

# 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 Engº Luciano Cavalcante

CEP: 60.811-024 – Fortaleza-CE

Home page: [www.fa7.edu.br](http://www.fa7.edu.br)

---

**DIRETOR**

*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. 1, nº 1, Abril de 2004

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

Faculdade 7 de Setembro – v. 1, nº 1, (jan./dez. 2004) – Fortaleza: Bookmaker, 2004.

v. 1 : 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

---

*Agerson Tabosa Pinto* .

*Antonio Cerqueira* .

*Bruno Leonardo Câmara Carrá* .

*José Feliciano de Carvalho* .

*Francisco Jório Bezerra Martins* .

*Glauco Cidrack do Vale Menezes* .

*Otávio Luiz Rodrigues Junior* .

*Patrícia Sabóia Gomes* .

*Paulo Quezado* .

*Tiago Astor Rocha Lima* .

.....

## **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

Daniilo 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

Otavio Luiz Rodrigues Junior

Regina Beatriz Tavares da Silva

### **EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA**

Carlos Rios / Haroldo Ribeiro

### **PROJETO GRÁFICO**

BookMaker

Tiragem: 750 exemplares

ISSN 1809-5836

# APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica da FA7 materializa a produção científica de professores e alunos da instituição e de eminentes juristas do Ceará e de outros estados do Brasil.

Desde a sua criação, o Curso de Direito da FA7 vem se afirmando como um ambiente propício à emanção do pensamento jurídico, criando possibilidades para uma reflexão permanente do Direito, mediante palestras, grupos de estudo, encontros de iniciação à pesquisa, encontros de iniciação à docência, seminários, jornadas e discussões em sala de aula, tudo isso direcionado para a produção de conhecimento jurídico.

Neste contexto e com o objetivo de difundir este conhecimento foi que nasceu a Revista do Curso de Direito da FA7, que ora se entrega à comunidade jurídica, almejando está contribuindo, desta forma, para o desenvolvimento da Ciência do Direito.



SUMÁRIO  
SUMÁRIO  
SUMÁRIO  
SUMÁRIO  
SUMÁRIO  
SUMÁRIO

Da Natureza Jurídica da Herança Jacente (Agerson Tabosa Pinto) .....	11
Bibliografia .....	25
Crimes Hediondos Lei n.º 8.072/90 .....	27
Aspectos das Modalidades Subjetiva e Objetiva no Sistema Atual de Responsabilidade Civil Brasileiro (Bruno Leonardo Câmara Carrá) .....	53
Bibliografia .....	78
Ética e Direito (José Feliciano de Carvalho) .....	81
Bibliografia .....	101
O Pacto Federativo Brasileiro e a Polêmica da Inclusão do Município Enquanto Ente Político (Francisco Jório Bezerra Martins) .....	103
Bibliografia .....	129
Aborto Eugênico (Glauco Cidrack do Vale Menezes) .....	133
Bibliografia .....	177
Estudo Dogmático da Forma dos Atos Processuais – Princípios e espécies (Otávio Luiz Rodrigues Junior) .....	179
Bibliografia .....	216
Exploração Sexual no Brasil: Um Balanço dos Trabalhos da CPI do Congresso Nacional (Patrícia Sabóia Gomes) .....	219
Crime Hediondo e Progressão de Regime – Uma Análise à Luz da Dogmática Constitucional Moderna (Paulo Quezado) .....	239
Uma Visão Processual dos Direitos Fundamentais (Tiago Astor Rocha Lima) .....	253
Bibliografia .....	266



# Da Natureza Jurídica da Herança Jacente

Agerson Tabosa Pinto

Mestre em Ciência Política no IUPERJ  
Doutor em Direito do Estado na USP  
Professor titular da UFC, aposentado  
Professor do Curso de Direito da FA7



# Da Natureza Jurídica da Herança Jacente

## ■ ■ INTRODUÇÃO

Juristas de todas as épocas muito discutiram sobre o que seriam os bens deixados pelo defunto sem herdeiros necessários e ainda não incorporados ao patrimônio dos herdeiros voluntários. Por outras palavras, qual seria a natureza jurídica desses bens que, jazendo, ficavam fora de patrimônio individual? Na antiguidade clássica, o Direito Romano, ao longo de sua evolução, dera muitas e diferentes respostas, nenhuma, porém, plenamente satisfatória. No começo da Idade Média, mantinha-se a resposta do Direito Romano justinianeu. Somente a partir do século XIII é que o direito consuetudinário francês, apoiado no direito germânico, estabeleceu que a posse e o domínio dos bens hereditários se transmitiam, de imediato, do defunto para os seus herdeiros, quaisquer que fossem eles. Era o *droit de saisine*, que vai ser recepcionado, depois, pelos códigos civis modernos. Algumas dúvidas, incertezas e problemas desapareceram, mas não todos. A herança jacente vai mudar de conceito, mas permanecerá. Os bens hereditários não mais vão ser tidos como *res nullius*, ou *res sine domino*, ou como *universitates rerum*, com personalidade jurídica autônoma. Mas o direito sucessório continua sendo um *jus universum*, e a *hereditas*, uma *res universalis*, que reúne ativo e passivo, e tem para gerenciá-la, enquanto jacente, a figura do curador e o herdeiro, a seu turno, não pode suceder em bens singulares. Dividimos o núcleo de nosso trabalho em 3 partes. Na primeira, estudaremos a herança jacente no Direito Romano, em todos os períodos de sua evolução. Na segunda, mostraremos as mudanças básicas ocorridas em decorrência do *droit de saisine*. Por último, já no direito moderno, cuidaremos da recepção da herança jacente pelo direito brasileiro.

Sempre que possível, procuramos identificar os posicionamentos, recorrendo às fontes e não apenas confrontando argumentos e teorias. Alargar a pesquisa para o direito comparado, como gostaríamos, seria tarefa para além dos limites desta comunicação e a que, por certo, nos faltariam engenho e arte.

## 2 DESENVOLVIMENTO

Como anunciado, vamos estudar a natureza jurídica da herança jacente começando com o Direito Romano. Em seguida, apontaremos a mudança de rumo que, ainda na Idade Média, tomou o direito sucessório, até chegarmos a contemplar a instituição tal qual se encontra na codificação civil brasileira de hoje.

### 2.1. DIREITO ROMANO

Herdeiro era o sucessor do falecido. Havia, em Direito Romano, três tipos de herdeiros, todos definidos, com muita precisão, por Justiniano: o herdeiro necessário, o herdeiro seu e necessário e o herdeiro estranho ou voluntário.<sup>1</sup> O herdeiro necessário era o escravo, que, instituído por testamento, tornava-se livre e herdeiro logo após a morte do testador, espontaneamente ou não.<sup>2</sup>

Herdeiros seus e necessários eram os descendentes do falecido (filho, neto, mulher *in manu*), que viveram sob seu pátrio poder.<sup>3</sup> Eram herdeiros seus porque pertenceram à mesma família, à mesma casa (*domus*) do de cujus, foram, por assim dizer, co-proprietários do mesmo oriundo patrimônio. Eram necessários porque, em regra, não podiam declinar da herança, oriunda seja de sucessão testamentária, seja de sucessão *ab intestato*.

---

<sup>1</sup> Institutas, 2,19, pr.: *Heredes autem aut necessarii discuntur aut sui et necessarii aut extranei.*

<sup>2</sup> Institutas, 2,19, 1: *Necessarius heres est servus, heres institutus ideo sic appellatus, quia sive velit, sive nolit omnimodo, post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit. Vide também Gaio, Institutas, 2, 153 e Código, 6.27.*

<sup>3</sup> Institutas, 2,19,2: *Sui et necessarii heredes sunt, vel uti filius, filia, nepos, neptisque ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. Vide também Digesto, 28, 2,11, Paulo*

<sup>4</sup> Institutas, 2,19,3: *Ceteri qui testatoris júri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Vide também Institutas de Gaio, 2,161 e Código Civil Brasileiro (CCB), art. 1789.*

Herdeiros estranhos eram os demais, familiares ou não, que não estiveram sob o poder do *pater-familias* testador. <sup>4</sup> chamavam-se também voluntários porque, para assumir a nova qualificação, precisavam manifestar a adesão de sua vontade. <sup>5</sup> Na concepção dos romanos, a herança jazia ou estava estendida, relativamente aos herdeiros estranhos ou voluntários, pois, com relação aos herdeiros necessários não havia solução de continuidade entre a morte do *de cuius*, a delação ou abertura da sucessão e a aquisição ou adição dos bens hereditários pelos herdeiros. Segundo Bonfante, esses herdeiros “acquistano *ipso jure* la qualità di eredi e in conseguenza il patrimonio, anche senza loro saputa e contro la loro volontà.”<sup>6</sup> Assim explica, com muita propriedade e clareza, César Rascón García: “Cuando la aceptación de la herencia era voluntaria, es decir, si el *heres* non era *necessarius*, desde el momento de la delación hasta el de la aceptación, la herencia estaba yacente (*hereditas jacens*), constituyendo un patrimonio cuyo titular se encontraba transitoriamente indeterminado, que podía sufrir incrementos o mermas”<sup>7</sup> A delação (*delatio*) era o chamamento que se fazia com a abertura da sucessão – seja testamentária ou legítima – decorrente do falecimento do hereditando. A adição (*aditio*) era a manifestação, simples ou solene, por parte do herdeiro, de que aceitava a herança. Esta era jacente durante o intervalo entre a *delatio* e a *aditio*. <sup>8</sup> Mas, nesse intervalo de tempo, a quem pertenciam os bens que integravam a herança? Os bens hereditários representavam a pessoa do defunto ou a pessoa dos herdeiros? Eram *res nullius* ou formavam uma pessoa jurídica autônoma, como as fundações? Diferentes respostas foram dadas em diferentes momentos. Vamos considerá-las, cada uma de per si.

<sup>5</sup> Institutas, 2,19,5. *Vide* também D., 28,7,12, Hermogeniano.

<sup>6</sup> Bonfante, Pietro, *Istituzioni di Diritto Romano*, xa. ed., Giappichelli, 1951, p. 557.

<sup>7</sup> García, César Rascón – *Manual de Derecho Romano*, 2ª. ed., Tecnos, 1996, p. 235. É o que Arangio-Ruiz também destaca: “Dell’eredità non ancora adita dall’erede volontari si dice que *jace* (onde l’espressione non clássica *hereditas jacens*). *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª .ed., Eugenio Jovene, 1991, p. 558

<sup>8</sup> D., 50, 16, 151. Terencio Clemente: *Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi*. Entende-se como aberta a sucessão, quando alguém pode fazer a adição da herança.

### 2.1.1. Época pré-clásica

Os juristas dessa época, mais preocupados com as soluções casuísticas do que com as generalizações tóricas, costumavam dizer que os bens da herança jacente eram *res nullius* ou *res sine domino*, coisas de ninguém ou coisas sem dono, como, v. g., um animal selvagem.<sup>9</sup> Essas coisas existem, mas não pertencem mais ao antigo dono, porque já morreu, nem aos seus futuros donos, ou porque são desconhecidos ou porque não aceitam a condição de herdeiros. As obrigações do *de cuius*, que fossem ambulatórias, perduravam, sem, porém, sujeito passivo, assim como o escravo, que fizesse parte da herança jacente, mantinha seu *status* de *servus*, embora estivesse, momentaneamente, sem *dominus*. Dois problemas, dentre outros, podem resultar dessa concepção. A herança jacente poderia ser dilapidada ou desaparecer, pois, pela ocupação (*occupatio*), quem se apodera de uma *res nullius* torna-se dela proprietário. Por falta de dono, a *res nullius* não podia ser objeto de furto nem podia ser protegida pela *actio furti*.<sup>10</sup>

### 2.1.2. Época clássica

Com o objetivo de equacionar os problemas apontados e proteger a herança jacente, em favor do herdeiro, várias soluções começam a ser articuladas.

#### 2.1.2.1 Representação da pessoa do defunto e do herdeiro

Por uma ficção jurídica, a herança jacente, para não continuar sendo uma *res nullius* ou um *patrimonium sine domino*, passará a representar a

<sup>9</sup> Jurisconsultos clássicos, em muitos fragmentos, registraram esse posicionamento, que, segundo Iglesias, eles não conseguiram superar. Iglesias, Juan, Derecho Romano 2ª ed., vol. II, Ariel, 1953, p. 283. Gaio, v.g., em D. 1, 8, 1, pr., diz que “*res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt*”. E Ulpiano refere-se a um “*successorium edictum idcirco propositum est ne bona hereditaria vacua se domino diutius jacerent*”. D. 38,9,1, pr. Vide, ainda, de Ulpiano, D. 15,1,3, pr.; 38,9,1, pr. e 43,23, 13, 5.

<sup>10</sup> Paulo diz que não se dá furto de coisas hereditárias, como também de coisas sem dono ... *rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus quae sine domino est...* Digesto, 47,19,6.

pessoa do defunto ou do seu herdeiro. Assim, o acervo hereditário, como seu representante, prolongava a figura do seu titular anterior<sup>11</sup> ou antecipava a titularidade do herdeiro futuro,<sup>12</sup> dando continuidade, como diz Iglesias, entre la posición del difunto y la del heredero.<sup>13</sup>

### 2.1.2.2. *Crimen expilatae hereditatis*

Adriano (117-138) revogou o *usucapio pro herede*, instituto da época anterior, segundo o qual um terceiro, possuidor, mesmo de má fé, apenas por um ano, de herança não adida, tornava-se herdeiro. E Marco Aurélio (161–180) instituiu o *crimen expilatae hereditatis*<sup>14</sup> para punir quem, sem ser herdeiro, se apoderasse de herança jacente. A esta altura, a *hereditas jacens* não é mais uma *res nullius*, absolutamente *sine domino*. É antes um a *res extra patrimonium*, da qual existe um *dominus* virtual, o herdeiro.<sup>15</sup>

### 2.1.2.3. *Recurso à Lex Aquilia*

Coube ao herdeiro, *hereditate jacente*, para ressacir-se de prejuízos à sua futura herança, recorrer à Lex Aquilia. Fragmento de Ulpiano, apoiado em Celso, reporta-se ao exemplo do escravo assassinado, pertencente ao acervo hereditário.<sup>16</sup> Noutro fragmento, fundamentado em Viviano e Labeão, Ulpiano reconhece legitimidade processual ao futuro herdeiro para recorrer aos interditos restitutórios cabíveis, em favor dos bens hereditários.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Institutas, 2,14,2: *Nondum enim adita hereditas personae vocem sustinet non heredis futuri, sed defuncti ... Vide também Digesto, 41, 1, 33, 2, Juliano e 41, 1, 34, Ulpiano: Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est.*

<sup>12</sup> D.,46,2,24, Pomponio: “... hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem cuius personam interim hereditas sustinet. Vide ainda Paulo, em Digesto, 3,5,21,1 e Hermogeniano, D., 41,1,61, pr..

<sup>13</sup> Iglesias, Juan, cit., p. 283.

<sup>14</sup> Digesto., 47,19,1, Marciano e Código, 9,32

<sup>15</sup> Schulz observa que as *res* integrantes da herança jacente eram “*res extra dominium* y non meras cosas *in dominio* sin dueño”. Schulz, Fritz, Derecho Romano Clásico (Classical Roman Law), Bosch, 1960, pp. 279-280.

<sup>16</sup> Digesto, 9,2,13,2, Ulpiano: *Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, quum dominus nullus sit hujus servi, et ait Celsus, legem dominio damna salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur, quare adita hereditate heres poterit experiri.*

<sup>17</sup> Digesto, 43,24,13,5, Ulpiano

#### 2.1.2.4. *A figura do curador*

Para responder pela herança jacente, mesmo antes de ser considerada pessoa jurídica, o pretor podia nomear um curador, responsável por aquela *universitas rerum*, ainda não incorporada ao patrimônio dos herdeiros.<sup>18</sup>

#### 2.1.3. *Época pós-clássica*

A tendência à generalização levou à concepção da herança jacente, como pessoa jurídica ou sujeito de direito abstrato, como já, por ficção, era reconhecida a personalidade jurídica da corporação (*universitas personarum*) e da fundação (*universitas rerum*).<sup>19</sup> Por várias razões, essa concepção a que chegou a jurisprudência romana, em sua fase final, não foi bem vista pelos romanistas. Iglesias, por exemplo, afirma que ela “no es afortunada ... Si se considera la herencia como persona jurídica, será menester entender – y tal no cabe – que el heredero no sucede, de modo directo e inmediato, al causante, sino que recibe por intermédio de la entidad hereditaria autonoma.”<sup>20</sup>

Embora se reconheçam procedentes as reservas feitas à teoria justiniana, forçoso é reconhecer também a existência, na herança jacente, de alguns pressupostos da pessoa jurídica, do tipo *universitas rerum*. O conjunto dos bens hereditários, formando um todo (*res universalis*), distinto de suas partes, podendo sofrer acréscimos e diminuições, seria um deles.

<sup>18</sup> Digesto, 42, 4,8, Ulpiano: Si diu incertum sit, heres extiturus, nec ne sit, causa cogniti permitti oportebit, bona rei servandae causa possideri; et si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur.

<sup>19</sup> O fragmento de Florentino (D., 30,116,3) ainda alude à pessoa do defunto, representada pela herança – *hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur* e o de Paulo refere-se à pessoa indeterminadamente: ... *hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est...* Mas, outro fragmento de Florentino, tido como interpolado, ao atribuir personalidade à herança jacente, é de uma clareza meridiana: “*hereditas personae vice fungitur, sicut municipium, et decuria et societas*”. D., 46,1,22.

<sup>20</sup> Iglesias, Juan, cit., 285. Fritz Schulz refere-se com menoscabo a “esta absurda idea (que) llenó los textos clasicos, valiéndose para ello de las consabidas interpolaciones”. Schulz, Fritz, cit., p. 281. Biondo Biondi conclui que “la costruzione justiniana una costruzione assai infelice, ripudiata concordemente della doctrina”. Biondi, Biondo, Istituzioni di Diritto Romano, 4ª. Ed., Giuffrè, 1972, p. 642. Fazendo coro com os romanistas estrangeiros, Moreira Alves considera inconsistente a concepção do Direito romano pós-clássico. Moreira Alves, José Carlos, Direito Romano, vol. II, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 508

Outro pressuposto seria o fim ou destinação desses bens, ou sua incorporação ao patrimônio dos herdeiros voluntários, logo que identificados e manifestada sua aceitação. Para que a herança alcance sua destinação, necessário se faz protegê-la. Destituída de capacidade de fato, como toda pessoa jurídica, a herança jacente seria representada pelo seu curador, em benefício de todos os interessados em sua conservação. O tempo de atuação do curador podia ser muito pouco, não importa, pois em outras circunstâncias, sua representação também era por demais efêmera.

## 2.2. DIREITO MEDIEVAL

Perdurou, por quase toda a Idade Média, a concepção da herança jacente do direito romano pós-clássico, até o surgimento do *droit de saisine*, oriundo do direito consuetudinário francês e do direito germânico.

### 2.2.1. Pessoa Jurídica autônoma

O prestígio da compilação de Justiniano, à época, era tão grande, que sua concepção de herança jacente, como pessoa jurídica, permaneceu intocável por vários séculos. Autores acham, como Kaser, que os juristas clássicos e até os pós-clássicos “non intentaran una construcción dogmática de la herencia yacente”. E quando dizem que a herança ocupa o lugar da pessoa (*hereditas vice personae fungitur*)” tales afirmaciones no son, en realidad, otra cosa que simples intentos para llegar a una concepción general. “E conclui que só no direito medieval ou *commune* é que “la herencia yacente es concebida como sujeto de derecho independiente (*persona jurídica*).”<sup>21</sup>

Ao que parece, Iglesias segue a mesma linha de argumentação, quando afirma que a concepção justinianéia não pode ser considerada a preferida nem mesmo pelos compiladores do *Corpus Juris Civilis*.<sup>22</sup>

### 2.2.2. Droit de Saisine

Coube a um costume de Paris, também em vigor na Alemanha, conhecido como *droit de saisine*”, romper uma tradição já multissecular de atribuir à herança jacente personalidade jurídica. Era o direito consuetudinário local sobrepondo-se ao *jus commune*, em uso nas comunidades, em

<sup>21</sup> Kaser, Max – Derecho Romano Privado, tradução da 5ª . edição alemã de José Santa Cruz Teijeiro, Réus, 1982, p. 329

<sup>22</sup> Iglesias, Juan, cit., p.285

geral. Segundo esse direito, os herdeiros, mesmo os desconhecidos, entravam na posse e propriedade da herança imediatamente após a morte do *de cuius*, assim como os bens do servo morto passavam de imediato aos seus herdeiros.<sup>23</sup> O momento da abertura da sucessão era o mesmo da aquisição da herança pelos herdeiros. O intervalo, na sucessão dos herdeiros voluntários, entre a *delatio* (o chamamento) e a *aditio* (a aceitação) também desapareceu, sem que, em momento algum, a herança ficasse sem titular, sendo dispensável o recurso à ficção da pessoa jurídica. Para o instituto em tela, encerrava-se, aqui, a tradição do Direito Romano.

### 2.3. Direito Moderno

Os códigos modernos, desde o Código Francês, de 1804, abandonaram a concepção romana justinianéia de herança jacente como pessoa jurídica (*universitas rerum*)<sup>24</sup> e recepcionaram o direito consuetudinário germano-gaulês do *droit de saisine*.<sup>25</sup>

### 2.4. Direito Brasileiro

Vamos estudar a natureza jurídica da herança jacente no direito brasileiro, ao longo de duas fases. A primeira, anterior à codificação, vai da independência do Brasil até 1916, data da promulgação do nosso primeiro código civil; e a segunda, que se coloca no *intermezzo* entre os dois códigos, ou seja, de 1916 a 2002.

#### 2.4.1. Ordenações Filipinas

Até o Alvará de 9 de novembro de 1754, o direito luso das Ordenações Filipinas mantinha a sistemática romana da personificação da herança jacente, posição ainda defendida no Brasil por juristas de renome, como

<sup>23</sup> A praxe, cuja fórmula dizia – *le serf mort saisit le vif* – constava de Aviso do Parlamento de Paris. Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, VII, *Direito das Sucessões*, 12 ed., Forense, 1998, p. 13

<sup>24</sup> Nel diritto moderno l'adizione è sparita e i beni del defunto passano immediatamente nell'erede chiamato”, Bonfante, Pietro, cit., Clovis Bevilacqua observa também que “o direito moderno dispensa essa ficção ( da pessoa jurídica), que se não ajusta com a concepção da transmissão imediata da herança aos que a ela tiverem direito”. Bevilacqua, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, VI, Francisco Alves, 1958, p. 31.

