou imperita, se ela não causar dano real, a conduta não poderá ser considerada criminosa por faltar um requisito da tipicidade, que é o resultado (que, no crime culposo, é naturalístico, modificando o mundo exterior). Cumpre lembrar, também, que este não é querido nem assumido (pois teríamos o dolo direto e o dolo eventual, respectivamente). Por exemplo: um padre, atrasado para celebrar uma missa, dirige em alta velocidade para chegar à igreja a tempo. Em seu trajeto, atropela um transeunte que atravessava a rua na faixa de pedestres. A conduta do padre gerou um resultado lesivo, não querido e nem assumido por ele, sendo imputado o fato ao agente a título culposo. Situação diversa é aquela em que o padre atinge a sua finalidade (chegar à igreja) sem ocasionar nenhum resultado danoso. Nesse caso, apesar de sua conduta ser arriscada, será penalmente atípica, infringindo tão somente às regras de trânsito, decorrendo do princípio da intervenção mínima, em que só se deve criar tipo penal quando a conduta for realmente relevante.

2.1.4. **Nexo de causalidade**

Tem que haver um liame, um nexo de causalidade entre a conduta culposa do agente (que não observa seu dever de cuidado) e o resultado lesivo, isto é, a conduta culposa tem que ser causa direta do resultado.

2.1.5. **Previsibilidade**

Segundo Nelson Hungria³: “*Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência*

² In *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 231.

³ *Apud* Rogério Greco. *Curso de Direito Penal*, p. 217.

geral, ter-se representado, como possíveis, as conseqüências do seu ato”. Essa idéia, expressada por Hungria, corresponde à previsibilidade objetiva, em que, na análise da situação concreta, substitui-se a inteligência do agente pela inteligência mediana, de um homem normal, que se utilizaria naquela situação de uma atenção ordinária. Se verificarmos que mesmo assim não haveria capacidade de previsão, escaparia do âmbito da previsibilidade, recaindo no caso fortuito ou força maior, não sendo imputada a culpa ao agente, por faltar a tipicidade quanto à conduta.

Em contrapartida, há a previsibilidade subjetiva, a qual analisa a possibilidade de previsão, em concreto, do agente, ou seja, suas condições particulares, limitações e experiências (e não as do homem mediano). Quem adota essa idéia critica a previsibilidade objetiva por não verificar as circunstâncias reais. Porém, essa crítica não observa que a subjetividade não está sendo esquecida, apenas adiada para que seja verificado na culpabilidade, terceiro elemento caracterizador do crime.

2.1.6. Tipicidade

É a descrição legal da conduta (Exemplo: “matar alguém”, significando tirar a vida de outrem). Pelo princípio da legalidade, orientador do Direito Penal, não há crime sem lei anterior que o defina, e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Entretanto, como as condutas tipificadas são presumidamente dolosas, pela teoria finalista da ação, é preciso que as condutas culposas tenham previsão legal expressa (excepcionalidade dos crimes culposos).

2.2. ESPÉCIES

2.2.1. Culpa consciente (ou com representação)

Na lição de Rogério Greco⁴ é: *“aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não-ocorrência”*.

2.2.2. Culpa inconsciente (em estrito senso, sem representação ou comum)

É aquela em que o resultado, embora previsível, não foi previsto pelo agente. Este transgride, sem saber, o cuidado objetivo.

⁴ Op.cit., p. 223.

2.2.3. Culpa própria

É a culpa comum, ocasionada por negligência, imprudência ou imperícia (artigo 18, II, do Código Penal).

2.2.4. Culpa imprópria (por assimilação, por extensão ou equiparação)

Ocorre nas descriminantes putativas. Por erro justificável pelas circunstâncias o agente, intencionalmente, causa um resultado lesivo. Porém, responde por crime culposo, pois a sua conduta seria lícita se as circunstâncias existissem de fato. Por exemplo: uma pessoa está assistindo a um filme no cinema quando alguém grita que o local está sendo incendiado. O agente, pensando agir em estado de necessidade, lesiona o segurança do local que está na porta, inviabilizando a sua saída. Se o erro for vencível (ou inescusável), e houver previsão expressa a título de culpa, o agente responderá por crime culposo. Porém, se o erro for invencível (ou escusável), a conduta será atípica, um indiferente penal.

Segundo o artigo 20, §1º, do Código Penal:

“É isento de pena o agente que, por erro plenamente justificável pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

2.3. COMPENSAÇÃO E CONCORRÊNCIA DE CULPAS

Dois agentes, cada qual na direção de seu automóvel, de forma imprudente, colidem seus veículos. Nesse acidente, somente os agentes, motoristas condutores dos aludidos veículos, saíram levemente feridos.

Não haverá compensação de culpas, ou seja, não é porque ambos agiram com culpa, que nenhum deles será punido. Nesse caso, haverá a concorrência de culpas, em que ambos responderão pelo crime a título culposo na medida de sua culpabilidade. Há ainda uma outra observação a se fazer: se a culpa for exclusivamente da vítima, não há que se falar em punição para o agente, pois ninguém responde por um crime se não tiver agido ao menos com culpa (princípio da culpabilidade ou responsabilidade subjetiva), já que não adotamos a responsabilidade objetiva.

3 DOLO

3.1. CONCEITO DE CRIME DOLOSO

O Código Penal Brasileiro faz menção ao tipo doloso em seu artigo 18, inciso I, ao dizer: “*doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*”. Giuseppe Bettiol, citado na obra de Cornélio José Holanda, esclarece que: “*Há efectivamente legislações em que os limites do dolo e da culpa não estão, de facto, estabelecidos no código, sendo confiada à doutrina a tarefa de fazê-lo*”.

O dolo abrange o fim visado pelo agente, os meios empregados e as conseqüências do ato. Por exemplo: Alguém quer matar outrem e, para isso, coloca no avião em que ele vai viajar uma bomba. Essa conduta demonstra dolo também na morte dos outros passageiros.

3.2. TEORIAS

Pela teoria da representação, age com dolo aquele que simplesmente representou mentalmente o resultado lesivo, ou seja, aquele que previu como possível sua ocorrência.

Pela teoria da vontade, o agente age com dolo pelo simples fato de querer praticar o crime, ou seja, ter vontade de realizar a conduta descrita no tipo penal.

E por fim, pela teoria do assentimento (ou consentimento), o agente age com dolo quando prevê a possibilidade do resultado lesivo advindo de sua conduta, assumindo o risco de produzi-lo, ou seja, aceitando-o, pois ao prosseguir em sua conduta, demonstra sua indiferença às conseqüências danosas decorrentes da mesma.

3.3. ANÁLISE DO CONCEITO

A análise da relação entre a vontade e os elementos objetivos é que definirá de que espécie de dolo se trata a questão.

3.3.1. Se o agente realiza uma ação com o fim de determinado resultado, tem-se o dolo direito. Por exemplo: Alguém quer matar outrem e, para tanto, desfere-lhe três tiros. Percebe-se, nesse exemplo, que, além da vontade de realizar o fato típico (matar alguém), o agente se utilizou de mecanismos eficazes. Estes são de grande importância, até porque, se a tentativa não se consumar por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, estaremos diante de um crime impossível, ainda

que houvesse a intenção. Por exemplo: alguém quer matar outrem (aspecto volitivo) com garapa de açúcar. A não ser que a suposta vítima seja diabética, o resultado é impossível de ser alcançado.

3.3.2. Dolosa é também considerada a conduta em que o agente assumiu o risco de produzir o resultado (dolo eventual). “*Significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela*”⁵. Luiz Regis Prado⁶, adotando a teoria da representação, complementa: “*O agente conhece a probabilidade de que sua ação realize o tipo. O que caracteriza esse espécie de dolo é o elemento cognitivo (representação de um possível resultado)*”.

O nosso Código Penal, contudo, não disciplina com este embasamento. Quando, em seu artigo 18, I, diz que o crime é doloso quando o agente quer produzir o resultado, adota-se a teoria da vontade; e na segunda parte do mesmo artigo, quando alude que o crime é doloso quando o agente assume o risco de produzir o resultado, adota-se a teoria do assentimento (ou consentimento), que, segundo Mirabete⁷: “*faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o queira*” (apesar de nosso entendimento se guiar pelo Aníbal Bruno, quando ele diz que prever o resultado e não abster-se da conduta é uma forma de querer).

Na verdade, a teoria do assentimento abriga a teoria da representação.

Cumprе lembrar que o dolo, no ordenamento jurídico atual, está presente na tipicidade, juntamente com o nexo causal, o resultado e a tipicidade formal (para os que não concordam com a tipicidade conglobante, do tipo do injusto do Zaffaroni). Isso porque se adota a teoria finalista da ação, onde as ações são dirigidas a uma finalidade (acolhendo o dolo natural). Por exemplo: uma pessoa está em uma loja e, ao ir embora, leva por engano a bolsa de uma cliente da loja, deixando a sua no local. Não existe furto por engano. Nesse caso específico, como não existe previsão expressa da modalidade culposa, o furto só existe se tiver havido dolo. Caso contrário, essa conduta será um indiferente penal, uma conduta atípica.

⁵ Jescheck *apud* Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro, v.I, p.225.

⁶ Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro, v.I, p.225.

⁷ Op. cit., v.I, p.139.

Tudo isso é para dizer que o dolo, que hoje está incluído na tipicidade, já fez parte da culpabilidade. Então, no caso citado, a conduta seria típica (se enquadraria formalmente no tipo legal do furto) e antijurídica, mas não seria culpável.

O professor Mirabete⁸ defende, com propriedade, a tese de que no dolo eventual:

“A vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não o detém, e ele pratica a conduta, consentindo no resultado”.

Inclui, ainda, como exemplo de conduta realizada com dolo eventual a participação de disputas automobilísticas não autorizadas em via pública (“racha”), ocasionando morte.

Se uma pessoa empurra uma mulher que está grávida de oito meses (uma gravidez notória, portanto) na escada, não pode alegar culpa no abortamento, pois não há dúvida de que ele agiu ao menos com dolo eventual. Da mesma forma é o racha que causa um homicídio. Não se pode negar que o agente assumiu o risco de produzir o evento lesivo, agindo, portanto, com dolo eventual.

O dolo eventual é algo tão sério que o Mirabete ainda afirma que “*age com dolo eventual o agente que, na dúvida a respeito de um dos elementos do tipo, se arrisca em concretizá-lo*”⁹. Por exemplo: um homem pratica conjunção carnal com uma menina que ele tem dúvida se é maior ou menor de 14 anos. Apurados os fatos, verifica-se que a menina tinha menos de 14 anos. O agente não será punido por sedução (art. 217, cuja pena varia de 2 a 4 anos), mas por estupro (art. 213, cuja pena varia de 6 a 10 anos), e com violência presumida (segundo o art. 224, também do Código Penal).

Situação diversa é se o agente, por erro, tem certeza de que a vítima é maior de 14 anos. Nesse caso, ele teve dolo (direto) no crime de sedução, crime pelo qual responderá.

⁸ Op. cit., v.I, p.141.

⁹ idem.

3.4. ESPÉCIES DE DOLO

Na doutrina majoritária, tem-se o dolo direto e o dolo eventual. Contudo, é preciso que sejam também destacadas as outras classificações:

3.4.1. Dolo direto (imediate ou determinado)

Quando o agente quis o resultado e se utilizou de mecanismos eficazes para tanto. Por exemplo: alguém quis matar outrem e, para tanto, o atropelou.

3.4.2. Dolo alternativo

Quando o agente, como diz Mirabete, quer, entre dois ou mais resultados (matar ou ferir, por exemplo), qualquer um deles. É uma espécie do gênero dolo indireto ou indeterminado, pois não direciona sua conduta a um só resultado.

3.4.3. Dolo eventual

Quando o agente não quis o resultado diretamente, mas assumiu o risco de produzi-lo.

3.4.4. Dolo de dano

O agente tem intenção de provocar efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora. Exemplos: art. 121 (*animus necandi*) e art. 155 (*animus dominus*) do Código Penal.

3.4.5. Dolo de perigo

Há intenção de expor o bem jurídico tutelado a perigo de dano. O dano é potencial e não real, podendo vir ou não a acontecer devido à situação perigosa. Exemplos: art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro, que trata do “racha”; art. 132 do Código Penal (expor a vida ou a saúde de outrem).

3.4.6. Dolo genérico

“Vontade de realizar o fato descrito na lei, em seu núcleo” (matar, subtrair etc.), sem uma finalidade específica¹⁰.

3.4.7. Dolo específico

“Vontade de realizar o fato com um fim especial” (exemplos: fim libidinoso; de obter vantagem indevida etc.).

3.4.8. Dolo geral

É o caso em que o agente, supondo ter conseguido o resultado pretendido, pratica nova ação que, esta sim, vem a resultar no evento lesivo. Rogério Greco¹¹, ao tratar do tema, aborda que:

¹⁰ Julio Fabrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. V. I, p. 144.

¹¹ Op.cit., parte geral, p. 207.

“É o caso, sempre citado pelos doutrinadores, do agente que, após desferir golpes de faca na vítima, supondo-a morta, joga o seu corpo em um rio, vindo esta, na realidade, a falecer por afogamento”.

Por seu turno, Mirabete¹² defende que:

“Responderá ele por homicídio doloso consumado em decorrência do denominado dolo geral, quando, tecnicamente, haveria tentativa de homicídio seguida de homicídio culposo”.

4 DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE

Há, entre essas duas espécies, um traço em comum: a previsibilidade do resultado antijurídico. Entretanto, no dolo eventual o agente assume o risco de produzir o resultado, o que não ocorre na culpa consciente, em que o agente tem firme convicção de que o resultado não ocorrerá. É por isso que ele não se abstém de sua conduta, demonstrando que se importa com a ocorrência do resultado.

Perceba que no racha, demonstrando a existência do dolo eventual, o agente prefere arriscar a concretização do evento danoso a parar a conduta. Cumpre enfatizar que a vontade não se dirige diretamente ao resultado, mas indiretamente, já que é indiferente à ocorrência do evento, pouco importando se o mesmo venha a se concretizar. É importante dizer isso, pois algumas pessoas, querendo afastar o dolo, dizem que não há, no racha, consciência e vontade de realizar o fato típico. Porém, com isso, não se lembram, ou fingem não lembrar, que o próprio Código Penal menciona, em seu artigo 18, inciso I, que o crime é doloso quando o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual). Se dolo pode ser também a anuência ou aceitação do resultado, não se faz essencial a consciência e vontade de realizar o fato típico.

É evidente que entre o dolo eventual e a culpa consciente há um limite muito estreito, tanto no âmbito penal (já comentado) como no processual (no que diz respeito à prova). É muito difícil provar o dolo eventual em uma conduta, pois isso é algo muito subjetivo sendo uma ilusão achar que o agente se auto-incriminará a título de dolo eventual.

¹² Op.cit., v.I, p. 144.

É sabido também que existe a máxima do *in dubio pro reo* (na dúvida beneficia-se o réu). Por exemplo: Duas pessoas atiram, sem ser em concurso, em uma terceira, inimiga comum das agentes. A vítima veio a falecer, porém foi comprovado que apenas um dos tiros foi responsável pelo evento morte, sendo impossível constatar de qual arma saiu o tiro. Na dúvida de quem seja a responsável pelo resultado (homicídio), aplicar-se-á às duas a tentativa de homicídio, apesar deste ter sido consumado por apenas uma delas.

Porém, algumas pessoas têm uma visão distorcida dessa máxima, pois muitas vezes partem de uma premissa falsa: que determinada conduta é duvidosa. Por exemplo: uma mulher está grávida de oito meses (portanto, uma gravidez notória). Uma pessoa a empurra em uma escada, causando o abortamento da mulher. O agente pode jurar que não teve intenção (porque ele não é obrigado a fazer prova contra si mesmo), mas a conduta dele é nitidamente dolosa, ao menos na modalidade eventual. Muitos podem dizer: “*na dúvida beneficia-se o réu. Então, sem saber se a conduta é culposa ou dolosa, pune-se com a culposa*”. Porém, entendemos de forma diversa: a dúvida não está em se a conduta é dolosa ou culposa, mas se o dolo é direto ou eventual.

4.1. NOSSO ENTENDIMENTO ACERCA DOS RESULTADOS ADVINDOS DOS CRIMES DE TRÂNSITO

A despeito do tema, Cornélio José Holanda¹³ indaga: “*Como saber se o sujeito ativo aceitou a possibilidade de ocasionar o evento danoso? Somente pela análise da conduta anterior e da conduta concomitante ao evento será possível identificar a anuência ao resultado*”. Assumir o risco de determinado evento lesivo é ser indiferente quanto a esse resultado. Essa indiferença (e o descaso) é refletida, principalmente, pela conduta do agente.

As condutas anteriores (nos crimes de trânsito) são aquelas que o agente realiza antes de assumir a condução do veículo. Dentre elas, podemos citar: não verificar as condições em que se encontram os freios, não trocar os pneus desgastados (carecas), dirigir sem habilitação ou permissão etc. Exige-se a concomitância de dois ou mais elementos para uma maior certeza de configuração do dolo eventual. Ainda assim, analisando somente a conduta anterior, como não possuir habilitação ou permissão para dirigir, os tribunais já configuraram a presença do dolo eventual. Uma pessoa

¹³ In: *O dolo eventual no homicídio e na lesão corporal no trânsito*, p. 80.

que conhece sua inaptidão e, mesmo assim, assume a condução de um veículo, assume também o risco de ocasionar um resultado lesivo. A 3ª Câmara Criminal do TJRS julgou, tendo como Relator o des. Aristides Pedroso de Albuquerque, nesse sentido: “*Deficiente físico que dirige automóvel não adaptado à sua condição, embora inabilitado, e, em alta velocidade, após derrapagem, colhe criança nas proximidades do cordão de calçada, assume o alto risco do resultado morte produzido*” (DELITO DE TRÂNSITO, DOLO EVENTUAL).

As condutas concomitantes, em contrapartida, são aquelas consideradas a partir do momento em que o agente assume a direção do veículo e o põe em movimento. O principal exemplo é o ‘racha’. Já houve casos em que só o racha caracterizou o dolo eventual. O racha, a nosso ver, é a conduta que mais demonstra o descaso e a conseqüente anuência para com o evento lesivo. Isso porque essa prática, por si só, já é um ilícito penal, recaindo num risco proibido.

4.2. PARTICIPAR DE DISPUTA NÃO AUTORIZADA (RACHA)

O artigo 308 do Código de Trânsito Brasileiro define, *in verbis*:

“Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada.

Penas – detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor”.

4.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL ACIMA

4.3.1. Quanto aos elementos objetivos

Ab initio, importa fazer as seguintes distinções: A **corrida** é unilateral, isolada. É uma corrida contra o relógio. Trata-se do motorista que, em plena via pública, dirige em desabalada carreira para provar a potência do veículo ou para exibir-se. Na corrida, o concurso é eventual, podendo ou não existir.

A **disputa**: é o “racha”, o desafio programado ou espontâneo entre dois motoristas. Ambos, num duelo alucinado e imprudente, se confrontam em via pública. Por ser indispensável a presença de duas pessoas (motoristas), o concurso de pessoas é necessário.

A **competição**: a disputa é coletiva, reunindo três ou mais motoristas que, em vertiginosa carreira pelas ruas da cidade, disputam o troféu da imprudência. Pelo fato da competição ter caráter coletivo, o concurso de pessoas também é necessário. Maria Elizabeth Queijo e José da Costa Junior¹⁴ definem que:

“A doutrina mais abalizada entende que a expressão competição automobilística abrange também a disputa entre condutores de outros tipos de veículos automotores além do auto-móvel, tais como motocicletas e caminhões”.

4.3.2. Quanto ao resultado naturalístico

É um crime de mera conduta ou simples atividade. Isso porque o crime de ‘racha’ não exige qualquer resultado naturalístico, se contentando apenas com a conduta (ação) do agente descrita na norma. Se ocorrer algum resultado lesivo advindo do ‘racha’, este será tratado (se tipificado) como um crime autônomo. Difere-se do crime formal (ou de consumação antecipada) porque neste, apesar de não se exigir também qualquer resultado naturalístico, este ocorrendo, será mero exaurimento.

4.3.3. Quanto ao elemento subjetivo

É um crime doloso. Como os tipos penais são presumidamente dolosos, só se concebe a modalidade culposa se expressamente trazida pela norma. Em suma, se o agente não teve a intenção de praticar determinado delito, e não tendo previsão expressa da conduta como culposa, sua ação será atípica (um indiferente penal).

4.3.4. Quanto à possibilidade do *conatus* (ou tentativa)

Segundo Cornélio José Holanda¹⁵:

“A tentativa é admissível, e poderá se configurar, por exemplo, quando os competidores são surpreendidos com

¹⁴ *Apud* Cornélio José Holanda. O dolo eventual no homicídio e na lesão corporal no trânsito, p. 40-41.

¹⁵ *Op.cit.*, p. 41.

os veículos alinhados e os motores em funcionamento, prontos a iniciar a disputa”.

4.3.5. Quanto ao objeto ou bem jurídico tutelado

A incolumidade (integridade) pública e privada, pondo em risco a integridade física dos outros condutores e dos transeuntes. Ainda segundo Cornélio Holanda¹⁶:

“A realização de pegas ou rachas configura atividade de alto risco porque, no intento de vencer a disputa e levados pelo calor da contenda, os competidores ignoram as regras básicas do trânsito e, por desenvolverem velocidades excessivas, terão dificuldades em reagir; a tempo hábil, a qualquer obstáculo que se apresente, o que resulta, não poucas vezes, em graves acidentes”.

O Pretório Excelso, a despeito da matéria, já se pronunciou em diversas oportunidades, conforme pequena coletânea abaixo:

“Homicídio doloso – Acidente de trânsito – Racha automobilístico – Reconhecimento do dolo eventual – ‘A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada – além de ensejar a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual inerente a esse comportamento do agente –, justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, à atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais’ (STF – HC – Rel. Celso de Mello – RT 733/478)”¹⁷.

“HOMICÍDIO – Desclassificação para a modalidade culposa. Inadmissibilidade. Fundada suspeita de racha. Dolo eventual. Hipótese em que o sujeito assumiu o risco

¹⁶ Op.cit., p. 87.

¹⁷ Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 233-234.

de produzir o resultado. Circunstância que obriga o julgamento dos réus pelo Tribunal do Júri. Recurso não provido. Quem se lança numa competição automobilística de velocidade, numa cidade populosa, à custa de possibilidade de produção de um resultado lesivo, age igualmente com dolo eventual de homicídio, lesões e danos. (TJSP SER 249.440-3/5 – 5ª C.Crim. – Rel. Dês. Dante Busana – J.30.11.2000)”¹⁸.

5 CONCLUSÃO

De tudo conclui-se pelo reconhecimento de que, na maioria dos casos, há presença do dolo eventual nas circunstâncias lesivas advindas dos crimes de trânsito, mais especificamente do “racha”.

A jurisprudência pátria, principalmente a de 1ª instância ou grau, tem reconhecido o dolo eventual nas condutas típicas de homicídio e lesão corporal praticadas no trânsito. Assim o fazem com base nas circunstâncias fáticas, avaliando, principalmente, as condutas anteriores e concomitantes à condução do veículo por parte do agente.

Com o conhecimento da definição de crime culposo e crime doloso e analisando suas espécies (inclusive o dolo eventual e a culpa consciente), o conceito e as teorias, pudemos constatar a presença do dolo eventual no crime de racha.

¹⁸ Cornélio José Holanda. O dolo eventual no homicídio e na lesão corporal no trânsito, p. 87.

Bibliografia

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. VI, 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2003.

PINHEIRO, Geraldo de Farias. *Código de Trânsito Brasileiro Sistematizado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2000.

HOLANDA, Cornélio José. *O Dolo Eventual no Homicídio e na Lesão Corporal no Trânsito*. Fortaleza, Edições Técnicas, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Crimes de Trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

_____ *Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 1999.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo. Atlas, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 200.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Culpados, até que se Prove o Contrário

Carlos Eduardo Nogueira B. Pontes
Trabalho premiado

Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro

Culpados, até que se Prove o Contrário

1 INTRODUÇÃO

Quem poderia imaginar que chegaríamos a esse ponto crítico da História: os bandidos se organizando cada vez melhor, armados perigosamente; a polícia sem o devido preparo, desprestigiada, em estado terminal; e a sociedade sob suspeita de ser causadora do aumento da criminalidade. Tanto assim que estão nos convocando para a rendição, por enquanto comprando nossas armas e, subliminarmente, nos intimidando com um segundo momento da “operação”.

Se fizermos um levantamento apurado para avaliar o número de crimes praticados com armas de fogo, no país inteiro, veremos que o percentual envolvendo o cidadão comum é ínfimo. Ao que parece, decretaram a nossa periculosidade – sem qualquer evidência – responsabilizando-nos, de forma indireta, pela onda insuportável de delitos graves que atinge a sociedade como um todo. Somos a peneira com que pretendem tapar o Sol da incompetência de um governo emasculado e sem rumo certo.

“Mãos ao alto! Entreguem as armas!” Dizem os legisladores de plantão, do topo patológico de uma mediocridade sem fronteiras, cenário de um circo político difícil de explicar e mais difícil ainda de ser entendido.

É o princípio de Direito se invertendo ao sabor de uma nova escala de valores; somos culpados, até que se prove o contrário, por crimes que não praticamos e nem sempre contribuímos para que ocorram. Reféns da tristeza de sermos um povo sem brios, sem líderes e sem asas para o vôo dos sonhos em busca da liberdade; águias de museu embalsamadas pela ignorância e pelo comodismo crônico. Somos alvos fáceis e estamos entregues à incerteza. Alardeia-se, através da mídia, o sucesso obtido com o desarmamento da população ordeira sem que nenhuma medida paralela seja ao menos anunciada

no que concerne à repressão ao crime organizado. O mais nebuloso são as segundas intenções que ainda não despontaram para esclarecer a quem interessa o cenário macabro.

Diante desse descaso, ninguém duvide se o bandido bater palmas em nossa porta para anunciar o assalto com desdém; ou, quem sabe, vendendo “segurança domiciliar”.

O professor Damásio de Jesus¹ foi conclusivo ao se pronunciar sobre o assunto:

“(...) o simples desarmamento popular, sem uma Polícia preventiva efetiva, é inócuo e pouco contribui para a redução da criminalidade. Se o legislador pretende que ninguém possua arma de fogo, a não ser os titulares de determinadas funções públicas e atividades privadas, é necessário que garanta a segurança pública. Só desarmar a população, sem garantir a sua segurança, é armar o lobo e desarmar o cordeiro”.

2 A LIBERDADE AMEAÇADA ANTE O AUTORITARISMO

Ao longo da história, vários países adotaram o desarmamento da população civil como sendo medida adequada para conter a violência. Enfraquecida com o desarmamento, a população se torna presa fácil para criminosos e para o domínio de governos autoritários.

Reformas constitucionais são processadas, desrespeitando direitos adquiridos e contando com a conivência do judiciário, o que torna o cenário jurídico sob suspeita no que concerne à quebra da independência e autonomia dos poderes, característica elementar das democracias exercidas em padrões aceitáveis. Novos abusos estão despontando numa perspectiva não muito distante: o Ministério Público sendo ameaçado com limitações na sua área investigatória. Já se fala em controle e uso da “lei da mordaca” para tornar capenga e claudicante o caminhar altivo e a voz sonante da Imprensa Livre. E para completar a seqüência de absurdos, se cogita uma reforma trabalhista com o emprego de artifícios duvidosos visando interesses patronais, em pleno “governo dos trabalhadores”.

¹ Damásio de Jesus. *A Questão do Desarmamento*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de Setembro de 2004 às 17 horas.

O Procurador da República, Luiz Francisco de Souza, em entrevista à revista *Veja*², diz: “*A liberdade de imprensa, a liberdade cultural e a liberdade do Ministério Público são essenciais e devem ser ampliadas. Cercear a imprensa e o Ministério Público é caminhar para o autoritarismo*”.

Diante de tantas lacunas administrativas e governamentais, e da completa falta de perspectiva para continuar a trajetória em busca de um Brasil melhor, nos deparamos com uma população politicamente aculturada, enfraquecida, sem líderes, sem estrutura e – agora – sem armas. Organizações Não Governamentais que se dedicam ao desarmamento, financiadas com dinheiro proveniente do exterior, tentam massificar a população incutindo na cabeça de todos que “desarmados estamos mais seguros” e, para justificar esse absurdo, apresentam pesquisas com resultados definidos antes mesmo do seu início. A quem interessa tudo isso? Quem financia essas “organizações” que parecem destinadas a defender causas supranacionais? Comenta-se que o BIRD, a OEA e a própria ONU orquestram uma campanha a favor do desarmamento, visando, sobretudo, países de terceiro mundo onde existe o fantasma imprevisível de um povo faminto e armado.

No início do século XX³, a Turquia adota o desarmamento e um milhão e meio de armênios sem defesa são assassinados de 1915 a 1917. Na década de 30, a Alemanha desarma a população e a humanidade viu o massacre a 13 milhões de judeus de 1939 a 1945. Na década de 60, a Guatemala desarmou a população ordeira, como consequência, 100.000 índios maias, indefesos são exterminados de 1964 a 1981. Na década de 70, Uganda adota o mesmo procedimento e 300.000 cristãos foram mortos de 1975 a 1977.

Na década de 90, foi a vez da Austrália e da Inglaterra e o resultado foi igualmente calamitoso, aumentando o índice de criminalidade nos dois países. Entre 1988 e 1992, na Inglaterra, o número de armas legalmente possuídas no país baixou 25% e, nesse mesmo período, os crimes violentos aumentaram 29,1% e o roubo a mão armada aumentou 117%. Na Austrália, o resultado não foi diferente: o governo comprou dos cidadãos 640 mil armas, entretanto, crimes com arma de fogo aumentaram 28% e os roubos a mão armada aumentaram 39%, além disso, constatou-se um aumento significativo nas invasões de residência e agressões a idosos.

² Edição de 18 de agosto de 2004, número 33, p. 43.

³ José de Arimatéia de Macedo. *Desarmamento: A Alegria do Crime*. Disponível na Internet: <http://planeta.terra.com.br/noticias/integralismo/desarmamentoum.htm>. Acesso em 13 de Setembro de 2004 às 11 horas.

São exemplos esporádicos e circunstanciais aqueles que dão conta de diminuição da criminalidade com a aplicação de medidas legais proibindo a posse de armas pela população como um todo.

3 Escola de Crimes – Matrículas Abertas

O Artigo 144 da Constituição Federal preceitua que “a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”. Como tantos outros artigos importantes de nossa Carta Magna, o preceito existe no papel e na encenação demagógica dos políticos de plantão, mas inexiste na prática. Isto acontece com a Educação, com a Saúde e também com a Segurança Pública.

O relatório “Estado das Cidades do Mundo 2004/2005”, resultado do evento Programa de Assentamentos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU – Habitat), realizado em Barcelona⁴, afirma que a América Latina registra o maior índice de insatisfação com a polícia. Setenta por cento (70%) da população demonstrou o seu desapontamento nesse sentido. No Ceará, um veículo de comunicação⁵ divulgou que um ônibus com 48 policiais militares do Estado da Paraíba foi cercado e assaltado por quatro homens armados, nas proximidades da cidade de Palmares, em Pernambuco. No mesmo jornal⁶, reportagem relaciona os dez cruzamentos mais perigosos da cidade de Fortaleza, onde se pratica o roubo em forma de arrastão; como se a grande metrópole estivesse a mercê do “salve-se quem puder” e o poder constituído houvesse paralisado suas ações na luta contra os bandidos.