<sup>25</sup> O Código de Napoleão diz, em seu art. 724, “que os herdeiros legítimos, naturais e o cônjuge sobrevivente “sont saisis de plein droit des biens, droits et actives du defunt...” No art. 218, estabelece que a sucessão se abre com a morte natural e pela morte civil”, e, no 777, que o efeito da aceitação remonta ao dia da abertura da sucessão”. Cf. *Code Civil*, Dalloz, 2000, pp. 598, 559 e 614.

Teixeira de Freitas e Lacerda de Almeida.<sup>26</sup> Outros, porém, contra ela se manifestavam, apoiados no “*droit de saisine*”, já referido.<sup>27</sup> O Alvará acima citado que, estabelecia que, aberta a sucessão, a propriedade e a posse civil da herança passavam de imediato aos herdeiros, representa, segundo Caio Mário, marco importantíssimo na evolução do nosso direito sucessório.<sup>28</sup>

#### 2.4.2. Código Civil de 1916

Lei nº 3.071, de 1º-1-1916. O Código reservou apenas dois artigos para a herança jacente, os artigos 1591 e 1592. no 1591, alinha as hipóteses em que ocorre a herança jacente, na sucessão legítima ou *ab intestato*:

“Não havendo testamento, a herança é jacente, e ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador:

- I. se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiros, descendente ou ascendente, notoriamente conhecido;
- II. se os herdeiros, descendentes ou ascendentes, renunciarem a herança, e não houver cônjuge, ou colateral sucessível, notoriamente conhecido”<sup>29</sup> No art. 1592, relaciona as hipóteses em que a herança também ficará jazendo:

“Havendo testamento, observar-se-á o disposto no artigo antecedente:

- I. se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiros descendentes ou ascendentes;
- II. se o herdeiro nomeado não existir ou não aceitar a herança;
- III. se, em qualquer dos casos previstos nos dois números antecedentes, não houver colateral sucessível, notoriamente conhecido
- IV. se, verificar algumas das hipóteses dos três números anteriores, não houver testamentário nomeado, o nomeado não existir, ou não

<sup>26</sup> Pereira, Caio Mário da Silva, cit., I, p. 201 e VI, pp. 12-14

<sup>27</sup> Vide Ordenações, livro 3, título 80, § 1º. Segundo Carvalho Santos, “o mesmo conceito de jacente atribuía também a Ord., livr. 3, tit. 80, § 1º, à herança enquanto não era adiada (*sic*), determinando positivamente: jazendo a herança por partir entre eles. No direito hodierno, já não são aceitáveis essas ficções”. Carvalho Santos, J.M. de – Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, XXIV, Borsoi, s/d,p. 354.

<sup>28</sup> Pereira, Caio Mário da Silva, cit., VI, p. 13.

<sup>29</sup> Brasil, Código Civil Comparado, Saraiva, 2002, p. 244

aceitar a testamentária.<sup>30</sup> Ao comentar o conceito do instituto como acolhido pelo Código, de cujo projeto foi autor, Bevilacqua observa que herança jacente é aquela cujos herdeiros ainda não são conhecidos. Difere a jacência no direito pátrio e no romano, porque neste, a herança jacente ainda não foi adida, mas espera-se que o seja ... Em direito pátrio, o herdeiro, ainda que desconhecido, adquire a propriedade e a posse dos bens da herança, desde a abertura da sucessão. Além disso, a herança jacente era considerada pessoa jurídica”<sup>31</sup> o que seria, então, a herança jacente? Para Caio Mário, “no (direito) moderno, a doutrina é pacífica no sentido de não lhe reconhecer personalidade jurídica, Acrescentamos com Brinz e Zittelmann” que ela não representa o defunto nem os herdeiros. É uma *universilidade*, sem qualidade para agir, adquirir direitos e contrair obrigações”.<sup>32</sup> Para Orlando Gomes, “um patrimônio que a lei mantém unido, sob administração alheia, provisoriamente, para conservar a continuidade das relações. Um patrimônio sem dono atual, representado por um curador”.<sup>33</sup> Segundo Sílvio Rodrigues, “trata-se apenas de massa de bens despersonalizada, que não convém deixar ao abandono”.<sup>34</sup>

#### 2.4.3. Código Civil de 2002

Lei nº 10.406, de 10-1-2002. O novo Código Civil reuniu num só artigo o que dispunham os dois artigos do código anterior. Artigo 1819: “falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua vacância”.<sup>35</sup> A nova redação ganhou, por certo, em concisão, clareza e precisão, daquela do diploma de 1916. Ao que parece, teria sido ela inspirada no projeto original de Clovis Bevilacqua.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*, p. 244

<sup>31</sup> Bevilacqua, Clovis, cit., 31.

<sup>32</sup> Pereira, Caio Mário da Silva, cit., VI, p. 38.

<sup>33</sup> Gomes, Orlando – Sucessões, 7ª . ed., Forense, 1998, p. 72

<sup>34</sup> Rodrigues, Sílvio–Direito Civil, VII, Direito das Sucessões, Saraiva, 2002, p. 82.

<sup>35</sup> Brasil – Novo Código Civil. Exposição de Motivos e Texto sancionado, Senado Federal, 2003, p. 314.

<sup>36</sup> Eis como foi redigido o artigo 1759 do projeto Bevilacqua: “ Sempre que os herdeiros legítimos ou instituídos não forem conhecidos ou se acharem ausentes, o juiz competente procederá à arrecadação e inventário dos bens da herança, e não havendo funcionários que a isso incumba, nomeará quem os administre, até que sejam entregues aos seus donos ou que sejam declarados vacantes”. Cf. Rodrigues, Sílvio, cit., p. 82.

O novo diploma legal nada acrescentou, relativamente à matéria em apreço, ao que já dispunha o anterior. O conceito de herança jacente permaneceu o mesmo, como são as mesmas as hipóteses de sua incidência. Quanto à sua natureza jurídica, a herança jacente continua destituída de personalidade, por lhe faltarem vários pressupostos, como previsão legal, objetivo com duração certa e estabilidade dos bens. Para Silvio Venosa, “como existe um administrador na herança jacente, na pessoa do curador ... a exemplo de outras entidades que não são jurídicas, como a massa falida, o condomínio em unidades autônomas, a herança jacente deve ser classificada como uma entidade com personalidade anômala”.<sup>37</sup> Segundo Zeno Veloso, trata-se de massa patrimonial despersonalizada, podendo atuar em juízo como autora ou ré, representada pelo curador (CPC, art. 12, IV), possuindo, na linguagem dos processualistas, personalidade judiciária”.<sup>38</sup>

## 3 CONCLUSÕES

- 3.1. Para os romanos, a herança ou o conjunto de bens, direitos e deveres, deixados pelo falecido para os seus herdeiros, sempre foi considerada uma *res universalis* e indivisível. Se, com a morte do hereditando, existem herdeiros necessários, não havia problemas com a sucessão, pois eles adquiriam, de imediato, a posse e a propriedade da herança.
- 3.2. Se, porém, só houvesse herdeiros estranhos ou voluntários, o seu consentimento para assumir o novo papel era *conditio sine qua non* para a adição, ou seja, a incorporação dos bens hereditários ao seu patrimônio. Abria-se, então, um intervalo entre o chamamento à sucessão e a adição da herança, durante o qual, diziam os textos, *hereditas jacet*, a herança ficava jazendo, estendida, sem *dominus*, *actualiter*, pois o anterior não era mais, e o futuro ainda não era. Nessa situação, a herança seria uma *res nullius*, e, como tal, podia facilmente, reduzir-se e até extinguir-se, acarretando prejuízos os mais diversos.

---

<sup>37</sup> Venosa, Silvio de Salvo – Direito Civil – Direito das Sucessões, 3ª ed., Atlas, 2003, p. 62. Esta é também a posição doutrinária de Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz e Giselda Hironaka. *Vide* Hironaka, Giselda, in Azevedo, Antonio Junqueira (coord.), Comentários ao Código Civil, v. 20, Saraiva, 2003, p. 170.

<sup>38</sup> Veloso, Zeno, in Fiúza, Ricardo (coord.) Novo Código Civil comentado, 2ª ed., Saraiva, 2004, p. 1692.

- 3.3. O direito precisava proteger a herança, em favor dos herdeiros e credores e a forma mais simples e prática encontrada pelos juristas foi a da pessoa fictícia, de atribuir-se personalidade aos bens hereditários, como já tinham personalidade os bens que constituíam as fundações (*universitates rerum*).
- 3.4. A forma do direito romano de garantir a proteção da herança jacente continuou sendo adotada pelo *jus commune* medieval até que, pelo século XIII, o direito consuetudinário franco-germânico apelou para outra ficção, a de que todo herdeiro, conhecido ou não, imediatamente se apoderava da herança, quando da morte do *de cujus*. Na prática, com o desaparecimento do intervalo entre a abertura da sucessão e a adição da herança, desapareceu também a jacência. Era o advento do chamado *droit de saisine*.
- 3.5. Com o Alvará de 1754, confirmado pelo Assento de 1786, o direito sucessório luso-brasileiro passou a adotar também do princípio da *saisine*. Assim é que o primeiro Código civil brasileiro, estabeleceu que, “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (art. 1572), e, com relação à herança jacente, que ela “ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador”. (art. 1591).
- 3.6. O novo código, de 2002, não trouxe nenhuma novidade ao instituto, embora tenha melhorado o texto legal, em clareza e precisão. A herança jacente continua sendo um universo de bens, direitos e obrigações, autônomo e indivisível, sem personalidade jurídica, gerenciado pelo curador, aguardando ser incorporado ao patrimônio dos herdeiros, ou, na falta destes, ao patrimônio público.

# Bibliografia

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 14 ed., Eugenio Jovene, 1991.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, VI, Francisco Alves, 1958.
- B. BIONDI. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4 ed., Giuffrè, 1972.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*, xa. ed., Giappichelli, 1951.
- Brasil – Novo Código Civil. Exposição de Motivos e Texto sancionado, Senado Federal, 2003. Brasil, Código Civil Comparado, Saraiva, 2002.
- Cuerpo del Derecho Civil, edição bilingüe facsimilar, (latim e espanhol) de Ildefonso L. García del Corral, Editorial Lex Nova, edição original, Jaime Molinas, editor, 1889.
- França, Code Civil, Dalloz, 2000.
- GARCÍA, César Rascón. *Manual de Derecho Romano*, 2 ed., Tecnos, 1996.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*, 7 ed., Forense, 1998.
- HIRONAKA, Giselda – in Azevedo, Antonio Junqueira(coord.), *Comentários ao Código Civil*, v. 20, Saraiva, 2003.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*, 2 ed., vol. II, Ariel, 1953.
- KASER, Max. *Derecho Romano Privado*, tradução da 5ª edição alemã de José Santa Cruz Teijeiro, Réus, 1982.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, vol. II, 3ª ed., Forense, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, VII, Direito das Sucessões*, 12 ed., Forense, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, VII, Direito das Sucessões*, Saraiva, 2002.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico (Classical Roman Law)*, Bosch, 1960.

VELOSO, Zeno. *in* Fiúza, Ricardo (coord.) *Novo Código Civil comentado*, 2 ed., Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 3 ed., Atlas, 2003.

# Crimes Hediondos

## Lei n.º 8.072/90

Antonio Cerqueira

Procurador de Justiça Militar da União, Mestre em Direito, professor de direito penal dos cursos de graduação e pós-graduação da UNIFOR, professor convidado da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, da Escola da Magistratura do Ceará - ESMEC, da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará – FESAC, da Escola Superior da Magistratura do Piauí - ESMPI.  
1 MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes hediondos. P, 11.



# Crimes Hediondos

## Lei n.º 8.072/90

### ■ ■ CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Foi a Constituição de 1988 que, pela primeira vez, em seu art. 5º, XLIII, tratou dos crimes hediondos. Mas, como fez com outros temas polêmicos, deixou sua definição para a lei ordinária.

Deparamos-nos, então, com a questão de definir o que são os crimes hediondos. Na visão leiga, popular, hediondo é aquilo que causa horror, indignação às pessoas. Nas palavras de Antonio Lopes Monteiro, crime hediondo ocorreria quando a

“conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas”<sup>1</sup>.

Legalmente, um crime é hediondo quando a lei assim o define, isto é, hediondos são os delitos enumerados taxativamente pela Lei 8.072/90. Mister destacar a insuficiência desse critério, dando azo a distorções injustas a partir da seleção feita pelo legislador quanto as figuras criminosas ou ainda respeitante à forma extremamente abrangente tocante à sua aplicação pelo Juiz. A escolha foi um tanto quanto aleatória.

---

<sup>1</sup> MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos*. P, 11.

O art. 1º da Lei, em sua redação atual, define como hediondo os seguintes crimes: a) homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio (art. 121, caput, do CP); b) homicídio qualificado (art. 121, § 2º do CP); c) latrocínio (art. 157, § 3º do CP); d) extorsão comum qualificada pela morte (art. 158, §2º do CP); e) extorsão mediante seqüestro, nas formas simples e qualificadas; f) estupro (art. 218, do CP); g) atentado violento ao pudor (art. 214, do CP); h) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º do CP); i) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 com redação dada pela Lei 9.677/98). O tráfico de entorpecentes (Lei 6368/76), o terrorismo, e a tortura (art. 1º da Lei 9455/96, Lei de Tortura), não são crimes hediondos, apenas são equiparados para efeito de aplicação das regras penais e processuais previstas no art. 2º da Lei 8.072/90. O delito de terrorismo até a presente data não se encontra definido em lei.

## **2** TIPOS PENAIS

*Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:*

*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);*

*II – latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);*

*III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);*

*IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);*

*V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);*

*VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);*

*VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);*

*VII-A – (VETADO);*

*VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).*

*Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.*

O Art.1º da lei elenca os crimes considerados hediondos. Qual o critério adotado? Antes de respondermos, vejamos quais os crimes que foram rotulados como hediondos.

Os crimes hediondos foram relacionados, de forma absolutamente taxativa, no art. 1º da Lei nº 8.072/90, que passou a ter nova redação de acordo com o art. 1º da Lei 8.930/94. São os seguintes:

**a) Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio (art.121 do CP);**

Constitui na matança. O homicídio deve ser simples. O legislador, porém, não estabelece quantos deverão morrer para caracterizar o crime. O autor desse crime terá que pertencer à quadrilha ou bando. O extermínio, aqui, é de determinado grupo social. A natureza jurídica da expressão grupo de extermínio deve ser vista como um pressuposto da hediondez. A

conceituação do grupo de extermínio deve ser diferenciada da conceituação de co-autoria ou de quadrilha ou bando, já que a lei não as equiparou. Podemos, destarte, considerar a existência de um grupo de extermínio a partir de três pessoas, desde que essa associação tenha por finalidade a mortandade, a chacina de pessoas determinadas por uma característica especial, seja política, social, religiosa, racial, étnica, seja qualquer outra capaz de caracterizar a vítima ou as vítimas como membros de um grupo a ser exterminado. Essa conceituação abrange, por força de lei, o crime praticado por uma só pessoa, evidenciando que o executor direto da conduta de matar deve ser um dos membros do grupo de extermínio, aquele ao qual foi destinada a missão de executar o plano delitivo.

Damásio de Jesus classifica esse crime hediondo como condicionado, pois depende da verificação de um requisito ou pressuposto qual seja, que o delito tenha sido praticado em atividade típica de grupo de extermínio.

A imprecisão terminologia impossibilita compreender o significado semântico de grupo de extermínio, moldando um tipo penal vago demais e deixando entrever, desta feita, uma ofensa ao princípio da reserva legal, vez que quebra o comando taxativo que deve emergir da norma.

A lei exclui o homicídio privilegiado, por ser o mesmo incompatível com a hediondez. Tal incompatibilidade se revela ainda quando o homicídio for privilegiado-qualificado. Como esclarece Damásio de Jesus

*“se, no caso concreto, são reconhecidas ao mesmo tempo uma circunstância do privilégio e outra da forma qualificada do homicídio, de natureza objetiva, aquela se sobrepõe a esta, uma vez que o motivo determinante do crime tem preferência sobre a outra. De forma que, para efeito de qualificação legal do crime, o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado”.*

As demais hipóteses de homicídio simples, portanto, não se configurarão como hediondo.

**b) Homicídio qualificado (art. 121 §2º do CP)**

É irrelevante se for culposa ou dolosa. O homicídio qualificado, em qualquer de suas formas, é considerado crime hediondo.

**c) Latrocínio (art. 157 §3º do CP);**

Trata de crime complexo (subtração + morte). Se resultar mais de uma morte, responderá o agente por um único crime de latrocínio. Posicionamento do STF.

Vale frisar o fato de que essa lei tenha dado o *nomen juris* de latrocínio ao roubo qualificado pela morte, uma vez que o CP não reservou expressamente tal designação a esta figura criminosa, muito embora a doutrina já tivesse se valido daquela rubrica.

**d) Extorsão comum qualificada pela morte (art.158 §2º do CP);**

**e) Extorsão mediante seqüestro, nas formas simples e qualificadas (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);**

Torna-se qualificado se durar mais de 24hs e se a vítima for menor de 18 anos. O fato envolve o seqüestrador e o seqüestrado. Aqui, pode resultar tanto da violência, como da ameaça. Se for de terceiro responderá por concurso material de crimes (seqüestro + homicídio).

**f) Estupro (art. 213 do CP);**

Pode ser na forma simples ou qualificada. Ficarão, fora dessa rotulação os crimes de estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida. O estupro considerado, por alguns doutrinadores, como um crime de mera conduta pelo o fato de que a lei não exige que a mulher fique grávida, após a prática da conduta. O resultado, dessa forma, não se exige.

**g) Atentado violento ao pudor (art. 214 do CP);**

**h) Epidemia com resultado morte (art. 267 §1º do CP);**

**i) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP c/ a redação dada pela Lei 9.677/98);**

O dispositivo em seu caput refere-se a produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. Contudo, o §1º-A, também, contempla, entre os produtos do art. 273, os cosméticos e saneantes.

Exsurge, assim, mais uma desproporção legislativa que equiparou, para a etiquetagem de crime hediondo, com todos os gravames e consectários legais, a adulteração de produtos terapêuticos e medicinais com produtos destinados à beleza ou à limpeza.

**j) Genocídio (crime contra uma etnia).**

Em virtude do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal *in pejus*, previsto no art. 5º, XL, é sabido que os homicídios praticados antes da edição da Lei nº 8.930/94 não se aplica à lei de crimes hediondos, e, tampouco, a qualquer de suas conseqüências.

A Lei 8.930/94 retirou do crime de envenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado com resultado morte (art.270 c/c art. 285) o caráter de hediondo. Tal delito, que constava do elenco original do art. 1º da Lei 8.072/90. Ocorreu, assim, portanto, a *lex mitior*, uma vez que a lei nova é mais benéfica.

A escolha do que seria crime hediondo foi, a final, um tanto quanto aleatória. Melhor seria se o legislador tivesse determinado delitos, já previstos na legislação penal com um critério mais geral que abrangesse, também, outros crimes. Dessa forma, certos absurdos seriam evitados.

O tráfico de entorpecentes, o terrorismo e a tortura (art. 5º inc. III e XL, art. 1º da Lei de Tortura) não são considerados crimes hediondos, são, apenas, equiparados (ou tidos como assemelhados). Em outras palavras, a eles são oferecidos os mesmo tratamento. Conseqüentemente, aplicam-se a eles todas as regras penais e processuais previstas na citada lei, conforme previsto no art. 2º da lei.

Forçoso ressaltar que o terrorismo não tem tipificação própria no Código Penal ou em Lei Especial, tornando, no momento, sem nenhum efeito prático a sua menção no artigo 2º em comento. É bem verdade que a lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), em seu artigo 20, refere-se a atos de terrorismo, contudo não temos um tipo específico com elementos definidores próprios.

Cabe mencionar, na mesma linha, que a Lei 6.368/76 não se vale do *nomen iuris* de tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins; todavia, entende-se que a lei, em análise, está se referindo aos artigos 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76.

Por fim, registra-se que a tortura possui previsão própria na Lei 9.455/97 a qual será, logo adiante, comentada.

### **3** TIPOS EQUIPADOS

*Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da 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 fundamentadamente 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 trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.*

### 3.1. GRAÇA E INDULTO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Discutia-se, até pouco tempo, se a vedação do indulto seria constitucional ou inconstitucional já que a CF, em seu art. 5º, XLIII, só proíbe a graça e a anistia. Destarte, questiona-se se seria lícito ao legislador acrescentar também o indulto, vedando sua concessão aos condenados por crime hediondo, tráfico de entorpecente, terrorismo e tortura.

Antes de esclarecermos essa questão, cabe analisar o que é graça, anistia e indulto. Ocorre que o indulto é espécie do gênero graça. A graça em sentido amplo, por sua vez, divide-se em anistia, indulto e, por fim, graça *stricto sensu*, que é o mesmo indulto individual de pública sabença.

A **ANISTIA** é a forma mais ampla de extinção da punibilidade, alcançando o crime em qualquer fase, sendo normalmente destinada aos crimes políticos, mas podendo também abranger crimes comuns. É genérica e impessoal. Havendo a concessão de anistia, que é feita por lei, é como se a infração nunca tivesse ocorrido.

O **INDULTO** é o instituto mais utilizado, sendo concedido anualmente, por ocasião de festas natalinas pelo Presidente da República ou Ministro de Estado sob delegações, com a verificação do seu atendimento pelo Poder Judiciário, ou, a qualquer tempo, quando tratar-se de indulto individual. Portanto, pode ser ou coletivo ou individual, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo condenado. Não pode ser recusado, salvo quando impõe condições, uma vez que não é um direito do apenado e sim um instituto de interesse público. Só abrange processos findos, em regra, não alcançando as medidas de segurança. Em regra porque tem se admitido o indulto ainda quando a sentença não transitou definitivamente em julgado, mas desde que haja transito em julgado para a acusação.

A **GRAÇA STRICTO SENSU** é o mesmo indulto individual contido na LEP, possuindo natureza de um favor individual do Poder Executivo em decorrência de previsão constitucional. Pode ser espontânea ou a pedido, e, a exemplo do indulto coletivo, abrange apenas a pena e sua execução e não o crime, daí persistir a reincidência e os efeitos civis. Tanto o indulto quanto a graça podem extinguir, diminuir ou comutar a pena.

### 3.2. FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Art. 5º XLIII da CF/88)

Outra questão a ser observada é a vedação feita ao instituto da liberdade provisória com ou sem fiança. A fiança está prevista no art. 322 e seguintes do CPP. Esse diploma dispõe que são afiançáveis todos os crimes apenados com detenção e aqueles apenados com reclusão quando a pena mínima seja igual ou inferior a dois anos.