E ainda se tem coragem de falar em desarmamento do cidadão comum!

O desarmamento da população torna a atividade do delinqüente mais segura. É impensável que o criminoso viesse *sponte sua* entregar armas. O que ocorrerá é um desequilíbrio ainda maior de forças entre o bandido e suas vítimas.

Cesare Beccaria⁷, já em sua clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada pela primeira vez em 1764, comentava: “*Essas leis apenas servem para aumentar os assassínios, colocam o cidadão indefeso aos golpes do criminoso que fere mais audaciosamente um homem sem armas; favorecem o bandido que ataca, em detrimento do homem honesto que é atacado*”.

⁴ Disponível na Internet: <http://www.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=59359>. Acessado em 29 de setembro de 2004 às 10 horas.

⁵ Jornal Diário do Nordeste. Edição de 15 de setembro de 2004.

⁶ Jornal Diário do Nordeste. Edição de 12 de setembro de 2004.

⁷ Cesare Beccaria. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 95.

A proliferação do crime organizado demonstra a vantagem do bandido em relação ao Estado. Nos noticiários, é cada vez mais freqüente a presença de policiais envolvidos com o crime. As polícias Civil e Militar, sem coordenação, sem equipamentos e sem preparo, se mostram inoperantes. As estatísticas divulgam que somente um percentual abaixo de 5% dos crimes perpetrados acaba em processo; além de termos um sistema prisional muito longe de atingir o seu objetivo que é a recuperação do preso.

Não vemos, nas medidas adotadas pelo governo, ações de real impacto para o desarmamento da parcela criminoso da população. Quem sempre viveu na marginalidade não irá se importar com uma lei nova, quando não cumpria a lei anterior. O que precisa ser revista é a inversão da ação; primeiro se desarma o “mocinho” e o torna mais vulnerável do que sempre foi. E o “bandido” agradece e comemora.

Fórmulas mágicas para controlar a violência sempre foram promessas de campanhas. Na rua, o que encontramos são pessoas acuadas; cidadãos de bem, pagadores de impostos tendo seu direito de ir e vir ameaçado pela insegurança. Nada de iluminação pública, nada de policiamento efetivo nas ruas, nada de polícia técnica, nada de justiça, nada de recuperação, nem de paz.

4 LEGÍTIMA DEFESA – COMEÇO DE UM FIM

Na tentativa de promover sua própria defesa, já que pela nova lei as autoridades tentam dizer que não estamos preparados para fazê-la, a população mais carente e a classe média ficam a mercê dos bandidos, enquanto alguns privilegiados transformam seus carros em tanques blindados.

Atualmente, as estatísticas⁸ destacam o Brasil entre os cinco maiores mercados de blindados do mundo. Temos um número muito maior de seguranças particulares do que de polícias civis e militares juntos. Pesquisas comprovam que boa parte das cidades brasileiras já destacou a falta de segurança como seu maior problema.

É quase unânime a certeza de que aqueles que sempre viveram sem obedecer a regras e códigos não serão atingidos pela lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Quem sempre viveu na marginalidade, acumulando inúmeras detenções, condenações ou passagens pela polícia, não irá se intimidar andando armado. A quem o legislador quis atingir foi o homem de bem que, por descuido ou alteração de ânimo, passa a criminoso por motivo banal.

⁸ Disponível na internet: http://carsale.uol.com.br/opapoecarro/variedades/var_001031.shtml. Acessado em 30 de setembro de 2004 às 9 horas.

São brigas de vizinhos, discussões em bares ou no futebol. O que ainda não foi demonstrado em absoluto é quanto isso realmente representa no total de homicídios consumados.

Fernando Capez⁹ em seu livro intitulado *Arma de Fogo* retrata o fato de alguém possuir arma de fogo em casa, sem o respectivo registro: “A ofensividade da conduta foi presumida pelo legislador para todos os casos, pois este somente exigiu que o proprietário detivesse a arma de fogo sem permissão da autoridade competente”.

Presumidamente culpados, e já nos tomam por desequilibrados e criminosos perigosos, uma vez que a pena pode chegar a três anos, pelo simples fato de possuir em casa uma arma de fogo. Pelo raciocínio do legislador, deriva também da ilegalidade a posse de faca de cozinha, tijolo, pedras maiores ou, até mesmo, bengalas. Quem sabe se um desvairado, em meio a uma discussão, não resolve valer-se de tais objetos?!

O resultado disso tudo é incerto, apesar de todos terem a convicção de que não é só de armas de fogo que é feita a violência nas cidades tomadas por marginais. Da mesma forma que ninguém mata outra pessoa apenas porque tem uma arma.

Em pesquisa realizada entre os dias 1º e 15 de setembro de 2004, tomamos a iniciativa de fazer, sem preocupações metodológicas, mas com seriedade de bem informar, um apanhado na página policial do Jornal Diário do Nordeste, a respeito dos crimes praticados no Estado do Ceará. Trinta e um crimes detectados foram divididos pelos motivos dispostos no noticiário especializado. Vejamos o quadro a seguir:

Motivo	Quantidade
Execuções	5
Latrocínio*	6
Rixa a pedrada	1
Discussão (facada)	4
Discussão (bala)	2
Vingança	2
Bala perdida	1
Motivos ignorados	
– Praticado por reincidentes	3
– Bala	6
– Paulada	1
Total	31

* dos seis crimes de latrocínio, um foi praticado a facadas.

⁹ Fernando Capez. *Arma de Fogo, Comentários à Lei N. 9.437, de 20-2-1997*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 38.

Sem o detalhe dos dois crimes de discussão que findaram com a vítima fatal alvejada por arma de fogo, podemos concluir que estes seriam os únicos a serem evitados pelo desarmamento. Encontramos ao final desta pesquisa um percentual de 6,45%, ou seja: pouco mais de 5% dos crimes noticiados, em 15 dias, numa das maiores cidades do país, “poderiam” ser evitados com o desarmamento. Fazendo a contagem das vítimas de trânsito no mesmo período e utilizando como base a mesma fonte, encontramos 34 óbitos. Um número maior que todos os crimes relacionados na tabela apresentada.

Lembrando da tricotomia garantidora de conduta reprovável e punível (fato típico, antijurídico e culpável), queremos destacar uma situação de exclusão da antijuridicidade – legítima defesa. O Código Penal, em seu art. 25, trata da legítima defesa dizendo: *“Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”*.

Mirabete¹⁰ em seu Manual de Direito Penal, trata da legítima defesa:

“(...) fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressalvar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de injuridicidade da ação agressiva”.

Vejamos, apenas para argumentar, uma situação onde o cidadão armado consegue impedir que um bandido, já dentro de sua residência, no período noturno, execute sua empreitada criminosa. O cidadão chama a polícia. O desfecho dessa história pela legislação vigente levaria o bandido a responder por violação de domicílio (qualificado por ser durante a noite), com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou furto com pena diminuída de um a dois terços pelo seu caráter tentado, o que acabaria em medidas alternativas (Art. 150, 155 e 14, II, parágrafo único do Código Penal). O cidadão, por porte ilegal de arma, segundo o Estatuto do Desarmamento em seu art. 12, receberia uma pena de detenção de 1(um) a 3 (três) anos, e multa.

¹⁰ Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal I*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 182.

Ainda conjecturando, desta vez de forma mais gravame, supondo o mesmo caso; agora o bandido, ao tentar adentrar a residência, é percebido pelo proprietário que, verificando que o mesmo se encontrava armado e sentido o perigo real e iminente à sua frente, dispara um tiro para o alto, levando o marginal a sair em fuga. A polícia chega algum tempo depois ignorando o destino do delinquente, mas confirmando a origem do disparo. Nesta situação, o cidadão seria enquadrado no art. 15 da lei 10.826/03 que diz o seguinte:

“Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em vias públicas ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único – O crime previsto nesse artigo é inafiançável”. (grifo nosso)

Vejam os que diz Bitencourt¹¹ sobre a violação de domicílio:

“O bem jurídico protegido, nesse tipo penal, continua sendo a liberdade individual, ou seja, status libertatis na sua expressão mais elementar, que é a inviolabilidade domiciliar, a invulnerabilidade do lar, que é o lugar mais recôndito que todo ser humano deve possuir, para encontrar paz, tranquilidade e segurança junto aos seus familiares”.

5 CONCLUSÃO

Não devemos confundir portar arma com possuir arma. O porte de arma permite que alguém, legalmente qualificado, transite em determinados lugares tendo ao alcance da mão arma de fogo devidamente registrada. A posse de arma é o direito do cidadão possuir sob sua guarda, em seu domicílio ou residência, arma de fogo obrigatoriamente registrada.

¹¹ Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal II – Parte Especial*. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 460.

O desarmamento se propõe a fragilizar o cidadão comum, deixando-o a mercê da criminalidade (real e latente) sem qualquer chance de defesa ante ameaça ou investida criminosa tentada.

Não podemos concordar com a rendição imposta à sociedade, privando-a de qualquer efeito inibidor diante a criminalidade que se agiganta nutrida pela incompetência de um poder de polícia que está chegando ao seu limite.

Vivemos uma democracia sem povo. Os nossos representantes, que exercem o poder em nosso nome, são fantoches sem qualquer identidade com os anseios da população. E isso dificulta nossos direitos quando necessitamos exercê-los. Legisladores suspeitos, comprometidos com interesses contrários aos do povo, desfilam em todos os escalões numa festa orgíaca, longe de ter a nossa cara.

Neste episódio do desarmamento, desejamos uma legislação limpa de propósitos escusos, que conceda ao cidadão o direito de ter a sua arma comprada no mercado formal e registrada em seu nome no órgão governamental competente. Só isso.

O problema da criminalidade em nosso país não está nas armas de fogo que guardamos em casa. Estas têm efeito psicológico de segurança para o possuidor e efeito inibitório para o marginal. O grande problema se encerra na estrutura carcomida do Estado como um todo. Faltam vontade política, seriedade, liderança. Faltam coragem e espírito público para a cirurgia profunda que alcance a solução do imbróglio da criminalidade emergente. Comprar as armas do cidadão comum é encenação de palco político. É colocar “band-aid” em fratura exposta.

Thoreau¹², em seu livro *A Desobediência Civil e Outros Escritos*, contesta o legislador dizendo:

“(...) Será que o cidadão deve desistir de sua consciência, mesmo por um único instante ou em última instância, e se dobrar ao legislador? Por que então estará cada pessoa dotada de uma consciência? Em minha opinião devemos ser primeiramente homens, e só posteriormente súditos... O

¹² Henry David Thoreau. *A Desobediência Civil e Outros Escritos*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 15.

produto comum e natural de um respeito indevido pela lei é a visão de uma coluna de soldados – coronel, capitão, cabos, combatentes e outros – marchando para a guerra numa ordem impecável, cruzando morros e vales, contra sua vontade, e como sempre contra seu juízo e sua consciência comuns”.

É preciso vislumbrar que há um crescimento demográfico significativo, presentemente atingindo 182 milhões de pessoas, segundo a revisão 2004 da projeção populacional do IBGE; quase o dobro da população existente no país em 1970 (93 milhões de pessoas). O controle da natalidade é de vital importância na inibição da agressividade latente que cada vez mais se manifesta e aumenta, à medida que as pessoas se aglomeram desordenadamente.

Fome e desemprego geram doença, revolta e falta de perspectiva. A miséria embrutece o homem e chega a tirar-lhe, até mesmo, algumas características de humano; as drogas completam o estrago e fazem desaparecer nele o próprio instinto de sobrevivência. Pobres e ricos existirão sempre. O que se faz necessário é buscar o equilíbrio social. E o primeiro passo a ser dado é o da extinção da miséria, essa geradora de “monstros”.

O sistema carcerário e a impunidade fazem parte do lado obscuro e inatingível pelos direitos humanos. Está montada neste país a Universidade do Crime, financiada pelo próprio Estado, num jogo faz-de-conta de difícil credulidade. As brechas da lei favorecem os infratores, em qualquer circunstância, desde que consigam a assessoria de um bom advogado; as penitenciárias dão certificado de *Phd*, aperfeiçoando os bandidos que por lá transitam, sem cumprir, nem de longe, o objetivo maior de recuperá-los.

Educação de qualidade é o passo vestibular para uma mudança de choque, com resultado à médio e longo prazos. Caminho que conduz do fim do túnel, saída honrosa e definitiva. Acontece que os nossos governantes não estão interessados nessa hipótese. Para eles é melhor governar um povo analfabeto, ou quase ignorante. Gente fácil de manobrar, carneirada que se entrega ao lobo e bate palmas para as aves de rapina dessa política de castas.

É preciso partir para uma mudança drástica. Radicalizar os propósitos de valores nobres e exigir uma metamorfose completa nesse sistema que mais parece um filme de terror. Educação de qualidade é a porta, a janela, o telhado e o jardim de uma nova estrutura social mais justa e definitiva.

Parodiando a fábula de La Fontaine, vem a pergunta clássica e sem resposta: Quem vai colocar o guizo de alerta no pescoço do lobo insensível que devora os nossos sonhos?

Bibliografia

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo, Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal II – Parte Especial*. São Paulo, Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Arma de Fogo*. São Paulo, Saraiva, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal I*. São Paulo, Atlas, 2003

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, volume 2. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio*. São Paulo, Saraiva, 2000.

PIRES, Cecília. *A Violência no Brasil*. São Paulo, Moderna, 1985.

POSTERLI, Renato. *Violência Urbana. Abordagem Multifatorial da Criminogênese*. Belo Horizonte, Inédita, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1963.

THOREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. São Paulo, Martin Claret, 2003.

Código Penal. São Paulo, Saraiva, 2003.

Constituição Federal. São Paulo, Atlas, 2004.

Estatuto do Desarmamento. Brasília, Senado Federal, 2004.

Critérios Informativos dos Juizados Especiais

**Ludmila Freitas Andrade
Ticiane Marques Vieira**

**Estudantes de Direito da
Faculdade 7 de Setembro**

Critérios Informativos dos Juizados Especiais

1 VISÃO GERAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS ESTADUAIS

O anseio por Justiça é o eterno anseio do homem por felicidade.

(Hans Kelsen)

1.1. HISTÓRICO

A maioria da população nacional deparava-se com a dificuldade de acesso ao Judiciário, devido aos altos custos de um processo e a morosidade para se obter uma solução judicial. Preferia-se, em certos casos, abdicar de seus direitos, aceitar a ofensa a enfrentar a dificuldade do acesso à justiça.

A lei nº 7.244/84 criou os Juizados de Pequenas Causas em busca de uma solução diferenciada para causas de menor valor econômico, tanto no tocante à matéria quanto ao valor da questão em discussão, vedada, portanto, a análise daquelas que possuíssem conotação diversa.

Entendia-se, por valor econômico, não somente os pedidos relativos a obrigação a ser cumprida por moeda corrente no país, mas também aquelas que se podem avaliar economicamente.

De acordo com a lei nº 7.244/84, a criação dos juizados era facultativa, mas tendo em vista o sucesso alcançado, tornou-se necessária a sua criação, como forma de aproximar a justiça do povo.

A população aprovou essa “nova justiça” que era os Juizados de Pequenas Causas, e foi com a Constituição Federal de 1988 que foi introduzido, em nosso sistema, os atuais juizados especiais, ampliando o campo de atuação também para a esfera criminal.

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I. Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (art. 98, CF/88)

O Poder Legislativo, cumprindo o preceito da atual Constituição, tomou as providências necessárias e regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECC), editando a lei nº 9.099/95, permitindo que fossem instaladas as unidades dos juizados em todos os Estados.

1.2. CONCEITO

Os juizados JECC são órgãos do Poder Judiciário que servem para resolver as pequenas causas com rapidez, de forma simples, sem despesas e sempre buscando um acordo entre as pessoas. O atendimento e os serviços prestados por ele são totalmente gratuitos e buscam simplificar e diminuir as etapas processuais, bem como reduzir o número de recursos encaminhados aos tribunais, a fim de que seja possível oferecer uma justiça mais ágil.

O Juizado Especial Cível e Criminal, como o próprio nome diz, é Juízo que oferece ao postulante um exercício especial de Justiça. Em verdade, representa um modo especial de distribuir Justiça, pertencente aos órgãos da Justiça ordinária onde são criados. (FRIGINI, 2000, p. 62)

1.3. COMPETÊNCIA

Compete aos JECC conciliar, processar e julgar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Entende-se por causas cíveis de menor complexidade:

- I. As causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
- II. As enumeradas no art. 275, II, do Código de Processo Civil;
- III. Ação de despejo para uso próprio;
- IV. As ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no item I.

As demandas enumeradas no art. 275, II do Código de processo Civil são as causas que independem de valor, não estão sujeitas ao limite de 40 salários mínimos; são elas:

- I. De arrendamento rural e de parceria agrícola;
- II. De cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;
- III. De ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;
- IV. De cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;
- V. De cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial.

1.4. FORO COMPETENTE PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO

Em regra, a competência territorial dos juizados em ações cíveis será o foro do domicílio do réu, pois dessa forma, há maior celeridade ao feito. Será mais ágil a citação e o cumprimento dos atos será com maior facilidade de acesso para a intimação do réu. O autor também tem a opção de ajuizar a ação em outro foro em que o réu exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, escritório.

A intenção do legislador foi estabelecer a melhor forma para a composição do litígio, visto que a parte contrária será encontrada mais facilmente no local onde exerça atividades. Nesse caso, não precisa o réu ser Pessoa Jurídica.

Nas ações de reparação de dano além do foro de domicílio do réu, pode a ação ser proposta no domicílio do autor ou no local do fato. As ações que envolvam o cumprimento de obrigações podem ser propostas, também, no local onde a obrigação deva ser cumprida.

Em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro de domicílio do réu.

No caso de ação criminal, a competência territorial é definida pelo lugar em que foi praticada a infração penal, fixado como regra para a determinação do foro do processo. É o lugar do crime o mais indicado para a determinação da competência, pois assim as provas do delito são recolhidas mais facilmente, realizadas as perícias e exames e ouvidas as vítimas e testemunhas do fato.

Lugar da infração é aquele em que se consuma o crime, ou no caso de tentativa, pelo lugar em que foi praticado o último ato de execução.

Tendo o autor promovido a ação em foro diverso da previsão legal, haverá a alegação de incompetência territorial, constituindo causa de extinção do processo sem julgamento do mérito. Não há, em sede de Juizados Especiais, a declinação do foro com remessa dos autos ao Juízo competente.

1.5. QUEM PODE PROPOR AÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas. Porém, com o advento da Lei 9.841/99, foi instituído o Estatuto da Microempresa e das Empresas de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido, em cumprimento à Constituição Federal, admitiu-se que as Microempresas pudessem propor ação perante os Juizados Especiais. As Empresas de Pequeno Porte não foram contempladas com esse favorecimento.

Poderão, portanto, as microempresas figurar no pólo ativo da relação processual junto ao Juizado, mas se no curso do processo ocorrer o desenquadramento da microempresa, passando de Empresa de Pequeno Porte, é caso de extinção do processo.

O maior de 18 anos poderá ser autor, independente de assistência, inclusive para fins de conciliação.

Não fala-se, nesse caso de assistência de advogado, mas de pai, não sendo exigido a presença do Ministério Público.

1.6. QUEM NÃO PODE SER PARTE NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS

O art.8 da lei nº 9099/95 dispõe, taxativamente, as pessoas que não podem figurar como parte em sede de Juizados Especiais. São elas: o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

Essa exclusão é justificada pelos fatos dos procedimentos nos juizados serem simples e informais e essas pessoas excluídas requerem algumas formalidades incompatíveis com o procedimento simplificado.

“O Juizado Especial de Pequenas Causas objetiva, especificadamente, a defesa de direitos individuais do cidadão, pessoa física, motivo pelo qual somente este pode ser parte ativa no respectivo processo”. (FRIGINI, 2000, p.168)

1.7. DO COMPARECIMENTO PESSOALMENTE DAS PARTES

A lei é clara quando diz que as partes comparecerão pessoalmente, afastando, assim, a possibilidade do promovente ser representado por um procurador.

Porém, levando-se para a prática, para o caso concreto, vê-se que há um excessivo rigor, pois se o mandante nomeou um mandatário para representá-lo é porque nele confia e acredita que irá representá-lo de modo satisfatório, até porque se assim não o fizer, se agir com excessos ou com omissão, responderá ao mandante com os prejuízos que causou.

1.8. NÃO OBRIGATORIAMENTE DE ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO E A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Nas causas até 20 salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. O critério utilizado para obrigatoriamente ou não de assistência do advogado está ligado ao valor de alçada.

De acordo com art. 133 da Carta Magna, o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da Lei. Mas os Juizados Especiais têm por um dos objetivos aproximar as pessoas da Justiça através de meios simples de resolver litígios, então é dispensável o advogado nas causas até 20 salários. Isto porque as ações até 20 salários mínimos geralmente são propostas por pessoas de baixa renda, que não podem arcar com as despesas com advogado sem privar-se do seu sustento e da sua família.

O estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) parte do princípio de que não há justiça sem advogado; esse preceito é só para engrandecer os profissionais da área jurídica, haja vista o advogado ser apenas uma parcela da Justiça, da qual fazem parte juízes, promotores, defensores e a população que ela recorre.

Não se está aqui desmerecendo o trabalho do advogado, mas é exagero querer que as pessoas com baixíssimo poder aquisitivo se sacrifiquem para poder constituir um advogado para só desse modo ingressar em juízo.

Há casos em que, mesmo sendo facultativa a assistência do advogado, há necessidade da assistência do advogado. São os casos em que somente uma das partes comparecem à audiência assistido por advogado,

ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual. Nesses casos, o juiz nomeará um defensor público para a parte que estiver desassistida, para dessa forma haver um maior equilíbrio entre ambas.

1.9. JECC NO ESTADO DO CEARÁ

No Estado do Ceará o sistema de juizados especiais cíveis e criminais, sua organização, composição e competência, foi criado pela Lei Estadual no 12.553, de 27 de dezembro de 1995.

Na capital do Estado foram criadas vinte (20) Unidades de Juizado Especial, de natureza cível e criminal, encravadas em áreas de elevada densidade residencial ou aglomerados urbanos, estabelecendo aproximação efetiva com a população, especialmente no que se refere aos cidadãos que contam com maior dificuldade de acesso à Justiça, proporcionando a imediata adoção de medidas administrativas e judiciais destinadas à resolução dos conflitos individuais ou coletivos que estejam inseridos nas diversas áreas de atuação institucional.

2 ETAPAS DO PROCESSO NOS JUIZADOS ESPECIAIS

2.1. DO PEDIDO

O juiz não prestará a tutela jurisdicional se não for provocado pela parte, nos casos e formas legais.

Essa provocação desenvolve-se através do processo, que inicia-se com o pedido.

Segundo a lei dos Juizados Especiais, o pedido instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. Não existe, em sede de Juizados Especiais, a necessidade de rigor formal quanto à formulação do pedido inicial, que deverá conter apenas o nome, a qualificação e o endereço das partes, os fatos e os fundamentos de forma sucinta, o objeto e seu valor, podendo até o pedido ser genérico quando não for possível, de imediato, aferir extensão da obrigação.

Se o pedido for oral, será reduzido a termo em duas vias datadas e assinadas pelo chefe de secretaria, sendo uma delas destinadas à citação notificatória do reclamado. O termo de reclamação verbal, elaborado por funcionário, obedece a normas de padronização que facilitam o conhecimento do pedido.

2.2. CITAÇÕES

O princípio da Ampla Defesa, assegurado pela Lei Suprema, afirma que é imprescindível que os acusados sejam cientificados da existência do processo e do seu desenvolvimento.

“Ninguém pode ser processado sem que tenha ciência da acusação que se lhe faz, o que é feito por meio do ato processual denominado Citação”. (Mirabete, 2002, p.73)

Citação é o ato pelo qual se chama o juízo e réu ou o interessado, com o intuito de defender-se, sem a qual o processo não será válido ainda que a sentença já tenha sido proferida, pois nesse caso ela não tem força para fazer coisa julgada, podendo até haver ação rescisória.

“O juiz não pode pronunciar-se sobre a pretensão do autor sem ouvir o réu, ou, ao menos, sem criar-lhe a oportunidade para ser ouvido (princípio do contraditório)”. (FRIGINI apud SANTOS, 2000, P. 279)

Com o objetivo de dar maior celeridade ao processo, a Lei 9.099/95 estabelece que a citação far-se-á através de correspondência com aviso de mão própria ou, no caso de pessoa jurídica ou firma individual, através do recebimento por funcionário que será identificado obrigatoriamente.

Em regra, o oficial de justiça funciona como reserva só em casos de reconhecida necessidade, quando, por exemplo, o réu criar empecilhos no recebimento da citação, ou não for encontrado, ou se localizar em zona não servida por entrega domiciliar de correspondência, a citação far-se-á por oficial de justiça.

Chama-se de citação por HORA CERTA quando o oficial de Justiça, munido de mandato ou documento que valha, procurar o réu por 3 vezes e não encontrá-lo e, percebendo a possibilidade de ocultação, marcará dia para retornar e efetuar citação.

A citação conterà cópia do pedido inicial, dia e hora para o comparecimento do citado e a advertência de que, não comparecendo este, considerar-se-ão verdadeiras as alegações iniciais, e será proferido julgamento de plano.

Não se fará citação por edital, pois constitui procedimento que demanda tempo para sua efetivação e algumas despesas, o que não se encaixa aos princípios da informalidade, economia processual e da celeridade.

O comparecimento espontâneo do réu ao processo, suprirá a falta ou nulidade da citação.

No tocante ao juízo criminal, a citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandato.

Remete-se os autos ao Juízo comum nos casos em que não foi possível a citação pessoal de esgotadas as diligências possíveis, aí sim será determinada a citação por edital.

2.3. INTIMAÇÕES

Segundo o CPC, intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

O destinatário da intimação não é só a parte, apesar de ser ela quem dirige a convocação para tomar ou não um comportamento que interesse ao processo. É mais abrangente e destina-se também as outras pessoas que diretamente colaboram no processo, como por exemplo: peritos, testemunhas etc.

As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer meio idôneo de comunicação, não só pelo correio, imprensa oficial ou oficial e Justiça, mas igualmente e de forma pessoal pelo funcionário do Juizado, por fax, telex, telegrama ou, ainda, por telefone.

Na ausência da comunicação de uma mudança de endereço por qualquer das partes, ocorridas no curso do processo, reputam-se eficazes as intimações enviadas ao local anteriormente indicado.

2.4. REVELIA

Sendo regularmente citado, não comparecendo o réu à audiência, presume-se que foram aceitos como verdadeiros, os fatos informados pelo autor. A esse comportamento, dá-se o nome de Revelia.

É possível que o réu citado apresente a sua contestação já na audiência de conciliação ou qualquer tempo, antes da realização já na audiência de conciliação ou qualquer tempo, antes da realização da sessão de audiência de instrução e julgamento. Neste caso, se o réu vier a faltar à audiência de instrução e julgamento, tenho que não é possível reputá-lo

revel. Conforme disposição do Código de Processo civil (art. 319) e o entendimento doutrinário pátrio, a revelia deve ser assim entendida como a ausência de contestação. Desta forma, é meu modesto entendimento que, se o réu apresentar contestação antes da audiência de instrução e julgamento e vem a faltar a esta sessão de audiência, não há que ser considerado revel. (Costa, 2000, p. 91)

2.5. CONCILIAÇÃO

A conciliação é um meio de resolução consensual de conflitos, em que as decisões cabem aos envolvidos. O terceiro imparcial – conciliador – atua como um facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e a harmonização das relações.

A valorização do diálogo, da negociação e da autonomia dos participantes são consideradas condições essenciais para se chegar à resolução satisfatória do conflito.

É imprescindível a redução a termo do acordo celebrado entre as partes, pois com ele e com a sentença homologatória, constituir-se-á título executivo e será utilizado no caso de não cumprimento do acordo.

Em relação ao Juízo Criminal, comparecendo o autor e a vítima, será realizada a audiência preliminar com a possibilidade de composição ou transação.

A finalidade do processo penal comum, de descobrir a verdade real, é colocada em planos secundários nas infrações de menor potencial ofensivo, predominando a busca da paz social com um mínimo de formalidade.

Torna-se a reparação do dano prioritária de acordo com o princípio orientador do procedimento de competência do Juizado Especial Criminal. (MIRABETE, 2002, p.110)

2.6. INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Quando a conciliação não obtiver êxito, ou seja, quando as partes não chegarem a um acordo, parte-se para a audiência de instrução e julgamento.

Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença. Embora a lei silencie, a

audiência de instrução e julgamento será uma nova oportunidade para ser renovada a proposta conciliatória.

A colheita de provas é a apresentação dos documentos sobre os quais deve a parte contrária manifestar-se logo. Colhida a prova, segue-se a prolação da sentença, que preferencialmente deve ser ditada na própria audiência, mas o juiz poderá ditá-la em outra oportunidade.

2.7. DAS PROVAS

A prova é um meio hábil de demonstrar a existência de um fato, constitui a convicção que o julgador forma para decidir, com base no fato demonstrado. Não é obrigatória, mas um ônus para a parte.

Incube ao autor demonstrar os fatos que constituem seu direito e ao réu aqueles que constituem o direito. O ônus da prova é relativo, pois a necessidade de comprovar o fato alegado será visto de acordo com o comportamento da outra parte ou em função de disposição legal.

Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em Lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes. São admitidas nos Juizados as seguintes provas: testemunhas (no máximo de três para cada parte), depoimento das partes, documentos, inspeção judicial.

Não será admitida prova pericial, quanto muito, audição de técnicos, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

2.8. SENTENÇA

É o momento em que o juiz arca com a sua função jurisdicional de dizer o direito e ocorre quando ele profere a decisão final.

Segundo o CPC, sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

A lei dispensa o relatório porém, a fundamentação e a parte dispositiva são partes necessárias e fundamentais na estruturação da sentença. A sentença gera efeitos declaratórios (se limitam apenas a declarar a existência ou não da relação jurídica) ou condenatórios (declara uma ordem ao vencido para que cumpra a obrigação) para as partes.

2.9. RECURSOS NOS JUZADOS ESPECIAIS

O recurso origina-se pela reação natural do homem de não sujeitar-se a um único julgamento e a possibilidade de erro ou má fé do julgador.

Não se poderia impor, contudo, mesmo com a rapidez exigida para a solução de tais casos, a irrecorribilidade das decisões proferidas pelos juízes dos juzados especiais, sob pena de se impor autêntico autoritarismo no âmbito desses juzados. (CAVALCANTE, 1997, p. 15)

O art. 41 da Lei dos JECC, afirma que da sentença, excetuada a homologação de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juzado. O recurso será julgado por turma composta por três juizes, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do juzado. No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.

O recurso é proferido pelas Turmas Recursais, no Ceará pelo Tribunal do Povo. As Turmas Recursais são compostas por juizes de primeiro grau.

3 CRITÉRIOS INFORMATIVOS DOS JUZADOS ESPECIAIS

3.1. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DOS JUZADOS ESPECIAIS

Além do respeito aos princípios gerais do processo, alguns de caráter constitucional como o contraditório, juiz natural, imparcialidade do juiz, igualdade entre as partes, ampla defesa etc – que são sempre obrigatórios em todas as ações –, o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Embora o legislador tenha utilizado a expressão “critérios” informativos do processo nos juzados especiais, está-se falando de princípios processuais, que são nada menos que um complexo de todos os preceitos que originam, fundamentam e orientam o processo.

Esses princípios decorrem do texto constitucional, que exige no art. 98, I, que se observe nos juzados especiais a oralidade em grau máximo, para que surja o procedimento sumaríssimo.

O procedimento estabelecido pela lei dos juzados especiais é o sumaríssimo e não o sumário, e a diferença entre os dois é significativa.

Com a lei nº 9.099/95 foram reduzidos os escritos, termos dispensáveis foram abolidos, ritos foram simplificados acarretando economia e celeridade processuais inquestionáveis.

3.2. PRINCÍPIO DA ORALIDADE

O Princípio da oralidade também é conhecido por viga mestra da técnica processual, preconiza a adoção da forma oral no tratamento da causa,

embora a utilização da escrita seja imprescindível na documentação de todo processo. De acordo com esse princípio, as declarações prestadas perante os juízes possuem mais eficácia quando formuladas oralmente, sem que seja excluída totalmente a utilização da escrita.

A oralidade pressupõe redução de escrita, não sua eliminação, o que faz com que o procedimento que adote a oralidade como princípio venha reduzir a termo somente os atos de elevada relevância para a causa.

A oralidade é um conjunto de idéias que é transmitida pela parte ao funcionário da Justiça onde se encontra a causa da pretensão reclamada. Não se perde tempo em longas dissertações, mas se concentra o necessário, com o mínimo de elementos tendentes a garantir a ampla defesa e o conhecimento do litígio pelo juiz, como também a aproximação das partes pelos conciliadores. (FRIGINI, 200, P. 79)

Em atenção ao princípio da oralidade, o legislador dispôs que nos Juizados Especiais somente os atos exclusivamente essenciais serão objeto de registro escrito, que nenhum ato será adiado, que todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento e que a sentença será proferida na audiência, embora nem sempre seja cumprido esse preceito. Observa-se, portanto, que os juizados especiais são realmente regidos pelo princípio da oralidade.

O juizado Especial, no ponto de vista de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Luis Flávio Gomes, “representa manifestação ampla da oralidade em processo criminal”, e desse fato descrevem os seguintes exemplos:

- O inquérito, cujas peças no sistema do CPP devem ser reduzidas a escrito (art. 10), é substituído por termo circunstanciado (art. 69, caput);
- Só serão feitos registros escritos de atos havidos por essenciais, sendo que atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente (art. 65, § 3º)
- Na fase preliminar, a audiência é marcante oral e a vítima tem oportunidade de apresentar representação verbal (art. 75, caput);
- A acusação é oral (art. 77, caput e § 3º)
- A defesa também é oral, apresentada antes do recebimento da denúncia ou da queixa (81, caput);
- Toda prova, os debates e a sentença são orais e produzidos em uma audiência, ficando o termo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos na audiência (art. 81, caput e parágrafos);

Os casos concretos têm mostrado que o processo oral é o melhor e mais de acordo com a modernidade, fornecendo decisão com economia e simplicidade durando três ou quatro vezes menos tempo do que o processo escrito.

Há a dificuldade de se acabar por completo com a “papelada” e a burocracia dos processos, mas a prática dos juizados especiais tem mostrado eficiência, pois a oralidade e a informalidade são princípios aplicativos aplicados em todos os atos, o que os torna mais céleres.

3.3. PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE

A dotando-se o princípio da simplicidade ou simplificação, diminui-se os materiais que são juntados aos autos do processo, reunindo apenas o que for de caráter essencial para que não haja prejuízo no resultado.

Traduz-se no que seja simples, fácil e descomplicado.

O procedimento do juizado deve ser natural, sem aparato, espontâneo e franco, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos.

Um exemplo de obediência ao princípio da simplicidade é o fato de “o pedido inicial” exigir somente o nome, qualificação, e o endereço das partes, os fatos e os fundamentos devem ser de forma sucinta, o objeto e seu valor.

3.4. PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE

Decorre do princípio da instrumentalidade das formas, revela a desnecessidade de rigor formal de processo e desapego às formas rígidas, burocráticas. Tanto o juiz, como os conciliadores e funcionários dos juizados deverão evitar ao máximo o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento das normas processuais.

Os atos processuais devem realizar-se conforme a lei, obedecendo ao princípio do devido processo legal, mas deve combater o formalismo exagerado em que prevalece a prática de atos sem sentido na realização da justiça. A finalidade do processo substituiu o formalismo.

A lei nº 9.099/95 não está muito preocupada com a forma em si mesma, a atenção principal está para a matéria, para a concretização, efetivação do direito da parte que socorreu do judiciário para fazer valer a sua pretensão, com simplicidade e rapidez.

De acordo com esse princípio, há determinação na lei que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios estabelecidos na lei. Esse princípio tem por objetivo a finalidade do processo e não o formalismo exagerado que tarda a realização da justiça.

A petição inicial deverá conter apenas os elementos essenciais, sendo dispensáveis jurisprudências, doutrinas, citações etc, bem como deverá ser breve e objetiva. A própria lei dispensa o relatório na sentença, sendo essenciais apenas a fundamentação e a parte dispositiva, visando, em ambos os casos, a informalidade no processo.

3.5. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL

A redução no número de fazes e atos processuais leva à rapidez, economia de tempo e conseqüentemente de custos.

Com esse princípio procura-se buscar o máximo resultado com o mínimo possível de atos processuais, desprezando atos repetitivos, preconizando o aproveitamento dos atos processuais na medida do possível, poupando-se tempo.

Deve-se escolher, entre alternativas possíveis, a menos onerosa às partes e ao Estado.

Como exemplo prático desse princípio está o fato de na audiência de instrução e julgamento serem ouvidas as partes, apresentadas provas e, logo após, proferida a sentença, porém, não sendo possível, o juiz poderá ditá-la em outra oportunidade.

3.6. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A celeridade é a virtude que se cobra sempre da Justiça, pois a demora tem sido uma das grandes questões do processo moderno.

A Lei 9.099/95, comprometida com o princípio da simplificação e da celeridade dos atos processuais dispõe, em seu art. 13 § 3º, que somente “os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão”.

A prestação jurisdicional deve ser buscada e alcançada no menor tempo possível, com agilidade.

No tocante ao juízo criminal, a celeridade decorre do fato de não haver inquérito policial, pois o TCO (termo circunstanciado de ocorrência) substitui o inquérito, do rito ser por demais simples.

Ressalte-se, portanto, que a celeridade não pode chegar ao ponto de tropelar os princípios constitucionais que protegem as partes no processo

e que a obediência a esse princípio permite a democratização da administração da justiça. Quando da entrada da petição na secretaria do juizado, a parte promovente já sai intimada da audiência de conciliação. Desse modo, não é mais necessário enviar a intimação por Correio ou por oficial de justiça, o que demanda muito mais tempo. Também não serão feitas citações por edital, pois é um processo mais demorado e não se encaixa ao princípio da celeridade processual.

Todos esses princípios mencionados visam a efetivar o princípio da celeridade. A celeridade processual é objetivo básico da lei dos Juizados, uma que, segundo as palavras de Rui Barbosa, justiça atrasada não é justiça, mas injustiça qualificada e manifesta.

4 CONCLUSÃO

A justiça é bastante criticada devido a sua morosidade, principalmente pelos que desconhecem como funcionam os atos processuais, e é de conhecimento público que os fóruns estão abarrotados de processos, mas a dos Juizados Especiais minimizaram, e muito, este acúmulo, pois esse meio de acesso ao judiciário dita logo que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Estes princípios norteadores tornaram os Juizados um acesso a Justiça mais rápido e eficaz, principalmente pelos resultados satisfatórios obtidos. O juizado é optativo e devido à facilidade para propor uma ação e pela gratuidade em primeiro grau de jurisdição, sua demanda cresce assustadoramente, seja por cidadãos menos favorecidos economicamente, seja por aqueles que têm condições de arcar com custas processuais e que querem celeridade na resolução do conflito.

Essa segmento da Justiça tende a crescer e evoluir como aliado principalmente dos mais humildes, que nem sempre podem esperar a morosidade do juízo comum na resolução de lide.

Os juizados Especiais são a mais moderna de justiça existente hoje no país. Criados pela lei 9099/95, se caracterizam pela agilidade, simplicidade e gratuidade, portanto, é a justiça ao alcance de todos.

Por fim, os juizados Especiais possuem o papel de desafogar a Justiça e romper a barreira do tradicionalismo, cujas inúmeras deficiências emperram o andamento no Judiciário.

Bibliografia

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1997.

FRIGINI, Ronaldo. *Comentário à Lei dos Juizados Especiais Cíveis*, 1ª edição, Ed. JH Mizuno, São Paulo, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et alli. *Juizados Especiais Criminais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 4ª ed., 2000.

Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, Brasília, 2004.

Contratos Eletrônicos

Luís Humberto Nunes Quezado

Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro

Contratos Eletrônicos

1 INTERNET – NASCIMENTO, DESENVOLVIMENTO E ATUALIDADE

1.1. INTRODUÇÃO

Nesse capítulo inicial, vamos tecer algumas questões interessantes sobre esse novo meio de comunicação conhecido como *Internet*. De um ousado projeto militar norte-americano, tornou-se um dos meios de comunicação mais usados atualmente.

Em virtude disso, como o Direito deve sempre acompanhar a eterna evolução da sociedade, a Ciência Jurídica tem que estar pronta para reger as novas implicações sociais decorrentes desse novo fenômeno, e em virtude disso, estão sendo constantemente criadas novas leis ou modificadas as já existentes, no intuito do Direito estar sempre acompanhando as exigências da sociedade.

Ora, a *Internet* veio, também, como uma nova forma de se manter relações sociais, entre elas, os **contratos**.

As antigas leis civis que dispunham sobre contratos, por motivos de ordem tecnológica, ainda não albergavam os chamados contratos eletrônicos. No entanto, faz-se necessária a criação de leis acerca desse tipo de contrato, e, enquanto as mesmas não são criadas, deve-se dar uma interpretação analógica dos novos contratos eletrônicos acerca de sua formação, pagamento e outros aspectos.

Portanto, a finalidade do presente trabalho é correlacionar as já existentes leis civis ao recente fenômeno da “informatização dos contratos”.

1.2. COMO NASCEU E SE DESENVOLVEU A INTERNET

Em 1960, os soviéticos haviam criado uma arquitetura eletrônica conhecida como ARPANET¹. Então os norte-americanos, temendo a expansão e o crescimento do comunismo e influenciados por uma doutrina, conhecida como *mcarthismo*², em 1969, os militares daquela nação criaram um projeto que se preocupava em montar uma estrutura de comunicação independente, que superasse o potencial de comunicação soviético, visto que a Guerra Fria estava na sua plenitude. Era um sistema que funcionaria mesmo que houvesse um ataque nuclear, não havendo possibilidade de ruptura na transmissão de dados.

Nesse tempo, o “embrião” da Internet cresceu espontaneamente, acabou por se espalhar (e se desenvolver) pelas Universidades e Centros de Pesquisa, ficando o acesso restrito somente a esses órgãos, por enquanto. Somente nos anos 80, quando os Computadores Pessoais se tornaram acessíveis à população, é que a *Internet* passou a ser utilizada pelo cidadão.

No início da década de 90, o cientista britânico Tim Bernes-Lee aperfeiçoou o sistema de comunicação e criou, por meio do Protocolo de Comunicações IP (*Internet Protocol*), uma linguagem universal até para computadores com tecnologia diferentes, a linguagem WWW (*World Wide Web*), ou “Teia Global”.

Então, à medida que as comunicações foram ficando mais e mais modernas e interligadas em todo o mundo, a *Internet* vem se tornando, nessa mesma proporção, cada dia mais fácil de usar, e com cada vez mais recursos disponíveis a quem dela se utiliza, como o *e-mail*³.

Já no Brasil, a *Internet* começou a ser utilizada, mesmo que muito parcamente, em 1995, sendo que o Comércio Eletrônico foi começar a ser utilizado apenas em 1998.

¹ ARPANET, de *Advanced Research Projects Agency Net*, em português: Rede da Agência de Projetos de Pesquisas Avançado.

² MCarthyismo é uma doutrina política idealizada na década de 40 – 50 pelo Senador americano McCarthy, que consistia numa verdadeira neurose anticomunista, baseada em calúnia e difamação dos ideais de Marx e Engels.

³ *E-mail*, de *eletronic mail*, é uma versão eletrônica do correio comum. Uma pessoa, em um computador, em qualquer lugar do mundo pode enviar mensagens para qualquer outra pessoa em outro computador. É usado em larga escala atualmente.

1.3. QUESTÕES ATUAIS

Como a *Internet* já é uma realidade nos dias de hoje, nota-se, a partir desse fato que, além da mesma ser um agente de transformação da tecnologia, da economia e, sobretudo, da sociedade, ela é o instrumento pelo qual são produzidos alguns fenômenos sócio-jurídicos, tais como o *E-Commerce* (Comércio Eletrônico).

No entanto, como ela é ainda um fenômeno muito recente, é necessário que tenha um nível de segurança razoável, para que seja um meio viável de se manter relações comerciais.

1.3.1. Comércio Eletrônico (E-Commerce)

O Comércio eletrônico, ou *E-Commerce* são todas as formas de transação relativas a atividades comerciais, porém, todas feitas via transmissão e recepção de dados, característica única da *Internet*.

Através do *E-Commerce* é possível que uma pessoa, usando um computador em uma localidade qualquer do mundo, possa comprar qualquer coisa em uma outra localidade, por meio de uma conexão à *Internet*.

Existem dois tipos básicos de *E-Commerce*, o *Business-to-Business* (B2B), que é aquela relação comercial eletrônica que diz respeito à contratos celebrados entre partes que exercem profissionalmente uma dada atividade, como entre parceiros de negócio, o outro é o *Business-to-Consumer* (B2C), usado menos que o primeiro, em virtude das questões de Segurança (tratada no próximo tópico), é aquela relação comercial entre fornecedor e consumidor final, que adquire um produto ou serviço.

Com as constantes inovações em *hardware*⁴ e *software*⁵, foi criada uma grande novidade no conceito de Comércio Eletrônico, que são as “lojas virtuais”, onde o consumidor escolhe, no próprio *site* da loja, o que quer comprar, fornece o número do cartão de crédito ou imprime um boleto para pagamento em banco, e pronto, a compra está feita, como numa loja comum.

⁴ Partes físicas do Computador, como Monitor, teclado e *mouse*.

⁵ Programas de Computador, como o Microsoft Windows, o Linux.

A grande qualidade desse novo modo de compra está no fato de, apesar de estar sendo comprado via *Internet*, esse modo possibilita uma transação instantânea, ou seja, no momento em que se está lá, no *site* da loja, pode-se considerar realmente se fazendo uma compra. Não precisa haver uma confirmação, nem nada do tipo para efetuar a transação.

1.3.2. Segurança

Ainda hoje, a questão da Segurança e da Privacidade das Relações Contratuais feitas via *Internet* é o que ainda dificulta o uso confiável do comércio eletrônico.

Para que o Comércio Eletrônico e os Contratos Eletrônicos se tornem viáveis, se fazem necessárias duas coisas: **primeiramente**, necessita-se a aplicação de tecnologias para aumentar a Segurança na Transmissão e Recepção de Dados via *Internet*, para coibir a ação dos “crimes de informática” cometidos por pessoas especializadas em invadir computadores e burlar sistemas criptográficos, conhecidas como *crackers*⁶, ou identificar, com uma grande margem de certeza, as partes contratantes. Atualmente, é usado o conceito de “Assinatura Digital”, que em nada se assemelha com o conceito de assinatura que conhecemos, ela é uma série de números, letras e símbolos, que somente pode ser acessada pelo seu portador. Essas Assinaturas Digitais são protegidas do acesso de outros por conta de um sistema de segurança conhecido como criptografia⁷.

Em segundo lugar, faz-se necessária a “atualização legislativa” do Brasil, no intuito de albergar as novas formas contratuais, em especial aquelas que são feitas via *e-mail* ou *sites*. O Brasil ainda está dando poucos passos no caminho de criar toda uma legislação sobre Comércio Eletrônico. Atualmente, conta-se com poucos Decretos ou Resoluções. Nesse sentido, a legislação Internacional já está acompanhando mais veementemente esta nova forma de Contratar. A Comunidade Européia, por exemplo, já conta com a Diretiva 1999/93/CE, que entre outras coisas, contém definições do que seja, para a Comunidade Européia, uma

⁶ Essa palavra vem do Inglês *crack*, que significa quebrar, o *cracker* é aquela pessoa com um grande conhecimento técnico e utiliza tal conhecimento para praticar crimes de informática. É diferente do *hacker*, que é um pesquisador do ramo da Informática, um *hacker* não obrigatoriamente pratica crimes, ao contrário do que se pensa.

⁷ Criptografia é a técnica de escrever em cifra ou em código. Foi muito utilizada em tempos de Guerra, mudando de forma drástica o rumo dos fatos.

Assinatura Eletrônica (no art. 2º, 1), um Certificado Eletrônico (no art. 2º, 9), além de falar dos efeitos legais das Assinaturas Eletrônicas (art. 5º), e finaliza explicando como será feita a Aplicação dessa Diretiva (art. 13º).

2 CONTRATOS ELETRÔNICOS

A partir de agora, o objetivo do trabalho será situar as novas relações contratuais, quais sejam, os Contratos Eletrônicos, dentro do universo dos contratos comuns, situados tanto na Parte Geral, como na Parte especial do Novo Código Civil.

2.1. DEFINIÇÃO DE CONTRATO ELETRÔNICO

A definição do que chamamos de Contratos Eletrônicos ainda não é certa, visto que poucas legislações, seja de âmbito nacional ou internacional, não se preocuparam em tecer definições, deixando esse trabalho para a doutrina.

Portanto, existem inúmeras definições: Luis Wielewicki os define como “Todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicas”⁸.

Michelle Toshiko Terada, por sua vez, como “O encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio da interatividade”⁹.

Sendo assim, nota-se que o Contrato Eletrônico é, bem como o Contrato comum, um tipo mais específico de Negócio Jurídico, contudo, para qualquer ato pertinente ao Contrato Eletrônico, desde a sua formação, faz-se necessário o uso da *Internet*.

2.2. REQUISITOS ESSENCIAIS

Como já sabemos, o contrato pode ser definido como uma modalidade de Negócio Jurídico, de natureza unilateral ou bilateral, ou seja, depende, para sua formação, de uma convergência (encontro) das vontades de ambas as partes, criando assim, uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados.

⁸ WIELEWICKI, Luis, *Contratos e Internet – Contornos de uma breve Análise*, Apud, *Comércio Eletrônico*, Org. JUNIOR, Ronaldo Lemos da Silva e WAISBERG, Ivo. São Paulo: RT, 2001.

⁹ TAREDA, Michelle Toshiko, *contratos eletrônicos e suas implicações na ordem jurídica*, Apud, *Novas fronteiras do Direito na Informática e Telemática*, Coord. BAPTISTA, Luiz Olavo. São Paulo: Saraiva, 2001.

A noção de Negócio Jurídico cabe perfeitamente ao Contrato Eletrônico, visto que ambos necessitam dos mesmo requisitos.

Requisito objetivo é aquele que diz respeito ao objeto do Contrato, ou seja, ele (o objeto) deve ser **lícito, possível, determinado ou determinável** (*art. 104, II – NCC*). Dizer que o objeto deve ser *lícito* significa que ele deve ser permitido pela lei e não ser contra a moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes; *possível* significa que ele deve ter uma possibilidade de ser economicamente apreciável, além de ser tangível, ou seja, ter existência; *determinado* significa que ele deve ser fixado como certo, determinado de uma forma que não cause erros; *determinável*, é que a determinação deve ser, ao menos, em potência. Então, o objeto do Contrato Eletrônico é, na maioria das vezes, objeto semelhante aos mesmos dos contratos comuns, a única diferença é no modo de contratação, ou meio de entrega.

Requisito subjetivo é aquele que diz respeito às partes contratantes, que exige a existência de duas ou mais pessoas, que, via de regra, devem ser **capazes** (*art. 104, I – NCC*), ou devem ser, pelo menos, representadas ou assistidas por capazes, e também o consentimento de ambas, que seja livre de vícios¹⁰, para garantir da perfeita convergência volitiva. Esse requisito é perfeitamente cabível ao Contrato Eletrônico, haja vista que, por trás do computador, ou da “assinatura eletrônica” existe uma pessoa real que, possuindo uma capacidade genérica para contratar, pode contratar com quem desejar.

A questão polêmica é aquela concernente ao Requisito Formal, qual seja, aquele que diz respeito à forma do Contrato, que deve, segundo a lei, ser **prevista ou não defesa em lei** (*art. 104, III – NCC*). Entretanto, aqui também não existem empecilhos quanto à sua formação, visto que não existe nenhuma lei que o vede expressamente, sendo portanto, válido, no tocante à efeitos. Atualmente não existe o rigor de forma, sendo esta obrigatória apenas nos casos expressos em lei.

¹⁰ Vício, num Negócio Jurídico, e conseqüentemente, num Contrato, é tudo capaz de impedir a manifestação idônea da vontade de alguma parte contratante, de forma tal que a vontade que foi expressada não corresponde ao desejo real do agente, esses vícios tornam o negócio jurídico nulo ou anulável.

Existem dois tipos de vícios, os **Vícios de Vontade** (Erro, Dolo, Coação, Estado de Perigo e Lesão), onde a vontade idônea do agente está sendo afetada por algo ou alguém, contra a sua vontade. E existem também os **Vícios Sociais** (Simulação e Fraude contra Credores), que são os vícios que tem o intuito de enganar terceiros, a vontade do contratante é real, no entanto, fere de sobremaneira o Princípio da boa-fé Contratual, já que é dirigida para prejudicar alguém.

2.3. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Após a análise dos requisitos de validade e existência, a formação dos Contratos Eletrônicos será analisada frente às fases de formação dos contratos em geral.

Como já foi visto, para haver um contrato, de uma forma geral, é necessário somente a união de duas ou mais declarações de vontades concordantes (Convergência de Vontades), que gera uma “norma convencional”.

Sabe-se, que, antes da fase Pré-Contratual existe a fase das “Tratativas”, que consiste na negociação preliminar de cláusulas e outros detalhes do contrato, nessa fase, nada é obrigatório visto que não existe ainda, o vínculo jurídico, e sem esse último, não há a força vinculante dos contratos, e o mesmo se aplica aos Contratos Eletrônicos.

Passada a fase das Tratativas, chega-se à fase da proposta, ou seja, quando o **policitante** faz a oferta ao **oblato**. A proposta pode ser considerada como o marco inicial do contrato, devendo essa para figurar como proposta efetiva, ser séria, concisa e inequívoca. Dependendo do caso, essa oferta já pode ser obrigatória, com **certas exceções**, expressas no Código (*arts. 427 e 428 – NCC*). Essas exceções dizem respeito a se o contrato considerar-se-á celebrado entre presentes (*inter praesentes*), ou seja, estabelecido com a presença de ambas as partes, ou se é celebrado entre ausentes (*inter absentes*), que são aqueles em que as partes não se encontram “frente a frente”, como no caso de contratos por carta ou telegrama, por exemplo.

Finalmente, fechando o ciclo de formação de um Contrato eletrônico, existe a fase da aceitação, que se inicia na oferta e termina com o fenômeno do encontro de vontades, manifestado pela aceitação, pela outra parte, dos termos propostos. É um ato essencial para a existência do contrato, visto que vincula as partes ao mesmo.

É sabido que, atualmente existem softwares de comunicação instantânea, tais como o MSN Messenger, ICQ, IRC, nesses casos, como ambas as partes estão conversando de forma instantânea, pode-se considerar como **presentes**, tanto para a proposta, quanto para a aceitação, visto que não há um intermediário que interfira na conversação ou um grande lapso temporal que descaracterize a instantaneidade. Ou seja, equipararia-se a contratar pelo telefone, apesar da distância entre ambas as partes.

A *contrario sensu*, sobre o caso das propostas feitas pela Internet, geralmente através de *home-pages* ou mala direta em *e-mail*, já nesses casos, as partes se consideram **ausentes**, pois há um considerável lapso temporal entre a emissão da proposta e a recepção da mesma, e também existe um intermediário, que seria o provedor de *e-mail*. Nesses contratos, a oferta também deve atender aos requisitos de formalidade necessários para que a oferta se torne obrigatória ao polícitante, ou seja, deve ser, na medida do possível ao meio eletrônico de comunicação, uma proposta efetiva, que seja própria da formação dos contratos.

2.4. UMA OBSERVAÇÃO IMPORTANTE: TEORIA DA EXPEDIÇÃO

Vimos que nos Contratos Eletrônicos via *e-mail*, o contrato é feito entre ausentes, haja vista não haver contato direto entre os contratantes, e, como foi dito, existe um considerável lapso de tempo e um intermediário no caso. Sobre isso, a lei brasileira adotou a chamada **Teoria da Expedição**, que é uma das divisões de uma Teoria sobre o aperfeiçoamento dos contratos chamada de Teoria da Agnição, que diz que o contrato tem por aperfeiçoamento o momento em que o polícitante conhece a aceitação por parte do oblato, possui duas modalidades: **expedição e recepção**.

A Teoria de Expedição diz que a aceitação entre ausentes se dará no momento da expedição da mesma por parte do oblato (*art. 434, caput – NCC*). No entanto, se o contrato for feito por meios onde exista a comunicação instantânea, será aplicada as normas concernentes aos contratos feitos entre **presentes**.

Quanto a retratação¹¹, a regra também é a mesma. Segundo a lei, a retratação deve chegar ao mesmo tempo ou antes da aceitação formal, então, se a aceitação for dada, por exemplo, via *e-mail*, mesmo que a transmissão da mensagem seja praticamente instantânea, existe um período em que o e-mail fica no servidor (Ex.: Nos computadores da Yahoo, do Hotmail, ou de outro provedor), antes de ser descarregado¹² para o computador do titular da conta de *e-mail* (que recebe a aceitação), quando este visita a página do provedor. Ou seja, se for possível o oblato enviar a aceitação e, pouco tempo depois, a retratação, quando o

¹¹ A retratação acontece quando o oblato desiste da aceitação.

¹² Quando o documento constante na mensagem de *e-mail* é copiado, via *Internet*, do provedor até o computador do usuário, após a apresentação do *login* e senha do *e-mail*.

policitante for acessar sua conta de e-mail, verá as duas mensagens na “Caixa de Entrada” ainda não lidas. Pensa-se assim para que a parte que envia o *e-mail* não fique sujeita à frequência pela qual a outra parte acessa a *Internet* para checar o seu.

Portanto considera-se recebido o e-mail (e, conseqüentemente, a aceitação ou a retratação) quando este é descarregado no computador de quem acessa o provedor, segundo boa parte da doutrina.

2.5. LUGAR DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A determinação do lugar de Formação é de suma importância para todo o direito, no caso de não haver um **foro de eleição** no próprio contrato, também é muito importante no âmbito do Direito Internacional, visto que se trata de um fator determinante da legislação que irá reger os efeitos do mesmo.

“Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto” (art. 435 – NCC). Isso significa que será considerado celebrado o contrato no lugar onde foi feita a **proposta**. Essa disposição é válida para as relações de Direito Interno, visto que é disposta no Novo Código Civil. Se aplicaria, por exemplo, no caso de uma pessoa que compre algo via *Internet* em uma “loja virtual” de um estabelecimento que funcione no mesmo país.

Entretanto, para as relações contratuais no âmbito do Direito Internacional Público a *Lei de Introdução ao Código Civil* assim dispõe no seu § 2º do art. 9º: *“A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”*. Caberia no caso de alguém que compre, via *Internet*, em algum estabelecimento que não funcione em seu país, desde que não haja nenhum Tratado Internacional ou Acordo de Cooperação que digam respeito à contratos no âmbito do Direito Internacional.

Existe uma corrente minoritária, que diz que seria impossível definir com exatidão o lugar de formação dos Contratos Eletrônicos, alegando o fato de a *Internet* não ter um lugar definido, ser espalhada por todo o mundo. Entretanto, esse argumento pode rapidamente ser refutado, tendo em vista que a *Internet* é uma rede em que computadores estão nela conectados, e cada computador desse está situado em um país, sujeitando-se portanto à lei deste.

2.6. NOTAS SOBRE O CDC E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Uma boa parte, senão a maioria, dos Contratos Eletrônicos, são manifestações de Relações de Consumo, em virtude disso, o presente trabalho não seria completo se não tratasse também a relação dessas Novas Formas Contratuais com o Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Um dos princípios basilares da Lei do Consumidor é o Princípio da Transparência, que diz que o fornecedor deve ser, como sugere o nome, transparente em todo o contrato, desde a negociação até o adimplemento do mesmo, fornecendo, de uma forma clara e inequívoca todo o conteúdo do contrato para o Consumidor, no intuito de evitar o erro ou ignorância, por meio da parte protegida pelo diploma legal.

Esse princípio está explicitado em boa parte do CDC, entretanto, figura expressamente, como direito do Consumidor, no inciso III do seu art. 6º:

“São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Um outro dispositivo do CDC que regularia os Contratos Eletrônicos, principalmente aqueles que são efetuados por intermédio das “lojas virtuais”. Esse dispositivo seria o art. 49 – CDC:

“O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos ou serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou à domicílio”.

O artigo supra citado fala do arrependimento de que o consumidor tem direito, no caso do contrato ser firmado fora do estabelecimento comercial. Há alguns anos, só podia-se cogitar esse tipo de contratação se fosse via telefone ou à domicílio (Ex.: Revendedoras da “AVON”), no entanto, atualmente, esse entendimento aplica-se perfeitamente aos contratos firmado via *Internet*, haja vista que, do mesmo modo, o consumidor não tem um contato prévio com o produto.

3 FORÇA PROBATÓRIA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Não é o objetivo deste trabalho versar sobre o tema da Validade Jurídica dos Documentos Eletrônicos, no entanto, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre o assunto, dada a sua pertinência com o tema sobre o qual o presente trabalho versa.

Inicialmente, os documentos eletrônicos já estariam albergados como meios de prova pelo Código de Processo Civil no seu artigo 332, já que esse artigo diz que:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Fortalecendo esse entendimento, o Código de Processo Civil versa, no seu art. 368: *“As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, presumem-se verdadeiras, com relação ao signatário”.*

Para um documento eletrônico equiparar-se a um documento escrito e assinado é que existe a “Assinatura Eletrônica” criptografada e protegida de tal forma que apenas o seu portador poderia assinar, sem o perigo de interferência de invasores. Somente assim presumir-se-ia verdadeiro o documento eletrônico, muito embora essa presunção seja *iuris tantum*¹³, segundo o disposto no art. 372 – CPC.

Para corroborar com a idéia da Força Probante dos Documentos Eletrônicos, devemos atentar para o disposto no art. 374 do mesmo diploma legal:

“O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente”.

¹³ Uma presunção *iuris tantum* é aquela presunção que admite prova em contrário, ou seja, é relativa. Se a parte que poderia impugnar essa presunção perder o prazo, essa presunção torna-se *iure et de iure*, ou seja, uma presunção que seria praticamente uma certeza.