O art. 310 parágrafo único do CPP, aduz que, quando o crime mesmo não sendo afiançável, mas não possui os requisitos que autorizariam a prisão preventiva, o juiz poderá conceder a liberdade provisória com ou sem fiança. Acabou, praticamente, com o instituto da fiança. Alguns autores entendem inconstitucional esse dispositivo ora mencionado, mas para mim não tem o que se alegar, pois segundo a Constituição, ninguém será levado à prisão quando o crime comportar liberdade provisória com ou sem fiança. O CPP prevê a liberdade com ou sem fiança, aí vem uma lei nova e menciona que não prevê mais para aquelas espécies de crimes. Não enxergo choque constitucional nisso.

Se a própria Constituição dispõe que ninguém será levado a prisão ou nela mantido quando a lei prevê liberdade provisória com ou sem fiança. Quando uma nova lei vem e excepciona algumas espécies é a lei prevendo que não há fiança nem liberdade provisória naqueles casos. Não há, portanto, nenhuma discussão no meu entendimento.

A matéria tem sido, constantemente, submetida, reiteradas vezes, à interpretação de nossos Egrégios Tribunais e as decisões têm sido invariavelmente no sentido de que a permanência do acusado na prisão, a título provisório, em nada afeta a presunção de inocência, tendo por finalidade, quase sempre, a proteção do meio social.

No que pertine a Liberdade Provisória, para Tourinho Filho

*“o juiz para manter o acusado preso deverá justificar a razão da prisão. Não tendo como justificá-la, só lhe resta conceder ao réu a liberdade provisória, como determina o parágrafo único do art. 310 do CPP”.*

### **3.3. A VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS**

A lei do Crime Hediondo diz que a pena será cumprida integralmente no regime fechado, quando o crime for tráfico de entorpecente, terrorismo, tortura e crime hediondo.

Acerca da vedação de progressão do regime prisional do condenado por crime hediondo ou equiparado se tem discutido tocantemente à sua constitucionalidade por isso que, para a maioria dos doutrinadores pátrios tal previsão feriria de morte o princípio da individualização da pena.

A individualidade da pena possui três estágios: cominação, aplicação e execução.

#### **a) Cominação**

Etapa dedicada, exclusivamente, ao legislador, ocasião em que, após verificar a importância do bem jurídico a ser protegido e o grau de violência cometida, ele determina através da Lei a espécie de pena e a quantidade em abstrato, no seu máximo e mínimo.

#### **b) Aplicação**

É feita pelo Juiz, que, apreciando o art. 59 do CP, levando em conta ainda a personalidade, a culpabilidade etc, determina qual a pena suficiente para punir aquele crime cometido por um determinado indivíduo.

#### **c) Execução**

Fase exercida pelo Juiz da Execução, e diz respeito à progressão do regime, livramento condicional, indulto etc.

Tão logo após a edição da Lei 8072/90, dizia-se que a vedação da progressão do regime seria inconstitucional, haja vista não permitir que fossem aplicadas as três fases. A idéia da inconstitucionalidade repousava no fato de que o legislador não poderia subtrair, ao aplicador da Lei, a segunda fase da individualização da pena, dizendo qual o regime de pena a ser cumprida, já que a própria determina que a pena será cumprida integralmente em regime fechado. Essa questão foi pacificada pelo STF: “A cominação tem prevalência sobre as demais fases. O legislador, por possuir a primeira fase, que de todas é a mais importante, poderá, dependendo do caso concreto, impedir as demais fases”.

Ainda sobre a questão da progressão do regime, cabe destacar que, na Lei de tortura, em seu art. 1º, §7º, está previsto que apenas o início do cumprimento da pena pelo condenado será, obrigatoriamente, em regime fechado. Portanto a lei de tortura- Lei 9.455/97– restaurou a possibilidade de progressão de regime para os condenados por crime de tortura. É, para se dizer o mínimo, idiossincrásicas, as motivações do Legislador já que não estendeu tal possibilidade aos demais delitos da mesma natureza: tráfico de drogas, crimes hediondos e terrorismo. Provocado, o Supremo Tribunal Federal entendeu não haver antiteticismo algum e decidiu “que o Legislador apenas entendeu que o crime de tortura é menos grave que os crimes de terrorismo, tráfico de drogas e crimes hediondos”.

E se o crime hediondo foi praticado antes da Lei 8.072/90, a pena será cumprida, de forma integral, em regime fechado?

A resposta segundo alguns autores deve ser afirmativa a menos que a sentença tenha estabelecido outro tipo de regime aberto ou semi-aberto. Há de ser respeitado o regime que está cumprindo e não pode haver retroação. Este é o ensinamento de Mirabete e Antônio Scarance.

Contudo, Tourinho entende que se o crime repugnante foi praticado antes da lei que definiram quais os crimes que devem ser considerados hediondos, não poderia a sentença estabelecer que o regime prisional fosse, imediatamente, fechado.

A *lex gravior* não pode retroagir para desfavorecer o condenado à pena de reclusão durante o período noturno.

O §2º do art.2º não se refere a quem já estava preso. Seja o preso em flagrante ou preventivamente. Refere-se quando já se vinha respondendo a processo em liberdade.

**Obs.:** Se eu não fui preso em flagrante, nem estou enquadrado em nenhum daqueles requisitos autorizados da prisão preventiva, irei, dessa forma, responder o processo em liberdade. E.x. : Indivíduo vem respondendo a processo solto e agora, sofre uma sentença condenatória de tráfico ilícito de entorpecentes. O art. 35 da lei 6368/76 veda apelar em liberdade.

Como compatibilizar o art. 35 da lei 6368/76 com o art. 2º, §2º Lei 8072 que foi criada para endurecer mais ainda o sistema ?

Com o advento da Lei 8.072/90 não há que se falar que os dispositivos da art. 594 do CPP e art. 35 da Lei de Tóxicos tenham sido revogados tacitamente. Assim, vêm entendendo nossos Pretórios:

*“A lei de Crimes Hediondos, criticável pela técnica em que foi redigida e pelas contradições que apresenta, manteve expressamente, no art. 10, o artigo 35 da Lei de Tóxicos, tanto que se acrescentou um parágrafo mandando contar em dobro os prazos procedimentais”.*

A regra é a liberdade do art. 35 da lei 6368/76. A exceção é o art. 2º, §2º da lei 8072/90. Quando o juiz permitir o apelo em liberdade, deverá fundamentar seja qual for à hipótese: permitindo ou negando, não se exigindo, conforme o art. 594, que o réu seja primário e de bons antecedentes.

A CF estabelece que toda decisão deve ser fundamentada sob pena de nulidade. O juiz deve negar e fundamentar a sua decisão com base em um dos pressupostos da prisão preventiva. Se não tiver presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, o juiz deverá permitir o apelo a liberdade. Mostrando-se, portanto, em perfeita sintonia com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º inc. LVII da CF/88).

Toda prisão deverá, repita-se, ser justificada. Deve o juiz demonstrar a razão de ser de sua imperiosa necessidade – desenvolvimento normal – do processo, garantia de ordem pública ou asseguramento da aplicação da lei penal.

Ocorre que, por meio da Lei 10.049/02. Houve alterações na Lei 6.368/76. O capítulo IV, artigos 27º a 34º, cuida do procedimento criminal. Já o capítulo V, artigos 37º a 45º, trata da instrução criminal.

De outra sorte, não houve, revogação expressa do art. 35, caput, da Lei 6368/76, e, também, não se vislumbra conflito desta norma com os demais preceitos da Lei 10.409/2002. O próprio artigo 59º, da Lei 10.409/02 que cuidava da revogação da Lei 6.368/76 foi vetado. Desta forma, continua valendo as considerações acima expendidas sobre o artigo 35, caput, da Lei 6.368/76 e a Lei dos Crimes Hediondos, não sendo, assim, afetadas pelo advento da Lei 10.409/02.

### **3.4. A PRISÃO TEMPORÁRIA NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS**

Houve, com esse dispositivos, uma considerável elevação do prazo, que passou de 05 para 30 dias. Inúmeras foram as críticas a esse aumento, alegando-se que o legislador foi severo demais. Acreditamos que o prazo é exagerado para um momento em que ainda não se tem, sequer, indícios veementes quanto à materialidade e autoria do crime.

Outro ponto controvertido decorre do fato desse dispositivo ser oriundo de uma medida provisória baixada pela Presidência da Republica que, mesmo convertida em Lei pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na competência do poder Legislativo.

Apesar de tudo isso, a prisão temporária subsiste e é considerada constitucional.

O juiz decreta a prisão temporária de ofício ou a requerimento do MP ou da autoridade policial.

Os pressupostos autorizadores da prisão em flagrante não existem ainda, bem como, não há, na hipótese, autorização da prisão preventiva, porque, aqui, muitas vezes, não há nem processo existe, apenas, uma suspeita. A Autoridade Policial suspeitando que sem a prisão daquele indivíduo, não se poderá levar a termo a investigação, solicita ao juiz fundamentadamente, os motivos e pede que ele decrete a prisão temporária daquele indivíduo por 05 dias, se for crime comum.

Durante esses 05 dias, a Autoridade Policial deverá apresentar elementos comprobatórios do crime e fatos que indiquem a sua autoria. Agora, neste caso, ele poderá representar ao juiz para decretação da prisão preventiva se houver elementos. Presentemente, o indivíduo deverá ser solto.

Caso, a Autoridade Policial não tenha conseguido concluir as investigações, fundamenta, mais uma vez, pedindo a prorrogação, somente uma vez, se for crime comum - mais 05 dias; se for crime hediondo, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecente, ou tortura - mais trinta dias. Dessa forma, a prisão temporária, nessas hipóteses, não poderá exceder o prazo máximo de 60 dias sob pena de flagrante inconstitucionalidade, nada, impedindo, porém, que seja decretada, sucessivamente, a prisão preventiva.

O juiz da Execução penal é quem decidirá se o condenado é ou não de alta periculosidade e, ainda, verificará se a permanência desse condenado põe, em risco, a ordem e a incolumidade pública.

*Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.*

Constitui uma norma em desuso. Refere-se às prisões federais. Infelizmente, até hoje, quase 10 anos de vigência da lei, o dispositivo não passa de uma declaração ineficaz.

## ■ ■ O LIVRAMENTO CONDICIONAL NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

*Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:*

*Art. 83. ....  
 \l “art83v” V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.*

Em seu art. 5º, a Lei 8.072/90, criou vedação parcial ao livramento condicional, ao prevê que este só pode ser obtido após o cumprimento de 2/3 da pena e se o agente não for reincidente em crime “dessa natureza”.

A questão que se coloca é definir que “natureza” seria essa tratada pelo dispositivo. Aqui, entendemos que não tem direito ao livramento constitucional o sentenciado, quando reincidente no cometimento de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou terrorismo. Seria uma reincidência específica, isto é, os crimes praticados são da mesma natureza descrita na Lei 8.072/90. A lei dos crimes hediondos inaugurou uma nova espécie de crime de natureza idêntica, mas não da mesma natureza “stricto sensu”, ou seja da mesma espécie, e, sim, da mesma natureza dos previstos no mesmo diploma legal, vale dizer: crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo descritos na Lei 8.072/90.

O sentenciado se não tem direito a Livramento Incondicional reincidente no cometimento de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo (não é necessário que os tipos sejam os mesmos) – o que o legislador denominou de reincidente específico (os crimes praticados são da mesma natureza descrita no dispositivo). A pena será cumprida integralmente.

Se o primeiro delito for cometido antes da vigência da lei 8072, haverá reincidência? Haverá.

Ex.: O indivíduo era reincidente antes da lei, foi condenado, definitivamente, por crime de estupro no dia 01/01/89. No dia 01/10/90, ele comete outro estupro. Ele é reincidente? Sim. Mas é reincidente em crime dessa natureza, ou seja, no crime hediondo? Não, porque quando ele foi condenado à primeira vez à lei não estava em vigor.

Neste caso, ele poderá obter o Livramento Condicional após cumprir 2/3 da pena. (Se não fosse reincidente bastaria 1/3 da pena). Caso se a lei dos crimes hediondos não estivesse em vigor, ele poderia obter o Livramento Condicional após cumprir quanto da pena? Apenas, metade, pois é reincidente.

Ex.: Caso, o indivíduo comete no dia 01/10/90 o crime de latrocínio, e comete no dia 01/10/91 o estupro, pelo crime de latrocínio ele obtém sentença condenatória transitada em julgado, ele é reincidente? Sim, reincidente em crimes da mesma natureza.

A Lei dos crimes hediondos inaugurou, assim, uma nova espécie de crime de natureza idêntica, mas, na verdade, não são crimes da mesma natureza, só são da mesma natureza dos crimes previstos naquela lei.

Ex.: O indivíduo comete homicídio simples (art. 121 caput) em 01/01/95 foi condenado, e comete homicídio qualificado em 01/01/97, ele poderá obter o Livramento Condicional? Poderá porque, somente, o segundo é considerado Crime Hediondo, o outro não é, após cumprir 2/3 da pena pode obter o livramento condicional...

Se o condenado, reincidente específico, quando da publicação da Lei 8.072/90, já tiver sido cumprido mais da metade das pena, terá direito ao livramento?

**Obs.:** A lei não faz restrição quanto à aplicação do Sursis, desde que obedecidos os requisitos exigidos pelo Código Penal.

*Art. 6º Os arts. 157, § 3º; 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*Art. 157..... \l “art157§3” § 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.*

*..... \l “art159” Art. 159.  
..... Pena - reclusão, de oito a quinze anos.*

§ 1º .....	<i>Pena – reclusão, de doze a vinte anos.</i>
§ 2º .....	<i>Pena – reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.</i>
§ 3º .....	<i>Pena – reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.</i>
∨ “art213” Art. 213. ....	<i>Pena – reclusão, de seis a dez anos.</i>
∨ “art214” Art. 214. ....	<i>Pena – reclusão, de seis a dez anos.</i>
Art. 223. ....	<i>Pena - reclusão, de oito a doze anos.</i>
Parágrafo único.	.....
.....	<i>Pena – reclusão, de doze a vinte e cinco anos.</i>
Art. 267. ....	<i>Pena – reclusão, de dez a quinze anos.</i>
Art. 270. ....	<i>Pena - reclusão, de dez a quinze anos.</i>

Esse artigo aumentou, somente, as penas do CP. De acordo com o CP, a pena para o crime de latrocínio é de reclusão de quinze a trinta anos. Uma pena alta. Mesmo assim, a lei dos Crimes Hediondos elevou o mínimo para vinte anos. Quanto ao máximo não houve alteração. O mesmo ocorreu com a extorsão qualificada pela morte, cuja pena era idêntica à do latrocínio.

Conforme decidiu o STJ: “*não subsistiu a alteração introduzida no art. 214 do CP, pela Lei nº 8.068/90, porquanto no período da vacatio legis, esta foi praticamente revogada pela Lei nº 8.072/90, de vigência imediata, que disciplinou de modo diverso as matérias de que tratou os itens 4 e 5 do art.263º não é lógico, nem jurídico conceber pena mais branda para o atentado violento ao pudor quando a vítima é menor de*

*quatorze anos. O contra-senso é evidente e, segundo princípio assente da hermenêutica, deve sempre preferir-se a exegese que faz sentido à que não faz”.*

*Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:*

*Art. 159 .....*

*¶ “art159§4” § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.*

Foi acrescido um parágrafo novo §4º (norma sem aplicação). Trata-se de causa obrigatória de diminuição de pena.

Analisaremos duas hipóteses a seguir:

Ex.: Imagine que A, B, C e D praticam o crime do art. 159 caput. O indivíduo “A” denuncia o crime possibilitando a libertação do seqüestrado. Ele fará jus a essa diminuição de pena do §4º? Sim, mas é preciso ressaltar que não basta o indivíduo denunciar o crime, ele tem que possibilitar, também, a libertação do seqüestrado. Ele, então, denuncia o crime e a polícia vai e liberta o seqüestrado, desse modo, fará jus à diminuição? Sim.

Ex.: Se com base nessa denúncia a polícia prendeu os demais componentes da quadrilha, agora, ocorreu um desmantelamento da quadrilha, veja o que diz o art.8º parágrafo único da Lei 8.072/90. Esse é, portanto, o entendimento de Antônio Scarance.

Apesar de severa, a lei dos Crimes Hediondos previu causas de diminuição de pena. Não basta a delação; é necessário que, em razão dela, tenha ocorrido à efetiva libertação do seqüestrado. A delação há de ser feita por qualquer sujeito que tenha concorrido para o crime (art. 29, CP) seja autor, co-autor, ou participe. É dirigida à Autoridade, ou seja, ao Delegado de Polícia, ao Juiz ou ao representante do Ministério Público.

A quadrilha se configura quando participam, no mínimo, quatro pessoas (art.288, CP). Logo, se da associação participam três pessoas, a delação não proporciona a redução da pena, conforme entendimento de Damásio de Jesus. A Lei 9.269/96, modificou a redação do art. 159§4º - “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar a autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. O participante denunciando o participante – autor, co-autor ou partícipe – o bando ou quadrilha, de modo a possibilitar seu desmantelamento, a pena será reduzida de um a dois terços.

Ex.: Com relação ao art. 155§ 4º do CP, tenho quadrilha? Denuncio o crime, libertado o seqüestrado é, tenho o direito à diminuição. Desmantelou a quadrilha, tenho direito à outra diminuição? Não, porque, agora, não é mais quadrilha ou bando, e, sim, concurso de agentes.

*Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no \ “art288” art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.*

*Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.*

Essa lei durante algum tempo levou a uma conclusão errada desse dispositivo. Isso se deve pelo fato de que já tínhamos o art.14 da lei 6368/76, o crime de quadrilha ou bando quando o mínimo de agentes eram 02, enquanto que o art. 288 diz que o mínimo será de 04 agentes. Quando, a lei faz menção ao tráfico ilícito de entorpecentes, pergunta-se: Ela revogou o art.14 em sua totalidade, seja com relação ao número de participantes, seja com relação a pena? O STF afirma que não.

Com relação ao número de participantes, para efeitos de tráfico ilícito de entorpecentes, permanece o mínimo de dois. A pena, contudo, já não é mais aquela do art. 14º da lei 6368/76 que é de três a dez anos, será, agora, de três a seis anos.

O ordenamento jurídico brasileiro passou, dessa maneira, a contar com três espécies diversas de bando ou quadrilha:

- a) Quando a quadrilha ou bando for associado para a prática de crimes hediondos, tortura ou terrorismo (Bando ou Quadrilha específica para a prática de crime hediondo ou assemelhado); o mínimo de agentes continua sendo o do art.288 do CP, ou seja, de 04 agentes. A pena, porém, não é a do art.288, mas sim do art.8º da lei 8072/90.
- b) Quando a quadrilha ou bando for para a prática de tráfico de ilícito de entorpecente (Bando ou Quadrilha específica para a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins); o mínimo será de dois agentes e a pena não será a do art. 14 da lei 6368/76 mas a do art. 8º da lei 8072/90, ou seja, 03 a 06 anos. Entendimento do Damásio e do STF.
- c) Quando a quadrilha ou bando organizar-se para a prática de crimes comuns: roubo, furto, estelionato (Bando ou Quadrilha Genérica); aplica-se na integralidade o art.288 do CP, tanto com relação ao número de agentes, como com relação à pena 01 a 03 anos.

O parágrafo único refere-se à delação premiada no crime de extorsão mediante seqüestro. Aqui, premia-se o denunciante com a redução da pena. A nova circunstância configura causa de diminuição obrigatória da pena. O delator deve revelar dados da prática delituosa e não do bando. De conteúdo benéfico, o novo dispositivo tem aplicação retroativa, alcançando os fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei 8.072/90. O privilégio só beneficia o delator não se comunicando aos outros participantes da quadrilha.

Para que incida a redução da pena não basta a simples denúncia de um dos integrantes do bando, acarretando na extinção da quadrilha, exigindo-se, também, o seu desmantelamento. A delação só aproveita ao denunciante. O quantum da diminuição deve ser analisado pelo julgador, quanto maior sua contribuição, maior deverá ser a sua redução. Cuida-se de norma benéfica de efeito retroativo, aplicando-se, nos termos do art. 5º XL da CF/88, aos delitos cometidos antes da vigência da Lei 8.072/90. A redução só incide sobre a pena do crime de quadrilha para fins específicos.

*Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos 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, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.*

Esse artigo prevê uma questão interessante com relação à causa especial de aumento de pena. Dispõe que quando se tratar de crime de latrocínio, extorsão mediante seqüestro em todas as suas modalidades (simples ou qualificado), extorsão com o resultado morte, estupro simples ou qualificado e atentado violento ao pudor simples ou qualificado, quando a vítima se enquadrar no art. 224 do CP, ou seja, esses crimes forem praticados contra pessoa enquadrada no art. 224 do CP, ou seja, menor de 14 anos, pessoa doente mental, ou por qualquer outro modo não pode se defender. A pena será acrescida de metade. – hipóteses fixas do art. 224 do CP. Com este acréscimo, pode chegar-se a uma situação curiosa: o mínimo e o máximo da pena se igualarem. Por exemplo, no caso de latrocínio cometido contra um menor de catorze anos, ou contra uma alienada, a pena mínima cominada é de vinte anos; acrescida de dez (a metade), ficaria, assim, em trinta anos.

Desse modo, como ficaria o princípio constitucional da individualização da pena?

O elemento subjetivo é imprescindível. O agente ao praticar o crime há de ter consciência de que está praticando o crime contra uma dessas pessoas, porque senão ele comete erro de tipo, ou seja, erro sobre uma circunstância qualificadora, não se aplicando a circunstância qualificadora.

Sabemos que quando a vítima é menor de 14 anos na hipótese, por exemplo, do estupro – art. 224 do CP. A lei com essa menoridade, e transforma em elementar para erigir em crime de estupro. A menoridade passa a funcionar

como elementar do crime de estupro. Vem o art. 9º e estabelece que, neste caso, quando a vítima for menor de 14 anos a pena será aumentada de metade. Contudo, não pode ser, porque se não haveria *bis in idem*. A idade funciona como elemento para transformar o crime de sedução em estupro e como circunstância qualificadora para aumentar a pena de metade. Damásio de Jesus, no entanto, ao que parece, assim, não entende, pois ao estudar sobre o assunto nenhuma observação fez. Disse apenas: “por força do art. 9º, porém, igualam-se mínimo e máximo. O juiz não pode impor ao réu menos e nem mais do que trinta anos de reclusão. Afirmados os juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade ficam dispensados as fases de fixação da penas dos arts. 59 e 68 do CP. A pena será, então, uma só.”

“O disposto no referido art.9º que trata da causa de aumento de pena contém, além disto, um *bis in idem*”, afirma Alberto Franco. No crime de extorsão mediante se o seqüestrado for menor de dezoito anos, a pena é de doze a vinte anos. Enquanto que O não maior de catorze anos é menor de dezoito anos. Logo, argumenta-se: aplicar-se à pena majorada pela qualificação e como se cuida de menor de catorze anos, a pena prevista para a qualificadora é aumentada da metade, ou seja, um duplo aumento pelo só fato de a vítima ser menor de catorze.

Logo, esse aumento previsto no art.9º somente se aplica nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, quando for praticado o crime contra essas pessoas, com violência ou grave ameaça, isso se for praticado com violência ou aumenta-se da metade. Agora, como a pessoa se enquadra nas hipóteses do art.224 CP, a pena aumenta... Se o crime for praticado, tão somente, com base na violência ficta não se aplica o aumento de metade do art. 9º.

*Art. 10. O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:*

*¶ “art35” Art. 35 .....  
Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14.*

Estabelece a duplicação dos prazos, ou seja, quando se referir a crime de tráfico de entorpecentes, os prazos serão duplicados pela lei 6.368/76. O art.35º da lei 6.368/76, antes do advento da lei 8.072/90, tratou que os prazos previstos sem acréscimos de outras razões eram de 38 dias, máximo, que o réu poderia ficar preso em flagrante aguardando o julgamento ou preventivamente, após esse prazo ele deveria ser solto por excesso de prazo desde que esse excesso não tivesse sido causado por ele próprio. Atualmente, esses prazos serão duplicados, passando a ser de 76 dias. Unicamente, quando se tratar dos crimes dos arts. 12, 13 e 14. Observe-se que o prazo recursal não é contado em dobro, pois não está previsto nesse capítulo e sim no CPC e em outras leis. A alteração merece aplausos. Os prazos anteriores eram exíguos, o que proporcionava a impetração de *Habeas Corpus*. Nos demais crimes dos arts.15º, 16º e 17º, o prazo continua sendo de 38 dias.

**Pergunta-se:** O prazo dos art.12º,13º e 14º da lei 6368/76 no máximo, será de 76 dias ou existe uma outra lei alterando esses prazos? Sim.

**Pergunta-se:** Se o crime for praticado em quadrilha ou bando para a prática de tráfico de entorpecentes, de acordo com a lei nº 9034 o prazo não seria de 81 dias que ele poderia ficar preso? Sim.



# **Aspectos das Modalidades Subjetiva e Objetiva no Sistema Atual de Responsabilidade Civil Brasileiro**

**Bruno Leonardo Câmara Carrá**

**Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade Sete de  
Setembro Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará Juiz Federal.**



# Aspectos das Modalidades Subjetiva e Objetiva no Sistema Atual de Responsabilidade Civil Brasileiro.

## ■ ■ RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO E FUNÇÃO JURÍDICA

Fala-se em responsabilidade civil quando nasce para alguém o dever de reparar pelos prejuízos que causou, se o dano adveio de uma ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico. Pode ainda alguém ser chamado a responder por ato de terceiro ou de fato de coisa quando a lei assim o determinar.

Na realidade, o ordenamento jurídico visa mais a impedir a existência do dano que sua repressão, após configurado. Não se espera, inicialmente, que se descumpram as normas jurídicas e sim que elas tenham acolhida natural no seio do organismo social.

O que se pretende é que os indivíduos atendam o preceito primário (dever jurídico), pois, em sentido amplo, o “*neminem laedere*” impõe-se como paradigma geral da vida em sociedade.<sup>1</sup>

A indenização patrimonial da vítima (sanção) como consequência do descumprimento da conduta em princípio almejada, apesar de inerente à caracterização da norma jurídica, é medida que se pretende não venha acontecer. A desobediência reiterada dos deveres jurídicos tornaria, em última análise, insuportável a coexistência em sociedade.

---

<sup>1</sup> “Por esse motivo, a sanção, em si, não pode significar garantia de plena restauração do Direito violado, mesmo porque no plano humano, essa recomposição absoluta é impossível. Transcorrido que seja qualquer lapso de tempo após o momento da prestação, não haverá meio capaz de refazer integralmente a situação anterior. Pagar amanhã não é, nunca, o mesmo que pagar hoje.” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 158).

A relação de polaridade entre o cumprimento/descumprimento das normas jurídicas, assunto que serve como material de pesquisa das mais variadas escolas jusfilosóficas, não passa despercebida pelos civilistas. Ganhou força no século passado e projeta-se no presente o sentimento de que a idéia de responsabilidade civil compreende o “desenvolvimento ainda de uma função de *deterrence*, de prevenção da atividade perigosa e também de prevenção do dano”, como sustentam Guido Alpa e Mario Bessone.<sup>2</sup>

José de Aguiar Dias, a propósito, recorda a crítica de Gaston Marton à definição de responsabilidade civil formulada por Bonnecase, porque lhe restringia a aplicação apenas para que o credor obtivesse a execução forçada da prestação original. “Responsabilidade civil existe também no caso em que seja possível compelir o devedor a satisfazer diretamente a obrigação estipulada”,<sup>3</sup> vislumbrando, com isso, sua propensão para, igualmente, servir de estímulo ao cumprimento natural da prestação.

Contudo, não realizado o dever jurídico, seguir-se-á a sanção, traduzida esta, no campo civil, na indenização do dano. Terá caráter compulsório, mostrando-se exigível pelo Poder Judiciário, até mesmo a título coativo, com a arrecadação e expropriação compulsória do patrimônio do devedor.<sup>4</sup>

Carlos Cossio apresenta o problema do descumprimento do dever jurídico e a subsequente sanção que lhe alcança, dentro da Teoria Geral do Direito, nos moldes seguintes: “1. dada uma situação coexistencial como fato inicial de uma totalidade sucessiva (H), 2. deve ser (cópula propoposicional), 3. a prestação de alguém (P), 4. com alguém obrigado (Ao), 5. ante alguém titular (At), 6. ou (cópula disjuntiva que delimita endonorma e perinorma), 7. dada a ofensa como não prestação (ñ-P), 2. deve-ser (cópula proposicional), 8. a

<sup>2</sup>No original: “Ma ‘responsabilità’ non è termine che si confonde com ‘risarcimento’; le regole di responsabilità civile possono svolgere anche una funzione di *deterrence*, di prevenzione delle attività pericolose, e quindi di prevenzione del danno” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità Civile*. 3 ed. atual. por Pietro Maria Putti. Milão: Giuffrè, 2001. p. 22-23).

<sup>3</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. I. p. 3, nota 4.

<sup>4</sup>“Nell’impossibilità di impedire il danno, lo stesso rimedio consiste nell’imposizione del carico della sua riparazione ad un soggetto – responsabile – diverso dal danneggiato: l’imposizione di tale carico vale a trasferire l’onere del danno dal secondo al primo soggetto, e concreta il fenomeno giuridico della responsabilità civile.” (DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970. v. II. p. 14).

sanção do responsável (S), 9. imposta por um funcionário a ela obrigado (Fo), 10. por conta da pretensão da comunidade (pC).”<sup>5</sup>

Em qualquer ramo do Direito existirá a sanção como resposta à desobediência de uma regra de conduta. Esta, na terminologia cossiana, será designada por endonorma e a outra, que veicula a sanção, será conhecida por perinorma. Violada a primeira (endonorma), surge a sanção (contida na endonorma) como medida reparatória pelo dever não realizado.

A prisão no Direito Penal; a multa ou a demissão do cargo público no Direito Administrativo; a suspensão do “status civitatis” no Direito Eleitoral; todas essas reprimendas constituem forma de sanção. De um modo geral, no âmbito não penal, a sanção pelos danos decorrentes de uma intromissão indevida no patrimônio jurídico de outrem será qualificada como responsabilidade civil. Sob esse aspecto revelam-se os seus sentidos reparatório ou compensatório e o punitivo.

A consagrada distinção feita pela doutrina alemã entre “schuld” (débito) e “haftung” (responsabilidade), formulada inicialmente por Brinz, representa, identicamente, os momentos da realização oportuna do dever jurídico e, na sua ausência, a submissão forçada do patrimônio do devedor (ou alguém a ele equiparado) como conseguinte reação da ordem jurídica em busca da recomposição da prestação inadimplida.<sup>6</sup>

Eis a diferença entre obrigação e responsabilidade civil, na medida em que esta é revelada através do descumprimento de uma regra obrigacional prévia,<sup>7</sup> porquanto repousa ou em disposição contratual anterior ou na cláusula geral de não prejudicar terceiros (“neminem laedere”).

Essa cláusula geral inexistiu no Direito Romano, onde os textos legais se limitavam a descrever os casos específicos, estabelecendo que diante de *tais*

<sup>5</sup> COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 333.

<sup>6</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: obrigações em geral*. 6 ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. vol. II. p. 17.

<sup>7</sup> Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 277.

ou quais danos poderiam os interessados exigir esta ou aquela soma.<sup>8</sup> Mesmo em suas fases mais recentes, como no período justinianeu, onde se pretendeu que a “*actio legis aquiliae*” gozasse de efeito mais abrangente, observa José Carlos Moreira Alves, “não se chegou a conceber o ato ilícito como figura autônoma, como ocorre com o direito moderno”.<sup>9</sup>

Deste modo, ainda que não previsto expressamente por lei, qualquer atividade humana que causar danos a outrem, sob certas condições, será passível de ser sancionada através da respectiva indenização civil.

No Direito brasileiro, como já assinalado, a cláusula geral de responsabilização encontra-se nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Este último, no “*caput*”, contempla a regra genérica da responsabilidade aquiliana, fundada no ato ilícito (“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”) e seu parágrafo único destaca uma outra regra identicamente genérica no que se refere à responsabilidade objetiva para as situações em que “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A descrição legal é por demais significativa, pois, a nosso sentir, revela, agora, uma regra geral de “*neminem laedere*” sem estar vinculada à existência de qualquer elemento subjetivo.

## ■ ■ PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com a definição do pressupostos de Responsabilidade Civil apresentam-se os indicadores que se revelam juridicamente capazes de configurar o dever de indenizar. Embora com alguma variação terminológica, a doutrina acorda que são pressupostos da responsabilidade civil: a) a antijuridicidade do fato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

---

<sup>8</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. t. I. v. I. p. 39. Contudo, “é na lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse ainda ‘uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da lei Aquília o seu nome característico’”. (DIAS, José de Aguiar. 1983, v. I, p. 21).

<sup>9</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 236.

Quanto à culpa, dentro da qual se inclui o dolo, já não se pode entendê-la como característica, ou seja, como manifestação recorrente e de presença constante para qualificá-la como sancionável.

Embora uma parte significativa dos estudiosos conceba a culpa como elementar na descrição do fenômeno jurídico da responsabilidade civil, impõe-se a constatação de que já coexistem casos suficientemente vastos de responsabilidade objetiva no ordenamento legal que dispensam qualquer verificação anímica sobre a conduta.

Ao classificar qualquer coisa, procura-se a figura e a forma que lhe distingam das demais. Tal imperativo de ordem lógica, que já era conhecido na Grécia antiga, destina-se a separar os diferentes e agrupar os iguais.<sup>10</sup>

Com a definição dos requisitos desse instituto jurídico, pretende-se uma compreensão global dos elementos que constituem as variadas formas de responsabilidade civil. De conseguinte, objetiva-se distingui-las dos institutos jurídicos que lhe são assemelhados. A doutrina precisará, assim, refletir todos os seus componentes e, ao mesmo tempo, nenhum a menos para que, de fato, se tenha uma visão completa do fenômeno.

Se há casos de responsabilidade civil que independem de culpa, já não se pode utilizá-la como requisito para a configuração da responsabilidade civil. Ainda que não existissem as disposições agora constantes do parágrafo único do art. 927 e a do art. 931 do Código Civil de 2002, a simples existência de dispositivos em vários setores do Direito brasileiro, entrevendo casos de responsabilidade objetiva, seria suficiente para a retirada da culpa como pressuposto da responsabilidade civil.

É correto que se continuará a depender da *culpa* para configuração da responsabilidade subjetiva. Nela, a culpa sempre servirá de elementar. Mas param, por aí mesmo, quaisquer referências à sua inclusão no âmbito da responsabilidade civil.

---

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *Da Geração e da Corrupção*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001. p. 132.

O ingresso, no mundo jurídico, da responsabilidade objetiva retira a necessidade de depositar na desgastada idéia de culpa a hipótese terminativa da qualificação de um evento como sujeito às regras de responsabilização civil. Serão, agora, divididas as possibilidades: de um lado os atos que continuam dependentes da falta humana (culpa) e, do outro, todos os fatos, humanos ou não, que agridem o patrimônio, inclusive o ideal, de outrem e geram, com isso, o crédito a uma indenização.

Afinado com essa nova lógica, Miguel Reale propõe a ambivalência dessas duas modalidades de responsabilidade civil:

Responsabilidade subjetiva ou responsabilidade objetiva? indagava eu. Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui, que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.<sup>11</sup>

Dentro da mesma linha de pensamento, preceitua-se que, se se pretender estabelecer os componentes básicos da responsabilidade, não se poderá mais inserir a culpa, por lhe faltar a nota de generalidade, já que “embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões ‘ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência’, a culpa (em sentido lato, abrangente o dolo) não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para sua configuração (responsabilidade objetiva).”<sup>12</sup>

Tal perspectiva, entretanto, não é acompanhada ainda por considerável parte da doutrina tradicional, que prefere ver nos casos de responsabilidade objetiva apenas exceções à regra, que deve ser a existência do elementos subjetivo na configuração do episódio ilícito.

---

<sup>11</sup> REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. III. p. 28.

A tentativa de manter o modelo oitocentista de responsabilidade civil, ou seja, a permanência do elemento subjetivo como fator de caracterização recorrente da responsabilidade civil, esbarra, como já assinalado, na observação rotineira de que o que era exceção tornou-se regra, sendo impossível, do ponto de vista lógico, querer conceituar qualquer instituto pela exceção.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, temos que, “agora um sistema de responsabilidade civil prevalentemente objetivo, porque esse, repito, é o sistema que foi sendo montado ao longo do século XX por meio de leis especiais. Mas isso não significa que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre, até o juízo final, mesmo não havendo lei prevendo-a, porque essa responsabilidade faz parte da ética, da moral, do sentimento natural de justiça.”<sup>13</sup>

Com efeito, basta um rápido olhar nos exemplos fornecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema para que se possa avaliar a dimensão hoje ocupada pelas situações de responsabilidade objetiva: meio ambiente, consumidor, transportes, Direito de empresa, Administração Pública, são apenas alguns exemplos possíveis de serem apresentados. Somam-se a eles as novas regras sobre responsabilidade pelos produtos postos em circulação (art. 931), por ato de terceiros (arts. 932 e 933 do Código Civil de 2002), responsabilidade pela guarda de coisas ou animais (art. 936 do Código Civil de 2002) e a responsabilidade pela ruína de obra, ou pela queda ou lançamento de coisas em prédio habitado (arts. 937 e 938 do Código Civil de 2002).

A compreensão final sobre o assunto, parece, é dada pelo Parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 que, ao lado da regra contida no “caput” preceitua igual dever de vigilância, sem necessidade de perquirição de dolo ou culpa, para as atividades de risco: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

---

<sup>13</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 24, p. 30-46, 2003, p. 34

Oportuno o destaque, todavia, de que, mesmo diante da regra contida no Parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, a presença do elemento subjetivo continua respondendo residualmente pelas situações configuradoras de reparação civil. Ou seja, a responsabilidade subjetiva representa uma cláusula geral inclusiva quando não evidenciada qualquer possibilidade de reparação sem culpa.

Ainda assim, não fica invalidada a premissa ora defendida (de que a culpa não mais integra o conceito de responsabilidade civil), pois sua presença (da culpa) será apenas circunstancial e não de essência. O fato de a responsabilidade fundamentada no elemento subjetivo ser residual não altera a conclusão a que se chegou, simplesmente porque não há relação lógica entre uma coisa e outra.

Dizer que, não se encontrando no ordenamento situação que represente hipótese de responsabilidade objetiva e, portanto, o único caminho para a configuração do dever de indenizar necessite estar condicionado ao exame da postura anímica do sujeito, não significa que isso seja considerado regra geral do sistema. Em outras palavras, não se pode tomar uma *cláusula geral inclusiva* como *regra geral do sistema*, pois a função de ambas são diversas.

A responsabilidade fundamentada na ausência de culpa veio a ser construída pela doutrina e aplicada pelos tribunais para dignificar a vítima, que em boa parte dos casos não possuía recursos para demonstrar a culpa do autor do dano. Daí porque, realmente, não pode ser empregada de forma ilimitada, pena de se ferir a própria razão de justiça que lhe anima. Assim, fora dos casos tipicamente colacionados pela legislação de regência, a configuração de dever de indenizar fica a cargo da responsabilidade baseada pelo menos na idéia de culpa.

Retirada, entretanto, a culpa como pressuposto de qualificação da responsabilidade civil, a partir do momento em que a responsabilidade por risco deixa de ser exceção e passa a conviver em igualdade de prestígio com a forma de responsabilidade fundamentada na conduta humana ilícita, nem por isso torna-se desnecessário seu estudo.

Igualmente, cumpre estabelecer os delineamentos gerais da responsabilidade objetiva, de sorte a bem compreender sua peculiar estrutura de funcionamento.

## ■ A Responsabilidade Fundamentada na Idéia de Culpa.

O facto que conduz à imputabilidade, no sistema de responsabilidade subjetiva, fundamenta-se nas noções de dolo e culpa. Ou seja, de que alguém (ser humano) agiu ou pretendendo o resultado vedado pela norma jurídica ou, pelo menos, violando um dever de cuidado imposto pelo Direito. Nas palavras de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

Na responsabilidade civil, a força do princípio da autonomia da vontade expressou-se no conceito de culpa (*faute*). Somente os atos ilícitos voluntários, que fossem fruto da intenção do agente (dolo) ou que resultassem de um descuido (negligência ou imprudência), ensejavam o surgimento da obrigação de indenizar. Fora disso, os danos eram considerados fruto dos azares do destino, não obrigando ninguém por sua reparação. Estabeleceu-se, assim, o dogma da culpa: não há responsabilidade sem culpa.<sup>14</sup>

A diferença entre dolo e culpa deu-se no Direito Romano, ao estabelecer a distinção entre delito e quase-delito, uma terminologia que é adotada em muitas legislações.<sup>15</sup>

Diversas são, entretanto, as acepções dadas pela doutrina para a palavra culpa. Marcel Planiol a define como uma falta a uma obrigação preexistente, que a lei ordena a reparação quando esse comportamento causa um prejuízo a outrem.<sup>16</sup> Nesse rumo de idéias, René Savatier define a culpa como «inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer. [...] Si la violation du devoir, tout en pouvant être connue et évitée, a été involontaire, il y a faute simple ; et, en dehors des matières contractuelles, on l'appelle *quasi-délit*.»<sup>17</sup>

<sup>14</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

<sup>15</sup> DIAS, José de Aguiar, 1983, v. I., p. 114; AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de Droit Civil Français*. 4<sup>ème</sup> ed. Paris : Librairie Generale de Jurisprudence, 1871. t. IV. p. 746-748 e 754 ; JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français : théorie générale des obligations, les principaux contrats de droit civil*. 2<sup>ème</sup> éd. Paris : Recueil Sirey, 1933. t. II. p. 210.

<sup>16</sup> PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil : les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*. 5<sup>ème</sup> éd. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1909. t. II. p. 280. No original: «La faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui.»

<sup>17</sup> SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français: les sources de la responsabilité civile*. 2<sup>ème</sup>. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. I. p. 5

Dois elementos são, portanto, inerentes à configuração da culpa: o dever violado<sup>18</sup> e a imputabilidade ao agente.<sup>19</sup> Revela ainda, em quaisquer de suas variantes, o sentido de desinteresse para com o próximo, quer o desejado (doloso), quer o simplesmente negligenciado (culposo propriamente dito).

Doloso, diz-se o impulso anímico, livre e consciente, que deseja a violação de um bem jurídico ou, pelo menos, assume o risco de produzi-lo. Culposo quando, faltando a um dever de cuidado a todos impostos pelo Direito (“nemine laedere”), o agente agride por negligência, imprudência ou imperícia e causa o dano.

Importa considerar, a esse respeito, que tudo vem a ser avaliado dentro da perspectiva da conduta interna do sujeito, o qual se puder provar que, a par de toda a diligência empregada, não pôde evitar a existência do dano, ficará isento da obrigação de reparar.

Essa é a noção moral que anima a responsabilidade fundamentada na culpa, na medida em que, como atestou André Tunc, é razão de justiça impor a indenização apenas contra a pessoa que praticou os danos, e quando esta agiu de modo, pelo menos, desleixado, transparecendo, com isso, comportamento de desinteresse para com seu semelhante.<sup>20</sup>

Representou a responsabilidade baseada na culpa sob essa perspectiva a superação entre a concepção coletiva do nexos de imputação para a compreensão individualista, onde apenas o autor do evento lesivo deveria responder por ele.

Com efeito, os Direitos germânicos, como a maior parte dos Direitos arcaicos, mal conheciam a responsabilidade individual. Qualquer ato humano praticado comprometeria todo o grupo (família, clã etc.) ao qual pertencia seu autor: se

---

<sup>18</sup> Ao afirmar que a culpa comporta um dever violado, Savatier critica a negligência de certos autores, entre eles Mazeaud et Mazeaud, Colin et Capitant e Gény, que não consideraram esse elemento na caracterização da “faute”. (*Idem Ibidem*, p. 7).

<sup>19</sup> Nesse sentido: DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1931. t. III. n. 220 ; DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil: direito das obrigações, direito hereditário*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. v. III.p. 103-4: “Quando aquele elemento da má intenção, que é característico do comportamento doloso, falte no acto humano que produz dano, sem que todavia falte no agente o elemento vontade, estamos em frente da figura da culpa. Pressupõe ela a voluntariedade do acto de que derivaram conseqüências danosas, e implica uma imputabilidade do agente, por não ter ele sabido prever e evitar os efeitos danosos do acto.”

alguém causasse uma injustiça ou um dano a um homem de um outro grupo, seria todo o grupo lesado quem se vingaria em relação a qualquer membro do grupo autor do ato incriminado.