Assim sendo, como o artigo usou a expressão “qualquer outro meio de transmissão”, pode ser que, fazendo uma interpretação extensiva à luz das novas relações contratuais, esteja incluído aí a *Internet* ou até documentos que sejam enviados via *e-mail*. Também se atentarmos para a parte final do artigo, onde ele condiciona, para que o documento transmitido tenha a mesma força probatória do original, que o original constante da estação expedidora tenha que ter sido assinado pelo remetente, iremos ver que, ao levarmos isso para a seara da informática, faz-se necessária, também a segurança da Assinatura Digital.

Muito embora o Código de Processo Civil albergar, mesmo que tacitamente, os Contratos Eletrônicos como prova, existe, como já foi dito, a grande barreira da Segurança tecnológica, para garantir, por meio de recursos de criptografia, o sigilo e a fidedignidade dos documentos eletrônicos.

A título de curiosidade, existe aqui no Brasil uma entidade privada, chamada *Certsign*, com sede no Rio de Janeiro, que é a única com legitimidade para Certificar documentos eletrônicos. Ela segue práticas já consolidadas pela legislação internacional, para proceder com a identificação de quem deseja que seu documento possua uma Assinatura Digital com criptografia própria. Ela faz isso mantendo um contrato de emissão de assinaturas digitais registrado em um Cartório de Títulos e Documentos.

4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A Teoria Geral dos contratos elenca vários Princípios que irão servir de base para a interpretação e entendimento do Universo Contratual. E, nesse capítulo, vamos elencar os Princípios que seriam aplicáveis aos Contratos Eletrônicos.

Dentre esses Princípios, destacam-se o Princípio da Autonomia da Vontade, o da Força Obrigatória dos Contratos, e, por último, mas não menos importante, o da Boa-Fé Contratual.

O Princípio da Autonomia da Vontade é um princípio que já se tornou um clássico, inspirado no Código Francês, esse Princípio reza que a pessoa civilmente capaz possui liberdade de contratar. Essa liberdade de contratar permite que as partes escolham modelos contratuais previsto no ordenamento jurídico nacional (contratos Típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com as suas necessidades (contrato Atípico).

Entretanto, essa liberdade de vontade contratual sempre sofreu limitações por parte de princípios ou normas de ordem pública, ou seja, o Estado está cada vez mais suprimindo essa liberdade. Se tomarmos como exemplo o art. 421 do Novo Código: “A liberdade de Contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Isso, de certa forma é melhor para os contratantes, com especialidade para os chamados *hiposuficientes*¹⁴, pois, ao limitar a liberdade de contratar para exercida somente dentro dos limites da função social do contrato, o Estado estaria coibindo cláusulas abusivas ou injusta para uma das partes. Esse Princípio aplica-se também aos Contratos Eletrônicos, visto que os mesmos também devem possuir uma função social, sob pena de serem coibidos pelo Estado, se não procurarem esse fim.

O Princípio da Força Obrigatória dos contratos, diz que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, é uma confirmação do antigo Princípio do *pacta sunt servanda*¹⁵. Esse Princípio, além de ser uma das bases do Direito Contratual, existe para dar uma força maior, bem como uma validade e eficácia aos contratos.

Ele parte do pressuposto de que, se as partes contrataram de livre e espontânea vontade, e expressaram essa convergência de vontades em um documento público ou particular, é por que a situação atual foi por eles desejada.

Mas, como toda regra tem exceção, esse Princípio também não seria absoluto, visto que o ordenamento alberga também a chamada Teoria da Imprevisão dos Contratos (ou Cláusula “*rebus sic stantibus*”¹⁶), que diz que, por conta de um fato futuro, imprevisível e extraordinário, o contrato ficar excessivamente oneroso para uma das partes, pode ser concedida a Revisão Judicial do mesmo, no intuito de ajustá-lo, para que o mesmo cumpra o fim social a que se destina. Também é aplicável aos Contratos Eletrônicos, haja vista que, até nestes pode haver um fato imprevisto que mude totalmente a reciprocidade eqüitativa de obrigações e direitos, com especialidade aos que forem formados no âmbito internacional, pois, geralmente, submetem o seu pagamento à variação cambial.

¹⁴ Hiposuficiente é toda a pessoa que não tem muitos recursos financeiros, de modo que não possa, por si só, defender-se judicialmente, ficando, de certa forma, à mercê das vontades dos mais fortes, economicamente falando.

¹⁵ Do latim: As partes se submetem ao pacto.

¹⁶ Do latim: As coisas devem permanecer como estão.

Finalmente, o Princípio da Boa-Fé Contratual, que é o princípio basilar que deve, em tese, reger toda e qualquer relação contratual, diz que as partes devem agir de forma correta (ou seja, de boa-fé) durante todo o contrato, desde a sua formação até o adimplemento. Esse princípio mantém mais relação com a questão da interpretação dos contratos, devendo-se, quando for feita a interpretação, analisar-se a boa-fé dos contratantes, seu nível sociocultural, bem como o as circunstâncias em que contrataram.

Esse princípio, pelo fato de ser a base de todo contrato, também deve aplicar-se aos Contratos Eletrônicos, pelo fato destes também serem manifestações de vontade, que não devem, portanto, estarem eivados de má-fé contratual.

5 CONCLUSÕES

A Internet, além de um excelente meio de comunicação, tornou-se uma rápida maneira de se constituir obrigações. Em virtude disso, os instrumentos contratuais sofreram diversas mudanças no decorrer do tempo, adaptando-se constantemente à nova realidade social, e os Contratos Eletrônicos nada mais são do que apenas uma novas formas de se contratar que precisam se adequar ao sistema.

Apesar das suas inúmeras vantagens, entre elas, a rapidez e a facilidade, verifica-se que ainda existem barreiras tecnológicas e legislativas que impedem a disseminação dessa nova forma contratual. As barreiras tecnológicas residem, principalmente no tocante à segurança, pois o alto custo de sistemas de segurança capazes de deter a ação dos *crackers* (“invasores cibernéticos”), ainda é um problema. As barreiras legislativas dizem respeito à legitimação da força probante dos documentos eletrônicos e a regulamentação da sua forma.

Enquanto essa lacuna legislativa não é suprida, por meio de regulamentação específica para o comércio eletrônico, pode-se perfeitamente adaptar uma parte da atual lei civil para reger as Novas Relações Contratuais, quais sejam, os Contratos Eletrônicos, sempre, é claro, observando os Princípios clássicos do Direito Contratual.

No tocante à prova de um documento ou Contrato Eletrônico, a Lei Processual não faz nenhum objeção expressa à esse contratos, pois ela pode albergar vários tipos de prova, inclusive aquelas não previstas naquele diploma legal,

no entanto, é necessário todo um aparato de segurança eletrônica (como as “Assinaturas Digitais”) para que estas provas eletrônicas tenham o mesmo efeito que provas documentais comuns.

Após a análise dos Contratos Eletrônicos à luz do Código de Defesa do Consumidor, pode-se ver que também não há nenhuma objeção, desde que, esses novos contratos, ao conter relações de consumo, não prejudiquem os consumidores. Em outras palavras, também nesses contratos aplicam-se as normas do CDC.

Finalmente, nota-se que os Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro ainda estão começando a manter novas relações e a produzir seus efeitos, e os operadores do direito ainda não se depararam com grandes discussões acerca do assunto, que, cedo ou tarde, chegarão.

Bibliografia

MELLO, Leonel Itaussu A. e COSTA, Luis César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Scipione, 1996.

BARROS, Felipe Luiz Machado. “*Dos Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro*”. In www.jus.com.br. Acessado em 11/9/2004.

SILVA, Rosana Ribeiro da. “*Contratos Eletrônicos*”. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 9/9/2004.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. *O Direito Processual e a Internet: A Instrumentalização de uma nova realidade jurídica*, Coimbra – Portugal: Universidade de Coimbra, 2003 (Dissertação de Mestrado).

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *O Comércio Eletrônico e suas implicações jurídicas*. In *Direito Eletrônico*, Coordenador: Renato Opice Blum. São Paulo: EDIPRO, 2001.

TAREDA, Michelle Toshiko. *Contratos eletrônicos e suas implicações na ordem jurídica – A defesa do Consumidor*. In, *Novas fronteiras do Direito na Informática e Telemática*, Coordenador: Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Saraiva, 2001.

WIELEWICKI, Luis. *Contratos e Internet – Contornos de uma breve Análise*. In *Comércio Eletrônico*, Organizadores: Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg. São Paulo: RT, 2001.

BARRETTO, Ana Carolina Horta, *Assinaturas Eletrônicas e Certificação*, in *O Direito e Internet*, Coordenador: Valdir de Oliveira Rocha Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2000.

MATTE, Maurício. *Internet – Comércio Eletrônico*. São Paulo: LTr, 2001.

JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos Eletrônicos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
Novo Código Civil. 10ª ed. Saraiva, 2004.

Lei dos Crimes Hediondos – LHC

Matheus Lima Marques

**Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro**

Lei dos Crimes Hediondos – LHC

1 INTRODUÇÃO

Há quatorze anos em vigência, a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos-LCH) proporcionou várias mudanças no campo do Direito Penal brasileiro a partir daí tornou-se alvo de várias críticas.

A doutrina e a jurisprudência divergem ao analisar a Lei dos Crimes Hediondos de forma veemente, uns se posicionam a favor da constitucionalidade da lei e da manutenção desta sem alterações, fundamentando que sem ela daremos um salto para o crescimento da impunidade, que já nos rodeia. Outros defendem a sua inconstitucionalidade por ferir vários princípios fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Em nenhum momento a doutrina e a jurisprudência poderão provar que sanções penais mais severas diminuíram a criminalidade.

Numa primeira parte, pretendemos mostrar os pontos polêmicos da lei 8.072/90, fazendo citações de autores e por fim o posicionamento da jurisprudência majoritária. Nesta parte, tratamos sobre a constitucionalidade da lei, a proibição de progressão de regime prisional aos condenados nas penas tipificadas na Lei de Crimes Hediondos; a concessão de liberdade provisória e fiança; a concessão de livramento condicional e a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

Numa segunda parte, definiremos um ponto de vista, fundamentado em posições doutrinárias e jurisprudências, embora, saibamos da complexidade do assunto em análise, neste trabalho, todavia procuramos na medida de nossos conhecimentos acadêmicos uma conclusão concisa e fundamentada no posicionamento doutrinário e jurisprudencial que nos familiarizamos.

2 LEI 8.072/90, DE 25 DE JULHO DE 1990 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS)

2.1. MOMENTO HISTÓRICO

Neste tópico, procuraremos abordar se o estado de medo e a insegurança influenciaram diretamente, tanto, ao legislador constituinte na elaboração da Constituição federal de 1988, como, ao legislador ordinário criador da Lei 8.702/90, conflitando as opiniões de autores renomados e a jurisprudência.

Por meio de uma onda de extorsões e seqüestros que atingia os grandes centros urbanos, principalmente na cidade do Rio de Janeiro, é que começou a ser discutido um projeto que tivesse a finalidade amenizar ou acabar com aquelas modalidades delituosas. A manipulação desse fenômeno criminal pelos meios de comunicação gerou um terreno propício para a aprovação de medidas penais mais severas que, visam extinguir da população o medo e a insegurança, criados após episódios famosos, como o seqüestro do empresário carioca Roberto Medina. **Alberto Silva Franco**, com autoridade de quem escreveu excelente obra sobre a matéria, fato esse que, superdimensionado pelos meios de comunicação, acabou atuando “*como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir*” (Crimes Hediondos, 3. ed., São Paulo, RT)¹. Então, em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, que trouxe em seu Título II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS), Capítulo I (DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS), Artigo 5º, Inciso XLIII, o seguinte:

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

¹ João José Leal, *Lei dos Crimes Hediondos ou Direito Penal da Severidade*, Revista Brasileira de Ciências Criminais-40, 2002, p.160.

Com isso, o legislador constituinte originário, atribuiu competência ao legislador ordinário para legislar respeitando o texto constitucional, este “conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade”².

Em decorrência da indefinição dos crimes tipificados, no inciso XLIII, e com a necessidade urgente de tipificar atos delituosos cometidos constantemente à época da criação da Lei 8.072/90, a qual, era tida pela a maioria da sociedade como a solução para acabar com aquele estado de medo que enfrentavam. Talvez, devido à falta de discussões mais aprofundadas e o afã da sociedade exigindo punições exacerbadas aos delitos que chocava a sociedade brasileira, por meio do sensacionalismo dos meios de comunicação.

A nenhuma lei de tamanha abrangência como esta não é viável sua publicação atropelando os princípios fundamentais ao Estado que tem o dever de propiciar à sociedade justiça real, ou seja, propiciar justiça por meio leis justas.

Não ocorre nesta lei, o Juízo ou Tribunal de Exceção, previsto no art.5º, XXXVII, da Constituição Federal, pois a lei não retroagirá aos crimes que segundo os críticos influenciaram diretamente à publicação da Lei 8.072/90, posteriormente, a Lei 8.930/94 incluindo naquela os crimes tipificados no art. 1º, I “homicídio (art.121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, II, III, IV e V)”. A Lei 8.930/94 foi promulgada, logo após, o homicídio qualificado cometido contra a atriz global Daniela Peres, o que provocou um sensacionalismo enorme ao caso.

Não é raro o princípio da legalidade ser fundamental na maioria dos ordenamentos jurídicos, que a competência é do legislador para criar normas jurídicas, todavia em alguns momentos não seja possível prever todas as condutas humanas capazes de causar problema a sociedade.

Portanto, é correto falar que a Lei 8.072/90, seja uma “Lei de Ocasão”, como diz o autor João José Leal (*Revista Brasileira de Ciências Criminais* – 40, 2002, p. 164). Já que, a política criminal nesta época era favorável a criação de leis mais severas objetivando de forma indireta a satisfação da comunidade com o poder político governante.

² Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 13ª ed., Atlas, São Paulo, 2003, p. 56.

2.2. A LEI 8.072/90 E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO

Analisamos até o presente momento, à parte que trata somente se a lei sofreu influência direta do pânico da população, à época de sua publicação. Passamos, neste tópico, a analisar quais os princípios violados e os efeitos decorrentes da violação destes princípios.

Ao falarmos sobre princípios se faz necessário uma abordagem prévia da forma de Estado adotado por nossa Constituição Federal de 1988 e os princípios fundamentais do Estado brasileiro.

A forma de Estado adotada por nossa Constituição, é a prevista em seu art. 1º:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político. § único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

José Afonso da Silva define os fundamentos do Estado brasileiro, de acordo com o (art. 1º da CF/88) a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A soberania não precisava ser mencionada, porque é fundamento do próprio, conceito de Estado. Constitui também princípio da ordem econômica (art.170). Soberania significa poder político supremo e independente, como observa Marcelo Caetano: supremo, porque “*não está limitado por nenhum outro na ordem interna*”, independente, porque, “*na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos*”.

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (§único, art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida:

“Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha por conta seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visar a realização da justiça social (art.193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”³.

³ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18 ed., Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 108 e 109.

Como já explicamos acima foi o próprio legislador constituinte, que expressamente atribuiu a lei ordinária à função de definir os crimes hediondos. A lei 8.072/90, em seu art. 1º os define de forma lacunosa, pois, num primeiro instante deixou de incluir o homicídio doloso, principalmente o qualificado, no rol dos crimes hediondos o que podemos dizer que é uma omissão injustificável, pela as conseqüências que este traz a sociedade. Enquanto, previa no inciso VII-A o crime de envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270 c/c art. 285), o qual foi excluído da relação dos crimes hediondos pela lei 8.930/94, que entendeu ser desproporcional a tipificação deste delito, naquela lei.

O princípio da proporcionalidade, atualmente, deve ser aplicado ao inciso VII-B (art. 1º) para impedir sua eficácia, pois este versa sobre a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e §1º, §1º – A e §1º – B, com redação dada pela Lei nº 9.677, de julho de 1998). O art. 273 do Código Penal, diz que:

“Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: pena- reclusão, de 10 (dez) a (quinze) anos, e multa. A polêmica está aqui, §1º – A “incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico”.

Comentando o artigo, Celso Delmanto leciona que:

“A equiparação de produtos imposta por força deste §1º–A, incluem-se entre os produtos referidos neste art. 273 os medicamentos (substâncias ou preparados que se utilizam como remédios), as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. De forma absurda, este §1º – A inclui entre os produtos objeto deste artigo, punidos com severíssimas penas, os cosméticos (destinados ao embelezamento) e os saneantes (destinados à higienização e à desinfetação ambiental), ferindo, assim,

o princípio da proporcionalidade. No mesmo sentido, Alberto Silva Franco, “Há produto novo na praça”, in Bol. IBCCr 70/5 – edição especial”⁴.

E Luiz Régis Prado complementa o raciocínio:

“O princípio da proporcionalidade (proibição de excesso), nele as penas devem sempre guardar razoável proporção com o delito perpetrado e com a forma de sua execução. Inclui-se, aqui, tanto a atividade legislativa, repelindo-se ‘como undue process of law, a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos’ (Francisco Clementino de San Tiago Dantas, Problemas de direito Positivo – Estudos e Pareceres, Forense, 1953, pp. 46-7), quanto à judiciária, ao aplicá-las e executa-las (CR/88, art. 5º, caput e LIV; CP. Art. 59)”⁵.

Ressalte-se que, o inciso VII-B atinge a proporcionalidade judiciária. O art. 2º da Lei 8.072/90 é sem dúvida o mais polêmico, devido às conseqüências que suas restrições acarreta aos agentes dos delitos nele tipificados, *verbis*:

“Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I. anistia, graça e indulto; II. fiança e liberdade provisória. §1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. §2º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade. §3º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

⁴ Código Penal Comentado, 6ª ed., São Paulo, Renovar, p. 553.

⁵ Luiz Régis Prado, Curso de Direito Penal Positivo, 3ª ed., vol. 1, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 126.

O legislador fez uma interpretação ampliativa do inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, que define expressamente somente a proibição dos benefícios da graça, anistia e a fiança, ou seja, não é permitido ao legislador utilizar a interpretação ampliativa para prejudicar o réu sob pena de lesar o princípio da irretroatividade de lei e sua execução “*trata-se de restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial*”⁶. Novamente, Celso Delmanto comenta o fenômeno:

“A respeito da vedação do indulto, há duas posições na doutrina (cf. Alberto Silva Franco, Crimes hediondos, 3ª ed., Revista dos Tribunais, pp. 71-4): 1. Não é inconstitucional, pois seria ilógico que a Constituição, em seu art. 5º, XLIII, vedasse a graça (clemência em regra individual e solicitada) e permitisse o indulto (clemência em regra geral e espontânea). Para essa corrente o termo graça, utilizado no art. 5º, XLIII, tem sentido amplo, compreendendo a graça, em sentido estrito, e o indulto. 2. É inconstitucional, não podendo a lei ordinária extrapolar a Magna Carta e restringir atribuição privativa do Presidente da República (art. 83, XII, da CR/88). Entendemos mais acertada a segunda posição, pois os Direitos e Garantias Fundamentais devem ser interpretados ‘de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso’ (Themistocles Cavalcanti, Do Controle da Constitucionalidade, Forense, 1986, p. 164) e não podem ser restringidos ‘a não ser que a restrição esteja expressamente admitida pela própria constituição’ (J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, pp. 148-9)”⁷.

Esta divergência doutrinária foi extinta em relação o crime de tortura que na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, em seu art. 1º, § 6º dispõe somente sobre a impossibilidade de concessão da graça ou anistia.

⁶ Código Penal Comentado, 6ª ed., São Paulo, Renovar, p. 68.

⁷ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, 6ª ed., São Paulo, Renovar, p. 204.

Em relação à fiança e a liberdade provisória, estas, tiveram sua aplicação vedada nos termos do inciso II, do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. E no art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal somente prever a inafiançabilidade, logo assim, o legislador ordinário comete outro deslize interpretando ampliativamente o inciso da Constituição que restringi direitos. Guilherme de Souza Nucci “*nessas situações, a Lei 8.072/90 (art.2º, II) cuidou de vedar, também, a liberdade provisória, sem fiança. Apesar de rigorosa a disposição, ao menos não há contradição, pois não se solta nem com fiança, nem sem o pagamento da fiança*”⁸.

A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), em uma proposta votada pelos conselheiros federais, da mesma organização, definiu vários pontos fundamentais para serem alterados, na Lei dos Crimes Hediondos, e um deles é restituir ao juiz autonomia para analisar as peculiaridades de cada caso e decidir se deve ou não manter o criminoso atrás das grades, concedendo através da liberdade provisória o direito do réu responder o processo em liberdade. Somos favoráveis a proposta da OAB porque acreditamos que negada a liberdade provisória que, somente ocorre antes da sentença transitada em julgado, estaremos desrespeitando o princípio da presunção de violência (art. 5º, LVII, da CF/88).

2.3. IMPEDIMENTO DE PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI 8.072/90

São grandes as críticas, também, ao §1º, art. 2º, pois neste não se aplica progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. Nele, o regime adotado é o integralmente fechado “ferindo” diretamente o princípio da individualização da pena, previsto na Constituição Federal como direitos fundamentais individuais no art. 5º, XLVI – “*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*”.

O parágrafo 1º, art. 2º da Lei 8.072/90, fere o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), mas, para tratarmos deste princípio é necessário um breve comentário sobre o princípio da igualdade, que é essencial ao Estado Democrático de Direito.

⁸ Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p.583.

A Constituição no art. 5º, caput, estabelece a igualdade como, fundamental ao desenvolvimento de uma sociedade justa, dizendo que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Pois, como diz Cármen Lúcia Antunes Rocha: “*Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental*”⁹.

Muito discutido o tema referente à igualdade formal e material, como, aqui, não é o local oportuno para aprofundarmos tal assunto, somente faremos a distinção das duas. A igualdade formal é aquela que a lei deixa todos os indivíduos, nas mesmas condições de acesso aos direitos e garantias fundamentais. A igualdade material é aquela quando o legislador e o aplicador da lei tratam os desiguais de maneira desigual, com o intuito de aplicar realmente a justiça, a quem tenha direito. Embora, empolgante o assunto, a questão aqui é outra. O parágrafo em análise (§ 1º, art. 2º) fere ou não o princípio da individualização da pena? José Afonso da Silva explica que:

“A realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumprir-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a idéia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizado pelo grupo que se insere de fato; de outro lado, deve ele, apreciar os critérios de relevância que foram adotados pelo legislador. É essa doutrina que orienta o princípio da igualdade da justiça na imposição de pena para o mesmo delito. Seria injusto fosse aplicada a mesma pena sempre em atendimento a uma igualdade abstrata. Aplicando-se matematicamente a mesma pena para o mesmo crime, que, por regra, é praticado em circunstâncias diferentes por pessoas de condições

⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18 ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 217.

distintas. Para que tal abstração não ocorra é que, além das circunstâncias atenuantes ou agravantes, se impõe a regra da individualização da pena (art. 5º, XLVI)”¹⁰.

Mesmo diante de tantos fundamentos plausíveis a alteração da Lei dos Crimes Hediondos, o Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes vem mantendo o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, nos autos do HC nº 21.794-0 – SP tendo como relatora a Ministra LAURITA VAZ da Quinta Turma, decidiu unanimemente:

“Encontra-se superada a controvérsia em torno da argüida inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.702/90, porquanto o Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado reiteradamente, acerca da constitucionalidade daquela, não tendo a Lei 9.455/97 derogado o referido artigo, restando, pois, inviável a progressão de regime prisional nas hipóteses de condenação por crime hediondo”.

Não resta dúvida depois da citação de José Afonso da Silva, que o princípio da individualização da pena foi desrespeitado pela Lei dos Crimes Hediondos. A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), também, questiona a mudança brevemente, dessa lei, que tantos transtornos tem gerado aos agentes de crimes hediondos. Embora, sejam delinquentes não podemos deixar de analisar as condições pessoais do agente em cada caso concreto, sob o risco de cometer graves injustiças que na grande maioria das vezes são irreparáveis.

2.4. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL

A Lei 8.072/90 alterou o art. 83 do Código Penal, incluindo em sua redação o inciso V, que dispõe sobre o Livramento Condicional aos condenados por crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo. O apenado que tiver cumprido mais de dois terços da pena, não sendo reincidente específico, em crimes dessa natureza, se concederá o Livramento Condicional.

¹⁰ *Apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18 ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 223.

Livramento Condicional é diferente de Progressão de Regime, aquele permitido e obrigatório (art. 83, V, do CP), desde que, o apenado preencha os requisitos objetivos e subjetivos. Já a progressão não é permitida de forma alguma, pois os crimes hediondos e os a ele equiparados na Lei 8.702/90 são insuscetíveis de progressão do regime integralmente fechado para outro qualquer.

2.5. O AUMENTO DE PENA DO ART. 9º E O *BIS IN IDEM*

O art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, prever um aumento de metade na pena, respeitando o limite de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer uma das hipóteses referidas no art. 224 do Código Penal. Este aumento incide sob os crimes dos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal. Para Celso Delmanto:

“A melhor interpretação é que o aumento de pena, previsto no art. 9º da LCH, dada a expressa referência ao art. 223, caput e parágrafo único, do CP, somente ocorrerá havendo lesão corporal grave ou morte, sob pena da bis in idem, uma vez que o acusado já está sendo punido em virtude da presunção de violência prevista no art. 224 do CP”.

A favor deste posicionamento o (art. 224) do CP é inconstitucional por desprezar a responsabilidade subjetiva, sendo intolerável a responsabilidade objetiva (STJ, Resp 46.424, DJU 8.8.94. p. 19576, in RBCCr 8/227); no mesmo sentido, o atentado violento ao pudor cometido mediante violência presumida (art. 224, a) não é considerado crime hediondo (TJSP, RT 780/597-8); igualmente o estupro (STJ, HC 13.129/SP, DJU 19.02.01, p. 247). Contra, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 31.614-0 – SP da relatoria do Min. PAULO MEDINA da Sexta Turma, decidiu o julgado, publicado em 17.02.2004: *“O estupro e o atentado violento ao pudor ainda que praticados na forma simples, seja com violência real ou presumida, configuram crimes hediondos”.*

O Pretório Excelso vem atualmente decidindo neste mesmo sentido, com o intuito de por fim a mais uma divergência entre a doutrina e a jurisprudência.

3 CONCLUSÃO

No Brasil, a implantação da Lei dos Crimes Hediondos não diminuiu a criminalidade, principal finalidade para a qual foi criada, demonstrando não ser, severas penas, a solução ideal em qualquer sistema.

A OAB elaborou recentemente um projeto arrojado com o objetivo de alterar pontos cruciais da Lei 8.702/90 como, a concessão da progressão de regime e a liberdade provisória impedidos por esta lei.

Em nosso ponto de vista a solução seria unir programas sociais e normas penais justas não tendenciosas ou severas, e sim, normas eficazes impossíveis de gerar no seio da população o espírito da impunidade fundamental a destruição da justiça.

Como será possível discutirmos alterações profundas na aplicação da Lei dos Crimes Hediondos, se nosso sistema penitenciário vital para estas encontra-se as “portas” da falência. Este em decadência torna-se impossível falarmos sobre os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, por tornarem-se meras abstrações dentro dos estabelecimentos carcerários, aonde o que prevalece é a lei do mais forte (rico), pois, a eles seus direitos são garantidos pela justiça brasileira.

Não seria o momento ideal para pormos em prática os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, que visa uma sociedade justa, igualitária, digna e soberana. E não, uma sociedade manipulada pelos detentores do poder político-econômico que através do sensacionalismo fantástico dos meios de comunicação conseguem domar uma população carente de educação, saúde, emprego, moradia e resumindo tudo isto a dignidade humana que hoje é mera fantasia e demagogia dos políticos que temos no *“Brasil preparadíssimo para mudanças profundas no ordenamento jurídico”*.

Bibliografia

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Positivo*. 3ª ed., São Paulo. RT, 2002, Vol. 1.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo. Renovar, 2002.

LEAL, João José. *Lei dos Crimes Hediondos ou Direito Penal da Severidade*. 40ª ed., Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed., São Paulo. Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo. Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª ed., São Paulo. RT, 2004.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

Código Penal Comentado. 6ª ed., São Paulo: Renovar, 2003.

Cláusula Penal

Milleane Nunes Pereira

Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será conceituado o que vem a ser a Cláusula Penal, demonstrando em que hipóteses ela estará presente, seus tipos, suas funções, casos em que poderá ser reduzida, apesar de ter sido prefixado o valor da mesma e suas semelhanças com outros tipos de obrigação.

2 CLÁUSULA PENAL

1. HISTÓRICO

O instituto que aparece nos atuais Códigos, foi originário do Direito Romano. Esta era considerada pelos romanos como sendo “toda estipulação cuja finalidade consistisse em impor ao promitente uma prestação em favor do estipulante, para o caso em que tal fato convencionado entre as partes viesse ou não a se realizar”¹. A chamada *Stipulatio Paenae*.

Essa *Stipulatio* tinha dois objetivos: o primeiro, garantir indiretamente a execução da obrigação principal, no caso de inexecução da prestação; o segundo, desonerar o credor do encargo da prova no caso de inadimplemento da obrigação. Mais do que a reparação do prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação, o seu objetivo era eminentemente a própria repressão do delito consistente no inadimplemento do devedor. De acordo com isso IHERING refere que: “*As penas decaem à medida que a idéia do direito se engrandece. Mais a ordem jurídica se aperfeiçoa, mais os povos se aproximam da maturidade, e cada vez se torna menos necessário o recurso à pena*”².

¹ Maynz, Droit Romain, II, Parág. 258, p.183

² Ihering, La Faute en Droit Privé, trad. De Meulenaere, p.4

Dessa maneira, a *Stipulatio Paenae* modificou-se, com a transformação havida no Direito Romano em relação no domínio dos contratos. Assim, a Cláusula penal evoluiu para sobrelevar-se em seu papel de elemento reparador, tal qual aparece em nossos dias, como elemento que compõe as perdas e danos.

Em relação ao Código Civil Francês, com as penas cominatórias, as que podiam ser reduzidas pelo juiz, a Cláusula Penal perdeu muito do caráter penal, para reduzir à função de reparação. Além disso, o código Civil Francês consagrou o princípio da imutabilidade da cláusula penal, determinado no art. 1.152, o que, embora, não consta a redução da cláusula, quando a obrigação principal já tiver sido executada em parte.

Como verificamos que no Direito Francês e todas as legislações a ele filiadas repelem todo aumento ou diminuição da pena, o Código das Obrigações suíço e o Código Civil alemão seguiram o critério do Direito Romano, o qual, havendo dúvida sobre a intenção das partes, admitia a pretensão do credor a uma indenização superior à pena convencional.

Segundo Sílvio Rodrigues:

*“No Código Civil de 1916, a matéria referente à Cláusula Penal era tratada no título das modalidades, o que de certa forma justifica, pois ela reflete um dos modos pelas quais a obrigação se apresenta. Mas há críticas geradas por essa denominação, pois algum juristas preferiam vê-la situada nas regras de inadimplemento das obrigações, outros na parte geral dos contratos, ao pé das arras, por compor-se num reforço da obrigação”*³.

Porém, no nosso Código vigente, a Cláusula Penal encontra-se no título referente ao inadimplemento das obrigações.