John Gilissen, a propósito, ressalta a dificuldade vivenciada durante o medievo no que se refere à superação da pena coletiva para a individual, afirmando que a coletivização dominava todo o cenário jurídico da Europa até os Séculos XII e XIII e somente vai esvanecer de modo bastante gradual. Perduram as regras de responsabilidade coletiva e de vingança privada até o Século XVII.<sup>21</sup>

Nítidos os efeitos da passagem da regra de caráter bárbaro para essa outra, de cunho refinado, polida pela cultura jurídica, sob a influência dos canonistas, ao longo de séculos de história. E, sob esse sentido, representou considerável evolução da matéria, além de importar em significativa inovação de caráter humanitário. Com o ingresso da culpa como fonte terminal da responsabilidade civil, incorporava o Direito ocidental, em última análise, as idéias de pecado, responsabilidade e liberdade consagradas pela teologia cristã.<sup>22</sup>

Apenas aquele que possui e goza de sua liberdade pode ser imputado responsável. Com efeito, os escritos eclesíásticos definem o pecado como ato de escolha, como mau uso do livre-arbítrio que Deus confere ao homem. Desse modo, “o pecado supõe sempre a responsabilidade, pois só há pecado quando se age de maneira consciente e livre; e quando age de maneira consciente e livre, a pessoa é responsável”.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> TUNC, André, 1989, p. 98-99.

<sup>21</sup> “Apesar do desenvolvimento da responsabilidade individual no domínio penal no fim da Idade Média e na época moderna, a responsabilidade puramente civil não surge senão no Século XVIII. Até então, os redatores e comentadores dos costumes pouco utilizam a palavra ‘responsável’ (salvo no caso de ‘garante’); e poucas alusões se fazem à *Lex Aquilia*. Os processos de indenização por fatos não delituais são muito raros.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 752).

<sup>22</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 87.

<sup>23</sup> COMPAGNONI, Francesco et alli (dir.). *Dicionário de Teologia Moral*. Trad. de Lourenço Costa, Isabel F. L. Ferreira, Honório Dalboscolo. São Paulo, Paulus, 1997. p. 928.

Como conseqüência, compreendeu-se, do ponto de vista jurídico, que o dano somente poderia ensejar a reflexa reparação civil se seu autor pudesse ser imputado, ou seja, se agiu de modo a querer o resultado lesivo (dolo), ou, pelo menos, quando deveria saber que seus atos conduziriam a certo resultado (culpa).<sup>24</sup>

Trata-se, em qualquer caso, de uma atividade volitiva, alicerçada no agir livremente, apenas na segunda modalidade o resultado antijurídico não é desejado, mas suportado diante da postura descuidista do agente.

Retira-se, então, da idéia de responsabilidade todos os atos que decorrem de um comportamento condicionado. Em outros termos, aquele que não agiu conscientemente ou destituído de vontade não pode ser considerado responsável.

Firme nessa mesma convicção, Georges Ripert assinala ainda, em seu conhecido estudo sob a influência da regra moral nas obrigações civis, que, nada obstante seja difícil a conceituação da culpa, pode-se partir da idéia de que as faltas são classificadas a partir dos deveres, sendo esses considerados sob o domínio da “idéia moral de que a pessoa e os bens do próximo nos devem ser sagrados”.<sup>25</sup>

Significa isso que o dever de indenizar é fundamentado numa sólida concepção de valores estruturais. De conseguinte, monta-se um complexo arcabouço teórico para identificar os elementos que configurariam a presença do dolo ou da culpa em sentido próprio. No caso desta, a doutrina comumente aponta: a) o erro de conduta, que lhe diferencia do dolo; b) a previsibilidade do resultado; e c) a falta de cuidado, que serve como fundamento moral para a imputação diante da violação do dever prévio de cuidado.<sup>26</sup>

Por tudo isso é que serve a responsabilidade baseada na culpa como *cláusula geral inclusiva*.

---

<sup>24</sup> Essa noção de imputação até hoje influencia os escritores eclesiásticos. O vigente Catecismo da Igreja Católica Romana, por exemplo, no Cânon 1736, proclama: “Todo ato diretamente querido é imputável a seu autor [...]. Uma ação pode ser indiretamente voluntária quando resulta de uma negligência quanto a alguma coisa que deveríamos saber ou fazer [...]”.

<sup>25</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 206.

<sup>26</sup> GIORDANI, José Acir Lessa, 2004, p. 21.

A despeito, contudo, do grau de evolução humanística representado pela adoção do sistema subjetivo de responsabilidade, o progresso tecnológico vivenciado ao longo do Século XIX fez pairar dúvidas sobre a capacidade do princípio vetor do sistema (a culpa) servir para as regras de responsabilidade civil, favorecendo que os juristas modelassem uma nova dinâmica sobre o dever de reparar.

Na verdade, foi justamente a estratificação da compreensão dos elementos pertinentes à configuração da culpa que fez com que a doutrina e a jurisprudência tivessem de abandoná-la quando a expansão das máquinas tornou quase impossível a aferição de tais elementos.

## **4** RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O desenvolvimento espantoso de certas atividades humanas, fruto de um complexo processo de industrialização, trouxe ao panorama jurídico dos primeiros anos do Século XX problemas que os autores do Código Napoleão jamais poderiam debruçar-se.<sup>27</sup>

Na sociedade agrária em que foi gestado e concebido o Código Civil Francês de 1804, era razoável conceber que o dever jurídico de reparar o dano tivesse fundamento, além dos elementos ditos objetivos (dano e nexos de causalidade), na própria subjetividade do indivíduo.

Contudo, com os novos avanços industriais e tecnológicos trouxeram consigo eventos danosos em proporções até então desconhecidas. Mesmo constatado o nexo de causalidade, não era possível aferir-se, com a exatidão requisitada pelos tribunais, a configuração da falta do dever de cautela (culpa).

---

<sup>27</sup> Sobre esse momento, as palavras de Arnoldo Wald: “[...] A revolução industrial transformou os dados da responsabilidade civil, que, de um dia para outro, dominou os tribunais, monopolizou os processos, fez convergir sobre ela os tratados e as monografias. A evolução tecnológica, as novas condições econômicas e a idéia da solidariedade social têm feito da responsabilidade civil o rumo das questões mais discutidas do direito privado contemporâneo. Suas numerosas aplicações têm ultrapassado todas as previsões. Inicialmente a prática e, depois, a doutrina se tem desenvolvido sob a pressão das necessidades da vida cotidiana. E, tendo feito tão depressa novas conquistas, a responsabilidade civil se vê proprietária de um campo imenso onde domina ainda a anarquia fecunda das grandes terras.” (WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no Direito francês e no brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 94-114, 2004. p. 99).

Elaboraram-se outros de responsabilidade civil, onde a vítima não fosse compelida a suportar tamanho ônus, que, como de regra, ocorria dentro do sentido subjetivo de responsabilidade. Nas atividades empresariais, primordialmente, o explorador deveria suportar o risco pelo exercício do negócio.<sup>28</sup>

Fomentava-se, assim, uma forma de responsabilidade que tivesse por lema o risco inerente à atividade que era desenvolvida, desobrigando, por conseguinte, a vítima de demonstrar o dolo ou culpa, já que seu fundamento deixava de ser o fato de que o responsável havia agido faltosamente. Por tal razão Karl Larenz lhe destaca o caráter de “refinada consciência de responsabilidade”, pois dela não se poderia eximir o criador do risco ainda que demonstrando toda sua diligência.<sup>29</sup>

Há aqui a presença de um outro fundamento moral, igualmente importante. Trata-se da razão de equidade que deve reinar entre o proveito decorrente do risco causado e o dever, por conseguinte, de se suportar os inconvenientes ocasionados por essa atividade:

Es justo que quien aprovecha las utilidades que produce una cosa corra por este simple hecho (sea o no conforme tal uso a las normas reglamentares que tienen por objeto prevenir los daños que pudieren causarse a los terceros), independientemente de que haya o no observado una conducta correcta, con los riesgos que de tal uso pudieren derivar-se.<sup>30</sup>

Se há o lucro de um lado, justo que, de outro, o beneficiário venha a garantir a reparação pelos percalços inerentes ao seu desempenho.<sup>31</sup> São facilmente perceptíveis as idéias de solidariedade e de justiça social irradiando efeitos nesse campo, como se pode inferir da análise que Louis Josserand faz da importância da inserção de regras, no Direito francês, que tratam desse tipo de responsabilidade:

<sup>28</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1994, p. 421.

<sup>29</sup> (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II. p. 664).

<sup>30</sup> BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1955. v. II. p. 189.

<sup>31</sup> VON THUR, Andrea. *Tratado de las Obligaciones*. Trad de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. I. p. 293.

Ce problème est un des plus pressants et des plus graves de ceux qui s'imposent au législateur: il s'agit, pour les pouvoirs publics, de faire à chacun sa place dans la communauté sociale, de fixer les limites dans lesquelles chaque individu pourra exercer impunément son activité: c'est la concurrence vitale qui est à ordonner, la vie en communauté qui est à aménager; en ce sens, on a pu dire, sans exagération, que les articles 1382 et suivantes contiennent le code de la sociabilité humaine.<sup>32</sup>

A adoção da responsabilidade objetiva representou, assim, o retorno ao modo primitivo de responsabilidade, paradoxalmente, para que fossem acomodadas as exigências de justiça às novas exigências do convívio social. Foi a doutrina desenvolvida, sobretudo, na França, através dos trabalhos de Raymond Saleilles e Louis Josserand, quem melhor enfocou o tema.<sup>33</sup>

O fundamento desenvolvido, especialmente por Josserand, foi o de que o art. 1.384 do Código Civil Francês permitiria concluir a existência de responsabilidade sem que fosse necessário indagar da existência de culpa do guardião da coisa inanimada, pelos danos que esta causasse a terceiros (fato da coisa).

Com efeito, o art. 1.384 do Código Napoleão, que disciplina a responsabilidade por fato de terceiro, era interpretado em conjunção direta com os arts. 1.385 (responsabilidade por fato de animal) e 1.386 (responsabilidade por ruína de edifício). Isso porque o “caput” do art. 1.384 destacava ser o nexó de imputação gerado, tanto por fato das pessoas, sobre as quais a lei determinava o dever de vigilância, como das coisas que alguém tinha sob sua custódia.

Como os casos dispostos no art. 1.384 aludiam apenas à responsabilidade por atos de terceiros, o entendimento natural que se seguiu foi o de que a referência ao fato da coisa era realizada em atenção aos artigos conseqüentes, que efetivamente dispunham sobre o assunto.

<sup>32</sup> JOSSERAND, Louis, 1933, p. 213.

<sup>33</sup> “A teoria do risco ou responsabilidade objetiva foi formulada em 1888, na Alemanha, por MATAJA, em 1894, na Itália, por ORLANDO, e em 1897, na França, quase simultaneamente, por SALEILLES e JOSSERAND, este último ex-Conselheiro da Corte de Cassação e ex-Decano da Faculdade de Direito de Lyon”. (GARCEZ NETO, 2000, p. 95).

O que Josserand procurou demonstrar foi que a referência ao fato da coisa não estava perfilhada apenas com os artigos que se seguiam, mas que constituía fundamento autônomo para a responsabilização de todo e qualquer dano decorrente de coisa que alguém tivesse sob sua guarda.<sup>34</sup>

Diante disso, a jurisprudência francesa passou a reconhecer a possibilidade de uso da presunção de culpa nas hipóteses de dano ocorrido por fato da coisa. Começava, assim, o movimento em torno da admissão, em definitivo, da responsabilidade objetiva, pois, aos poucos, embora mantendo a expressão *presunção de culpa*, os julgados da Corte de Cassação outra coisa não colacionam que a própria obrigação de reparar baseada na ausência de culpa:

Foi ela deslizando timidamente na jurisprudência apresentando-se como banal presunção de falta; parecia lógico que o guarda dum coisa inanimada tivesse a mesma responsabilidade que o guarda dum animal. A Corte de Cassação acolheu-se sem grande entusiasmo, permitindo primeiro ao guarda da coisa provar que não tinha cometido nenhuma falta, conservando assim a regra o seu caráter de regra de prova. Depois, sob a influência da doutrina e tomado dum espírito de lógica jurídica, a Corte de Cassação assinalou as duas presunções de falta dos arts. 1.384 e 1.385. Não permite ao guarda da coisa fazer prova da ausência de culpa; exigiu que ele, para livrar a sua responsabilidade, mostrasse que o acidente tinha sido motivado por uma causa estranha. Falava-se sempre em presunção. Tornada absoluta, ela só servia para disfarçar uma regra de direito. Houve casos em que o guarda, que não tinha decerto cometido nenhuma falta, não conseguia mostrar a verdadeira causa do prejuízo. Foi dado por responsável e a doutrina pôde então declarar que a responsabilidade deixava de assentar sobre a culpa.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> “En réalité, le remède n’était pas à inventer; il existait depuis 1804, il s’étalait dans la disposition générale du premier paragraphe de l’article 1384 qui commande à l’économie de tout le système de la responsabilité de plein droit et qui consacre formellement la responsabilité du gardien d’une chose quelconque, sans faire intervenir en aucune façon l’idée de faute; de même que le gardien d’un animal, celui d’une chose inanimée est constitué l’éditeur responsable des dommages causés par l’objet dont il a la direction et le contrôle et dont il est le représentant juridique. Les deux théories de la responsabilité du fait des animaux et de la responsabilité du fait des choses sont parallèles; elles sont incluses l’une et l’autre dans la formule générale de l’article 1384, §1, et si le législateur s’est occupé ensuite plus spécialement de la première en lui consacrant l’article 1385, c’est parce qu’il tenait à spécifier qu’elle ne prend pas fin lorsque l’animal s’est égaré ou s’est échappé, éventualités à peu près étrangères à la responsabilité du fait des choses inanimées” (JOSSERAND, Louis, 1933, p. 287).

<sup>35</sup> RIPERT, Georges, 2002, p. 210. Dos casos submetidos à apreciação da Corte de Cassação, costumam-se citar ainda, pela relevância, o “affaire” Jand’heur e o “affaire” Lathus, decididos, respectivamente, em 13 de fevereiro de 1930 e 05 de janeiro de 1956.

Já não havia razão de perseguir a culpa do autor do dano, em tais situações, pois ele muitas vezes tinha se conduzido com equilíbrio e diligência. O motivo do dano não residia nele e sim no maquinário. Foi preciso, assim, abandonar a noção de culpa (“faute”) para não deixar que um contingente imenso de pessoas ficasse desprovido de justa reparação.<sup>36</sup>

Trata-se de fenômeno típico dos primeiros quartéis do Século XX, em face dessas profundas mudanças. Do dia para a noite, mudavam-se os paradigmas sociais e econômicos. O Direito, de alguma forma, tinha que acompanhá-los. No plano dos contratos, por exemplo, o reflexo desse redirecionamento das estruturas sociais é observado pela superação do princípio da autonomia da vontade ante a inserção de institutos de conteúdo publicista, dentre eles o resgate da medievla cláusula “rebus sic stantibus”, agora sob o nome de teoria da imprevisão.<sup>37</sup>

Imprescindível, em uma sociedade cuja automação caminhava para o atingimento de níveis impensáveis apenas alguns anos antes, que o modelo de responsabilidade sofresse alguma mudança. A mudança veio. A princípio, com as presunções de culpa. Depois, sem o véu que lhe encobria a configuração plena, sem subterfúgios, revelou-se por completo na forma objetiva.

A teoria do risco tem por esteio a idéia de que toda atividade faça nascer para alguém um risco, tornando seu autor responsável pelos prejuízos causados, independentemente da análise de sua diligência subjetiva. Como destaca Phillippe Le Tourneau, na teoria do risco está inerente o valor *solidariedade*, notadamente fundamentada num preceito de justiça básico: se o ser humano atua visando ao lucro ou mesmo ao simples prazer, deve reparar todos os danos que seu agir possa causar a terceiros.<sup>38</sup>

Risco outra coisa não vem a ser que o perigo, possibilidade de existência de dano plausível, sem dependência da vontade dos seres humanos.<sup>39</sup> Quem é senhor de maquinário capaz de causar danos a terceiros, não pode alegar falta de culpa para se eximir da obrigação de reparar, porquanto se colocou em posição intrinsecamente nociva para os membros da sociedade, embora tenha procurado acautelá-lo de todos os modos para evitar o acidente.

<sup>36</sup> Nesse sentido: PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado Practico de Derecho Civil Frances: las obligaciones*. Trad. Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946. t. VI. p. 667.

<sup>37</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 32-33.

<sup>38</sup> LE TOURNEAU, Phillippe, 2003, p. 16.

<sup>39</sup> CAVALIEIRI FILHO, Sérgio, 2002, p. 363.

No texto do Código Civil de 2002, figuram genericamente como riscos passíveis de configurar a responsabilidade objetiva o de atividade, na forma do parágrafo único do art. 927, e o de empresa, nos moldes do art. 931.<sup>40</sup>

A doutrina, por sinal, distingue vários tipos de risco. Sérgio Cavaleiri Filho cita os seguintes: a) risco proveito, designando que aquele que tira proveito com a atividade, deve suportar os eventuais danos que, em virtude dela, sejam causados a terceiros; b) risco profissional, gerado em virtude da profissão do ocasionador do dano; c) risco excepcional, “decorrente de risco que escapa da atividade comum do lesado, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça; d) risco criado, ensejado em razão de uma atividade ou profissão e; e) risco integral, “modalidade extremada da doutrina do risco, que obriga a indenizar até em casos de inexistência de nexo de causalidade”

Realmente, numa feição ainda mais absoluta, a doutrina da responsabilidade objetiva atinge o formato da responsabilidade agravada, onde o risco (perigo) resultante das atividades desenvolvidas é de tal forma sensível aos interesses sociais que ainda subsistiria o dever de indenizar diante de certos eventos aptos a romper ou interromper o nexo causal. “Aqueles casos fortuitos e de força maior que puderem ser considerados riscos típicos da atividade não excluirão a obrigação de indenizar”.<sup>41</sup>

A idéia de responsabilização objetiva, atualmente, é marcada pela coletivização do risco, surgindo, assim, o entendimento de que o autor deve dar à vítima um seguro pelos danos que lhe foram causados.

A coletivização do risco estaria, de acordo com seus partidários, em perfeita consonância com a disciplina objetiva da responsabilidade civil. A coletivização seria implementada pelos chamados *fundos de garantias*, ou com a transposição da figura do responsável para a do garantidor, marcando de modo indelével o retorno do sistema de responsabilidade individual para o grupal.<sup>42</sup>

Quando a responsabilidade era pautada em requisitos puramente subjetivos, considerava-se imoral a possibilidade de o agente lesivo transferir para a

<sup>40</sup> *Idem ibidem*, p. 166-169.

<sup>41</sup> NORONHA, Fernando, 2003, p. 638.

<sup>42</sup> LE TOURNEAU, Phillippe, 2003, p. 19.

seguradora os encargos que sua falta ocasionaram.<sup>43</sup> Imoral e injusto, agora, seria deixar que alguém, que vive em sociedade, fique desamparado porque o responsável não possui patrimônio para ressarcir-lhes os danos causados. Os primados de solidariedade social compeliriam para o enfrentamento das situações de desamparo social, não apenas em relação aos casos já comuns às normas previdenciárias, mas também para os casos em que sofre intervenção antijurídica em seu patrimônio.

Compreende-se o fascínio da nova doutrina diante das potencialidades reveladas pela coletivização da responsabilidade civil. Questões que usualmente dificultam a rápida resolução de conflitos nessa seara desaparecem com facilidade diante da superação do paradigma de que o autor do dano, ou quando muito, o responsável por ele, é quem deve pagar a indenização.

A insuficiência patrimonial da parte obrigada à reparação do dano, ou pelo menos o receio de uma considerável diminuição, faz com que ela opte pela via litigiosa e, não raro, vale-se de todos os recursos e prazos de defesa que a lei processual lhe garante para protelar o pagamento da indenização.

Os fundos de garantia, espécie mais evoluída da qual os seguros obrigatórios constituem forma embrionária, propiciariam uma maior capacidade econômica para o suporte de eventuais custos de indenizações. Os seguros obrigatórios, por sua vez, já se constituem como realidade jurídica em muitas legislações, sendo sua função, de forma idêntica, garantir a solvabilidade dos responsáveis através da constituição de prêmios preventivamente estabelecidos.<sup>44</sup>

O modelo de responsabilidade objetiva, contudo, não é infenso a críticas, mesmo em dias atuais, pois o tom às vezes excessivo de como vem a ser enunciada, pode gerar certa imobilidade nos empreendimentos econômicos:

---

<sup>43</sup> *Idem ibidem*, p. 546

<sup>44</sup> “Assim foi a responsabilidade objetiva (isto é, independente de culpa) que provocou o desenvolvimento dos seguros de responsabilidade. [...] Quando era o responsável que tinha de suportar todo o peso da reparação, os juízes eram naturalmente mais comedidos no arbitramento de indenizações. Quando, porém, esta passou a poder ser diluída por toda uma comunidade, através dos prêmios que as pessoas sujeitas ao risco pagam, o juiz também ficou com melhores condições de atentar para a situação do lesado, garantindo-lhe mais completa reparação.” (NORONHA, Fernando, 2003, p. 547).

La responsabilité subjective, indissociable de la liberté, facilite l'esprit d'initiative et pousse à l'action. Au contraire, la théorie du risque incite à l'immobilisme car l'homme d'action est toujours amené à «prendre des risques». Qui veut les éviter n'agira jamais. C'est un dangers courus actuellement par certains pays occidentaux (dont la France), miné par le fantasme du «risque zéro». Privilégier la sécurité ruine la liberté d'action. Les conséquences fâcheuses sont évidentes. L'immobilisme et l'inertie sont économiquement et socialement (chômage) ruineux. Un État vivant laisse les individus agir librement, avec le minimum de règles et de contrôles (mais qui sont indispensable en vue de garantir le respect du bien commun: le libéralisme absolu est dangereux).<sup>45</sup>

Parte da doutrina francesa reage, entretanto, veementemente contra a idéia de que a responsabilidade civil deveria traduzir essa função de solidariedade, pois, assim, estaria perdido todo o sentido de punição inerente ao nascimento do dever de reparar. Patrocinando essa orientação, leciona André Tunc que, “nesse contexto, a responsabilidade civil perde ao menos uma de suas funções tradicionais: a indenização da vítima. Ela não tem outra regra que punir um responsável ou bem, em uma abordagem mais moderna do problema, de ser um meio de luta contra as atitudes e atividades anti-sociais. Mas, por lá mesmo, no domínio dos danos corporais, sua existência é ameaçada”.<sup>46</sup>

Não se deve pensar, finalmente, que o recurso à teoria do risco elimina por completo as elementares da responsabilidade subjetiva, que continuam a ter incidência em determinados aspectos da responsabilidade objetiva.