2. CONCEITO

Vários doutrinadores conceituam o que vem a ser a Cláusula Penal, como Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, R. Limongi França, dentre outros.

³ Sílvio Rodrigues, parte geral das obrigações, p.261. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. V.2.

Logo, tentar-se-á convergir os vários conceitos existentes em um: Cláusula Penal é uma obrigação acessória, que as partes contratantes estipulam uma multa ou pena, pecuniária ou não, contra a parte inadimplente, pelo motivo de sua inexecução da principal ou retardamento de seu cumprimento, fixando, dessa maneira, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal, em benefício do credor⁴.

A Cláusula Penal também é denominada pena convencional ou multa contratual, sendo adaptada a todas as formas de contratos bilaterais, sendo possível, também empregá-lo nos contratos unilaterais, como o testamento, no qual o herdeiro é coagido a cumpri-lo fielmente.

Carlos Roberto Gonçalves cita em sua obra que a cláusula penal:

*“Pode ser ajustada na obrigação principal, ou em ato posterior. Seu caráter não precisa ser obrigatoriedade pecuniário, podendo ser fixado pela entrega de alguma coisa, uma abstenção de um fato ou a perda de algum benefício, como, por exemplo, de um desconto”*⁵.

3. NATUREZA JURÍDICA

É de acordo secundário e acessório, já que a sua existência é ligada a da obrigação principal. Logo, aplica-se a ela a regra de que o acessório segue o principal, ou seja, extinguindo a obrigação principal, extingue-se a acessória, mas a recíproca não é verdadeira, permanecendo a existência da obrigação principal.

Sílvio Rodrigues ressalva que: *“A cláusula pode ser estipulada por ato posterior à obrigação principal, porém é inadmissível a estipulação de multa convencional antecedendo esta, já que é a Cláusula Penal que pode depender da obrigação principal e não, o contrário”*⁶.

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves declara que: *“Assim, nulo o contrato de locação, nula será a cláusula inserida, mas o contrário não, prevalecendo o contrato, e o direito do lesado às perdas e danos”*⁷.

⁴ Maria H. Diniz, Teoria Geral das Obrigações, cit. ,p.383; Sílvio Rodrigues, Parte Geral das Obrigações, cit. p.262; R. Limongi França, Instituições de Direito Civil, cit. ,p.570.

⁵ Carlos Roberto Gonçalves, Direito das Obrigações-sinopse, p.120. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶ Sílvio Rodrigues, Parte Geral das Obrigações, p.263. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. V.2.

⁷ Idem 5, p.121.

3 FUNÇÃO E FINALIDADE

Verifica-se, portanto, que a sua principal função e finalidade é de garantir indiretamente o cumprimento da obrigação principal, atuando como um meio de intimidação para que o devedor cumpra a obrigação estabelecida, não necessitando pagá-la e como meio de ressarcimento, por prefixar as perdas e danos devidos por causa do inadimplemento do contrato.

O art. 416 CC proclama que, “para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”. Dessa forma, com a estipulação, os contratantes expressam a vontade de não ter o incômodo de provar, comprovar os prejuízos e de sua liquidação, já que foi presumida a existência do possível inadimplemento e sua pena respectiva. Logo, havendo a estipulação das partes, cabe ao credor provar que houve inadimplemento da parte do devedor para que aquele tenha direito a multa, sendo dispensado da prova do prejuízo.

Entende-se, portanto, que havendo sido estipulado o valor da Cláusula Penal, o devedor não poderá alegá-la abusiva, excessiva, pois o seu valor foi fixado por comum acordo entre as partes.

Da mesma forma, achando, o credor, que seu valor é insuficiente não poderá aumentá-la. O que poderá fazer é deixar de pleiteá-la e requerer perdas e danos, já que abrange além do dano emergente, o lucro cessante. A única desvantagem que será gerada é a obrigatoriedade de prova do prejuízo alegado.

Mas, há a exceção de se ter o direito de reivindicar tanto a multa, quanto à indenização, que é no caso de haver ato doloso do devedor, pois a indenização deverá arcar, cobrir todo o ato lesivo.

Logo, verifica-se, que a Cláusula Penal prefixa as perdas e danos provenientes da culpa contratual, mas se houver outros prejuízos ocasionados por culpa extra-contratual, seu ressarcimento pode ser pleiteado, independentemente daquela.

4 TIPOS DE CLÁUSULAS PENAIAS

Toda espécie da obrigação pode ser aderida por uma Cláusula Penal, com a prerrogativa de ser de forma expressa. Podendo ser estipulada para o possível inadimplemento total da obrigação ou para o caso de haver inadimplemento em um prazo fixado. Aquela recebe o nome de compensatória, essa, moratória.

Maria Helena Diniz por sua vez diz que⁸ :

“Se estipulada for a compensatória, poderá o credor optar, por vias judiciais, livremente entre a exigência da Cláusula Penal e o adimplemento da obrigação, visto que a Cláusula Penal se converterá em alternativa em seu benefício. Com isso está vedado acumular o recebimento da multa e o cumprimento da obrigação. E a possibilidade de garantir a execução de alguma cláusula especial do título obrigacional, possibilitando ao credor o direito de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal. Se estipulada for a moratória, será convencional para o caso de simples mora; assistindo ao credor o direito de pedir cumulativamente a pena convencional e a prestação principal.”

Por seu turno, Carlos Roberto Gonçalves, expõe que: *“Cabe lembrar que a prova não se caracteriza somente no retardamento do cumprimento da obrigação, mas também quando esta é cumprida de modo diverso do convencional”*⁹.

E prossegue o autor:

*“Não é obrigatório que o contrato tenha apenas uma Cláusula Penal, podendo vir a ter, embora raramente, até três cláusulas de valores diversos. Sendo uma com valor elevado, para caso haja inadimplemento total da obrigação, a compensatória; uma outra que veja garantir o cumprimento de uma cláusula especial, como a cor do carro, ou modelo, que é a moratória; e outra, para evitar atraso, que é moratória também”*¹⁰.

⁸ Teoria Geral das Obrigações, p. 389. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 2.

⁹ Parte Geral das Obrigações – sinopse, p. 125. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004

¹⁰ Idem. p. 126

Vale saber que o art.412, do Código Civil, veda que o valor da Cláusula Penal venha a exceder o valor da obrigação principal, pois o intuito da cláusula é de indenizar danos resultantes do inadimplemento e não de substituí-la, não podendo a indenização ultrapassar o motante do prejuízo.

Se o conteúdo do art.412 não fosse presente em nosso ordenamento poderia o credor impor ao devedor altas multas, criando um elemento excessivo, sendo, até de certa forma, injusto. Aliás, como se trata de pena compensatória, ela não deve ser superior ao prejuízo causado, pois, em regra, as normas de Direito Privado procuram apenas estabelecer o equilíbrio entre as partes e não puni-las.

E é por causa dessa aspiração de equilíbrio que o Art. 413 possibilita o juiz, em caso de cumprimento parcial da obrigação, a possibilidade de reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou inadimplemento”¹¹.

Esse preceito vem para evitar o enriquecimento sem causa, pois é injusto permitir o credor, que já foi beneficiado com o cumprimento parcial, ainda tenha direito a multa contratual por inteiro.

Mas deve-se verificar se este cumprimento parcial veio a aferir vantagem ao credor, se não, de nada valeu. Se uma empresa de decoração ajusta decoração para um aniversário e a deixa inacabada, se tornou inútil ao credor, não havendo cabendo direito de redução da multa.

Pode haver também casos em que o contrato não esteja de forma clara, não sabendo explicitamente qual tipo de multa está presente. Nesses casos, geralmente se verifica o motante da multa. Logo, se o motante for de valor elevado, próximo ao valor da obrigação principal, entende-se que foi estipulada para compensar possível inadimplemento de total obrigação. Já se o motante for de valor baixo, há presunção que seja moratória, pois os contratantes não viriam a estabelecer um valor tão ínfimo para substituir as perdas e danos decorrentes da inexecução total da avença.

Contudo, tal critério só pode ser utilizado em caso de dúvida, por falta de clareza e precisão do contrato.

¹¹ Sílvio Rodrigues. Parte geral das obrigações. P. 273. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002. V.2.

5 CASOS EM QUE A CLÁUSULA PENAL PODE SER DIMINUÍDA

Como foi dito anteriormente, o simples fato de alegar que a Cláusula Penal é elevada não autoriza que seja diminuída pelo juiz, uma vez que foi estabelecido um contrato com aprovação das partes contratantes.

Porém, toda regra tem a sua exceção. E neste caso, apenas, em duas situações a cláusula poderá ser diminuída. Sendo o primeiro caso quando ultrapassar o limite legal, o valor da obrigação principal. Logo, vindo à cláusula a ser excedida, o juiz declarará sua redução sem declarar a sua ineficácia, e sim, somente, o excesso.

Carlos Roberto Gonçalves diz que:

“O Decreto-lei nº 58/37 e a Lei nº 6.766/79, que regulamentam o compromisso de compra e venda de imóveis loteados, e o Decreto nº 22626/33 que reprime a usura, limitam o valor da Cláusula Penal moratória à dez por cento da dívida ou da prestação em atraso. O Código de Defesa do Consumidor limita a dois por cento do valor da prestação, a Cláusula Penal moratória estipulada em contratos que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor”¹².

Outro caso que vem a permitir a diminuição da Cláusula Penal são os casos previstos no art. 413 do Código Civil, a ver: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o motante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Verifica-se no art. 924, do Código Civil de 1916 a denominação “podendo”, ou seja, está gerando ao juiz a faculdade de reduzir ou não o valor, considerado excessivo da Cláusula Penal. Porém, com o advento da nova legislação, dispõe o art. 413 que o juiz “deve”, e não mais “poderá”, nas hipóteses mencionadas, não podendo as partes contratantes tirar-lhe este poder, mesmo estando em jogo o interesse particular.

¹² Direito das Obrigações – sinopse. cit., p.123. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

6 CLÁUSULA PENAL E OBRIGAÇÕES INDIVISÍVEIS COM PLURARIDADE DE DEVEDORES, OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E SOLIDÁRIAS.

Sendo a obrigação indivisível e havendo pluralidade de devedores, basta que um só transgrida para que a Cláusula Penal se torne exigível. Do que transgrediu, poderá reclamá-la por inteiro, mas aos co-devedores só as quotas respectivas a cada um. Dessa maneira, verificamos que quem sofre as conseqüências do inadimplemento é o próprio culpado, devendo este ressarcir os co-devedores lesados pela sua infração.

Mas sendo a obrigação divisível, não se encontra nenhuma dificuldade, pois cada devedor será responsável pela sua quota na pena, sendo tanto o próprio devedor ou seu herdeiro, pois o credor foi prejudicado somente por esta parte.

Sílvio de salvo Venosa declara que: *“Nas obrigações solidárias, quando um dos devedores incorre em culpa, só este arcará com as perdas e danos (art. 279)”*¹³.

7 CLÁUSULA PENAL E TERCEIROS

Há casos em que a Cláusula Penal poderá vir a favorecer terceiros que não estavam presentes na relação convencional, nada existe que impeça tal fato. Cita-se o exemplo dado por Venosa: *“Pode-se estipular, pois, que, não cumprido no prazo ou irregularmente a obrigação, o devedor pagará determinada soma a uma instituição de caridade. Este terceiro estará legitimado para a cobrança”*¹⁴.

8 CLÁUSULA PENAL E INSTITUTOS AFINS

Há paralelidade entre a Cláusula Penal e os institutos afins, como as perdas e danos, a multa penitencial, arras, obrigação alternativa, facultativa e condicional. Porém não há de se confundir, *“pois nas perdas e danos o motante ainda será fixado pelo juiz, após regular comprovação”*¹⁵, diferentemente da pena convencional que já é predeterminada pelos contratantes.

¹³ Sílvio de Salvo Venosa, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, cit., p.178. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004. V.2.

¹⁴ Sílvio de Salvo Venosa, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, pág 178. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004. V.2.

¹⁵ Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, cit., p.198. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

Quanto à multa penitencial difere, pois esta é instituída em benefício do devedor, quanto que a Cláusula Penal vêm beneficiar o credor. Sendo que a cláusula vem a reforçar o cumprimento da obrigação e a multa vem, apenas, para enfraquecê-la.

Tanto as arras, quanto a Cláusula Penal funcionam como garantidores da execução da obrigação, da indenização de danos e são ambas obrigações de caráter acessório, mas a Cláusula Penal só pode ser exigida caso ocorra inadimplemento da obrigação, já as arras podem ser exigidas por antecipação, além dessa beneficiar o devedor, podendo ser estipulada livremente entre os contratantes, e aquela, podendo ser reduzida pelo juiz em casos já prescritos anteriormente, ao credor.

Nas obrigações alternativas há duas prestações, sendo que o devedor libera-se da obrigação pelo cumprimento de qualquer uma delas, já na obrigação que possua Cláusula Penal o devedor deve apenas uma prestação. Nas obrigações facultativas o devedor cumpre a obrigação mediante entrega do objeto principal, permitindo a utilização do acessório, já na Cláusula Penal, o devedor não poderá resgatar a obrigação principal mediante cumprimento da Cláusula Penal.

E por fim, as obrigações condicionais são condicionadas a evento futuro e incerto, quanto que a Cláusula Penal já é, desde o princípio, existente na obrigação avençada.

Logo, conclui-se que semelhanças podem haver, porém não poderá ser confundida.

9 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que, a Cláusula Penal, é uma obrigação de caráter acessório, na qual os contratantes estipulam pena ou multa para evitar o inadimplemento da obrigação principal ou o atraso no seu cumprimento. Sendo que o cumprimento da Cláusula Penal não ocasiona o cumprimento da obrigação principal, sendo o contrário verdadeiro. Tem como função, coercir o possível inadimplemento e prefixar perdas e danos gerados pelo inadimplemento.

Uma vez que as partes concordam na fixação de seu valor, não poderão alegar excessividade, nem insuficiência, podendo pleitear as perdas e danos, deixando de lado a Cláusula Penal, já que não é possível cumulá-las.

A Cláusula Penal pode ser moratória ou compensatória, podendo existir até três Cláusulas Penais de valores diferentes em um mesmo contrato.

Em caso de inadimplemento total, não gerando mais benefícios ao credor, portanto, a obrigação se converte em alternativa, já que há possibilidade de pleitear a pena compensatória ou ser ressarcido com as perdas e danos. A Cláusula Penal, em vários aspectos, se assemelha a outros institutos, porém, não poderá ser confundido.

Bibliografia

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Código 5 em 1. 2ª Edição. São Paulo: Edições Jurídicas-Manole, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. V. 2. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas: Direito das Obrigações*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES, Miguel M. de Serpa. *Curso de Direito Civil – Obrigações em Geral*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das Obrigações*. 34ª Edição – atualizado por Carlos Alberto Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. V. 2. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. V. 2. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004.

O Livre Acesso à Injustiça

Raimundo Nonato Chaves Neto

Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro

O Livre Acesso à Injustiça

1 INTRODUÇÃO

Constitui o presente trabalho uma explanação crítica a respeito do acesso à justiça, tomando-se como base a sua repercussão dentro da realidade brasileira e as conseqüências no âmbito das relações sociais desta mesma sociedade, sem desprezar, logicamente, a situação mundial.

Os estudos de sociologia do direito, intensificados durante o período em que fui monitor do notável professor Dr. Agerson Tabosa, despertaram em mim uma curiosidade, esteirada por uma grande preocupação, a respeito dos fenômenos sociais, principalmente os decorrentes da desigualdade social. Tais desigualdades podem ter diversas variantes: econômicas, políticas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais, raciais etc.

Nas lições de Mauro Cappelletti há uma tentativa de definir o que vem a ser o acesso à justiça, chamando a nossa atenção para as finalidades primordiais do sistema jurídico. Em primeiro lugar, a justiça deve ser acessível a todos, constituindo-se esta como finalidade principal; em segundo lugar: as decisões ou sentenças proferidas devem estar de acordo com a idéia universal de justiça, produzindo efeitos benéficos e socialmente justos. A ausência da justiça social compromete a função estatal.

O acesso à justiça civil e à proteção judiciária, em geral, exclui, na prática, as classes sociais que não tenham recursos materiais suficientes para defender seus interesses (Lopes, 1997, p. 134), ou seja, freqüentemente perde-se um direito líquido e certo pelo fato de não poder pleiteá-lo, às vezes por falta de representatividade jurídica, outras por dificuldade de transporte ou até mesmo por total ignorância de ser titular desse direito.

A dificuldade do acesso à justiça enfrentado pela classe pobre restringe-se à titularidade de direitos, mas quando tratamos das obrigações, só neste momento encontramos uma igualdade formal dos revolucionários franceses. Porém como falarmos em tratar igualmente os desiguais? A ironia proferida pelo francês Anatole France no século XIX “é igualmente proibido aos ricos e aos pobres dormir sob as pontes”, ressalta a questão da desproporcionalidade na aplicação da lei, pois como querer que alguém que receba apenas dois salários-mínimos seja apenado com a mesma multa que outro indivíduo que receba quarenta vezes este valor. O nosso Estado de Direito deve buscar a equidade.

A lei deve procurar satisfazer a todos que anseiam por ela, não se restringindo apenas a dar a cada um que é seu, mas dá-lo de maneira justa e dentro de uma adequação e finalidade social.

2 NOÇÕES DE ACESSO À JUSTIÇA

A palavra justiça não pode ser encarada ou interpretada, simplesmente, como a prestação judiciária, portanto torna-se notório que não basta a possibilidade do acesso à justiça, “é necessário que também se viabilize o acesso à ordem jurídica justa”, como afirma Watanabe. A efetividade é imprescindível à ordem jurídica justa.

O acesso à justiça é o mais importante princípio constitucional, segundo Lindberg Batista, pois é o norteador de diversos princípios (devido processo legal, direito de ação e de defesa, além de outros). Vejamos o que nos diz a Constituição de 1988 no seu artigo 5º, inciso XXXV, conhecido como Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição, ou Princípio do Controle Jurisdicional: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O Estado, portanto, deverá comandar e ditar as regras para que o devido processo legal e outras garantias constitucionais sejam assegurados nos casos concretos, prestando uma proteção efetiva dos direitos individuais, difusos e coletivos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (“Acesso à Justiça”, ed. bras.1988), comentam e nos fazem lembrar que, nos estados liberais do Século XIX, era comum e, perfeitamente aceitável pelo poder público, a idéia do cidadão pobre não ter condições financeiras para propor ação, ou, “utilizar plenamente a justiça”. Esta idéia dos estados liberais à luz do “laissez-faire” apregoava

ainda que a justiça só podia ser acionada e proteger àqueles que pudessem custeá-la, caso contrário o indivíduo estava à mercê de sua própria sorte e deveria buscar, sozinho, resolver o seu conflito ou garantir o seu direito.

O simples acesso aos tribunais não pode ser considerado como acesso à justiça, pois este requer para si o reconhecimento de ser um direito fundamental formal e não apenas a estrita e reduzida conceitual daquele de menor alcance.

“O exercício da cidadania, nos tempos de hoje, exige e pressupõe amplo acesso à justiça”, conforme matéria da Agência Senado em 06/12/2003. Objetivando-se este amplo acesso criou-se, na Constituição de 88, a obrigatoriedade do Estado em prestar, gratuitamente, assistência jurídica de forma integral a todas aquelas pessoas carentes e desprovidas dos recursos necessários para pagamento de advogados ou de custas processuais, procurando, assim, garantir a isonomia no acesso à justiça.

3 CAUSAS QUE DIFICULTAM O ACESSO À JUSTIÇA

O princípio da via judiciária está assegurado por todas as Constituições brasileiras, não sendo caracterizado apenas pela gratuidade, mas vale ressaltar que, principalmente, pela garantia universal de todo e qualquer direito, independentemente de ser contra particular ou contra poder público, desvinculando-se ainda, das capacidades econômicas de cada um. A abertura da via judiciária é, segundo Canotilho e J. Nalini, um direito fundamental formal, além de ser auto-aplicável.

As normas constitucionais buscam assegurar, de modo impessoal, a proteção às pessoas, punindo também àquelas que tiverem um comportamento indevido. As pesquisas sociológicas demonstram, no entanto que, há uma forte seletividade na aplicação dessas normas legais, acontecendo, na maioria das vezes, uma repressão e um controle maior aos grupos sociais menos favorecidos (Sabadell, 2000, p. 141).

Recente estudo realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, cujo título proposto foi “a opinião da sociedade civil organizada a respeito da Justiça Federal”, recolheu dados a respeito da imagem que a sociedade tem acerca do Poder Judiciário (tido comumente como sinônimo de justiça). O resultado demonstrou uma grande insatisfação social, além da grande negatividade com que se vê a Justiça Federal, atingindo

um nível alto de rejeição (56,9%), contra 28,7% de respostas positivas e mais 14,4% que afirmaram não saber. Além disso, 79,2% da sociedade civil considerou a Justiça Federal como elitista, e, 83,3% ressaltaram a morosidade da Justiça Federal, tendo como defensores da agilidade apenas dez por cento deste último número.

O acesso à justiça traz consigo uma série de barreiras e impedimentos que obstam o seu livre exercício (Rehbinder, 2000, pp. 176 e ss.):

- barreiras econômicas (altos custos processuais).
- barreiras sociais (medo de romper relações sociais).
- barreiras pessoais (dificuldades culturais e de comunicação).
- barreiras jurídicas (excessiva duração do processo).

Vale ressaltar que estes problemas não são exclusivamente brasileiros. Comentaremos cada um dos itens acima mencionados, individualmente, para que se tenha uma dimensão aproximada deste grande problema. Vejamos, a seguir cada obstáculo:

3.1. BARREIRAS ECONÔMICAS

A erradicação da pobreza e da marginalização encontrou abrigo como objetivo político-jurídico na Constituição Federal de 1988 (art. 3º, inciso III), assegurando, junto a outros dispositivos legais, direitos sociais às camadas inferiores da escala social.

O surgimento do direito trabalhista ao longo do século XX, foi uma forma de reconhecimento da desigualdade de condições que são estabelecidas entre patrão e empregado, sendo este mais fraco e necessitando da tutela do Estado. O Código do Consumidor, O Estatuto da Criança e do Adolescente, O Estatuto do Idoso e o Estatuto da Mulher Casada representam tentativas de tornar menos negligente o tratamento dado aos menos favorecidos.

Os interesses das classes dominantes, todavia, prevalecem sobre os das classes menos favorecidas (dominadas), pois o princípio socialista “*dar de acordo com as capacidades e receber de acordo com as necessidades*” não é interessante para quem tem assegurado o direito de propriedade. O que se vê claramente é a eternização da desigualdade social, como ressalta Ana Lúcia Sabadell (Manual de Sociologia Jurídica).

A barreira econômica é a principal causa que dificulta o acesso à justiça, pois mesmo com a grande evolução que se deu na sociedade, mudanças ocorreram apenas no campo do “ter”, mas não no do “ser”, ou seja, vale o dito popular “cada um vale o que tem”. Em geral para o pobre resta apenas o controle social exercido pelo Estado.

A gratuidade das custas processuais não é suficiente, pois se torna ainda necessária a constituição de um advogado. A prestação de serviços de um advogado gratuito traz alguns inconvenientes, pois, com raríssimas exceções e não sejamos hipócritas de negar, há uma distância muito grande entre o serviço prestado a alguém que contrata e a um “despossuído qualquer” que não tem como, sequer, locomover-se.

Cerca de 40% da população brasileira vive em estado tido tecnicamente como de miséria, segundo dados da Unesco. O pior é que este fenômeno mundial tende a crescer ainda mais, revelando-se um grande problema que teremos que enfrentar desde agora, o início do terceiro milênio, pois a miséria é uma porta para a desigualdade social.

Facilmente os problemas do pobre são resolvidos nas delegacias, bastando para isso que ele figure como suspeito, pois, rapidamente, ele é recolhido a uma cela lotada de outros presos, geralmente autores de crimes semelhantes e de menor potencial ofensivo: embriaguez, desordem, roubo de galinhas, botijões de gás, etc. Este fenômeno pode ser batizado por “O livre acesso à injustiça”, pois facilmente o indivíduo de poucos recursos financeiros tem acesso ao sistema penitenciário, enquanto são cometidos crimes absurdos pelos poderosos e não punidos pelas autoridades competentes.

3.2. BARREIRAS SOCIAIS

A falta de confiança no aparelho estatal responsável pela realização da justiça impede, freqüentemente, que cidadãos, independentemente da condição financeira, procurem a justiça. Sabadell comenta recente pesquisa, em que foi constatado que 67% das pessoas não procuram a justiça do trabalho para resolver conflitos trabalhistas, optando por resolver sozinhos, atribuindo, assim, aos órgãos responsáveis uma credibilidade duvidosa. Essa incredibilidade é fruto de diversos fatores,

dentre eles está a experiência malograda anteriormente em outro processo e, até mesmo o comentário que se ouve entre familiares e amigos a respeito da “inutilidade de uma ação que de nada adiantará”. Porém, por muitas vezes, essas barreiras são erguidas pelo simples preconceito de que o poder público não cuida dos seus cidadãos, tornando-se, assim, um círculo vicioso.

A sociedade, de maneira geral, encara com muita desconfiança todas as agências de controle, portanto a segurança pública não estaria excluída desse grupo. Em consequência dessa falta de confiança, por diversas vezes, cidadãos feridos ou ameaçados em seus direitos não buscam o poder estatal para resolução destes problemas, pois temem vingança, rompimento de importantes relações sociais com patrões, vizinhos e até amigos.

3.3. BARREIRAS PESSOAIS

A educação pública do país atravessa um período de estagnação, restringindo-se apenas aos que têm condições de prover os estudos dos filhos em colégio particulares. A rede privada tornou-se, portanto, a única opção válida para garantir o acesso às universidades. O direito à informação é “igual” para todos, porém torna-se irônico falar em igualdade de condições quando na verdade o jovem pobre que trabalha desde criança não tem a mesma condição de tempo, tampouco de equipamentos para ter acesso à informação.

O que podemos perceber, notoriamente, é que a falta de informação gera cidadãos ignorantes dos seus próprios direitos e deveres, ocasionando, conseqüentemente, indivíduos excluídos do acesso à justiça. Ainda há os casos em que, apesar de pleiteado seu direito junto a advogados ou até mesmo juízes, a inferioridade cultural acaba por dificultar as relações jurídicas que, naturalmente, exigem linguagem apropriada. Esta dupla seletividade estabelece com a desigualdade social uma relação de criador e criatura.

3.4. BARREIRAS JURÍDICAS

A maior parte dos conflitos ocorridos na sociedade são resolvidos pelos próprios protagonistas, porém uma grande parte deles é encaminhada ao Poder Judiciário, que, obrigatoriamente deve dar uma solução. Porém há vários problemas que rondam o Judiciário, talvez oriundos até do tipo de sociedade de que se tem, já que ambos são espelhos um do outro.

A duração prolongada dos processos, o formalismo exagerado, as dispendiosas custas, honorários de advogados, além de outros fatores que se configuram em verdadeiras “tramelas” a trancar as portas da justiça para o cidadão comum, como afirma Roberto P. Bacellar; acabam por criar um grande empecilho ao perfeito funcionamento e realização da justiça.

O que vemos, constantemente, é o desespero de aposentados à beira da morte e que não têm esperança de “descansar em paz” e vendo o problema jurídico já solucionado. Na verdade, a morosidade tem a ver com a quantidade de processos que se avolumam nas prateleiras do judiciário e todos são frutos da burocracia.

A lentidão na prestação jurisdicional não é problema exclusivo dos brasileiros, segundo Sidnei Beneti, esta é uma realidade de diversos países. Não podemos, no entanto, nos espelhamos em quem está fazendo errado, devemos trabalhar para que possamos fazer a coisa certa, já que a morosidade da Justiça configura-se como uma injustiça. Há pessoas que esperam por uma decisão judicial para poderem colocar os filhos dentro de uma casa e sentirem-se seguras e protegidas, no entanto a prestação jurisdicional do Estado segue obedecendo à letra fria da lei. O problema, todavia, não é ocasionado apenas pelo juiz, que é o agente político responsável, há o grave problema da burocracia, relacionado anteriormente, contaminando todos os setores da justiça. Até mesmo a nova Lei dos Juizados Especiais já foi maculada pelo sistema burocrata antigo, quando na verdade o que se precisa é criar um novo sistema, mais eficaz e rápido para o atendimento à sociedade, dando assim uma cara nova para uma lei nova. Esta tarefa não parece ser realizada com facilidade, porém, inicialmente, é necessário que se faça a conscientização de funcionários da justiça e juízes, objetivando uma distribuição eficaz da justiça.

Indubitavelmente, no Brasil, o estilo de vida dos abastados não se apóia no altruísmo. Progressivamente o que se vê é um completo “cada um por si e que se quebre o mais fraco”. Os sujeitos da classe pobre ou miserável não conseguem exercer a sua cidadania, sendo identificados apenas quando cometem algum crime e têm o nome fichado na delegacia. Não há uma equivalência para estes indivíduos entre direito e dever, colocando por água abaixo a idéia de isonomia e igualdade.

A questão da linguagem reflete a falta de sensibilidade de alguns magistrados e a inaptidão de outros em estabelecer diálogo inteligível com cidadãos comuns e de pouca cultura. A linguagem jurídica é incompatível com o nível instrucional da maioria dos brasileiros. Vejamos o relato que nos faz Roberto Bacellar no artigo publicado em 24.08.2004:

“Negligenciam os magistrados que não procuram falar de maneira a serem compreendidos. Recordo-me de uma situação real ocorrida em 1989: realizava-se uma audiência possessória;

o magistrado tomou o compromisso formal da testemunha indagando, como de praxe, se a testemunha prometia dizer a verdade e se estava ciente de que se faltasse com a verdade poderia ser processada e condenada. Eram várias as testemunhas arroladas e o juiz, como já havia procedido com outras quatro ou cinco ouvidas anteriormente, passou a inquiri-la, com a praticidade que o caso recomendava:

— O Senhor João está no imóvel?

— Há quanto tempo o Senhor João está no imóvel?

A testemunha, diferentemente das outras que haviam afirmado que o Senhor João estava no imóvel há mais ou menos dois anos, já quebrou a lógica na primeira resposta: depois de jurar que iria dizer a verdade, afirmou que o Senhor João não estava no imóvel.

O juiz, ainda com bastante paciência, voltou a repetir a pergunta, lembrando a testemunha de que ela havia prestado o compromisso legal de dizer a verdade; advertiu novamente a testemunha de que se mentisse, poderia ser processada e até condenada!

Mais uma vez a testemunha confirmou estar dizendo a verdade, respondendo negativamente à pergunta do magistrado.

Foi então perquirida pela terceira vez, já agora com maior firmeza, nos seguintes moldes:

— O Senhor João não está no imóvel?

Em face da indagação negativa, a testemunha respondeu:

— Não doutor, ele está ali! — apontando para o local da sala de audiências onde o autor da ação, Senhor João, estava sentado”.

Equívocos dessa natureza ocorrem, constantemente, felizmente, neste caso, o juiz percebeu a tempo. É natural que as pessoas não se sintam à vontade numa sala de audiência, piorando ainda mais quando esta pessoa é limitada de instrução ou de estudos.

Porém, a linguagem jurídica não é responsabilidade exclusiva do juiz, sendo ela remanescente das tradições e da lei. No entanto, pode o juiz despir-se da erudição e aplicar linguagem simples no processo, pois o que se espera e se tem como principal objetivo é a solução concreta do conflito e não receber aplausos para uma impecável explanação acadêmica.