---

<sup>45</sup> LE TOURNEAU, Philippe, 2003. p 11. Tradução livre: “A responsabilidade subjetiva, indissociável da liberdade, facilita o espírito de iniciativa e impele à ação. Ao contrário, a teoria do risco incita ao imobilismo porque o homem de ação é sempre conduzido a ‘aceitar riscos’. Quem os quer evitar não agirá nunca. É um perigo por que passam atualmente certos países ocidentais (inclusive a França), minada pelo fantasma do ‘risco zero’. Privilegiar a segurança arruína a liberdade de ação. As conseqüências desagradáveis são evidentes. O imobilismo e a inércia são econômica e socialmente (paralisação do trabalho) ruinosos. Um Estado vivo deixa os indivíduos agirem livremente, com um mínimo de regras e de controles (mas que são indispensáveis a fim de garantir o respeito do bem comum: o liberalismo absoluto é perigoso)”.

<sup>46</sup> TUNC, André, 1989, p. 31.

Como demonstra Philippe le Tourneau, mesmo diante de hipóteses de responsabilidade objetiva, não se descarta o uso de certos paradigmas jurídicos que são inerentes ao conceito de culpa. Inicialmente, não se pode perder de vista que o recurso à culpa exclusiva da vítima como fator inibidor da causalidade não representa outra coisa que admitir situação de negligência, imprudência ou imperícia motivada pela pessoa que sofreu o dano.<sup>47</sup>

Além disso, o risco, fundado na idéia de reparação devida apenas porque algo foi efetuado de modo anormal, também não escapa da suposição de que sua configuração subjaz, em última análise, no estudo intelectual de tal anormalidade em consonância com a previsibilidade ordinária da ação (ou omissão, sendo a hipótese) praticada.

Lembra-se, igualmente, que a incidência de situações de *caso fortuito* encontrarão alicerce não em suposição objetiva e sim na falta de previsibilidade do acontecimento. Nesse sentido, afirmam Planiol et Ripert:

[...]el autor de un daño no es responsable cuando su acto ha sido producido por fuerza mayor o caso fortuito. La noción de los sucesos constitutivos de estas categorías es igual en materia contractual. El caso fortuito y la fuerza mayor no puede definirse, fundamentalmente, sino en contraposición con la culpa. Solamente pueden ser constitutivos de uno u otra, aquellos acontecimientos que el autor del daño no podía o debía prever o impedir o repeler al tiempo de su realización.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> “Plus généralement, la plupart des responsabilités objectives restent en partie inspirées par la faute, car leur pierre de touche est l’anormalité. Chacun est responsable des dommages anormaux causé non seulement par son comportement ou les personnes sur lesquelles il exerce une autorité, mais encore par les choses dont il a la garde. Or l’anormalité n’est pas normalement neutre” (*Idem ibidem*, p. 13-14). Tradução livre: “Mais geralmente, a maior parte das responsabilidades objetivas são em parte inspiradas pela culpa, porque sua pedra de toque é a anormalidade. Cada um é responsável pelos prejuízos anormais causados não somente por seu comportamento ou as pessoas sobre as quais se exerce uma autoridade, mas ainda pelas coisas de que se tem a proteção. Ou a anormalidade não é normalmente neutra”.

<sup>48</sup> PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges, 1946, p. 781

Para resolver esse impasse, a doutrina e a jurisprudência alemãs recorrem, em matéria de exclusão de responsabilidade, há muito tempo à possibilidade de concorrência, não propriamente de culpa, pois de culpa não cuida a responsabilidade objetiva, mas de balanceamento entre a conduta da vítima e a medida de risco da atividade assumida pelo autor do dano. Emprega-se, para tanto, o art. 254 do BGB, que, por ter adotado redação mais apropriada ao princípio geral revogou tal disposição da anterior Lei de Responsabilidade Civil alemã (HaftpflichtG).

Com isso se conseguiria, através de uma regra de imputação objetiva (sem a dependência, portanto, de qualquer dado baseado na previsibilidade do agente) chegar a uma apreciação ponderada entre o risco desenvolvido pelo agente (que justifica a aplicação da responsabilidade sem culpa) e a causa de exclusão (elisiva de tal responsabilidade).

Nada obstante as críticas que foram e ainda são projetadas contra a idéia da responsabilidade objetiva, ainda em contemplação reverencial à importância da conduta interna do agente, seria por completo incongruente deixar de reconhecer seu elevado valor dentro da evolução dessa disciplina jurídica.

O movimento pendular da história também aqui se manifesta, fazendo com que a também confiança excessiva nas vicissitudes da responsabilidade objetiva para a solução de todos os problemas atinentes à configuração do dever de reparação civil seja refreado sempre que sua adoção se revele de teor draconiano.

Assim, a opção legislativa sobre qual modalidade de responsabilidade deva ser empregada, apresenta-se dentro de um conflito dialético entre garantir a reparação eficaz à vítima, em virtude da própria situação em que socialmente está situada, e a manutenção de um regime de responsabilidade que procure nas origens anímicas da conduta a razão para o dever de reparar.

Conforme a circunstância, tanto uma como outra podem revelar-se inapropriadas, motivo pelo qual não se pode predicar a nenhuma delas isoladamente a capacidade de fornecer uma resposta satisfatória para a ciência do Direito. Conforme a peculiaridade da situação, deverá o legislador optar pela forma objetiva, ou, ao contrário, continuar fiel aos ditames da responsabilidade baseada na culpa.

Tudo irá depender do tipo de relação jurídica que se deseja proteger, na verdade de qual das partes na relação jurídica o legislador opta por dar maior garantia. Se nos casos de atividades de risco, a parte mais frágil deve ser protegida de modo mais intenso, com vistas a minimizar a diferença social ou econômica que se entremostra, o mesmo não se poderá dizer diante daquelas situações onde ainda o homem simples se põe ao lado do outro, quando apenas o estudo do mecanismo volitivo de cada um poderá fornecer uma solução adequada - e justa - para o dano ocasionado.

# Bibliografia

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità Civile*. 3. ed. atual. por Pietro Maria Putti. Milano: Giuffrè, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARISTÓTELES. *Da Geração e da Corrupção*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de Droit Civil Français*. 4<sup>ème</sup> ed. Paris : Librairie Générale de Jurisprudence, 1871. t. IV.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 24, p. 30-46, 2003.

COMPAGNONI, Francesco et alli (dir.). *Dicionário de Teologia Moral*. Trad. de Lourenço Costa, Isabel F. L. Ferreira, Honório Dalboscolo. São Paulo, Paulus, 1997

COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1970. vol. II.

DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général : effets des obligations*. Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1931. t. IV.

\_\_\_\_\_. *Traité des Obligations en Général: source des obligations (suite et fin)*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925. t. V.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. vol. I e II.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo : Saraiva, 2003. vol. III.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Positif Français: théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les suretés*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933. t. II.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II

LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilité Civile*. Paris: PUF, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: obrigações em geral*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. vol. II.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. t. I, vol. I; t. II, vol. I.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil : les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*. 5<sup>ème</sup> éd. Paris :

Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1909. t. II.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado Practico de Derecho Civil Frances: las obligaciones*. Trad. Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946. t. VI.

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français: les sources de la responsabilité civile*. 2ème. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. I.

TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. IV.

VON THUR, Andrea. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. I.

WALD, Arnoldo. A Evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito francês e no brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 26, p. 94-114, 2004.

# Ética e Direito

José Feliciano de Carvalho

Advogado; ex-presidente da Ordem dos  
Advogados do Brasil - Seção Ceará.



# Ética e Direito

Ética e Direito é tema sobre o qual discorrerei. Desenvolverei as minhas reflexões em duas etapas: a primeira sobre o homem e o tempo na construção do direito e da justiça. Na segunda, sobre a ética e moral na realização da justiça.

■ ■ O homem e o tempo na construção do direito e da justiça - é de sabença geral o trajeto do homem pelo planeta, desde as cavernas ao *homo sapiens*, quando se conscientizou de sua inteligência e intuiu de sua liberdade para vencer os obstáculos da natureza, fazendo seu abrigo e descobrindo o fogo.

1.1 – Os conglomerados humanos já tomavam forma de cidades há cerca de 3.500 anos antes de cristo e do seu contexto social emergiam os guerreiros com suas primitivas armas para defesa do grupo social, surgiam os construtores de suas mansardas, os que dominavam a utilização da água, e aqueles, que com sua sabedoria, aprenderam a interpretar os fenômenos naturais e se tornavam seus sacerdotes e seus primeiros juízes.

1.2 – Da sabedoria ágrafa transmitida pela experiência de geração em geração, o homem inventa a escrita e seus sinais, já por volta de 3000 anos antes de cristo, em pontos bem distantes do globo – no oriente próximo e no longínquo ocidente.<sup>1</sup>

1.3 – O ponto nuclear do desenvolvimento intelectual do homem está na sua *conduta*, isto é, no seu procedimento moral revelado nas atitudes de sua convivência coletiva. bem diferente do *modus vivendi* dos demais seres vivos. de fato, os de escala inferior, apenas, se movem e de deixam conduzir. a rotina dos formigueiros e das colméias, tem sido sempre a mesma, há milênios, sem a mais mínima possibilidade de alteração. mas, o homem tem consciência da sua liberdade para tomar suas próprias decisões, de fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouver ao sabor de sua vontade, para evitar o perigo ou para escolher o que de melhor encontrar ao seu conforto. essa sua postura entre os demais semoventes da natureza é que lhe dá lugar de destaque como ser social dominador.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Apud Gabriel Valle, in *Ética e Direito*, p. 34/35, 1ª. Ed. 1999, Síntese Editora.

<sup>2</sup> Cfr. Miguel Reale, in *Uma Nova Ética para o Juiz*, p. 131, de Coordenação de José Renato Nalini 1994, Revista dos Tribunais.

1.4 – Na convivência de seus embates internos e para sua sobrevivência no combate com grupos sociais estranhos ao seu, o homem sentiu necessidade de estabelecer regras de conduta para o respeito mútuo e para fixar uma hierarquia de comando com autoridade de chefe, mas, os interesses do grupo estariam acima do interesse individual. A defesa geral se constituía obrigação de todos em prol do bem comum.

1.5 – Os costumes do grupo social evoluíram de simples paradigmas de convivência para a estruturação de comandos mais sólidos. Princípios morais de origens místicas, sobretudo, formaram a primeira base de respeito ao aprendizado que se transmitia de pai a filho, de geração à geração, não só no que concernia a hábitos domésticos, ao culto dos mesmos deuses, à forma de alimentação, ao cultivo da terra e aos pactos de guerra.

1.6 – Por ser o homem eminentemente gregário, da sua convivência social fez exsurgir o direito – fenômeno social de sua própria cultura – com suas regras e suas sanções. O adágio popular sintetiza muito bem esse extraordinário acontecimento da evolução cultural da humanidade – *ubi est societas, ibi ius* – onde houver sociedade, aí estará o direito.

1.7 – O termo direito – do latim arcaico *derectum*, passando pelo latim popular *directum*, significa o que é certo, o que é reto, o que é direito. No plano moral, quer dizer o que é decente, o que é honrado, o que é leal, o que é honesto, o que é justo sobretudo.

1.7.1 – Muito antes dos códigos escritos, a comunidade já havia definido várias condutas anti-sociais, que repugnavam a tolerância do grupo, tais como o furto, o estupro e o homicídio já eram tidos como crimes bem antes que os legisladores assim os definissem. São os crimes eternos, por excelência. o direito escrito aparece, primeiro, nos livros sagrados:

No código de manu, que, segundo uma velha lenda indiana, é filho de brahma e pai da humanidade a quem “*é atribuído o mais popular código de leis reguladoras da convivência social*”<sup>3</sup>. Contém regras de direito civil, de direito penal, é político e religioso, de cerca de 2000

<sup>3</sup> CÓDIGO DE MANU – EXCERTOS, p. 45, supervisão editorial de JAIR LOT VIEIRA, 1ª. ed. 1994, EDIPRO Edições Profissionais Ltda.(São Paulo).

anos antes de cristo e que vigorou na india.<sup>4</sup> No pentateuco, ou torah, o código dos hebreus compreendendo o gênesis, o êxodo, o levítico, o números e o deuterênômio. no êxodo está o relato do deus uno entregando a moisés as tábuas da lei.<sup>5</sup> no código de hammurabi, conjunto de regras de estrutura teocrática, da babilônia, estruturado por volta de 1694 antes de cristo<sup>6</sup>, através do qual os sumérios, ainda hoje, continuam na memória dos cultores do direito das obrigações.

Na teoria da imprevisão que a idade média cunhou na expressão : *“contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur”* (os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas’).<sup>7</sup>

1.7.2 – Ressalte-se, a contribuição do oriente médio, com sua enorme importância histórica, por ter sido o lugar onde teve início a civilização humana. Mansour challita, extraordinário intelectual libanês e que, no brasil, por 15 anos, foi embaixador no brasil da liga dos estados árabes, afirma que nossa civilização tem suas raízes nas grandes civilizações nascidas naquele rincão do mundo. Diz ele que ali foi erguido o primeiro templo e promulgado o primeiro código.<sup>8</sup>

1.7.3 – de fato, a lei mosaica surgiu do monte sinai das mãos do profeta moisés e de outro monte o maior de todos os profetas, aquele que mudou a era do mundo, proferiu o sermão da montanha em que prega o perdão e exalta os que têm sede de justiça. Naquela mesma região, maomé teve a visão do anjo gabriel para a criação do alcorão que é o estatuto moral e religioso, é direito penal, civil e comercial para vários milhões de seres humanos de língua árabe.<sup>9</sup>

1.7.4 – Na informação de gabriel valle, na Grécia antiga a deusa Diké teria descido do céu para ensinar direito aos homens, ainda que, Dracon, no século VII antes de Cristo, tivesse que codificar as leis antigas combatendo os abusos da vingança.<sup>10</sup> Os romanos,

<sup>4</sup> PEDRO NUNES, in Dicionário de Tecnologia Jurídica, 13ª. ed. p. 233, Editora RENOVAR.

<sup>5</sup> BÍBLIA SAGRADA, Editora BARSÁ, 1969.

<sup>6</sup> CÓDIGO DE HAMMURABI, tradução de E. Bouzon, 5ª. Edição, 1980, Editora Vozes

<sup>7</sup> OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR, in REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS, p.51, Editora ATLAS, 2002.

<sup>8</sup> MANSOUR CHALLITA in Esse Desconhecido Oriente Médio, 2ª. ed., 1991, Editora Revan,

<sup>9</sup> Mansour Challita, in ob. cit. p. 43.

<sup>10</sup> GABRIEL VALLE, in ob. cit. p. 81.

por seus decênviros, inspirados por elementos colhidos dos legisladores gregos, baixaram o corpo de leis mais importante da antiguidade ocidental – a lei das xii tábuas – com normas de direito privado a direito público plasmadas em regras de conteúdo excessivamente rigoroso.<sup>11</sup>

- 1.7.5 – Na verdade, os romanos foram os responsáveis pela tradição codificadora do direito, como conjunto de normas posto à regulação dos interesses dos cidadãos e do estado romano. O *ius civile* e o *ius gentium*, o primeiro tratando dos direitos do cidadão romano e o segundo dos direitos dos estrangeiros, muitos deles trazidos como escravos para roma oriundos dos povos vencidos por suas legiões guerreiras que impunham aos dominados o idioma latino e o direito romano.
- 1.7.6 – Como se observa, o direito se impõe como sendo um conjunto de normas ou leis destinado ao bem comum dos integrantes da sociedade, compondo o patrimônio subjetivo de cada individuo e se tornando a essência da própria justiça. as normas ou leis naturais estão destinadas a manter o controle de todas as atividades humanas, com seus princípios, suas regras, de modo a que possam assegurar a vida harmônica e o respeito no contexto social.
- 1.7.7 – O direito não teria qualquer serventia se não houvesse a sua materialização prática, sua aplicação objetiva, que só acontece através da justiça. A busca do justo se tornou a questão *sine qua non* da convivência social, tendo como suporte os princípios resultantes da ciência jurídica. Na conferência que Rudolf Von Ihering pronunciou na primavera de 1872 na sociedade jurídica de viena, publicada com o título de a luta pelo direito, no seu prefácio ele afirma, *in verbis*: “o que tive em mente não foi a divulgação do conhecimento científico do direito, mas antes a promoção do estado de espírito em que este há de buscar sua energia vital, e que é o que conduz à atuação firme e corajosa **do sentimento de justiça**”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> PEDRO NUNES, in ob. cit. p. 686.

<sup>12</sup> RUDOLF VON IHERING, in A LUTA PELO DIREITO, p. 17, Martin Claret, 2003.

1.7.8 – Na realização da justiça o direito é pura técnica, como lei, como normas. É a *essência da técnica jurídica* de que trata Hans Kelsen em obra que publicou sob título o que é justiça? Na qual<sup>13</sup> expõe que “*a convivência de seres humanos é caracterizada pelo fato de que sua conduta recíproca é regulamentada. A convivência de indivíduos, em si um fenômeno biológico, torna-se um fenômeno social pelo próprio fato de ser regulamentada. A sociedade é a convivência ordenada, ou, mais exatamente, a sociedade é o ordenamento da convivência de indivíduos*”. E acrescenta, assim: “*para o indivíduo a ordem surge como um complexo de regras que determinam como o indivíduo deve conduzir-se em relação a outros indivíduos. tais regras são chamadas normas*”.

1.7.9 – A conduta de um indivíduo para com outro, no contexto social, no pugilato dos conflitos levados à justiça, tem também um forte contributo moral. Se é certo que postulados éticos têm feição eminentemente de ordem moral, sem coercividade, os princípios jurídicos trazem em si a força coerciva que os distingue daqueles. é oportuno que, neste passo, se chame à colação a palavra de Kelsen que, na mesma obra, diz que “*embora reconhecendo o direito como a técnica social específica da ordem coercitiva, podemos compará-lo com outras ordens sociais que, em parte, perseguem os mesmos objetivos que o direito, mas por meios diversos. O direito é meio social específico, não um fim. o direito, a moralidade e a religião – todos os três proibem o assassinato. mas, o direito faz isso provendo que: se um homem comete assassinato, outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino, certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. a moralidade limita-se a exigir: não matarás.*”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> HANS KELSEN, in O QUE É JUSTIÇA, p. 224 e 230, Martins Fontes, 1997.

<sup>14</sup> HANS KELSEN, in ob. cit. p.230.

É a distinção entre um princípio moral e uma norma jurídica. Se um filho não cumprimenta o pai ao encontrá-lo, malfero-o pela descortesia, que é uma ofensa moral para a qual não existe cominação legal; mas, se lhe causa uma lesão corporal, comete crime pelo que poderá ser punido.

1.7.10 – Chaïm perelman, o filósofo de bruxelas e um dos maiores filósofos do direito do século XX,<sup>15</sup> ao tratar de direito e moral, ensina: ” *tradicionalmente, os estudos consagrados às relações entre o direito e a moral insistem, dentro de um espírito kantiano, naquilo que os distingue: o direito rege o comportamento exterior; a moral enfatiza a intenção, o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos, o direito estabelece obrigações sancionadas pelo poder, a moral escapa às sanções organizadas.*

*Os juristas, descontentes com uma concepção positivista, estatística e formalista do direito, insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa-fé, a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado”.*

O professor Alain Lempereur ao fazer a apresentação da obra de perelman – ética e direito – enfatiza que o filósofo belga põe sob enfoque a análise da ética em face do direito vivo que nasce e se desenvolve no processo perante a justiça, ou seja, “*o direito tal como é praticado, é o que nasce da controvérsia, no processo, e se cristaliza nas decisões do juiz*”, acrescentando que “*perelman restabelece os vínculos com o gênero judiciário, que a antiga retórica valorizava*”..<sup>16</sup>.

1.7.11 – À luz desse raciocínio – o direito tal como é praticado no processo – permite pôr à prova todo o acervo da cultura humana no trato dos interesses dos preliantes em face do estado-jurisdicional em busca de uma decisão do juiz. no cotejo do trâmite processual são postos em confronto não só as normas jurídicas, como todos os princípios da ética que a

<sup>15</sup> CHAÏM PERELMAN, in ÉTICA E DIREITO, p. 298 a 299, Martins Fontes, 1996.

<sup>16</sup> ALAIN LEMPEREUR no prefácio de ÉTICA E DIREITO, de CHAÏM PERELMAN, já cit.

lei do processo exige dos litigantes e do próprio juiz. ao lado da liberdade, há todo um aparato de lealdade e de sinceridade exigido por lei nos conflitos judiciais. não é só o direito como ciência, como a mora como fundamento honorífico do litígio, que se busca. “*Se o direito é um instrumento da justiça, nem a técnica nem a ciência bastam para manejá-lo*”, como ensinava o clássico francesco carnelutti<sup>17</sup>, porque, na prática, a aplicação viva do direito se faz através da justiça distribuída por um ser humano – o juiz – a quem o sistema jurídico incumbe o grave mister de desatar a controvérsia entre as partes desavindas em busca de uma sentença.

1.7.12 – É nesse embate judicial, que se trava a luta pelo direito, de que fala ihering, mas é aí em que resplandece a conduta do advogado como profissional do direito, pondo em risco sua capacitação intelectual, a sua conduta pessoal e seu tirocínio técnico-jurídico, nos lindes tênues de uma postura ética à toda prova. de um lado o direito do cliente que patrocina; do outro, como adversário, a resposta da parte contrária que também tem seu advogado. nesse afã, no exercício dessa difícil tarefa eminentemente intelectual, o advogado há de manter de pé a sua crença no direito que defende e na justiça que busca.

O fenomenal eduardo couture<sup>18</sup>, na sabedoria de sua profunda erudição, nos seus mandamentos do advogado pregava: “*cada advogado, em sua condição de homem, pode ter a fé que a sua consciência lhe indique. Porém, na sua condição de advogado, deve ter fé no direito, porque até agora o homem não encontrou, em sua longa e comovente aventura sobre a terra, nenhum instrumento que melhor lhe assegure a convivência*”.

O 8º mandamento do seu decálogo está composto em texto possuído de grave emoção e de sério conteúdo ético. “*Tem fé. Tem fé no direito como o melhor instrumento para a convivência humana; na justiça, como destino normal do direito; na paz, como substitutivo benevolente da justiça; e, sobretudo, tem fé na liberdade, sem a qual não há direito, nem justiça, nem paz*”.

<sup>17</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, in COMO NASCE O DIREITO, p. 60, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, 1ª. edição, Editora RUSSELL, Campinas-SP, 2.004.

<sup>18</sup> EDUARDO COUTURE, in OS MANDAMENTOS DO ADVOGADO, p.63, Sérgio FabrisEditor, tradução de Ovídio <sup>a</sup> Batista da Silva e Carlos Otávio Athayde, Porto Alegre, 1999.