O advogado é o elemento que possibilita a defesa dos direitos, na área cível e criminal, principalmente num regime democrático.

Cheatham, em sua obra “Problemas do Advogado nos Estados Unidos”, divide em privados, públicos e mistos, os métodos para prestação jurisdicional aos pobres. Os privados são prestados por ordem de classe dos advogados, enquanto os públicos são formados pelos dativos. O sistema misto congrega os dois anteriores, sendo formado por particulares e públicos. Cappelletti e Garth enfatizam, ainda o sistema utilizado em alguns países como Alemanha, Áustria, França, Holanda e Inglaterra, que destina-se ao litigante de baixa renda, e, consiste na nomeação por parte do litigante de um patrono que gostaria de ter se pudesse pagar um advogado, então ao ser nomeado o advogado receberá os honorários pelo Estado.

O advogado, de maneira geral pode e deve contribuir para a evolução do Direito, pois mesmo que a sentença não seja por ele proferida, é ele quem pleiteia aquele direito que vai ser declarado. Além do mais, as ações dos advogados refletem-se na doutrina e na jurisprudência.

4 PERSPECTIVA PARA O LIVRE ACESSO À JUSTIÇA

O povo brasileiro acompanha com uma certa desconfiança o desenrolar dos problemas incumbidos ao Estado. O que se vê é uma crescente anomia, principalmente nos morros cariocas, onde o poder paralelo dá respostas sociais que o Estado de Direito não dá. A sociedade se vê obrigada a se curvar ao comando de traficantes e agentes “extra-estatais”.

O Estado sente-se coagido a promover, imediatamente, uma reforma em seus órgãos administrativos, principalmente nos de Justiça.

A Constituição de 88, caso dependesse, exclusivamente, do tamanho que tem, seria a mais justa do mundo, pois é a maior entre as de outros países, ganhando até mesmo da Índia, se computarmos os incisos do artigo 5º como artigos. O instante em que ela nasceu representou uma ruptura com o regime ditatorial, portanto ao concebê-la como “A Constituição Cidadã”, Ulisses Guimarães ressaltou o momento histórico como uma vitória da democracia restabelecida. Um dos grandes méritos da nossa última Carta Magna foi exatamente abrir novos caminhos para o amplo acesso à justiça, exigindo a criação dos Juizados Especiais, que representou na prática uma maneira de aproximar mais a Justiça e o Povo. A Emenda Constitucional 22 de 1999 tratou da criação dos juizados no âmbito da Justiça Federal.

Ao compararmos a nossa Carta com a americana, podemos fazer as seguintes comparações: a primeira é que a nossa tem apenas 16 anos enquanto aquela tem mais de 200; a segunda é que, apesar de 200 anos a Constituição americana tem apenas 27 emendas, enquanto a nossa já tem 42. Percebemos, claramente, que as falhas da Justiça são oriundas também do Executivo e do Legislativo, não podendo, portanto, ser atribuída responsabilidade exclusiva pela não realização da justiça ao Poder Judiciário, e sim, de todos os poderes.

“A busca pelo acesso à justiça”, como leciona André Macedo de Oliveira, “não se restringe às reformas processuais”. O elemento normativo não pode ser apontado como solução para essa crise do acesso, representando, na verdade, apenas um dos fatores. O Poder Judiciário tem condições de dar uma resposta mais eficaz e rápida aos anseios populares por justiça. O que mais se deseja é vislumbrar um Judiciário acessível a todos os cidadãos, de acordo com o que rege a nossa Constituição. Carlos Mário da Silva Velloso sustenta que “devemos viabilizar o acesso à ordem jurídica justa e que esta compreende, além de um direito material justo, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, assentado, sobretudo, no aperfeiçoamento do ensino jurídico, e, conseqüentemente, das pessoas que vão dar vida ao direito, os magistrados, os advogados, os procuradores, os membros do Ministério Público e os demais operadores do direito”. De acordo com o Desembargador e ex-presidente da Associação dos Magistrados do Brasil, Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, “60% dos processos que chegam à Justiça brasileira são absorvidos pelos juízes especiais”. Afirma, ainda, que “a demora nos processos se deve à conjugação de dois problemas: excesso de demanda e

escassez de juizes. No Brasil, há 1 (um) juiz para 30.000 (trinta mil) habitantes, enquanto na Europa a média é de 1 (um) juiz para cada 7.000 (sete mil) pessoas. Na Alemanha, há 1 (um) juiz para cada 3.000 (três mil).

No Brasil, há alguns movimentos sendo realizados para tentar melhorar a aplicabilidade e o acesso à justiça. A criação dos Juizados Móveis; o plano para que a Justiça funcione 24 horas, como já existe no Distrito Federal; as comissões de conciliação prévia e o rito sumaríssimo, inovações da Justiça do Trabalho; o projeto dos juizados itinerantes; etc.

Importante também falarmos de conciliação, mediação e arbitragem, que são soluções polêmicas, porém prestam um serviço auxiliar ao Judiciário, à medida que desafogam as pilhas de processos. Além do mais, devemos considerar as decisões dos alternativistas, que, independentemente, do lado que esteja com a razão, sempre optam por beneficiar a parte mais fraca.

5 CONCLUSÃO

Ante as considerações anteriores, chega-se à evidente conclusão de que a mãe de todos os problemas brasileiros ainda é a velha idéia de que a desigualdade social é natural e inerente ao homem. Enquanto cada setor da sociedade não assumir o papel de co-responsável pelos problemas sociais não teremos acesso à justiça, acesso à saúde, acesso à educação, acesso à informação, acesso ao lazer, acesso ao trabalho, enfim, todas as portas que poderíamos abrir para que a maioria dos “despossuídos” da sociedade tivesse acesso à cidadania, geralmente fechamos e não temos a menor vontade de abrir, atribuímos a posse da chave sempre a outra pessoa.

A atual proliferação dos cursos jurídicos e a criação de inúmeras Universidades e Faculdades de Direito representam uma grande oportunidade de permitir ao Povo o acesso à justiça, podendo inclusive ser ventilada a possibilidade de criação de Juizados Especiais em tais universidades. Os estudantes de Direito necessitamos alcançar uma dimensão ético-pedagógica como operadores do direito, para que aos excluídos da sociedade seja permitido o acesso à cidadania. A atividade acadêmica deve também ter função social. A possibilidade concreta de ser tutelado pelo Estado, através do Judiciário transforma o indivíduo, politizando-o e educando-o.

Bibliografia

BATISTA, Lindberg Leitão. *Juizados Especiais Trabalhistas: Resultante do Princípio da Celeridade e do Instituto de Conciliação*. Livro do IV Congresso Nacional de Direito Processual Civil, Trabalhista, Penal e Administrativo, Recife-PE, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. total. revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. São Paulo, Forense, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional da Liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1989.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo, Acadêmica, 1994.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

A Clemência no Caso dos Exploradores de Caverna

Sâmia Regina Feitoza do Nascimento

**Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro**

A Clemência no Caso dos Exploradores de Caverna

1 INTRODUÇÃO

O *Caso dos Exploradores de Cavernas* é uma ficção elaborada pelo jurista e professor de *Jurisprudence* da Harvard Law School, Lon L. Fuller, baseada em dois casos verídicos que tem em seu tema central a antropofagia como forma de sobrevivência. Os casos *U.S vs. Holmes* (1842) e *Regina vs. Dudley & Stephens* (1884) têm como diferencial, quanto ao livro, o ambiente onde ocorreram. Estes têm a antropofagia realizada entre vítimas de naufrágios, enquanto o dos exploradores de caverna, aborda uma seqüência mais dramática e claustrofóbica, uma vez que as vítimas foram soterradas em uma gruta, durante uma expedição.

Pode-se facilmente perceber que os fatos que enriquecem a obra de Fuller são emprestados destes dois casos: o estado de desespero e da falta de esperança dos envolvidos, a escolha da vítima pela sorte, o homicídio seguido de canibalismo (em um dos casos), a simpatia dos réus e a comoção popular provocadas na sociedade, defesas baseadas no estado de necessidade, condenações no júri e até a possibilidade de perdão.(ROSSI, 2003, p.08).

A princípio, o livro, traduzido para o português pelo professor Paulo Faraco de Azevedo, pode parecer insólito, porém, leva a uma profunda reflexão sob todos os aspectos, morais, éticos, sociológicos, filosóficos e científicos. Não é necessário que o leitor seja iniciado no Direito para ter total compreensão da situação e possa formar sua opinião. Nosso contato com o caso, por exemplo, se deu pela apresentação do trabalho “*A Visão de Truepenny*”, apresentado pelos alunos do primeiro semestre (2004.1) da Faculdade 7 de Setembro, na disciplina Introdução ao Estudo do Direito-I, tendo como autores originais, os alunos: Denis Damasceno Ramos, Gardênia Marques, Giovanna Bezerra, Ginna Passos, Kamilla Nocrato Loiola, Lina Mara Freitas Pimentel, Mila Ramalho, Natália Ives, Samia Regina Feitoza do Nascimento e Taísa Vasconcelos.

Nesta nova abordagem sobre o tema, pretende-se reforçar os argumentos que defendem o posicionamento do hipotético Presidente C.J. Truepenny, inseridos no caso original como defensor do pedido de Clemência ao Executivo, em prol dos espeleólogos, como a solução mais razoável para o caso, devido à sua singularidade, em detrimento dos demais posicionamentos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. O CASO

No mês de Maio do ano de 4299, os réus, membros da Sociedade Espeleológica, entidade amadora destinada à exploração de cavernas, juntamente com a vítima Roger Whetmore, também membro de tal organização, adentraram em mais uma caverna a ser conhecida e explorada pelo grupo, quando, logo na entrada, foram surpreendidos por um deslizamento de terra. O fato ocasionou a queda de enormes pedras que, por sua vez, bloquearam a única entrada conhecida da caverna.

Após analisarem a situação os exploradores decidiram-se por ficar onde estavam, pois sabiam que caso seu retorno tardasse uma equipe de resgate seria enviada ao local. O que de fato ocorreu, logo que as famílias dos membros da expedição notificaram o secretário da Sociedade do não retorno destes às suas casas.

Com as coordenadas deixadas pelos espeleólogos na sede da Sociedade, uma equipe de resgate conseguiu chegar ao local. Porém dificuldades foram encontradas nas tentativas de remoção das pedras, ocorreram novos desmoronamentos e dez trabalhadores foram soterrados. Enormes gastos foram feitos nas tentativas de resgate, inclusive, por subscrição popular e concessão Lesgilativa.

A comunicação foi estabelecida no vigésimo dia, através de um aparelho capaz de receber e enviar mensagens, carregado pelos exploradores, e de um semelhante colocado no exterior da caverna. A real situação dos espeleólogos foi apresentada, suas provisões, já sabidas escassas, chegaram a um nível crítico e foi constatada a não existência de animais e vegetais, no interior da caverna, que pudessem lhes servir de alimento.

Dada a situação, os exploradores questionaram qual o tempo estimado para o resgate. Era de dez dias, naquele momento. Após essa informação, solicitaram a opinião médica sobre suas chances de sobrevivência, por esse período, com as provisões restantes. A resposta foi de que seriam ínfimas. Em seguida, as comunicações cessaram por oito horas.

De seu retorno, Roger Whetmore, falando em nome dos demais membros da expedição, questionou aos médicos presentes se seria possível a sobrevivência através da ingestão da carne de um dos membros. Relutante, o Chefe dos Médicos respondeu positivamente. Whetmore, então, indagou se seria aconselhável a escolha da vítima pela sorte, desta vez, o Chefe dos Médicos não respondeu, assim como as outras autoridades presentes (autoridades do governo e religiosas). As comunicações cessaram novamente e presumiu-se, erroneamente, que as baterias do comunicador haviam acabado. Do resgate dos exploradores descobriu-se que no vigésimo terceiro dia Roger Whetmore foi morto e devorado por seus companheiros.

Dos depoimentos, apurou-se que foi Whetmore quem primeiro propôs a resolução para o problema e o método a ser utilizado para a escolha da vítima, fornecendo inclusive a ferramenta utilizada para tal. Os réus, a princípio, relutaram, mas após as comunicações relatadas, concordaram com a idéia, que por sua vez foi rejeitada por Whetmore na hora de ser colocada em prática. Os réus o acusaram de “quebra de boa vontade” (FULLER, 2003, p.20) e prosseguiram com o sorteio, sem o protesto de Whetmore, que teve o infortúnio de ser o sorteado. Após serem tratados, no hospital, por desnutrição e choque, os réus foram indiciados pelo assassinato de Roger Whetmore.

2.2. O JULGAMENTO

Depois de concluídos os depoimentos, o representante do júri (um advogado) sugeriu ao tribunal que os jurados emitissem um veredicto especial, deixando para o tribunal decidir, baseado nos fatos, achar os réus culpados. O Promotor de Justiça e o Advogado de Defesa acataram, após alguma ponderação, o procedimento apresentado. Em um longo e especial veredicto, os jurados acharam que os fatos, como relatados acima, e, ainda, decidiram que se, baseando em tais fatos, os réus fossem culpados, e o crime imputado a eles, então os jurados considerariam os réus culpados. Com base nesse veredicto, o juiz, presidindo a seção, achou por bem exarar a sentença de que os réus eram culpados pela morte de Roger Whetmore. (FULLER, 2003, p.21).

Baseado nesse veredicto o juiz sentenciou que os réus deveriam ser condenados à morte pela força baseando-se no seguinte estatuto: “*Qualquer um que, de própria vontade, retira a vida de outrem, deverá ser punido com a morte*”. Esse estatuto não permite exceções, nem mesmo diante das singularidades de um caso como este.

Após sua liberação, os jurados enviaram uma solicitação ao Chefe do Executivo requerendo a comutação da pena aplicada aos réus para a prisão de seis meses, usando para isso o pedido de Clemência. O juiz do Tribunal de Primeira Instância do Condado de Stowfield, responsável pela decisão apresentada acima, também se uniu a tal solicitação. No entanto o Chefe do Executivo não se manifestou a respeito, provavelmente, aguardando a decisão do Tribunal de Apelações, ao qual os réus recorreram após a decisão do Tribunal de Primeira Instância.

2.3. TESES APRESENTADAS

No Tribunal de Apelações, composto pelos juízes, Truepenny, Foster, Tatting, Keen e Handy, as seguintes teorias foram apresentadas:

2.3.1. Clemência

Devido à singularidade do presente caso o Presidente do Tribunal de Apelações, Truepenny, reiterou o pedido de Clemência ao Executivo. Para isso fez uma longa exposição do caso e a seguir afirmou ser o pedido de Clemência o único dispositivo legal possível, para a resolução do caso, capaz de fazer Justiça e não ferir a Lei.

O juiz ainda faz uma reflexão sobre os rigores do estatuto, que, mesmo diante de caso tão singular, não permite exceções, afirmando que “... *o princípio da clemência exercida pelo poder executivo parece-me, admiravelmente, casado com a intenção de mitigar os rigores da lei,...*” (FULLER, 2003, p.22). Feitas tais considerações, recomendou a seus colegas que se unissem à solicitação feita ao Chefe do Executivo, ressaltando, que haveria agilidade na resolução do caso, pois este, caso resolvesse tomar outra decisão teria que fazer novas audiências, o que seria incompatível com sua função.

2.3.2. Inocência na visão de Foster

Os primeiros argumentos em defesa da Inocência, para este caso, foram defendidos pelo juiz Foster. Afirma Foster, que este caso não se rege pelo direito positivo, mas pelo Direito Natural, a “lei da natureza”, como ele denomina; segundo o juiz os réus agiram em estado de necessidade. Defende que o Direito Positivo só pode existir perante a possibilidade de coexistência entre os homens, o que, segundo Foster, não foi possível neste caso. Portanto, cessando essa condição, cessa a vigência do Direito Positivo.

Outro argumento de igual relevância seria o fato de dez trabalhadores terem perdido a vida na tentativa de resgatar os cinco exploradores presos. Com que fundamentos seriam, os réus, considerados culpados por terem sacrificado Whetmore em detrimento da sua sobrevivência, se por analogia esses casos são semelhantes? Pois o mesmo bem jurídico estava em jogo: a vida.

O último argumento é o de que, embora a lei não preveja qualquer tipo de exceção, estabeleceu-se, há séculos, que matar em legítima defesa é escusável, o que ocorre pelo fato de que, se a exceção, no que diz respeito à legítima defesa, não é conciliável com as palavras da lei, o é com seu propósito ou finalidade; assim sendo, os mesmos fundamentos lógicos deveriam ser aplicados ao caso sob julgamento. Do mais afirma que: *“Se este Tribunal declarar que estes homens cometeram um crime, nossa lei será condenada no tribunal do senso comum, inobstante o que aconteça aos indivíduos interessados neste recurso de apelação”*. (FULLER, 2003, p.23).

2.3.3. **Abstenção**

Defendida pelo juiz Tattng, a Abstenção reflete a impossibilidade de se achar uma solução que respeite o espírito da lei, seu propósito, sendo um deles o da prevenção. Após uma análise do parecer do colega Foster, o juiz reconhece que, à primeira vista, seus argumentos são bastante convincentes, ressaltando a citação do precedente daquele Tribunal quanto à legítima defesa, porém, tece-lhe duras críticas, acusando-o de proferir falácias e contradições, especialmente quando contesta o colega quanto ao momento em que os réus passaram do estado de sociedade, para o “estado de natureza”.

Cita, por exemplo, o caso do cidadão que foi indiciado por roubar pão, alegando que estar em condição famélica. Argumentou que se a fome não justificava roubo de alimentos comuns como o pão, também não justificaria um assassinato precedido de canibalismo.

Porém, durante toda sua explanação, ressalta que está acometido de uma dubiedade de sentimentos, entre o que ele chama de lado emocional e lado racional. Quando tendia a defender os réus, era levado a reprovar o seu ato, porém, ao mesmo tempo não se via em condições de condená-los por estes. Posto que, declarou ser incapaz de proferir alguma decisão sobre o presente caso.

2.3.4. **Acusação**

Posicionamento único neste julgamento foi defendido pelo juiz Keen. Sua primeira consideração repousa na insinuação de que o pedido de Clemência, se acatado, causaria confusão das funções do Executivo e Judiciário e ainda acusa o juiz Truepenney de fornecer instruções, sobre a concessão ou não da Clemência, ao Chefe do Executivo. Em seguida, pronunciou-se no sentido de que, a função do juiz, é aplicar a lei como está escrita. Com essa afirmação, acaba por sacrificar o espírito da lei, excluindo o sentido desta, o objetivo pelo qual foi elaborada.

Por fim, firma-se no sentido de que a resolução do caso deve ser tomada, analisando-se, somente, se os réus agiram intencionalmente ou não e opta pela confirmação da intencionalidade, concluindo que os réus devem ser condenados à morte, seguindo o que diz o estatuto: *“Qualquer um que, de própria vontade, retira a vida de outrem, deverá ser punido com a morte”*.

2.3.5. **Inocência na visão de Handy**

O último julgador a dar seu parecer foi o juiz Handy, que depois de fazer uma síntese dos argumentos de seus antecessores, observa que o Judiciário, dentre os poderes, era o que mais se afasta da realidade social, do homem comum, pois se prende a juízes e casos concretos. Defende a humanização do Judiciário e o uso do senso comum como forma de julgar e aplicar penas. O cerne de sua decisão encontra-se no apoio que o ministro concede à opinião pública, baseando nesta a sua decisão. Ressalta que noventa por cento da população apóia a absolvição dos réus ou, pelo menos, a aplicação de uma pena simbólica.

2.4. **CRÍTICAS ÀS DEMAIS TEORIAS**

Quando da primeira teoria, **Inocência**, que visa à absolvição dos réus, o juiz Foster argumenta que os réus estariam no que ele chama de “estado de natureza”, que também pode ser entendido como estado de necessidade. Afirma que, nesse estado, não haveria coexistência pacífica entre a vítima e os réus, portanto não estariam sob o manto do Direito Positivo.

Da análise do caso, vê-se que houve, sim, essa coexistência pacífica e que no momento da morte de Roger Whetmore, os réus não estavam oscilando entre a vida e morte, o que caracterizaria o “estado de natureza”. Observou-se que no vigésimo dia da sua entrada na caverna,

os exploradores ainda dispunham de alimentos. Considerando-se que expedições desta natureza são de curta duração, portando os suprimentos levados são em pequena quantidade, e que os exploradores vinham racionando os alimentos há dias, nota-se que, como Roger Whetmore, foi morto no vigésimo terceiro dia, não é possível que os suprimentos tenham se esgotado tão rapidamente, lembrando ainda que os réus não tinham interesse em acabar os alimentos imediatamente, levando-os a um ato tão reprovável. Quanto à alegação de legítima defesa, feita pelo mesmo julgador, vê-se que esta também não procede. O Código Penal Brasileiro define legítima defesa em seu Art. 25: “*Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”.

Em nenhum momento foi relatada qualquer agressão aos réus, por parte da vítima, o que descaracteriza a alegação de legítima defesa.

Quanto à Abstenção, defendida pelo juiz Tatting, a crítica mais relevante seria à própria Abstenção, pois esta reflete a ausência de decisão, o que é incompatível com a função julgadora do juiz. Goffredo Telles Junior (2001, p.363) lembra-nos que o juiz julga e esta é a sua missão, portanto é inaceitável que o juiz Tatting escuse-se de sua função. Pela Inocência, pela Culpa, ou pela Clemência, deveria o juiz decidir-se.

No entanto, preferiu o julgador utilizar-se do *Argumentum ad Hominem* e atacar o seu colega Foster, acusando-o de proferir falácias e contradições.

A teoria da Culpa, defendida pelo juiz Keen, fere completamente a Hermenêutica Jurídica, quando declara que as leis devem ser aplicadas tal e qual estão no papel. Carlos Maximiliano (2003, p.1) ensina que Hermenêutica Jurídica é a sistematização dos processos aplicáveis para a determinação do sentido e alcance das expressões do Direito. Sentido esse, que é o espírito da lei, o porquê de ela ter sido elaborada. São Tomás de Aquino lembra-nos que a letra mata, mas o espírito vivifica. Um verdadeiro juiz, ao relacionar a lei a um caso concreto, aprimora o texto da lei com a Lógica do Razoável, revelando o sentido apropriado para a vida real, e que conduza a uma decisão reta.

A segunda teoria da Inocência, explanada pelo juiz Handy, tem sustentação tendenciosa, ao sugerir que os réus sejam inocentados, porque as pesquisas de opinião pública apontam que noventa por cento é favorável a essa decisão.

Surge dessa sugestão o questionamento: e se a opinião pública estivesse na orientação contrária, pela condenação? Continuará o juiz a considerá-la? O que se observa nesta teoria é outra tentativa de abster-se da obrigação julgadora do juiz. Como o próprio juiz afirma, a opinião pública é caprichosa, emocional e leva em conta falsas verdades. Em uma pesquisa como esta, muitos dos entrevistados respondem por responder, sem pesar os prós e contras. Sua resposta é sempre impregnada de preconceitos, dos quais deve abster-se quem de fato julga. Portanto a opinião pública não deve ser sustentação de uma sentença que decidirá a vida de quatro pessoas.

3 O SENTIDO DA CLEMÊNCIA

O pedido de Clemência, no presente caso, está apresentado pela comutação da sentença de pena de morte, para uma prisão de seis meses e se sustenta pela singularidade deste. Primeiramente, defende-se esta solução daqueles que afirmam ser o pedido de Clemência, um causador de confusão das funções governamentais, confundindo as funções do Executivo e do Judiciário. Ao requerer a Clemência para os réus, o juiz Trueppeny não transfere sua função de julgador para o Chefe do Executivo, ele já proferiu sua decisão ao unir-se aos jurados e ao juiz que expediu a primeira decisão, ao pedir a Clemência. Cabe ao Chefe do Executivo conceder ou não esta premissa que lhe é conferida. Em resumo, o juiz já julgou ser a Clemência a melhor solução.

A Clemência se coloca como um meio termo entre a inocência e a culpa, pois, irá punir os réus por terem assassinado Roger Whetmore, com a prisão de seis meses, mas não desconsiderará os motivos que os levaram a praticar tal ato, o que acontecerá se o estatuto: *“Qualquer um que, de própria vontade, retira a vida de outrem, deverá ser punido com a morte”*, for aplicado.

Para quem defende a Clemência, os réus são culpados e não culpados ao mesmo tempo. A culpa se apresenta de três maneiras: não havia estado de necessidade, nem distúrbios psicológicos que cessassem a capacidade de discernimento e o assassinato em si. O estado de necessidade se descaracteriza, pois no vigésimo dia de sua entrada na caverna, os réus ainda dispunham de alimentos e somente três dias se passaram até o assassinato e antropofagia de Roger Whetmore. Considerando-se que os exploradores

vinham racionando alimento há dias, três dias não seriam suficientes para acabar o que restava, portanto os réus não estavam oscilando entre a vida e a morte, portanto não houve estado de necessidade.

Também não procedem as alegações de ausência de discernimento provocada por distúrbios psicológicos, questão suscitada quando da apresentação do trabalho original. É evidente que os réus passavam por condições que os dispunham à tortura psicológica. A privação, a falta de perspectivas, tudo os deixava suscetíveis a alterações de comportamento. Contudo, é relevante o fato de terem os réus, em conjunto com a vítima, chegado a um acordo comum para a resolução do problema que se apresentava: a morte em caso de ausência de alimentos. Acordo esse que resultou na morte de Roger Whetmore.

Um dos menores distúrbios mentais, denominado, Transtorno Psicótico Breve, que se refere a uma perturbação mental passageira, poderia ser apontado como causador do ato criminoso. Porém, observa-se que seus sintomas não são compatíveis com o comum acordo a que chegaram os réus e a vítima. Por último analisaremos o elemento de culpa mais óbvio, porém extremamente peculiar, o assassinato.

É inegável que os réus assassinaram Roger Whetmore e realizaram tal ato com vontade. Eles levaram a parte prática do crime a cabo.

Porém o crime não é só prático, ele é também idéia. Antes de alguém que o pratique, ele necessita de alguém que o idealize, que o planeje, que tenha intenção de levá-lo à diante. No caso, é evidente que, se houve alguém que planejou o assassinato, esse alguém foi Roger Whetmore, a vítima. Ele foi o que o fenômeno “*vitimologia*” denomina de vítima coadjuvante e cooperadora, aquela que por imprudência ou má-fé, influencia para sua vitimização. Ora, se assassinato é idéia e prática, e os réus executaram somente a parte prática do crime, não podem ser condenados pelo estatuto que pune o assassinato. Além do mais, o estatuto fala em “própria vontade”, que pressupõe intenção, que pressupõe planejamento, parcela do crime não executada pelos réus, logo o estatuto não se aplica.

Vontade é algo mais forte que a intenção, é inerente à impulsividade. A intenção é algo mais metódico, planejado. Vejamos no caso da legítima defesa, repelese uma agressão injusta por vontade, pois é algo inerente ao momento.

Os réus agiram por vontade, não por intenção. E, portanto não podem ser condenados pelo estatuto citado, que apenas com a morte quem de “própria vontade”, ou seja, intencionalmente, retira a vida de outrem.

O assassinato é um elemento peculiar, pois apresenta e exclui a culpa dos réus. Do mais, não procedem as tentativas de defesa baseadas no contrato estabelecido entre as partes dentro da caverna, por se tratar de um objeto ilícito: a vida humana. Revoga-se, assim, parte da argumentação defendida no trabalho original. Algumas considerações quanto à inflexibilidade do estatuto já citado, são pertinentes. O seu rigor ignora as particularidades de cada caso, não realizando o que ensina Carlos Maximiliano (2003, p.5), quanto à aplicação do Direito, que seria aplicar a cada caso concreto a norma adequada.

O estatuto é, ainda, questionável, pois como pode existir punição com a morte em uma sociedade que tanto recria a retirada da vida humana? Como bem lembra Cesare Beccaria (2003, p.49), “*os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime*”, então como a função realizar-se-á se o cidadão estará morto? Como provará que não é mais prejudicial?

Este estatuto, além de inaplicável ao caso, é também inaceitável dentro da sociedade onde vigora. Já dizia Santo Agostinho “*detesto o pecado, não os pecadores*”.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a Clemência não é um instrumento que cause confusão entre as funções Executiva e Judiciária. Ela é uma forma auxílio mútuo entre os dois poderes. A decisão de um será completada pela concessão ou não do preceito que o outro possui. Sendo assim pode, tranqüilamente, ser uma forma de se decidir o presente caso.

É a Clemência, uma forma sensata de decidi-lo. Pois fará cumprir-se a função da pena, mas não ignorará os motivos que levaram os réus a praticar o ato que os tornou culpados. Observando as demais teorias, viu-se que suas bases são inválidas.

A Inocência defendida por Foster, não houve estado de necessidade, pelo curto espaço de tempo entre a declaração, por parte dos exploradores, de

que ainda possuíam provissões e o assassinato de Roger Whetmore. Tão pouco houve legítima defesa já que não houve injusta agressão da vítima em relação aos réus.

A Abstenção do juiz Tatting por si é condenável, pois, por ser ausência de decisão, não faz cumprir-se a missão julgadora do juiz.

A Acusação, teoria do juiz Keen, vai totalmente contra a Hermenêutica Jurídica, quando nega interpretação ao estatuto aplicável a casos de assassinato.

A Inocência, defendida pelo juiz Handy, com base na opinião pública, é condenável por se basear em julgamentos impregnados de preconceitos, dos quais deve abster-se o julgador.

Desta forma, sendo as demais teorias fundamentadas em argumentos questionáveis, conclui-se que a solução adequada para o presente caso é a Clemência, por conciliar a legalidade com a humanidade e por melhor aplicar a norma escrita ao caso concreto.

5 ANEXOS

5.1. FUNÇÃO DOS ANEXOS

Os presentes anexos têm como objetivo primaz, fornecer, a título de consulta, os elementos científicos utilizados nas pesquisas deste trabalho, a despeito do hipotético perfil de comportamento dos espeleólogos durante o tempo em que estiveram enclausurados na caverna, e são fulcrados em definições técnicas e experimentais reais, retirados da literatura médica e científica.

5.2. ANEXO 1 – TRANSTORNO PSICÓTICO BREVE

O Transtorno Psicótico Breve pode ter um quadro muito parecido com o da Esquizofrenia ou com o Transtorno Esquizofreniforme, apresentando delírios, alucinações, linguagem ou comportamento desorganizado, ou com o Transtorno Delirante. Entretanto, esses sintomas deverão estar presentes por um curto espaço de tempo e persistir no mínimo por um dia, e no máximo por um mês, melhorando completamente dentro desse período.

Nos delírios o indivíduo crê em idéias falsas, irracionais ou sem lógica.

Em geral são temas de perseguição, grandeza ou místicos. Já nas alucinações, o paciente percebe estímulos que na verdade não existem, como ouvir vozes ou pensamentos, enxergar pessoas ou vultos.

A linguagem ou pensamento desorganizado resulta em o paciente falar de maneira ilógica e desconexa, demonstrando uma incapacidade de organizar o pensamento em uma seqüência coerente. Geralmente, encontramos situações estressantes que precipitam o quadro dos sintomas acima. O tratamento deve ser com medicações antipsicóticas, eventualmente necessitando internação hospitalar. A evolução desses quadros costuma ser benigna com total remissão dos sintomas.

5.3. ANEXO 2 – VITIMOLOGIA E A CLASSIFICAÇÃO DAS VÍTIMAS – SEGUNDO VON HENTIG

Não há unanimidade entre os estudiosos do fenômeno da *vitimologia* de ser ela uma ciência autônoma ou apenas um ramo recente da Criminologia. Diversos autores, dentre eles o próprio Benjamin Mendelson, posicionam-se a favor da autonomia científica. A maioria, porém, inclina-se para uma posição mais moderada, entendendo-a como um ramo da Criminologia, mas com possibilidade efetiva de tornar-se ciência. Lola Aniyar de Castro, criminóloga venezuelana, considera: *“ainda em seu estado atual de simples hipótese de trabalho, como objeto de uma possível ciência autônoma”*. Israel Drapkin, diretor do Instituto de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Hebraica de Jerusalém, entende que o fenômeno da *vitimologia* refere-se ao estudo da vítima, e é precisamente essa definição plural a que credencia a possibilidade do estudo do sujeito desde um grande número de aspectos diferentes e antagônicos. Para Mendelson, a finalidade é o estudo da personalidade da vítima, tanto de seu comportamento delinqüente como de suas inclinações subscientes.

Ellenberger, por sua vez, a conceitua como sendo um ramo da Criminologia que se ocupa da vítima direta do crime e que compreende o conjunto de conhecimentos biológicos, sociológicos e criminológicos a ela concernentes. Paul Cornil a compreende como o estudo da personalidade da vítima, de seu comportamento, suas motivações e reações, em face de uma infração penal. Para Raul Goldstein, seria parte da Criminologia que estuda a vítima não como efeito conseqüente da

realização de uma conduta delitativa, mas como uma das causas, às vezes principal, que influenciam na produção de um delito.

Guglielmo Gulotta define *vitimologia* como uma disciplina que tem por objeto o estudo da vítima, de sua personalidade, de suas características, de suas relações com o delinqüente e do papel que assumiu na gênese do delito. Eduardo Mayr assinala que é o estudo da vítima no que se refere a sua personalidade, quer do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer do de sua proteção social e jurídica, bem como dos meios de vitimização, sua inter-relação como vitimizador e aspectos interdisciplinares e comparativos.

Outrossim, acreditamos ser, a *vitimologia*, um ramo da Criminologia que estuda cientificamente as vítimas visando adverti-las, orientá-las, protegê-las e repará-las contra o crime.

Classificação das vítimas segundo Von Hentig:

- a) vítima resistente
- b) vítima coadjuvante e cooperadora

Pode-se citar, na primeira hipótese, a legítima defesa em que a vítima reage a uma injusta agressão e, na segunda, os casos em que a vítima, por imprudência ou má-fé, concorre para a produção do resultado (FILHO, 2004, p.49).

Bibliografia

ROSSI, João Paulo. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Introdução e Apêndice. Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

FULLER, Lon L. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

JUNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação na Ciência do Direito*. Ed. Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª edição. Ed. Forense, 2003.

FILHO, Guaracy Moreira. *Vitimologia: o papel da vítima na síntese do delito*. 2ª edição. Ed. Jurídica Brasileira, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1ª edição. Ed. Martin Claret, 2003.

ABUCHAIM, Ana Luiza Galvão. ABUCHAIM, Cláudio Moojen. *Esquizofrenia e outros transtornos psicóticos*. ABC da Saúde, Porto Alegre, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?189>>. Acesso em: 16 set. 2004.

Revolução do Poder Constituinte Originário

Sérgio Borges Nery
Trabalho premiado

Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro

Revolução do Poder Constituinte Originário

1 CONCEITO

Através dos tempos, o vocábulo “revolução” tem recebido vários significados. Do latim *revolvere*, na Renascença, a palavra revolução foi ligada ao estudo da astronomia, designando um dos movimentos realizados pelos planetas. Contudo, desde a graça do Estado Grego cidadão, cuja construção intelectual lançou as bases da estrutura do pensamento ocidental, se tem havida a ligação da palavra revolução ao status mutacional. Os cientistas políticos, de sua vez, atrelaram a revolução à mudança estrutural vivenciada por alguns Estados, fornecendo-lhe novo significado, agora distanciado das ciências naturais para circunscrever-se ao panorama político.

A sociedade ateniense, diferentemente da romana, desconhecia o conflito político interno¹, porquanto submetia aos cidadãos os assuntos e negócios de Estado diretamente, em praça pública (a *ágora*). O desenvolvimento da sociedade política somente poderia realizar-se na *pólis*, dada a natureza gregária do Homem, e o florescimento da política estaria adjeto à vinculação do indivíduo à sua comunidade². Difícil, nesta conjuntura estatal democrático-participativa, era se precisar o sujeito da emissão volitiva: se os cidadãos ou o Estado. Tal confusão acarretaria conseqüências graves ao sistema político de então, visto flutuar os efeitos da decisão, ora entre o absolutismo inconseqüente das massas, ora entre a decisão cambaleante do governo, atinente a assuntos de pouca aceitabilidade.

Revolução, portanto, está em ligação umbilical com a mudança, com a alteração da escala axiológica de um determinado povo, com a evolução ou regressão social, política e econômica.

¹ A doutrina costuma atribuir à Grécia antiga esta qualidade. Aristóteles, contudo, não desconhecia os conflitos internos, como demonstra no, cap.I, do Livro Terceiro de sua obra, *Política*.

² Aristóteles, *Política*, *passim*.

1.1. PRISMA SOCIOLÓGICO

A revolução, lato sensu, pertence necessariamente ao campo de estudo da sociologia, que cuida de dar as causas e a evolução do movimento revolucionário sob o prisma individual, coletivo ou bastante em si mesmo. Trata, dentre vários aspectos, da premência do movimento, do seu desenrolar e das suas conseqüências sociais. O processo revolucionário vislumbra a modificação da estrutura social vigente, mediante um movimento intelectual-volitivo, conscientizado e intencional³, cuja rapidez e drasticidade difere dos instrumentos tradicionais oferecidos pelo Estado como forma de modificação da estrutura da sociedade.

Para Raul Orgaz, “toda revolução é o agravamento de um desequilíbrio social motivado pelos quatro fatores seguintes: a) descontentamento com a situação vigente, b) consciência da massa revolucionária, c) idéias expressadas pelos líderes e d) consciência do poder”⁴. Afirmação passível de crítica a que infere papel de relevância, no momento exordial, aos líderes revolucionários. Uma revolução pode surgir do descontentamento geral com o status quo ou decorrente de medida extremada e ilegítima do Estado para com seus súditos. Nasce da espontaneidade uma consciência individual que valora negativamente a realidade social vivenciada para, em seguida, refutá-la e buscar uma associação coletiva em que se proponha uma reunião de Homens dispostos a alterá-la.

A gênese revolucionária não carece de líderes, desempenhando esse papel a representação individualizada relativa ao nascedouro da indignação ante o quadro social desfavorável.

A consciência do poder descrita pelo eminente sociólogo somente emerge com o congrassamento dos descontentes, em comunhão com objetivos e métodos de mudança, bem como acompanhada da capacidade material para a consecução daquele fim ou de metas concretas para atingi-la. O Homem, conhecedor das suas fragilidades no plano individual, fruto do saber vulgar e intuitivo, não se atreve a uma atribuição plenipotenciária. Tanto a liderança quanto a consciência do poder só vêm a lume quando da corporificação da massa revolucionária, momento posterior ao aparecimento da indignação.

³ Ortega y Gasset apud Pinto, Agerson Tabosa. Noções de Sociologia, p. 404.

⁴ apud Pinto, Agerson Tabosa. ob.cit. p. 404.

“A revolução social é, antes e acima de tudo, um estado de espírito que deve atingir cada indivíduo da sociedade”⁵. É exatamente a intuição, eivada de desejos reprimidos, que dá causa à fúria revolucionária que explode num movimento com raízes violentas e alcançam a todos, em maior ou menor grau. A violência não é, necessariamente, instrumento embrionário da revolução, porém, lhe é peculiar ante a repressão, também violenta, do Estado que persegue a manutenção de suas instituições. Parece impossível negar [à revolução] um instinto agressivo a priori⁶.

De relevante destaque para um correto entendimento da revolução é a relação umbilical nutrida entre a multidão e o processo revolucionário. A multidão é um complexo de indivíduos reunidos pelo consenso de uma específica finalidade, numa convergência tortuosa de vontades cuja adesão não constitui elemento, dotada ou não de liderança, que se corporifica quase sempre alheia aos mandamentos normativos e que, no plano individual, exclui qualquer noção de fragilidade pré-existente para engendrar uma potestividade psíquica.

É a multidão, de reações imprevisíveis e de sujeitos inimputáveis, que adquire personalidade e gera efeitos materiais na órbita de terceiros, que se constitui no alvo do trabalho dos “perturbadores revolucionários”. Cria ela a violência a partir de “um bloqueio imperceptível dos processos comunicativos nos quais se formam e se reproduzem as convicções graças às quais os sujeitos se iludem sobre si mesmos e sobre sua situação”⁷.

A investigação da natureza das multidões se confunde com o estudo das características do poder, sendo este último “aquilo com que o sujeito atua sobre objetos em ações bem sucedidas”⁸.

O sociólogo britânico T. B. Bottomore dá nova leitura ao movimento revolucionário quando, aguçando a percepção do leitor, focaliza a revolução como conflito de interesses entre classes sociais, como sustenta a teoria marxista⁹. Cuida o estudioso de, prontamente, refutar a teoria no tratamento que dá aos conflitos sociais como tendo causa exclusivamente econômica. A infraestrutura por vezes se subordina aos conflitos étnicos e/ou políticos de libertação nacional¹⁰.

⁵ Celso A. Pinheiro de Castro, *Sociologia do Direito*, p. 296.

⁶ G. Simmel apud Bottomore, T.B.. *Introdução à Sociologia*, p. 209.

⁷ Celso A. Pinheiro de Castro, *ob.cit.*, p. 68

⁸ Jürgen Habermas, *O discurso filosófico da modernidade*, p. 385.

⁹ *Introdução à Sociologia*, p. 206.

¹⁰ *ob.cit.*, p. 208.

A revolução, traduzida por atitude extremada, derrama seus motivos num sentimento de mal estar, desajustamento, espírito racionalista de tipo geométrico nutrido pela supercrítica. Inicia-se como um desejo de inovação e, verificados obstáculos, radicaliza-se para demolir o existente e construir nova realidade idealizada pelo intelecto racional, sendo processo mediante o qual a mudança só se opera por cataclismo¹¹. As conseqüências sociais advindas da revolução se caracterizam pela elevação do povo da categoria de objeto ao de sujeito da ordem política, na sua imersão no campo decisório e na convicção da necessidade de participação no sistema administrativo. Todo esse processo promocional acaba por gerar o sentimento de responsabilidade, compartilhada, pelos desígnios de seu Estado; bem como do ânimo quanto à potencialidade individual. No movimento radical, relativamente à profundidade das alterações instaladas, percebe-se uma estratificação da pirâmide social, numa onda avassaladora que varre o hermetismo da imobilidade social posta. Outrossim, cabe a crítica de que, uma vez no poder, os líderes revolucionários acabam por substituir o topo da pirâmide, recorrendo às mesmas práticas anteriormente usadas, agora somadas dos expurgos “necessários” ao fiel andamento da revolução. Por derradeiro, cumpre elencar as fases da revolução, como a procura pela alteração da totalidade do sistema social existente, substituindo-o por outro completamente diferente¹², a saber:

- Agitação
- Excitação
- Formalização
- Institucionalização¹³

Tecidas as considerações acerca do aspecto sociológico, passar-se-á ao exame do prisma político como desenrolar natural do movimento revolucionário, adicionando-se a motivação política como fator relevante ao nascimento da revolução.

1.2. PRISMA POLÍTICO

Politicamente, há que se esclarecer que a Cidade-Estado grega não se afigurou como paraíso das relações de poder. Esta vislumbrou conflitos

¹¹ Luis Recaséns Siches, Tratado de Sociologia, p. 328.

¹² Lakatos, Eva M.; Marconi, Marina de A., Sociologia Geral, p. 312-317.

¹³ Lakatos, Eva M.; Marconi, Maria de A., ob.cit., p. 312-314.

políticos a que, decididamente, não se assistiu a adesão das massas. Políbio e Tácito trataram da análise comparada das mudanças políticas ocorridas, sempre dando destaque aos agentes das mudanças; pertencentes, todos, à esfera superior de mando em Roma¹⁴. A palavra – política – se prende, necessariamente, ao significado de outra: poder. A política, nessa relação intersubjetiva, seria todo o complexo de relações de capacidade material e/ou formal para agir, gerando efeitos na esfera individual e de terceiros, tendo como instrumento usual e originário a estrutura de mando do Estado, porquanto se corporifica, amorfamente, na figura do governo institucionalizado.

Tais relações podem assistir a um desequilíbrio orgânico ou a uma centralização subjetiva que acarreta uma exasperação potestativa, prejudicial ao destinatário da ordem emanada, insuflando-o a usar dos meios disponíveis [institucionalizados ou não] para rever o processo decisório.

O desequilíbrio orgânico e a centralização subjetiva foram brilhantemente combatidos pelas idéias de Montesquieu, quando da propositura do sistema de checks and balances [freios e contrapesos] e da divisão tripartite das funções do Estado, afim de mitigá-los. Tudo isso, porém, não foi suficiente para sustar as imperfeições surgidas na máquina estatal, mormente a hipertrofia do poder executivo.

A desarmonia pode ocorrer de tal arte que sequer os porta-vozes do descontentamento – os partidos políticos – tenham capacidade ou acuidade para notar. Estes entes são, na representação fiduciária, os responsáveis por absorver as impressões do “quadro humano sufragante”¹⁵ enquanto organizações paraestatais. Acertadamente, o direito pátrio reconheceu aos partidos políticos a qualidade de pessoa jurídica de direito privado, sendo inegável seu surgimento na defesa de interesses. O nascimento de um partido político decorre da convergência ideológica e da identificação doutrinária dos indivíduos com a associação política que catalisa suas vontades. A definição de “privado”, concedido por lei, faz distinção ontológica do partido político para com a administração pública; traz a agremiação para um patamar popular e endossa sua independência orgânica face aos imperativos do governo.

¹⁴ Bobbio; Matteucci; Pasquino, Dicionário de Política, p. 1123.

¹⁵ Paulo Bonavides, Ciência Política, p. 75.

O partido político, ou reunião de homens que professam a mesma doutrina política¹⁶, tem o escopo de organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo¹⁷. As ações destas agremiações, num regime democrático, são pautadas pela legalidade, não se concebendo a desconformidade da atuação partidária com a lei que lhes dá vida. Ocorre que a busca pelo poder acaba desvirtuando o ideário do partido, que faz concessões exageradas na tentativa de obtê-lo e afasta a característica de fiscalização e combatividade, tão importante para a democracia. Quando os partidos existentes não mais atendem ao clamor das massas, se encerrando no círculo governamental, além de pautar sua existência pelo hermetismo participativo, tem-se campo fértil para o surgimento de movimentos que tencionam uma alteração nas relações de poder vigentes.

O instrumento da reverberação dos anseios coletivos na órbita palaciana deixa de funcionar para fomentar a criação de grupos dispostos ao emprego de quaisquer meios para se fazer ouvir. Tamanha a importância dos partidos, que não se vislumbra, além da democracia direta, outro mecanismo para a publicidade dos interesses difusos e na defesa dos seus representados.

O povo, titular da soberania, acaba assistindo à concentração do seu exercício por grupos minoritários, cuja pauta exclui a apreciação de suas demandas pelo poder temporal.

A indiferença na apreciação das referidas demandas, grava com conseqüências profundas as relações de poder instituídas, o quadro político torna-se vulnerável ante a sanha revolucionária e as perturbações, cada vez mais freqüentes, tendem a demolir o edifício político erigido sem a mais breve detença.

O resultado político de uma revolução é a inversão do papel desempenhado pelo sujeito da ordem normativa e beneficiário do sistema, pela coletividade demandante, outrora inerte, sem que as ações práticas posteriores guardem nexos com a causalidade do movimento.

A revolução usualmente traz a reboque a instalação de uma nova ordem condizente com os anseios populares, atrelando os seus representantes ao respeito pelos valores nutridos e opiniões externadas. Pode se concre-

¹⁶ Benjamin Constant apud Bonavides, Paulo. ob.cit. p. 344.

¹⁷ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, p. 393.

tizar na forma de um controle mais rigoroso da atuação parlamentar, por meio de institutos como o recall ou o abberufungsrecht, cuidando sempre de evitar um governo de assembléia-diretorial que atrela o poder executivo a questões de forma; prejudicando assim o bom andamento da administração e a fluidez nas decisões. O embate ideológico, o conflito dialético e a defesa tribunícia de opiniões devem ser preservados, assim como a supressão de direitos (desde que legítimos) e os expurgos políticos evitados. Sob a égide da Justiça, o devir de um Estado deve basear-se; não sendo legítima a substituição de uma ditadura minoritária por outra majoritária, o que não exclui a possibilidade de mudança institucional como a valorização do poder jurisdicional, redução da discricionariedade do executivo, responsabilidade e convergência de atuação do legislativo.

Historicamente, resta comprovado que a luta revolucionária se trava em torno do **direito de liberdade**, inalienável e imprescritível. Tais movimentos carregam a nota libertária que, em resumo, se demonstra individualmente na não-sujeição à discriminação por fator externo independente [cidadania, condição social, raça, etc.] e, ato reflexo, se insurge contra a proibição do exercício coletivo da faculdade de escolha. A liberdade é a mãe de todas as revoluções, que podem ser evitadas mediante alguns instrumentos simples e eficientes de responsabilidade compartilhada: o plebiscito, o referendun e os projetos de iniciativa popular. Esses institutos da democracia participativa legitimam as ações governamentais e devem ser objetiva e expressamente fixados seus limites e competências. No Brasil, a Constituição Federal estende a qualquer cidadão o direito de propor **ação** popular que, no entanto, não se afigura como remédio nem legitimam os excessos do centro decisório [CF, art.5º, LXXIII].

Toda decisão de Estado que possua envergadura suficiente para mudar significativamente as relações políticas e sociais, bem como os valores abraçados pelo povo, precisa passar por processo de avaliação e aprovação popular. Não se trata de restrição à esfera de competência da representação política por duplicidade mas, antes de tudo; é forma de se legitimar os atos de seus mandatários; que não possuem a originalidade e a incondicionalidade [criticável] da Convenção.

Apesar de ser o levante um objeto de estudo da esfera interna de um determinado Estado, cabe analisar o desdobramento internacional do movimento revolucionário **antes** da tomada do poder pelos insurretos.

Paradoxal a assertativa de que se pode dar tratamento internacional às turbulências internas vivenciadas por um país, dado o princípio da não-intervenção e da auto-determinação dos povos, mas a indiferença externa face aos azares de uma nação constitui erro irreparável na esfera política cujo custo pode ser cobrado num futuro próximo do Estado indiferente.

O reconhecimento do estado de insurgência obedece a critérios formulados, basicamente, pela doutrina dos internacionalistas.

Inicialmente, é forçoso se precisar a dimensão real do levante - se simples motim ou revolução com contornos de guerra civil. Concluindo-se por este último, passa-se ao exame das regras aplicáveis aos pólos beligerantes.

Reza a Carta das Nações Unidas, no art.2º, §7º, que “Nenhum dispositivo da presente carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítuloVII”.

O reconhecimento do estado de insurgência não comporta, de per si, o reconhecimento de governo, o que seria por demais prematuro. Ele traz consigo a certeza de um estado de facto, no qual se admite a dominação de parte do território, a existência de uma força armada militarmente organizada, a obediência às ordens emanadas do centro sublevado etc.

À pátria-mãe, vale ressaltar, cabe o reconhecimento do estado de beligerância que, se de um lado mostra a sua fragilidade ante os revoltosos, por outro a exime das responsabilidades contraídas para aquela determinada porção territorial. O status das forças inimigas também se altera após o ato de reconhecimento. Não se pode, a partir de então, tratar o inimigo como simples rebeldes, com traço de banditismo. Deve-se, por conseguinte, aplicar as regras dos prisioneiros de guerra no tocante à dignidade do combatente.

O Institut de Droit International, reunido em Neuchâtel no ano de 1900, adotou regulamento a respeito da atitude das potências face aos direitos e deveres das mesmas ante o movimento insurrecional, como se lê no art.8º, verbis: “As terceiras potências não podem reconhecer ao partido revoltado a qualidade de beligerante: 1º, se ele não conquistou existência

territorial distinta, pela posse de uma parte determinada do território nacional; 2º, se ele não reuniu os elementos de um governo regular, que exerça de fato sobre essa parte do território os direitos aparentes de soberania; 3º, se a luta não é conduzida, em seu nome, por tropas organizadas, submetidas à disciplina militar e que se conformem às leis e costumes da guerra”¹⁸.

O liame da definição da internacionalidade de um conflito é tenuous, como se depreende da Guerra Civil Espanhola, na qual lutaram, de ambos os lados, soldados de diferentes nacionalidades.

É certo, ainda que no âmbito da Organização das Nações Unidas, o reconhecimento de um estado de fato obedece a critérios de interesse político e econômico, com sobrevalência deste último e orientação do Conselho de Segurança.

1.3. PRISMA JURÍDICO

A revolução engendra seus desígnios de forma diametralmente oposta ao Direito. Aqui, a ciência jurídica define normas abstratas e genéricas oponíveis (regra geral) erga omnes, lá, o seu desenvolvimento independe da normatização existente. Se é verdade que a lei não tem vida própria; se fazendo atuar somente quando do aparecimento do vínculo desta ao fator humano, que interfere por meio de um procedimento ou de uma conduta¹⁹; também é verdade que a revolução pertence ao mundo do “ser”, se basta em si mesma, tem o seu desenrolar alheio ao Direito. A revolução é naturalmente ligada ao sein, enquanto o Direito é substancialmente atrelado ao sollen.

O divórcio entre Direito e revolução deita raízes na gênese mesma de cada um. A revolução nasce da indignação com o status quo; o Direito é o instrumento por excelência da manutenção da ordem vigente. A problemática no que tange à face exterior da revolução, notadamente sua difícil definição jurídica, é parte do desafio enfrentado pelo Estado ao tempo do surgimento, agigantamento e corporificação do movimento.

¹⁸ Accioli, Hildebrando; Silva, G.E. do Nascimento e, Manual de Direito Internacional Público, p. 561.

¹⁹ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v.2, p. 36.

A revolução se conduz alicerçada em dados da realidade que não prometem qualquer reverência ao ordenamento jurídico. Ao revés, a recusa em subordinar-se ao Direito é traço característico da insurgência, que insiste em definir-se como poder suprajurídico, intocável ante a incapacidade do Estado de fazer valer, de facto, a coercibilidade e o império da lei posta.

A surdez estatal em não ouvir os reclames de seu povo, seguida da cegueira de não perceber que seus atos atropelam os valores nutridos pelos súditos, desembocam num colapso orgânico cuja condição é a edificação de nova ordem.

Essa falência das forças de direção se pode atribuir à inobservância, sempre contraproducente, das lições do tridimensionalismo no que concerne à percepção errônea do estado de coisas, da colisão frontal com o aspecto axiológico e da legitimidade das normas emanadas.

A revolução é uma noção que transcende o Direito, se socorrendo de elementos diversos à visão monista de fonte única de produção normativa, que antecipam, visionariamente, o ruir da estrutura jurídica em foco.

O conceito de revolução não é juridicizável, pois se tal ocorresse, a ordem normativa estaria como que concedendo permissão para a ruptura de um de seus princípios basilares, qual seja: a imperatividade. Ao conceder licença ou regrar um processo revolucionário, o Direito estaria no pleno exercício de uma autofagia, negando efetividade aos ditames que ele próprio oferece na sua defesa. Não é crível que o Direito seja complacente com o objeto que vai lhe ceifar a vida. Inadmissível, portanto, a associação da ordem com o conceito de liberdade absoluta, sendo requisito da existência a inconformidade com o desaparecimento. A ilicitude do movimento revolucionário é da substância mesma do seu aparecimento.

Num exercício simplório de imaginação, poder-se-ia vislumbrar a perplexidade gerada a partir de ementa oriunda de decisão judicial na qual uma Corte Constitucional vaticinasse: Revolução. Impossibilidade jurídica. Falta de previsão legal ou outro método para julgamento. Não conhecido.

De fato, o único tratamento jurídico para a revolução é preventivo. Ao assegurar mecanismos de freio contrários à hipertrofia estatal opressiva, o Direito contribui para o apaziguamento social e arrefece o elemento anímico presente na forma de descontentamento geral.

Quando em via de desenvolvimento, a revolução pode ser sufocada pelas forças do Estado, que aplica o Direito Penal aos revoltosos, constituindo assim, uma exceção da intervenção do ordenamento jurídico ao movimento revolucionário, se aquele se mostrar capaz materialmente para fazê-lo.

O contributo do Direito Penal advém da carga excessiva de pena cominada aos que almejam uma mudança no status quo, assumindo de pronto uma posição retribucionista que infere um caráter de dissuasão aos que dela cogitarem²⁰. De grande valia para o sistema jurídico em vigor é, também, a teoria da soberania nacional que, a seu turno, alimenta a idéia de que a titularidade do Poder do Estado cabe à nação. Historicamente, o legado da Revolução Francesa; além dos princípios de igualdade, liberdade e outros; trouxe a lume a inclinação liberal-burguesa de refrear a dimensão dada à soberania popular pelas mãos de seus teóricos. Tal feito foi possível projetando-se a nação como ente superior e atemporal, em oposição ao conjunto de cidadãos que compõem o Estado. Dessa forma, pôde-se mitigar o alcance que o poder popular seria passível de atingimento, negando-lhe a faculdade de rever suas próprias decisões ou de se autodeterminar. Ao contrário, a teoria da soberania popular pressupõe a onipotência das multidões, sendo inerente a elas a determinação ou revisão do sistema jurídico, o qual se fará somente com sua anuência.

A greve, surgida da internalização do potencial classista face aos excessos patronais, é instituto de resistência e insubordinação assemelhada à revolução.

Seu exercício, bem como a contaminação por parte de outras classes, pode ser tido como estopim da revolta que se engrandece e culmina com a deposição da ordem institucional.

Essa faculdade, se concedida em lei, deve obedecer a limitações impostas pela propagação de seus efeitos na esfera de terceiros, além de ser objeto de apreensão por parte das autoridades dotadas do poder de polícia. A corporificação da greve leva a uma situação indomável, que se parece em muito com a teoria das multidões, e tanto preocupa àqueles que se julgam privilegiados ou tocados pela fortuna que o sistema proporciona²¹.

²⁰ CF, art.5º, XLIVcc, art.17 da Lei 7.170/83.

²¹ A greve é tratada, no direito pátrio, pela Constituição Federal no seu art. 9º, para os trabalhadores da iniciativa privada e no art.37, VII, para os servidores públicos. As polêmicas suscitadas por força dos limites ao direito de greve fogem à finalidade desta monografia, não sendo pertinente qualquer consideração a esse respeito.

Outra marca, dessa vez impressa pelos governos ditatoriais, é a instauração de tribunais especificamente criados para o “juízo” dos subvertores que ousam se insurgir contra o Estado. Esses tribunais surgem com fulcro em leis oriundas de processo efêmero nos parlamentos e sua composição geralmente obedece a critérios políticos, ritos sumários e execução inapelável. Tais institutos afrontam a isenção e a imparcialidade necessárias ao correto andamento de um processo judicial.

Nossa Constituição proíbe expressamente a instalação de juízo ou tribunal de exceção com vistas a promover um julgamento imparcial e respeitando o princípio da legalidade. Todo réu, inclusive os revolucionários, tem o direito de ser julgado pelo juízo competente obedecendo também ao princípio do juiz natural²².

Em última análise, o aspecto jurídico de revolução é a quebra do princípio da legalidade²³.

2 AS CAUSAS DA REVOLUÇÃO

Muitas das causas da revolução foram indiretamente citadas nos itens supra. Cabe agora fazer a distinção entre as causas e os motivos “aceleradores”²⁴ do processo revolucionário. Os primeiros dão ensejo ao nascimento da insurgência e se prendem, em species, ao sentimento de maculação do princípio de igualdade ou às causas estruturais. Os segundos decorrem de fatores que contribuem para um rápido desenrolar do processo de insurgência sem, no entanto, lhe dar causa. Sobre as questões de fundo e visando uma apreciação mais vantajosa, pode-se dividir o estudo das causas da revolução em dois grandes grupos: os de motivação subjetiva, ou fatores endógenos; e os de motivação objetiva ou fatores exógenos.

2.1. O FATOR EXÓGENO

2.1.1. O Estado provocador

O fator exógeno se traduz pela plêiade de circunstâncias criadas ou evoluídas a partir de atos concretos por parte do Estado.

²² CF, art. 5º, XXXVII.

²³ Paulo Bonavides, *Ciência Política*, p.409.

²⁴ Bobbio, Mateucci, Pasquino, *Dicionário de Política*, p.1124.

A condição estrutural desfavorável criada pelo Estado o torna agente provocador da repulsa popular pela primeira instância de mando. Quando, seguidamente, o Estado toma providências divorciadas dos anseios sociais, não mais responde às suas demandas e, na contramão da democracia, cria institutos de opressão e fiscalização política, está fomentando um quadro circunstanciavelmente fértil para a eclosão da revolução.

Do ponto de vista histórico, o Estado concorreu para a insubordinação ao negar as liberdades fundamentais e inatas aos seus súditos. Mas não só isso. Foi também através da adoção de políticas equivocadas e atos subreptícios que este ente superior acabou adubando o solo movediço da base social. Vejamos então, alguns exemplos de rumos que o Estado adota e acabam por decidir negativamente a sua sorte. A empresa em guerras descabidas, de propósito duvidoso e cujos louros não se materializam sequer a posteriori, dão exemplo de medida contrária ao bom senso que deve nortear a administração pública. No Brasil, foi a Guerra do Paraguai um dos fatores mais desgastantes à Coroa do Império e terminou por abrir campo para o golpe de quinze de novembro de 1889²⁵.

A verticalização do poder, demonstrada pela concentração decisória nas mãos de uma cúria afastada de compromisso senão para com seus pares, encerra outro capítulo da tragédia a que os príncipes estão afetos.

Também gera um desconforto institucional o afastamento entre as sentenças prolatadas e a expectativa da comunis opinio que, em última análise, deve ser a fonte primeira do ordenamento jurídico. A maliciosa condução da opinião pública e o distanciamento dos preceitos jurídicos é preocupação atualíssima dos que pensam o Direito.

A ausência de remédios constitucionais que possam restaurar o equilíbrio entre o indivíduo desprotegido e o Estado materialmente avantajado, traz uma sensação de insegurança aos cidadãos que perseguem a existência de mecanismos para equalizar a relação de poder e de garantia da efetividade de seus direitos.

Por sua vez, o baixo desempenho econômico levado a efeito por políticas desencontradas e de diferentes matizes teóricas, causa o empobrecimento material da população, colidindo com o anseio de prosperidade e avanço social de toda a coletividade.

²⁵ Francisco Fernando Monteoliva Doratioto, *Maldita Guerra: Nova história da Guerra do Paraguai*, p.484.