Os eruditos, como José Nedel, professor de filosofia do direito, na faculdade de direito da pontifícia universidade católica do rio grande do sul, ensinam que a “*filosofia do agir, ou filosofia moral, é a organização do saber normativo da atividade livre do homem, em direção ao seu fim último bem supremo. Visa à elucidação das condições do aperfeiçoamento do homem tout court, do homem enquanto tal, do homem como homem*” e que o direito como ciência integra o quadro das ciências práticas<sup>19</sup>. A ética é ciência da moral.

## ■ ■ ÉTICA E MORAL NA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

2.1 – O objeto da ética é a moral. A moral (lat. mores = costumes) é a parte da filosofia que trata do bem, dos bons costumes essenciais para vida social do homem. é o conjunto de normas de conduta humana conforme a virtude. a moral é componente indispensável ao conteúdo do direito.

2.2 – A deontologia é a ciência dos deveres, em contraposição à diceologia que é a teoria dos direitos e integram o estudo da ética. a ética é a ciência dos costumes, ou como ensina o professor miguel reale: a “ética é a ciência normativa da conduta”, que só o ser humano é capaz de ter. José Renato nalini, o mais importante teórico do estudo da ética no brasil, define que “*ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. é uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio. o objeto da ética é a moral. a moral é um dos aspectos do comportamento humano. a expressão deriva da palavra romana mores, com o sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática*”.<sup>20</sup>

2.3 – É a ciência que estuda os atos da conduta humana no contexto social com fundamento na lealdade e na decência, na lisura de atos e na dignidade de postura, de tal forma que a verdade paire acima das paixões e dos interesses escusos.

<sup>19</sup> JOSÉ NEDEL, in *ÉTICA, DIREITO E JUSTIÇA*, Coleção: FILOSOFIA 74, EDIPURS, Porto Alegre, 1998.

<sup>20</sup> JOSÉ RENATO NALINI, in *Ética Geral e Profissional*, p. 30, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- 2.4 – A ética é a condição indispensável a uma vida honrada. e a lealdade é a sua principal virtude e o núcleo de sua própria essência.
- 2.5 – A preocupação com o estudo da ética ultrapassa os milênios e já preocupava a erudição da antiguidade clássica da grécia, de cuja contribuição ninguém pode furtar-se ao tratar da matéria..
- 2.6 – Aristóteles, admitido ainda jovem como discípulo da academia de platão, que aos 41 anos foi designado por felipe da macedônia para preceptor de alexandre magno, é fonte inesgotável da sabedoria da humanidade, dizia que a ética não é ciência porque não pode ser ensinada. Ao seu filho nicômaco, nascido do seu segundo casamento do herpile de estagira, dedicou um dos seus trabalhos sobre ética, ainda hoje editado em toda parte do mundo.<sup>21</sup> Robison Baroni<sup>22</sup>, em sua cartilha de ética profissional do advogado, cita o estagirita assim: “... *este estudo não é teórico como os outros, pois estudamos não para saber o que é a virtude, mas para sermos bons, que de outra maneira não tiraríamos nenhum benefício dela. (livro ii da ética a nicômaco).*”
- 2.7 – Miguel Reale, um dos o mais importantes jus-filósofos vivos do planeta, ensina que aristóteles, no oitavo livro da ética a nicômaco. “*Desenvolve sua teoria da justiça e ele “começa por dizer que o qualificativo de injusto se aplica a duas espécies de indivíduos 1) àqueles que desobedecem à lei: 2) àqueles que querem receber mais que sua parte” ou seja, a parte, que por direito lhes deferia ser concedida”.* Por oposição, o justo é o que obedece a lei e o que se contenta com sua parte”.<sup>23</sup>
- 2.8 – Baruch Spinoza, ou *benedictus de spinoza*, como costumava assinar seus escritos, famoso filósofo polidor de lentes de amsterdã, também se preocupou com o tema da ética que ele desenvolveu em estilo hermético desde a definição de deus, passando pelos caminhos em busca da liberdade da alma à potência da razão.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> ARISTÓTELES in A ÉTICA, EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1ª. ed. 1996, S. Paulo.

<sup>22</sup> ROBISON BARONI, in Cartilha e Ética Profissional do Advogado, 3ª. ed. LTr Editora Ltda, p.23.

<sup>23</sup> MIGUEL REALE, in ob. Ct. p. 24.

<sup>24</sup> BARUCH SPINOZA, in a ÉTICA, tradução de Livio Xavier, Editora Tecnoprint S/A – EDIOURO/50342.

A história do mundo está sendo escrita em vertiginosa velocidade, no campo das ciências, das descobertas, dos milagres da internet, de permeio às viagens espaciais, no milagre da vida gerada em laboratórios, em clonagem de seres vivos, na longevidade do homem, na fluidez das notícias, na premonição dos furacões e ciclones, na devastação dos segredos varados pelo olho espião dos satélites comerciais, na fascinação do computador e na epidemia dos celulares. o hoje se transmuda no ontem na rapidez de um átimo. o homem só não conseguiu, até agora, a fórmula mágica de ser solidário consigo mesmo, de respeitar outro homem, de não ser o pior e o mais cruel predador da natureza. o terror passou a ser a postura ética do ser humano, para desencanto da humanidade.

2.9 – A palavras proféticas do mestre José Renato Nalini merecem reflexão profunda, neste começo de milênio: *“entretanto, nunca foi tão necessário, como hoje se mostra, reabilitar a ética. A crise da humanidade é uma crise moral. Os descaminhos da criatura humana, refletidos na violência, no egoísmo e na indiferença pela sorte do semelhante, assentam-se na perda dos valores morais. De nada vale reconhecer a dignidade da pessoa, se a conduta pessoal não se pautar por ela. se vier a ser recomposto o referencial de valores básicos de orientação do comportamento, será viável a formulação de um futuro mais promissor para a humanidade ainda evolvida no drama da insuperação das angústias primárias. esse o papel da **ética** no limiar do terceiro milênio”*.<sup>25</sup>

2.10 – De todos os que lutam pela vida e pela vida dos direitos, os advogados estão na linha de frente dessas terríveis incógnitas, por terem como matéria prima do seu ofício o trato dos interesses pessoais dos seus clientes, no conflitos que envolvem bens materiais e bens morais, quase sempre levados ao desate das decisões judiciais.

2.11 – Os velhos crimes repugnados pela moral primitiva do homem das cavernas continuam a serem cometidos com a mesma crueldade, acrescidos de outros delitos, criados pela mente poderosa dos meios da modernidade, a clonagem dos cartões de crédito, a movimentação criminosa de saldos bancários através de fraudes eletrônicas antes nunca imaginadas, além de outros que só a mente humana é capaz de urdir e executar.

<sup>25</sup> JOSÉ RENATO NALINI, IN *Ética Geral e Profissional*, p. 30.

- 2.12 – A justiça, como poder, é o centro de apreciação de todas essas angústias, desde os dramas pessoais do direito de família à fria hígidez, à imobilidade absoluta de nada poder fazer diante da chacina de vidas inocentes à mãos de um homem-bomba.
- 2.13 – Somos testemunhas da involução moral da humanidade, partindo da conduta dos gerentes da coisa pública, que primam em fazer da lei instrumento de sua vontade contra os interesses dos governados inábeis, ineptos e incompetentes. Isso é constatável até no confronto das nações entre si que, no jogo da dominação sufocam as demais, ceifam as vidas dos seus habitantes, destroem seu território, tomam o que lhes pertence para o gáudio perdulário dos seus próprios ricos. E o fazem sob o império da força bruta, sem escrúpulo, pisando sobre os mínimos resíduos ainda resistentes de uma ética fragmentada na descrença e na desilusão.
- 2.14 – No trato dos direitos litigiosos, os pratos da balança da justiça nunca oscilam em prol do cidadão diante do estado, ou do pobre diante do abastado, ou diante do privilegiado contra um anônimo qualquer. As regras do processo estabelecem privilégios em favor do ente público, com prazo quádruplo para se defender e duplo para recorrer, sem falar que o próprio estado-juiz, pela pessoa do julgador, recorre de sua própria decisão toda vez que ela for proferida contra a fazenda pública.
- 2.15 – As reformas que se fazem não são em favor do cidadão, do litigante comum. no brasil, quase toda a reforma do processo que se vem fazendo tem sido contra o litigante. o propósito é encontrar um meio pelo qual se possa dizer que a justiça não é lenta, que a morosidade da justiça não depende da própria justiça.
- 2.16 – O direito de acesso à justiça, assegurado em cláusula pétrea da constituição federal, deveria ser um dos primeiros mandamentos praticados pelos que julgam, mas, nunca julgar o direito de um cidadão que não seja patrocinado por advogado. nenhum juiz poderá se sentir em paz com sua consciência se houver proferido sentença contra o direito de um litigante sem instrução e sem patrono, em prol da parte contrária instruída e devidamente patrocinada.

2.17 – Se o supremo texto garante que “*o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*” (cf, art. 5º, lxxiv), não é por certo justo nem de boa moral sancionar-se texto de lei, e pô-lo em execução, sem a presença de advogados em favor da parte, porque a lei dispensa advogado até certo valor da causa, como no caso dos juizados especiais. essa não é uma postura ética do estado e o poder judiciário deveria ser o primeiro a assegurar ao litigante essa igualdade de tratamento, para não deixar a decisão judicial com essa eiva de desequilíbrio isonômico. O direito de acesso à justiça haveria de ser gratuito para todos, semelhante ao direito à vida, porque na justiça as partes tratam e discutem sobre a vida dos seus direitos. Se o litigante não tem como pagar as despesas da causa, que o estado supra essa insuficiência de recursos com o defensor público, de modo que a justiça seja distribuída em igualdade de condições. Esse seria, como é, o padrão ético desejado na distribuição de justiça.

2.18 – Estamos vivendo, neste comenos, uma cobrança insaciável pela reabilitação da ética, em todo o mundo. É preciso que se tenha o um padrão mínimo de conduta, nos atos da vida, e, no caso da justiça, em tudo que disser respeito aos direitos dos cidadãos. Advogados, juizes e promotores são os executores dessa grave missão. Os advogados são, por excelência, os operários dessa construção moral da humanidade.

2.19 – Fala-se em reforma do judiciário, acoima-se a morosidade da justiça à obsolescência das leis do processo, velho chavão inconseqüente e falso para se corrigir essa nódoa milenar na justiça do mundo. Eugenio raul zaffaroni, ex-juiz da corte suprema de buenos aires, e o maior autoridade em direito penal na américa latina,<sup>26</sup>

Em obra publicada no brasil, refuta a increpação dizendo: “*esta situação não é de surpreender; pois geralmente acode-se ao caminho mais simples para iludir o problema, como assinalar os defeitos pessoais dos juizes (sua personalidade, seu caráter, sua insegurança etc.)” como se estes fossem pessoas distintas dos maquinistas, fabricantes ou professores*”, ou atribuir tudo a carências materiais e a leis processuais obsoletas.

<sup>26</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, in Poder Judiciário, Crise, Acertos e Desacertos, Tradução ed Juarez Tavares, p.22, Editora Revista dos Tri unais, 1995.

*tudo isso não faz mais que impedir o debates sério sobre a seleção de juizes e a direção e distribuição orgânica de funções do poder judiciário”.* Até agora, não se sabe se essas sábias observações foram levadas ao exame da cúpula do poder judiciário na reforma que se anuncia.

2.20 – O jornal local o povo,<sup>27</sup> edição de segunda-feira, dia 20 do corrente mês, traz longa entrevista de duas páginas com o presidente da associação dos magistrados brasileiros, desembargador cláudio baldino maciel.

Na visão desse culto e respeitável magistrado gaúcho, o emperramento da justiça brasileira, está no inúmeros recursos que há, sendo que da morosidade se serve o mercado de trabalho da área jurídica que *acaba se servindo dessa demora e que consciente ou inconscientemente a demora acaba beneficiando o profissional do direito por que ele cobra por isso*”. Outra grave colocação feita pelo presidente da amb, sobre como se resolve o problema do judiciário, da morosidade, da funcionalidade disse ele, *não se resolve com a mudança da constituição e acrescentou: “resolve-se mudando o código processual, dando mais informatização para o judiciário, mais gente, maiôs qualificação para os servidores, essas coisas todas, mas o que está por trás disso é uma proposta já mais ou menos antiga, de 1996, das agências financeiras internacionais que contém documentos técnicos em que recomenda a reforma dos poderes judiciários da américa latina e no caribe. inclusive em alguns casos, financia essas reformas na costa rica, na argentina, no peru, na venezuela, enfim. no brasil, não está financiando, mas houve a recomendação expressa para que se faça essa reforma”*. Essa afirmação é da maior gravidade, tanto do posto de vista moral como legal.

2.20.1 - É conveniente que se observe que quanto aos ditos *inúmeros recursos*, com o fito de postergar a prestação jurisdicional, em parte tem razão o douto presidente da amb, mas, a responsabilidade, na quase totalidade, é do poder judiciário em grau de tribunais, porque para julgamento no juízo do

<sup>27</sup> CLÁUDIO BALDINO MACIEL, in jornal O POVO, edição de 20.09.2004, Páginas Azuis 18 e 19.

primeiro grau, só dois recursos podem ser impetrados – embargos de declaração à sentença e agravo retido contra decisão interlocutória. São recursos simples de rápido andamento e desate.

2.20.2 – No que concerne ao mercado de trabalho dos advogados e a morosidade da justiça só lhes serve de óbice. Na verdade, os prazos processuais só são fatais para os advogados com sanções com nomes próprios: preclusão, revelia e trânsito em julgado. Atraso na execução dos atos processuais e na prolação de sentenças não têm nome próprio, nem sanção.

2.20.3 – Já a denúncia do interesse de agências financeiras internacionais imiscuindo-se na justiça dos países da América Latina e no Caribe é a mais pura verdade. Trata-se do documento técnico n. 319 – relatório do Banco Mundial para a América Latina, (Poder Judiciário), contendo elementos para reforma do poder judiciário coligidos pela Dra. Maria Dakolias.<sup>28</sup>

2.20.4 – A reforma pretendida pelo Banco Mundial, diz o presidente da AMB, é tornar previsíveis as decisões do judiciário por parte dos investidores. Isto é, eles querem ter certeza como é que o juiz vai julgar suas pretensões nos investimentos que fizerem. É o caso da súmula vinculante em que o Supremo pensa mais e a base da magistratura pensa menos. É o interesse econômico estrangeiro pretendendo mandar nas decisões da justiça, enfim.

2.20.5 – A OAB, os advogados, os juizes, o Ministério Público devem ficar atentos a esses atos aéticos que violam a soberania da justiça do país. Essa iniciativa é o mais puro ato de conduta anti-ética.

2.21 – Como vimos o direito se realiza com a justiça e o exercício da justiça se manifesta dentro do rigor das normas éticas. É certo que faz parte da ética do juiz ser imparcial, sábio, justo, competente, sério e cortês, além do que dele se exige como ensina o Mestre Miguel Reale em citação de Luigi Bagolini: *“que o segredo da justiça está em colocar-se na posição do outro, ou seja, que a neutralidade não consiste em ausentar-se das pessoas, fugindo delas, mas sim em se colocar*

<sup>28</sup> DOCUMENTO TÉCNICO 319, MARIA DAKOLIAS, Banco Mundial, 1996.

*compreensivelmente na posição delas*”.<sup>29</sup> Está certo que a presteza na distribuição de justiça há de compor a ética do juiz, notadamente sua presença sempre assídua na sede do juízo.

2.22 – O advogado está sujeito ao cumprimento de sua ética profissional, no mínimo previsto em seu código de ética e disciplina, no trato com o cliente, com os colegas, com os magistrados, com os funcionários e servidores da justiça. É obrigação de todo advogado cuidar sempre se preparar-se intelectualmente para o exercício de sua tarefa. Os prazos são o carrasco do advogado forense. A linguagem em suas peças não precisa de rebuscar-se em termos esquisitos ou em língua estrangeira. O domínio do idioma faz parte da elegância do texto, e corre *pari passu* ao domínio da matéria jurídica que patrocina. O Dr. Homero alves de sá, então presidente do tribunal de ética e disciplina da oab-sp, em artigo publicado na revista literária de direito – faz a seguinte citação do professor modesto carvalhosa<sup>30</sup>, que diz: “*a vida tem poucas leis: - estudar, ler e cultivar o amor. não existe um grande advogado que não seja um espírito humanista*”. “*A ignorância é uma grave transgressão ética, em todas as profissões. O conhecimento é o princípio de ética que origina todos os outros. Sem isso, de nada adianta ser honesto e generoso*”.

2.23 – O código de processo civil, em seu art. 14 inclui, entre outros, deveres que compõem a deontologia forense: *expor os fatos conforme a verdade e proceder com lealdade e boa-fé*. É dever do advogado, também: expor ao cliente os riscos da causa; contratar por escrito seus honorários; renunciar o mandato quando perceber que o cliente não mais confia no seu trabalho; manter o sigilo profissional e o segredo de justiça. nunca esquecer que sua credibilidade não pode ser posta em dúvida, nunca.

2.24 – O Dr. Vicente paulo siqueira, saudoso e renomado professor da faculdade de direito da universidade federal do ceará, falecido antes dos 40 anos, de quem fui aluno de direito judiciário civil, quando conselheiro da ordem dos advogados do brasil, seção do ceará,

<sup>29</sup> MIGUEL REALE, in ob. cit. p. 142 a 143.

<sup>30</sup> MODESTO CARVALHOSA, in Revista Literária do Direito, an/fev 1998, n. 21, p. 14.

proferiu conferência no clube dos advogados, sob o título normas de ética profissional<sup>31</sup> advertiu aos advogados para os seguintes e importantes preceitos de ética: “ *compete-lhe, outrossim, evitar de receber do cliente aquilo que a ela possa prejudicar ou que resulte em benefício próprio ou de outro cliente, assim como, constitui um dever a dação de recibos por quantias recebidas, a restituição dos papéis de que não careça, a não apresentação de matéria de fato grave ou deprimente, sem prova atendível, se não autorizado pelo patrocinado, e, por fim, não aceitar poderes irrevogáveis ou em causa própria, nem, em regra, de transigir, confessar, desistir, sem indicação precisa do objeto, ainda que fora do instrumento respectivo*”. Essas advertências são regras do código de ética e disciplina da oab, atualmente em vigor, que a visão do mestre já assinalava há quase meio século.

2.25 – Como velho profissional do direito, em cuja faina tenho gasto todos os anos de minha vida, desde a mocidade, sem ter tido tempo de me arrepender posso dizer à mocidade acadêmica desta escola superior que o país está precisando de advogados profissionais hábeis, destemidos, corretos, de elevada postura ética, para o patrocínio dos direitos em toda área da atividade humana, na defesa dos direitos que lhe pareçam válidos, com o fito de aprimorar as decisões da justiça e de marcar seu lugar na história do seu país. acreditem na vida, acreditem no direito, confiem na justiça.

2.26 - Na parte final desta exposição quero conclamá-los para que:

- a) assumam a advocacia como um credo profissional;
- b) velem pela própria reputação, mantendo conduta, na vida profissional e na vida privada, dentro dos padrões da honra e da dignidade a toda prova;
- c) exerçam sua profissão com destemor, dentro dos padrões da ética: com independência, com desvelo, com decência, com veracidade e boa-fé.

<sup>31</sup> VICENTE PAULO DE SIQUEIRA, in NORMAS DE ÉTICA PROFISSIONAL, p. 13, Editora Jurídica Ltda., 1957, Fortaleza-CE.

- d) cuidem de aprimorar sua cultura humanística geral, e, notadamente, na ciência do direito, na atualização constante da doutrina, da jurisprudência e das leis;
- e) sejam intransigentes no exercício da lealdade para com os colegas, para com juizes, membros do ministério público, servidores da justiça e clientes, para serem respeitados e exigirem deles o mesmo tratamento;
- f) contribuam com sua participação efetiva para o aprimoramento das instituições, especialmente da justiça, do direito e das leis
- g) tenham sempre a consciência profissional de que o advogado é um agente da paz e da conciliação entre os litigantes para evitar as intrigas e conflitos
- h) não aceitem nunca o patrocínio de lide temerária, sob qualquer argumento, por mais rico e importante que seja o cliente;
- i) nunca recusem a nomeação judicial para a defesa gratuita dos direitos dos miseráveis;
- j) nunca se imiscuam na vida particular nem nos negócios do cliente a ponto de se tornarem cúmplices dele ao invés de seu advogado;
- l) repudiem, sempre, a intervenção lobista em substituição à sua postura moral e ao seu preparo intelectual com o fito de facilitar o objetivo da causa;
- m) nunca se entendam diretamente com a parte contrária que tem advogado
- n) nunca recebam procuração de quem já tem advogado, salvo nos casos de urgência para evitar o perecimento do direito;
- o) zelem pela dignidade e seriedade da justiça a fim de não aviltar o valor moral de sua profissão;
- p) nunca sobreponham o interesse pecuniário ao direito que tiverem de patrocinar;
- q) sejam autênticos sempre, mantenham a palavra empenhada ainda que não escrita, e nunca fujam à responsabilidade de seus atos;
- r) defendam as prerrogativas de sua profissão contra os abusos dos prepotentes, quaisquer que eles sejam, enfrentando-os, com destemor, dentro da lei e do direito e apurando-lhes a responsabilidade por mais poderosos que se proclamem ser;

- s) velem pela ordem dos advogados do brasil, com o desassombro dos crentes para defendê-la contra qualquer agressor, conscientes de que fazem parte integrante de uma corporação profissional livre, altiva, independente, austera, indomável e incorruptível, que não se verga à nenhuma subserviência, nem se curva ao arbítrio de nenhum déspota.
- t) façam do direito um templo e da ética a sua religião.

# Bibliografia

Aristóteles *in* A Ética, Edipro - Edições Profissionais Ltda., 1ª. ed. S. Paulo. 1996.

BARONI, Robison. *Cartilha e Ética Profissional do Advogado*. 3ª. ed. Itr Editora Ltda.

Bíblia Sagrada. Editora Barsa, 1964.

CHALLITA, Mansour. *Esse desconhecido Oriente Médio*. 2ª. ed., 1991, Editora Revan.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o Direito*, Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª. edição. Editora Russell. Campinas-SP, 2004.

CARVALHOSA, Modesto, *in* *Revista Literária do Direito*. Jan/fev 1998, n. 21.

Código de Hammurabi. *Tradução de E. Bouzon*. 5ª. edição. 1980. Editora Vozes.

COUTURE, Eduardo - Os mandamentos do advogado, Sérgio Fabris editor, tradução de Ovídio A. Batista da Silva e Carlos Otávio Athayde, Porto Alegre, 1999.

Documento técnico 319. Maria Dakolias. Banco Mundial, 1996.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Martin Claret. 2003.