Finalmente, figura a questão tributária como causa relevante da indisposição do povo para com o seu governo. Desde os mais remotos dias, o homem foi sufocado pela imposição de tributos e se ressentiu da falta de limites para a sua cobrança. Foi exatamente o apetite arrecadatório do aparelho estatal que forcejou a reação de alguns cidadãos indignados com a extrapolação da razoabilidade nos valores e na distribuição da carga tributária.

Assim ocorreu na Galiléia de Herodes²⁶, na França pré-revolução, na Rússia czarista, no Brasil de Da. Maria I e até no Estados Unidos da América em meados do século XIX.

A História cuida de esmiuçar a relação do confisco travestido de imposto com as insurgências acima, exceto no caso norte-americano. Foi de grande relevo para a literatura política as ponderações de Henry David Thoreau no seu trabalho intitulado “A Desobediência Civil”. Nesse livro, o autor cuida de refutar a obediência cega à lei²⁷ e de demonstrar seu descontentamento por atos de manifesta ilegalidade²⁸, notadamente a recusa em contribuir para o fisco.

Por seus atos de rebeldia e por sua recusa em recolher os impostos, foi ele aprisionado. Não cedeu à conveniência de comprar a própria liberdade às custas da sua consciência²⁹. Justificou sua atitude dizendo que “O governo não pode ter sobre minha pessoa e meus bens qualquer direito puro além do que eu lhe concedo”³⁰.

Como fartamente demonstrado, é o Estado quem encurta suas próprias vestes.

2.2. O FATOR ENDÓGENO

2.2.1. O aspecto volitivo

O fator endógeno se traduz pela volição que acomete o homem quando provocado a agir, se negando a oferecer lealdade, diante da desastrosa atuação do Estado. Face à tirania e ineficiência estatal, só resta ao cidadão comum opor brava resistência. O homem, que se destaca dos demais mamíferos pela capacidade intelectual, há anos vem tentando provar a

²⁶ Passagem do Evangelho de São Mateus.

²⁷ Henry David Thoreau, A Desobediência Civil, p.15.

²⁸ *ibidem*, p.17.

²⁹ *ibidem*, p.27.

³⁰ *ibidem*, p.39.

existência de uma verdade sem margem a tergiversações, uma verdade única e tão inicial que dela parte todo o manancial de conhecimentos. O cogito cartesiano provou, satisfatoriamente, que a nossa existência é, pelo menos, presumível.

Dada a nossa existência, de se reforçar a capacidade para deliberar acerca de qualquer objeto perceptível aos nossos sentidos, uma manifestação que traga a certeza sensorial de conseqüências aflitivas ou de regozijo. Da indiferença surge apenas a imobilidade. Toda deliberação humana, como momento interno, acaba por processar-se como vontade. Ainda que não caiba uma intervenção pessoal, não se exclui a possibilidade desta.

No campo psíquico, distingem-se três momentos da vontade: o da solicitação, o da deliberação e o da ação³¹. A solicitação provém de causas exteriores que, assemelhadas ao impulso ou à inclinação, determinam uma ignição no sentido de se avaliar a relação de causa e efeito do fato apresentado. O momento da solicitação é imprescindível para o desencadeamento do processo volitivo, vez que o homem não responde ao desconhecido e o seu querer não se dirige ao vácuo intelectual.

A deliberação é o momento por excelência da produção psíquica do homem. É exatamente nessa fase que o indivíduo pondera acerca da conveniência ou não da adoção de um determinado comportamento. Põe-se em xeque todas as probabilidades reconhecíveis, sejam elas confortáveis ou nem tanto. De todas as possibilidades ponderadas, se extrai uma conclusão concernente a uma postura fática diante das opções, ou da rejeição à exteriorização do comando mental.

Ao fim, é a ação que vai resumir toda a gama de deliberações, dando um caráter de publicidade ao ajustado internamente. A revolução age, subjetivamente, nos três momentos: quando cuida de solicitar, por via de valoração negativa, o início de um processo intelectual, para depois deliberar se as ações de enfrentamento são uma hipótese melhor do que o mal a ser combatido e, por último, decide trazer aos fatos a virtualidade imaginada.

2.3. REFLEXÕES

O enfrentamento da questão revolucionária faz passagem pelo pensamento de Heráclito de Éfeso, para quem tudo está em movimento e nada

³¹ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições..., v.1, p. 481.

permanece no lugar. Defendia ele a tese da mobilidade universal e do fluxo incessante das coisas como se depreende do diálogo de Hermógenes e Sócrates³².

Para Aristóteles, a natureza é um princípio de movimento e de mudança, e pois, para se entender a natureza, não se pode ignorar o movimento. Este não tem existência sem lugar, em vão, sem tempo. Entre as coisas que se movem e as coisas que são movidas, umas movem ou são movidas acidentalmente, outras, em si mesmas³³. Algumas coisas são movidas pela ação motora da própria natureza, outras pela violência e contra a natureza³⁴.

Ao se considerar um dos principais axiomas da filosofia - o tempo; será possível ter evidenciado a continuidade e o influxo de mudanças incessantes na realidade. Essas proposições encabeçam um rol extenso de argumentos e de verdades que fundamentam a necessidade de uma dinâmica estatal. Se esta não ocorre, tendo por força motriz o próprio Estado, então, através de mecanismos acidentalmente violentos, poder-se-ia pleitear a evolução para se chegar num estado de coisas semelhante àquele que se estaria verificando quando da cessação do movimento.

O método heurístico de difusão de conhecimento eleva barreira sólida contra os homens que buscam postulados libertários. Para o combate ao direcionamento cognitivo, ergue-se o criticismo kantiano. A crítica é uma reflexão independente, de pessoa capaz de pensar por si própria, que não reputa como verdadeiro o estabelecido por outros como tal, mas apenas após seu livre exame fundamentado³⁵. Essa faculdade racional, presente apenas no ser-humano, se constitui em premissa básica para a formação de juízo de valor quanto à realidade que se lhe apresenta.

A fórmula do verificar-questionar-investigar e concluir conduz o homem a pautar suas ações pela verificação da justiça de ações de sujeitos outros. Quando se subjetiviza o conceito de justiça, tornando-a indemonstrável a critérios rígidos, resta a cada um o recurso à sua própria consciência, se determinando de forma a atingir o que considera justo. O imperativo da Lei Prática de Kant acaba por negar a heteronomia das leis positivas.

³² Platon, Oeuvres Complètes - Cratyle, p. 637.

³³ Aristóteles, Física, liv.III, p. 601.

³⁴ Ibidem, p. 681.

³⁵ Valério Rohden apud Rezende, Antonio, Curso de Filosofia, p. 127.

3 O ESTADO SE DEFENDE: INSTITUTOS E CONTRA-REVOLUÇÃO.

Como a estabilidade e a segurança nas relações com o Estado compõem firme reforço ao regime democrático, nada mais corriqueiro que o próprio Estado institua técnicas de salvaguarda da sua existência. Toda entidade estatal persegue a perpetude de seus dogmas, mesmo ciente da perempção de conceitos e valores anteriormente estimados. A busca pela longevidade do Estado porém, não pode ser confundida com a petrificação de um poder de mando. O governo, que representa o Estado, não pode se valer de mecanismos ardilosos para ossificar sua permanência no poder e bem atender àqueles que desvirtuam a titularidade da soberania interna.

Numa demonstração inequívoca de que o Estado não deve se nortear ao sabor voluntarista de interesses pontuais, este cria mecanismos de defesa própria. Lato sensu, as técnicas de defesa do Estado são conhecidas como Martial Laws, ou leis marciais. Tais leis recebem de cada Estado uma denominação mais adequada à sua situação e traduzem o estado de vigilância e prontidão, bem como a supressão parcial e temporária de direitos do cidadão. No Brasil, basicamente, vigoram quatro institutos de defesa do Estado:

1. Estado de Defesa: CF, art.136.
2. Estado de Sítio: CF, art.137-141.
3. Intervenção Federal: CF, art.34.
4. Lei de Segurança Nacional: Lei 7.170/83.

Com a contra-revolução, o governo deposto se incumbe de aproveitar as lacunas e fragilidades do regime recém empossado para, unindo as forças que restam e aliando-se a eventuais parceiros internacionais se reconduzir ao poder. O turbilhão social deixado pela revolução trabalha para o surgimento de oportunidades contra-revolucionárias.

4 EXCEÇÕES OPONÍVEIS

4.1. EFEITOS CONCRETOS DO MALOGRO

A revolução, em geral, não costuma ser abençoada com a vitória sobre a ordem vigente. Na esmagadora maioria das vezes, o movimento revolucionário não passa de simples revolta, motim ou intentona. Diversamente, os efeitos dados a público pelas reivindicações dos insurretos, usualmente acarretam conseqüências e medidas de ajustamento

por parte do Estado ofendido. As conseqüências, a seu turno, enfeixam um relaxamento na índole policial do Estado, desmontando ou arrefecendo as competências dos órgãos destinados a investigar as perturbações internas e prender seus agentes.

Também se traduz como consequência concreta da derrota, a criação de canais de diálogo entre o governo e o tecido social, a tolerância ao pluralismo de opinião, a liberdade de imprensa e o respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Mas nem sempre os efeitos advindos de uma insurgência são de caráter positivo ou benéfico à população.

Pode ocorrer de o governo, acreditando na possibilidade de nova desordem, recrudescer o tratamento dispensado aos revoltosos e radicalizar o conservadorismo levando esta tendência aos diplomas legais mais supremos. A título de exemplo de efeitos benéficos, citar-se-ia a malfadada Comuna de Paris, que agitou toda a República Francesa no ano de 1871. Ao contrário, a Intentona Comunista capitaneada por Luís Carlos Prestes em 1935, trouxe uma reversão no processo de abertura política do Presidente Getúlio Vargas e culminou com a outorga da Constituição de 1937³⁶.

4.2. LEGITIMIDADE?

O senso comum normalmente empresta à revolução a qualidade de legítima. Assentem os desavisados de que o movimento revolucionário sempre se conduz dentro da orientação democrática, na busca por mudanças e postulados legítimos. Essa afirmação, no entanto, não se coaduna com a verdade absoluta. A legitimidade de uma revolução está na estrita observância dos direitos na diversidade social apresentada. A execução sumária dos agentes governamentais, a expropriação injustificada, o assassinio dos dissidentes e a centralização do poder constituem fatores que subtraem da revolução a legitimidade tão propalada.

Em certo ponto, o regime que ascende ao poder tende a distribuir competências para os ideólogos da revolução, como também aos seus colaboradores, o que acaba por se assemelhar a um nepotismo revitalizado. A grande questão a se enfrentar é a legitimidade que possui um grupo de rebeldes para se assenhorar de toda a organização do Estado.

Quando o movimento tem forte apoio popular, que não se traduz em ajuda material ou de recrutamento, inclina-se por classificá-lo como legítimo, ao passo que o reduzido apoio tende a afastar a cúpula revolu-

³⁶ William Waack, *Camaradas*, passim.

cionária das verdadeiras aspirações da população. A titularidade da soberania pertence a quem puder agarrar-lhe, de facto, mas a legitimidade somente sobrevém se o governo neófito oferece meios de legitimar a posição de comando que galgou, notadamente por referendun e/ou convocando eleições livres e universais.

5 O NASCEDOURO DO PODER CONSTITUINTE

5.1. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA REVOLUÇÃO

A revolução, como todo movimento político de envergadura, precisa ter um fim. Não se admite que a sociedade viva num contínuo estado de insegurança institucional, marcado pela falta de balizamento quanto a seus limites e possibilidades.

Tanto quanto a dinâmica pressupõe a estática, também a revolução carece de uma publicidade sobre seus objetivos, carece de regras claras do porvir e precisa sedimentar-se como nova ordem positivada. Impensável uma revolução permanente, cujos efeitos tornem o indivíduo refém de atos decididos em acordo com as veleidades de seus governantes. Tamanho desgoverno só alimentaria uma nova revolução, ou mesmo uma contra-revolução fundamentada no desnorteamento dos cidadãos. A “revolução permanente” foi pensada por Trotski, em 1905, como forma de alastrar os efeitos para além das fronteiras russas e como garantia de contágio por países mais desenvolvidos economi-camente³⁷. A revolução se transmuda afinal, passando a atender pelo nome de poder constituinte, em atenção aos requisitos de estabilidade e consagração dos dogmas revolucionários.

5.2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O estudo do poder constituinte originário passa, a título pedagógico, por uma breve aproximação à problemática da teoria do poder constituinte.

A teoria do poder constituinte deve ser apartada do estudo do poder constituinte, enquanto “ser” fático. Poder constituinte sempre houve desde o advento das primeiras sociedades organizadas³⁸. Ele se exprime pela capacidade material de comando inerente a uma figura reflexa dessa

³⁷ Bobbio, Matteucci, Pasquino, Dicionário de Política, p. 1127.

³⁸ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 142.

sociedade. Assim foi nos agrupamentos de homens de naendertal, no reino dos Árias, na América pré-colombiana, nos impérios europeus medievos e na modernidade. Variaram apenas os sujeitos e os pressupostos da titularidade – de ordem teocrática ou democrática.

Este poder, como todo outro, nutre a fantasiosa imaginação do homem desde os primórdios da humanidade. Chega mesmo a ser insondável a sua natureza e de reluzente brilho a sua aparição. Tema controverso, o fascínio parido do caráter extrajurídico [legibus solutus] soma um horizonte enevado aos que pretendem perquerí-lo. De fato, o homem assiste, atônito, ao surgimento de “um paradoxo extremo: um poder que surge do nada e organiza todo o Direito...Um paradoxo que, precisamente pelo seu caráter extremo, é insustentável”³⁹ [juridicamente]. O poder constituinte suscita divagações filosóficas, pois que tem “algo de misterioso, sendo imprudente inquirir-lhe a origem”⁴⁰. Em verdade, o poder constituinte resiste à constitucionalização⁴¹, que mostra a face limitada da democracia. Para a ciência jurídica, o poder constituinte é a fonte de produção das normas constitucionais, um conceito limite do Direito Constitucional⁴². Prima facie, o direito é estranho ao poder constituinte; só podendo ser entendida sua associação através do poder constituinte derivado, irremediavelmente atado aos conceitos preceptivos da originariedade⁴³.

O poder constituinte originário é, em toda a sua expansividade e onipotência, o próprio sujeito da produção normativa; em outros dizeres, somente se atribui a ele a qualidade de ilimitado e afeto a uma autovinculação soberana. Os teóricos do poder constituinte originário costumam dar três soluções para as dúvidas surgidas acerca da natureza desse poder: a primeira é a natureza transcendente desse poder [corrente kelseniana], a segunda confere um caráter imanente à originariedade e, por fim, a terceira reza que o poder constituinte originário é fonte coextensiva; integrada do sistema constitucional⁴⁴.

³⁹ Antônio Negri, O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade, p. 9.

⁴⁰ Paul Bastid apud Bonavides, Paulo, Curso de Direito Constitucional, p. 147.

⁴¹ Antônio Negri, ob.cit., p. 7.

⁴² E. W. Böckenförde apud Canotilho, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 63.

⁴³ Carré de Malberg apud Bonavides, Paulo, ob.cit., p. 149-150.

⁴⁴ Antônio Negri, ibidem, p. 12 ss.

5.2.1. Histórico

O posicionamento histórico do poder constituinte passa pelo Estado francês e pelos Estados Unidos da América. Na França pré-revolucionária, precisamente no ano de 1788, um eminente doutrinador do Terceiro Estado, abade Emmanuel Sieyès, trouxe a público o mais relevante compêndio dedicado ao estudo do poder constituinte⁴⁵ até então. Sua teoria gravitava no entorno da separação entre o poder constituinte originário e o constituído, espécies da fórmula do “pouvoir constituant”. Com efeito, a contribuição do abade foi no sentido da despersonalização do poder, na sua institucionalização. Ocorreu que esta operação deixou lacuna relevante. A quem caberia a titularidade de um e de outro poder? Segundo Sieyès, somente à nação caberia a opção de figurar como poder constituinte originário⁴⁶, a postular obediência aos seus comandos. Seria soberana a emissão de vontade dos representantes da nação, conquanto ser ela um ente de existência cultural. Dessa maneira, pôde-se engendrar um processo de resfriamento da exultação resultante da teoria da soberania popular encampada por Rousseau no seu Contrato Social. De extrema importância o apreço por este detalhe, uma vez que sua consequência foi a “prudente” locomoção da titularidade do povo sobre seus destinos para entregá-los à nação.

A diferenciação dos sujeitos incumbidos de estatuir, daqueles de representar, foi a solução para enfraquecer um aguardado absolutismo das massas. Doravante, a distinção entre os poderes primário e secundário restou translúcida. Estava categoricamente afirmada a separação institucional entre a auctoritas e a potestas. A autoridade passou a ser vista como o poder em missão delegada pelo consentimento, com laços na legalidade. O Poder, individualmente analisado, acabou se exprimindo pela capacidade material de agir. Carré de Malberg resumiu brilhantemente a teoria de Sieyès ao dizer que o publicista transformou a representação do povo soberano em representação soberana do povo⁴⁷.

Para além da distinção entre poder originário e poder conformado; auctoritas e potestas; e da remessa da titularidade do poder primário à

⁴⁵ O livro se intitulava: *Qu'est-ce que le tiers État?*.

⁴⁶ Definiu Sieyès: “On doit concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social, ou, comme l'on dit, dans l'état de natureza. L'exercice de leur volonté est libre et indépendant de toutes formes civiles” apud Bonavides, Paulo, ob.cit., p. 152.

⁴⁷ Carré de Malberg apud Bonavides, Paulo, ob.cit., p. 146.

nação, o abade atribuiu a este as características de ser inicial, autônomo e incondicionado⁴⁸. Esta teoria foi adotada pela Constituição francesa de 1791. Os norte-americanos, mais cedo que os franceses, já haviam feito a distinção clássica entre o poder constituinte originário e o constituído⁴⁹.

Na prática, as convenções que culminaram com a promulgação da Carta Magna de 1787, diziam respeito à distribuição de competências e a sua atribuição aos órgãos designados. Percebe-se facilmente a sobrelevância da casa legislativa em relação aos outros poderes, notadamente o poder executivo quando, tomando ciência do disposto na seção 1, do artigo 1, se lê: “All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives”⁵⁰.

Os federalistas, assinalaram a distinção entre o constitutinal politics, destinado a criar uma ordem constitucional fundamental e o normal politics, desenvolvido com base em regras numa lei superior⁵¹.

Em sentido diverso dos franceses, os norte-americanos deixaram bastante clara a titularidade do poder constituinte, bebendo da fonte da teoria da soberania popular, quando, no trecho preambular de sua Constituição inseriram a expressão: “We the people...”. Esta fórmula indica a técnica usada para a positivação de sua Carta Política: dizer a norma⁵².

Este dizer, corresponde à valorização da centralização normativa-constitucional e, ambigualmente, o estende à federalização. O princípio legitimador da Constituição de 1787 foi muito mais a federação do que a democracia⁵³.

O fenômeno da produção constituinte originária, para o povo estadunidense, pode ter uma face continuada, qual seja: os atos constituintes emitidos ocasionalmente por sua Suprema Corte, que se encontraria em “sessão permanente”, não obstante ser parte ilegítima e de investidura informal⁵⁴.

⁴⁸ Georges Burdeau apud Horta, Raul Machado, **Direito Constitucional**, p. 29.

⁴⁹ La Fayette apud Bonavides, Paulo, ob.cit., p. 142.

⁵⁰ Em vernáculo: “ Todo o poder legislativo aqui garantido deverá ser investido num Congresso dos Estados Unidos, que consistirá de um Senado e uma Casa dos Representantes”. Tradução livre do autor.

⁵¹ J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 70.

⁵² *Ibidem*, p. 66.

⁵³ Fábio Konder Komparato apud Canotilho, J.J. Gomes, ob.cit., p. 67.

⁵⁴ Bidart Campos apud Bonavides, Paulo, ob.cit., p. 159.

5.3. LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS

As obras dedicadas ao Direito Constitucional costumam repetir o posicionamento de Sieyès quanto à inicialidade, autonomia e incondicionalidade do poder constituinte originário. Ousamos discordar. Tal elenco de qualidades se assemelharia ao Divino, negando aos terrenos a condição de criaturas de um ente absoluto. Não se trata de matéria religiosa, mas atribuir predicados tão expressivos e irracionais seria encerrar no poder originário a perfeição bastante em si mesma. Por conseguinte, de se vislumbrar algumas limitações a este poder.

Para a Escola de Viena, todo recurso de legitimação da norma deveria recair sobre a Grundnorm, ou norma hipotética fundamental. Essa linha de pensamento pragmática deixa obscura a questão nuclear de se explicar a natureza da mesma. Toda e qualquer matéria seria passível de positivação, bastando a previsão legal deste procedimento. É o formalismo levado às últimas conseqüências.

Tão equivocada quanto a liberdade absoluta de positivação seria o enquadramento dado por Lassale⁵⁵ de que a Constituição se resume na atuação dos “fatores reais do poder”, sendo a Constituição escrita mera “folha de papel”. Se assim fosse, a Constituição apareceria como Segunda Providência, a entremear o Deus do céu e o monarca na Terra como bem definiu o rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, em 1847⁵⁶. Não se pode admitir que mesmo a Constituição contenha preceitos primários desvalorados pelo povo que a concebe.

5.3.1. Limitações materiais

Se o poder constituinte se destina à organização do Estado e à limitação do poder, não se vê como a vontade de criação deixa de se condicionar à vontade do criador. De outro lado, se este criador constituinte se estrutura a partir de padrões culturais e modelos de ética, espiritualidade e sociabilidade comuns, como dissociá-lo formalmente destas condutas?⁵⁷ A imaginação criadora das normas fundamentais não é uma tabula rasa, isenta de valores que, atropelados, se lhe fariam mal.

⁵⁵ Ferdinand Lassale, O que é uma Constituição, passim.

⁵⁶ Ibidem, p. 53.

⁵⁷ J.J. Gomes Canotilho, ob.cit., p. 77.

O poder originário **obedece** a critérios lato sensu, providos pelo senso comum da sobrevivência, liberdade e, em especial, os costumes. Hegel majestosamente discorreu da importância do costume para um Estado. Para o jusfilósofo alemão, “no costume tem o Estado a sua existência imediata”, enquanto que na consciência individual [norteadora da produção constitucional], tem o Estado sua existência mediata⁵⁸. Depreende-se deste raciocínio que o Direito interno, mormente o Direito Civil, como positivação dos valores inatos de uma sociedade e disciplinamento das relações privadas, acaba por reger certos parâmetros a que está afeto o poder constituinte originário.

A revolução bolchevique aboliu a propriedade privada, estatizou os meios de produção e confiscou os bens da nobreza e da burguesia, mas sequer cogitou de alterar a estrutura familiar, proibir parte do folclore e seus usos domésticos. Seria uma caça ensandecida ao que de mais precioso o povo russo possuía. Aos que cometeram o atrevimento de tentar tal façanha, a História reservou lugar de destaque no salão dos traidores. Como disse Hegel, anular “tudo o que existe e é dado, e querendo apresentar como fundamento um sistema racional imaginado; por outro lado, como tais abstrações são desprovidas de idéia, a tentativa de as impor promoveu os mais horíveis e cruéis acontecimentos”⁵⁹.

5.3.2. Limitações temporais

As limitações temporais se verificam, sobretudo, na impossibilidade condicional de se ter um poder constituinte originário sine die para encerrar seus trabalhos. Não se trata de marcar uma data em específico para o fim da elaboração, mas de se limitar ao razoável a sua continuidade. Finda e trazida a público a Carta Política, o poder originário necessariamente se dissolve, conquanto a permanência se mostraria como a face mais explícita do absolutismo. O poder a que é facultado ditar a norma fundamental e regulá-la de nada se difere dos regimes totalitários.

Interessante a passagem, a título ilustrativo do eminente estudioso Donoso Cortes: “Não é um poder que o legislador possa localizar nem o filósofo formular, porque não cabe nos livros e rompe o quadro das Constituições; se aparece alguma vez, aparece como o raio que rasga o seio da nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e se extingue”⁶⁰.

⁵⁸ G.W.F. Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 216.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 219.

⁶⁰ Donoso Cortes apud Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, p. 147.

A crítica de que, no correr da elaboração do novo texto constitucional, as normas fundamentais do antigo regime estariam em vigor, mostrando a face prática do Direito, é frágil. Se visto de uma ótica exclusivamente jurídica, o raciocínio estaria correto. Porém, se analisado do ponto de vista sociológico e político, a realidade não lhe confere razão. O prolongamento dos trabalhos de criação da Lei Fundamental só retarda o escopo da revolução, afasta o ânimo revolucionário e enfraquece seus objetivos. Ainda que não ab-rogada a Constituição anterior do ponto de vista formal, sua falência tácita é notória. O hiato entre a revogação tácita e a promulgação de novo texto é preenchido pelos princípios geradores da insatisfação geral. Não procede, pois, a censura de que é irrelevante o quantum temporal da existência do poder constituinte originário. Este deve pautar-se pela celeridade e consonância aos proclames da “causa constituinte” sem, no entanto, ceder aos apelos potestativos da tarefa de instaurar nova ordem.

5.4. A QUESTÃO DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

A rigidez constitucional é uma decorrência natural das Constituições escritas. Nada impede, entretanto, que se possa criar obstáculos às inovações pretendidas pelos legisladores ordinários ao ordenamento supremo não escrito. A taxonomia das Constituições é objeto das mais célebres obras de Direito Constitucional e formuladas, com propriedade, pelos mais sérios doutores. Sem embargos, escapa ao objetivo deste estudo a classificação das Constituições, nos detendo, por especial interesse, na rigidez dos textos escritos.

Por decorrência natural, entenda-se os óbices infiltrados na Carta Magna que tornam mais laboriosa a missão de adequar seu texto à realidade do momento. Se ao legislador derivado fosse permitida a reforma da Constituição por via de rito ordinário, se estaria negando a visão dualista do poder constituinte e incrementando as atribuições do poder reformador. Nossa Constituição Federal prevê, para a aprovação da reforma por meio de emenda constitucional, a obtenção imperativa de três quintos dos votos dos membros de cada casa, em dois turnos de votação; consoante o disposto no art. 60, III, § 2º da Carta Política.

Do ponto de vista formal, considera-se bastante rígido o critério para a alteração de nossa Constituição, o que não vem sendo verificado na

prática. Para um insigne professor da Universidade de Freiburg, a rigidez toma assento secundário na análise da natureza constitucional, residindo sua verdadeira força na praxis⁶¹.

5.5. O DESAFIO DA MODERNIDADE

O texto constitucional brasileiro já vivenciou, em sua curta trajetória, quase meia centena de modificações, o que demonstra ao mais incauto observador que a rigidez formal não tem sido suficiente para garantir a estabilidade e segurança desejáveis a textos dessa magnitude. Temos assistido a uma hipertrofia do Poder Executivo, que se exprime pela subserviência das bancadas partidárias ante a execrável promessa de compensação orçamentária a seus projetos individuais.

A dimensão deste projeto de desmanche do Estado é tamanha que até o guardião precípua da Constituição esquece de considerar os valores mais elevados do povo e se atém a argumentos tecnicistas para fundamentar decisões lastimáveis. Os argumentos mais falaciosos têm sido empregados para a derrubada de conquistas históricas da cidadania. Os arautos desse “novo tempo” não se cansam de alardear a premência de medidas manifestamente inconstitucionais e contrárias aos princípios diretivos do bem comum.

O exagero descontrolado na edição de normas condutoras do processo de perda de direitos poderá dar causa a uma revisão radical do Estado brasileiro, em que pese a via democrática de demanda. O desvirtuamento das instituições democráticas e o discurso liberal, já não mais restrito às forças conservadoras, revela a crueza dos regimes totalitários sem mostrar-lhe a face.

6 CONCLUSÃO

Através dos séculos, o homem vem travando uma luta gloriosa e sangrenta para ter, oxalá, sua dignidade e liberdade respeitadas. Trata-se de luta desproporcional contra o gigantismo do poder que se instalou fundamentando-se das formas mais criativas e vis. Essa luta, tão dispendiosa aos corações, tem apenas um nome: **o direito de resistência**. Como todos os demais direitos inerentes à pessoa humana, este deve se integrar ao patrimônio jurídico de

⁶¹ Konrad Hesse, A força normativa da Constituição, p. 20.

todos os súditos, seja a que Estado devam obediência. Porém, diferentemente de outros direitos, o direito de resistência não encontra qualquer garantia para o seu exercício. Essa lacuna positiva justifica-se: que Estado daria guarda e publicidade ao direito de sobrepujá-lo?

Certo é que esse direito esposa-se da factualidade. Seu exercício depende apenas da volição. A linguagem dos indignados é sempre firme e irredutível, suas vozes ecoam erguidas perante a prepotência desafortunada dos reis que insistem em não ouvi-las.

A altivez da honra marcha desapegada do corpo, não teme os castigos, mas ao contrário, fustiga a certeza da superioridade inimiga.

Este estado de espírito, que acomete os indivíduos injustamente desfavorecidos restou provado na Inglaterra de Jaime IV; quando um grupo de homens, proibidos de professar sua fé católica, instalou trinta e seis barris de pólvora abaixo da Câmara dos Comuns com o fito de aniquilar o rei e sua família. O episódio, conhecido como a “conspiração da pólvora”, não obteve êxito. Seus mentores e executores foram presos e executados por alta traição. Guy Fawkes, exatamente o encarregado da instalação, pronunciou a célebre frase quando interrogado: “O Diabo, e não Deus, foi o descobridor”. Hoje, o dia 5 de novembro é feriado na Inglaterra, em memória aos que se recusaram a esconder sua fé e se dobrar à tirania perpetrada em 1605.

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Obras*. Madri: Aguilar, 1964.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: WVC, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. V. II, 5ª ed., Brasília: UNB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo. Malheiros, 2003.

_____. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTTOMORE, T. B. *Introdução à Sociologia*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

DORATIOTO, Francisco F. Monteoliva. *Maldita Guerra: nova história da Guerra do Paraguai*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

ENNECCERUS, Wolfgang; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t.I, Parte General II., Barcelona: Bosch, 1944.

FRASER, Antonia. *A conspiração da pólvora: terror e fé na Revolução Inglesa*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João B. *Monografia no Curso de Direito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 3ª ed., São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de A. *Sociologia Geral*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MICHENER, James A. *Legacy*. London: Corgi Books, 1987.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed., t.I, Parte Geral, Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORE, Sir Thomas. *Utopia*. New York: Washington Square Press, [s.d.].

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V.I, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de Direito Civil*. V.II, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINTO, Agerson Tabosa. *Noções de Sociologia*. 4ª ed., Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000.

PLATON. *Oeuvres Complètes*. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 1959.

REZENDE, Antonio (org.). *Curso de Filosofia*: para professores e alunos dos cursos de segundo grau e graduação. 11ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

ROCHER, Guy. *Sociologia Geral*. V.III, 4ª ed., Lisboa: Presença, 1989.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de Sociologia*. V.I, 1ª ed., Porto Alegre: Globo, 1970.

SILVA, G E. do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

THOREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. São Paulo: Makron, 2000.

WAAK, William. *Camaradas: nos arquivos de Moscou*: história secreta da revolução brasileira de 1935. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.