KELSEN, Hans. *O que é justiça*. Martins Fontes, 1997.

MACIEL, Cláudio Baldino, *in* jornal O Povo, edição 20.09.2004, págs. azuis, 18 e 19.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

NEDEL, José. *Ética, direito e justiça*. Coleção Filosofia 74. Edipurs, Porto Alegre, 1998.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13ª. ed. Editora Renovar.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. *Uma nova ética para o juiz*. Revista dos Tribunais. Coord. de José Renato Nalini. 1994.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. Ed. Atlas. 2002.

SPINOZA, Baruch. *A ética*. Trad. de Lívio Xavier, Ed. Tecnoprint S/A - Ediouro/50342.

VALLE, Gabriel. - *Ética e direito*. 1ª. ed. 1999, Síntese Editora.

VIEIRA, Jair Lot. *Código de Manu - excertos*. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. 1ª. ed., 1994. Edipro-Edições Profissionais Ltda. São Paulo.

SIQUEIRA, Vicente Paulo de. *Normas de ética profissional*. Editora Jurídica Ltda., 1957. Fortaleza-CE.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. Ed. Revista dos Tribunais. 1995.

Palestra proferida na Faculdade de Direito 7 de Setembro (fa7), no dia 24 de setembro de 2004, pelo advogado José Feliciano de Carvalho, AOB-CE n. 1094, a convite da professora Maria Vital, coordenadora do curso de direito, na “ III Semana fa7 de Direito “ realizada nos dias 23, 24 e 25 de setembro de 2004. – debatedora: professora Ângela Teresa Gondim Carneiro, promotora de justiça e professora do curso de direito.

# O Pacto Federativo Brasileiro e a Polêmica da Inclusão do Município Enquanto Ente Político

Francisco Jório Bezerra Martins

Bacharel em Direito, pela Unifor – Universidade de Fortaleza; Especialista em Direito Público pela UFPE – Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Coimbra, Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra, Professor de Direito Constitucional, Estrutura do Estado Federativo da Unifor.



# O Pacto Federativo Brasileiro e a Polêmica da Inclusão do Município Enquanto Ente Político

A organização política administra brasileira adota o modelo ímpar de conceber aos Municípios a qualidade de ente da federação. Está, ao menos em teoria, no mesmo degrau hierárquico ao lado dos Estados-membros, e da União federal. Modelo ímpar!

Temos assim que o Município faz parte do pacto federativo, ao lado da União, Distrito Federal e dos Estados-membros

Como ente público federado, o Município brasileiro é dotado de autonomia política, administrativa, financeira e tributária; deve obediência aos princípios constitucionais, inclusive aqueles cristalizados nas constituições Estaduais, além de respeitar a legislação outorgada no âmbito da competência dos demais componentes da federação.

Quando por algum motivo a harmonia existente entre essas pessoas jurídicas de Direito Público interno é abalada, ou melhor, quando algum ente da federação incorre em alguma das hipóteses previstas na Constituição Federal, autorizadas do procedimento especial e extraordinário, surge a oportunidade de deflagrar a intervenção, com o fito de devolver à Federação, a ordem jurídica e unidade nacional.

O presente e despretensioso trabalho é fruto de um estudo comprometido com a fidelidade acadêmica de despertar o senso crítico de vários estudiosos dos diversos calibres. Apesar de apontar um posicionamento que incomoda consagrados e renomados autores, não nos furtamos de filiar-mos a uma corrente que defende a modificação do pacto federativo brasileiro, no sentido de aprimorar nossa forma de Estado, democratizando ainda mais a participação popular, notadamente a população local ao acesso ao poder político. Sabe-se pois que a municipalidade é o maior contato de uma comunidade com o já mencionado poder político.

Seria bastante presunçoso dizer que nas linhas a seguir reproduzidas, a matéria estará plenamente esgotada. É um desiderato inatingível. Trata-se apenas de um estudo realizado com maior acuidade, cuja atualização deverá ser constante, seja através do debate, leitura ou alterações normativas bem como críticas construtivas.

Destarte, espero que ao oferecer essa contribuição, reconhecidamente modesta, as discussões respeitantes às matérias aqui versadas, sejam mais uma vez erguidas, e com isso, a comunidade jurídica desperte para a riqueza do debate acadêmico existente no Brasil.

## ■ ■ O CONCEITO DE ESTADO FEDERAL

A etimologia do termo ‘federal’ provém do latim *foedus*, *foederis*, e significa aliança, pacto, união. Destarte, o Estado Federal deriva da composição de Estados menores, de uma união de Estados.

Pela doutrina clássica os Estados podem ser qualificados, quanto à sua forma, entre simples ou compostos, cuja determinante será o mecanismo de centralização e descentralização do poder político, bem como o exercício da soberania. Os Estados simples ou unitários são aqueles que possuem apenas um centro político, expoente do sistema jurídico, comportando apenas uma legislação uniforme para todo o território. No Estado unitário pode ocorrer descentralização administrativa, mas jamais descentralização política, o que provocaria uma secção por gerar o nascimento de outra pessoa jurídica de direito público interno. Com efeito, nessa modalidade de Estado os Municípios ou Regiões são consideradas tão somente descentralizações administrativas territoriais, criaturas do Poder Central com competências e prerrogativas atribuídas por lei emanada deste, ausente qualquer sorte de autonomia política, a não ser de cunho regulamentar, do que lhe for concebido.

Por sua vez, os Estados compostos podem ser do tipo federado, ou confederados. Passemos a distinguir entre Confederação (do latim *confoederatio*, *confoederare*) e Federação. Entendemos Confederação como a união entre dois ou mais Estados soberanos, com objetivo de perseguir um bem comum para o conjunto, resguardando, no entanto, a liberdade de se autogovernar. Geralmente os Estados confederados nascem por celebração de tratados internacionais, sem ocasionar o surgimento de um novo Estado,

mas sim uma sociedade internacional, podendo ser desfeita, ou até mesmo reduzida, pela rescisão de qualquer dos contratantes. São exemplos de Confederações: a Suíça, até 1848, a Germânica de 1815, e os Estados Unidos da América do Norte, de 1776 a 1787. A Convenção da Filadélfia encerrou a experiência confederada norte-americana, que durou 11 anos, durante os quais sobreviveram treze unidades soberanas, treze soberanias internas advindas da celebração de tratado internacional, portanto, dissolúvel por qualquer das partes, a qualquer tempo. Cada unidade confederada podia negociar livremente com as demais nações soberanas mundiais, obter empréstimos internacionais sem a necessidade de qualquer autorização da União americana, fosse pelo Tesouro Nacional, ou da Câmara Alta, posto que esta mesma União era desprovida de soberania.

A Federação é composta por um conjunto, congregação ou aliança de Estados-membros, desprovidos de soberania, contudo, dotados de autonomia política e administrativa, cuja totalidade da coletividade, essa sim, possui soberania. Trata-se de uma sociedade de Estados, onde existe uma pluralidade de legislação e administração de cada unidade autônoma, sendo estas respeitantes dos princípios e regras gerais estabelecidas na Constituição da Federação. Cada Estado-membro promulga sua própria Constituição Estadual, elege seus dirigentes e também os integrantes da sua respectiva Casa legislativa.

Essa união de Estados federados pode ocorrer de sua composição histórica e real, ou por força de norma, criação jurídica. O primeiro caso surge quando Estados preexistentes dão origem ao Estado Federado; o segundo, quando um documento jurídico secciona um território em distintas frações, denominadas Estados, no ato da composição do Estado Federal. Em ambos casos, aglutinação, ou por secessão, cumpre salientar que a Constituição Federal é o documento hábil para formalizar a existência do Estado Federal, sendo o seu instrumento jurídico-positivo fundamental para a sua existência.

Para exemplificar a primeira hipótese, agregação de Estados preexistentes, podemos mencionar o caso dos Estados Unidos da América do Norte. A federação norte-americana derivou da independência das 13 ex-colônias inglesas que se fundiram dando origem aos Estados Unidos da América do Norte. Após a fusão, consagraram a Constituição Federal, impondo a superioridade da União, face à Constituição dos Estados. Para concretizar essa unificação, cada Estado-membro abriu mão de uma parcela de seu poder

repassando-o para a União. Como exemplo da segunda hipótese citamos o Brasil, quando a Constituição Republicana de 1891, aproveitando-se da divisão territorial das províncias, elegeu-as à categoria de Estados, congregados na União Federal.

Note-se, pois, que a principal diferença para o federalismo dos americanos do norte, é que ao compor o brasileiro, não houve fusão de Estados, e sim a secessão de um todo, cujo esboço era a já divisão do Estado unitário em províncias, formalizados pela feitura da Constituição, instrumento que o concebeu.

Terminadas essas considerações iniciais, chegamos inevitavelmente à conclusão de que o fim perseguido pelo estabelecimento da forma federativa, é o de descentralizar a administração. A descentralização promovida pela federação é a de cunho administrativa e política. Com isso, administrativamente implica afirmar da subtração de competências de um centro, e fazer passá-las a outro, adotando-a como sua, independentemente dos demais; e, politicamente, a capacidade de criar norma legal sobre matéria de sua responsabilidade.

Com base na distinção entre centralização e descentralização políticas no território de uma organização estatal, é possível elaborar uma distinção entre Estado Unitário e Estado Federal, ainda que aquele apresente um elevado nível de descentralização. O princípio federativo cristaliza o conceito de uma forma de descentralização do poder estatal no âmbito de seu território, buscando uma harmonia na coexistência de várias ordens jurídicas parciais com uma ordem jurídica central. Federalizar um Estado, significa tornar independentes determinadas unidades políticas territoriais<sup>1</sup>, que até um determinado momento não possuíam autonomia dentro da organização estatal.

As relações entre os Estados-membros e o governo central evidenciam que o federalismo foi ditado por razões práticas, notadamente com a convivência harmoniosa e pacífica de aglomerações sócio-políticas presentes em um mesmo território. Essas aglomerações tinham em vista a participação igualitária no processo decisório do governo, mas na qualidade de Estados-membros, abriam mão da soberania ‘local’ em prol da formação do todo político, da soberania unificadora<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de derecho político. Vol. II., Madrid: Tecnos, 1986, p. 277.

<sup>2</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza, 1993, p. 215.

Pinto Ferreira trouxe à baila uma conceituação de federalismo que, apesar de anterior à nossa Carta que erigiu os Municípios a iguais entes federados, vale a pena colacionar, diz o professor:

O Estado Federal é uma organização, formada sobre a base de uma repartição de competências entre o governo nacional e os governos estaduais, de sorte que a União tenha a supremacia sobre os Estados-Membros e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante a mesma União.<sup>3</sup>

José Tavares<sup>4</sup> adverte para a inexistência de um conceito unívoco de federalismo, sendo “uma realidade variável no espaço, no tempo e em grau”, “sendo, nalguns casos, associados, total ou parcialmente, a realidades afins, tais como descentralização, Estado unitário regional, integração e outras”.

O federalismo é uma espécie de descentralização política ao fragmentar ou reconhecer a divisão de um território em coletividades territoriais dotadas de autonomia política, mas desprovidas de soberania, que é entregue à união dos Estados, que formará o Estado Federado. Inicialmente definiremos descentralização como a distribuição de competências de um centro para atribuí-las a outro, passando estas a serem próprias do novo centro. No capítulo seguinte nos estudaremos mais este conceito em suas diversas matizes. De ante mão esclarecemos ainda que esta descentralização quando operada relativamente aos Estados federados, é do tipo administrativa e política, posto que confere aos integrantes do pacto federativo a capacidade de se autogovernarem, e ainda atribui competências legislativas, todas em obediência à ordem constitucional nacional. Sobre este tema, Kelsen aponta que

[...] idealmente, uma comunidade jurídica centralizada é aquela cujo ordenamento consta única e exclusivamente de normas jurídicas que valem para todo o território do Estado, enquanto uma comunidade jurídica descentralizada é, idealmente, aquela cujo ordenamento consta de normas que apenas vigoram para domínios (territoriais) parcelares. Dizer que uma comunidade jurídica se desmembra em regiões ou parcelas territoriais significa que todas as normas ou apenas certas normas deste ordenamento apenas

<sup>3</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno. vol. II, 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 909.

<sup>4</sup> TAVARES, José. Estudos jurídico-políticos. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1996, p. 19.

vigoram para territórios parcelares. Neste último caso, a ordem jurídica que constitui a comunidade jurídica é integrada por normas com diferentes âmbitos espaciais de validade<sup>5</sup>.

A complexidade de um Estado federal exige especial atenção por parte do legislador constituinte, face a necessidade de organizar o poder político nacional. No momento inicial “há que repartir as atribuições (e correspondentes poderes) entre a União e os Estados federados; em segundo lugar, tem de proceder-se à atribuição de poderes aos órgãos criados em cada um daqueles níveis (união e Estados federados)”<sup>6</sup>.

A divisão de competências pode ocorrer de três maneiras: a) o critério de enumerar a competência da União e dos Estados-membros; b) o critério de enumerar a competência dos Estados, e estabelecer que o resíduo, ou seja, aquela matéria não atribuída ao Estado passa a ser de responsabilidade da União; c) o critério de enumerar a competência da União, deixando residual a competência dos Estados.

Face a esse conglomerado de conceitos e características, podemos indicar alguns traços essenciais para a formação do federalismo: a) devido ao pacto celebrado entre os Estados-membros para a formação do Estado Federal, estes são detentores apenas de autonomia, ao passo que a soberania passa a ser exercida exclusivamente pelo o Estado Federal; b) o pacto deve ser selado por uma Constituição rígida, na qual devem constar expressamente as competências dos Estados-membros, assim como o mecanismo para assegurar a continuidade da harmonia do Estado Federal, ou seja, a intervenção; c) os Estados-membros devem ter assento no legislativo nacional, participar do processo de formação da vontade do Estado soberano e, finalmente, d) existência de uma corte suprema que tenha o compromisso de proteger e interpretar a Constituição, resolvendo os conflitos de competência entre a União e os Estados-membros, ou entre os próprios Estados-membros entre si.

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. tradução: João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 348.

<sup>6</sup> TAVARES, José. Op. cit. p. 50.

## ANTECEDENTES E FORMAÇÃO DO ESTADO FEDERADO

Há de se descrever algumas passagens inarredáveis para a construção do federalismo nacional. Verificava-se no período Imperial o experimento malgrado das Capitâneas Hereditárias, que por fatores tais como resistência dos índios em serem escravizados, secas, falta de recursos financeiros e humanos, ausência de comunicação com os donatários e a realeza, dentre outros tantos motivos, contribuíram para que cada uma se desenvolvesse dentro das possibilidades humanas e geográficas apresentadas. Desde já, a diversidade veio a fomentar mais adiante, a necessidade de atrair investimentos à outras regiões menos favorecidas, o que não era implementado na época monárquica, gerando também revoltas internas, conduzindo à derrocada do regime.

O período imperialista brasileiro foi marcado pelo unitarismo e forte centralização política. Essa exagerada concentração de poder nas mãos do Imperador foi cedendo de forma gradual, tanto face às necessidades de empreender um melhor governo, bem como as exigências e revoltas populares clamando por alguma autonomia, que acreditavam inerentes à sua própria formação. Essa asfixia administrativa ameaçava a própria unidade nacional. A Constituição de 1824, já vislumbrando o ideal federalista, buscou corresponder ligeiramente a essa expectativa, sem contudo perder o controle das Províncias, como assim denominou as vinte divisões operadas no território, dirigidas por um Presidente nomeado pelo Governo Central. Nessa época o Presidente da Província (equivalente hoje ao Governador do Estado) era de livre nomeação e remoção, até quando o Imperador decidisse, nos termos constitucionais, que não mais conviria aos bons serviços do Estado. Situação distinta era a das Câmaras Municipais, cujos Vereadores eram eleitos pelo povo diretamente, sendo o seu Presidente aquele com maior número de votos.

No ano de 1834, foi editada a Lei de 12 de agosto de 1834, conhecida como ‘Ato Adicional’, que veio a oferecer ainda mais substrato político para fomentar a luta pelo federalismo. Citado ato cerceou a autonomia municipal, esvaziando sua competência de autogoverno, transformado o Município em um mero executor dos ditames provinciais, ao mesmo passo em que ampliou a competência das Províncias, que passaram a dispor quase da totalidade da gerência dos negócios municipais. Essa mudança de política desagradou os chefes do símbolo da povoação e organização administrativa, ou seja, os

gestores públicos municipais. No afã de oferecer respostas ao federalistas, D. Pedro II promoveu uma descentralização excessiva e desorganizada, como nos dizeres de Vamireh Chacon “à revelia e em prejuízo das populações vivendo em comunidades reais, os municípios, e não em abstratos Estados”<sup>7</sup>.

O federalismo brasileiro foi inaugurado pelo Decreto n.º 1 de 15 de 11.1889, em resposta ao regime centralizador adotado pelo monarquia. A principal idéia da federação era conferir aos Estados, antes denominados Províncias, autonomia, bem como incentivar a descentralização no território, de dimensão continental. O impulso federalista foi tão pertinaz que o Decreto ora citado, fruto das paixões políticas, já conferia aos Estados a garantia de exercício de sua legítima “soberania”, certamente uma impropriedade da redação, que veio a ser suprimida na primeira Carta Republicana de 24 de fevereiro de 1891. Sem dúvida a adoção do federalismo representa uma das mais importantes contribuições para decidir o problema da descentralização, vindo a ser rapidamente assimilado na política nacional por parecer ideal face às diversidades geográficas, econômicas e sociais existentes à época.

Em 1891, a primeira Constituição republicana, inspirada na Constituição norte-americana estabelecia o federalismo, e presidencialismo como princípios norteadores do regime republicano por um processo jurídico-normativo<sup>8</sup>. A Igreja foi desvinculada do Estado e estabeleceram-se eleições diretas para os cargos públicos como Presidente, Governadores, Senadores, Deputados estaduais e federais. Todavia, o ímpeto descentralizador não obteve o êxito esperado, e a centralização a nível Estadual que tomou corpo, fez florescer a ‘política dos governadores’, ou mais comumente conhecido como ‘coronelismo’, termo utilizado para definir a dominação e manutenção de famílias no poder. Observava-se a concentração de poder na esfera Estadual, da mesma forma anteriormente existente no período imperial.

Rui Barbosa<sup>9</sup> já vislumbrava o perigo que rondava o país, quando da implantação do federalismo em um Estado marcado pela desigualdade regional. Seu discurso proferido em 29.01.1891 na Assembléia Constituinte pontificou que

<sup>7</sup> VAMIREH, Chacon. “Federalismo aparente e unitarismo permanente no Brasil”, RBEP, n. 42, jan. de 1976, pp. 107-126.

<sup>8</sup> HORTA, Raul Machado, “O Estado-membro na Constituição Federal brasileira”. RBEP, n. 69/70, pp. 61-89.

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. “O art. 6.º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia”. In: Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1920, vol. XLVII, tomo IV, p. 112.

[...] os Estados grandes disputarão entre si a gestão de negócios públicos, e os Estados pequenos, arrastando uma vida inglória e obscura, não hão de ter a mínima interferência nos negócios de nossa pátria, hão de ser sempre esmagados pela enorme superioridade com que os outros dotam a Constituição do país.

A desigualdade entre os Estados tornou-se gritante. O predomínio de São Paulo e Minas Gerais, que sucessivamente elegiam os Presidentes da República, transformaram-se em verdadeiros redutos eleitorais dominados por ‘caciques’ políticos interessados em manter a hegemonia política<sup>10</sup>. Esses ‘caciques’ ou ‘coronéis’ eram verdadeiros manipuladores, desenvolvendo máquinas eleitorais para fulminar qualquer adversário que se opusesse ao sistema existente, anulando a apresentação de candidatos contrários ao regime.

Para remediar essa situação criada pelas oligarquias frutos de relações econômicas, na verdade de natureza agrária do país, consumou-se, em 1926, a Reforma Constitucional, que veio a restringir a autonomia dos Estados-membros e alargar a competência da União, medida nitidamente centralizadora.

No ano de 1932 ocorreu a chamada Revolução Constitucional. O então Presidente Getúlio Vargas intervém nos Estados e fulmina a política dos governadores. Verifica-se a vigência mascarada de um Estado Unitário, posto que os Estados-membros estavam sob constante intervenção, ocasionando o desaparecimento da autonomia política e administrativa. Dentre seus feitos pode-se destacar a elaboração do Código Eleitoral, uniformizando as eleições nacionais, liquidando as atribuições que até então eram das Assembléias Estaduais, estabelecimento de garantias e a criação da Justiça Eleitoral responsável para julgar da validade das eleições e nomear e dar posse aos eleitos.

A Constituição de 1934 institucionalizou pela primeira vez, e definitivamente, o federalismo tridimensional brasileiro, estabelecendo a divisão de competência tripartida entre a União, os Estados e os Municípios, estes últimos, relativo a tudo quanto respeitasse ao seu peculiar interesse, para além de discriminar com maior rigor as rendas tributárias entre União, Estados e Municípios, atribuindo a estes autonomia financeira. O Município era autônomo porque

---

<sup>10</sup> Era a chamada política do café com leite, pela analogia dos principais produtos de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente.

possuía autogoverno assegurado pela eleição direta de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, sendo nomeados, porém, pelo Governador do Estado os Prefeitos das Capitais, das estâncias hidrominerais e dos Municípios decretados como de interesse da segurança nacional. A autonomia abrangia ainda a auto-administração com receitas própria e realização de serviços públicos municipais por funcionários do próprio Concelho.

Houve um acréscimo dos poderes da União, que uniformizou a legislação processual, com prerrogativa de editar, para além dessa matéria, outras relativas direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais; divisão judiciária da União, do Distrito Federal e dos Territórios e organização dos Juízos e Tribunais respectivos; normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo; desapropriações, requisições civis e militares em tempo de guerra; matéria eleitoral da União, dos Estados e dos Municípios, inclusive alistamento, processo das eleições, apuração, recursos, proclamação dos eleitos e expedição de diplomas, inclusive admissão do voto feminino; comércio interestadual; normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo; bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca; organização, instrução, justiça e garantias das forças policiais dos Estados e condições gerais da sua utilização em caso de mobilização ou de guerra.

Até 1934, as competências da União e dos Estados-membros eram radicalmente separadas. Existia à época o federalismo dualista ou clássico, cuja característica principal era a repartição horizontal de competências, cabendo a União e aos Estados parcela delimitada de competências reservadas. No chamado federalismo cooperativo a divisão de competências é de repartição vertical, na qual em uma mesma matéria a União estabelece normas gerais, e os Estados as particularizam de acordo com as especificidades a serem aplicadas no seu território. A separação era tanta, inspirada no modelo norte-americano, que o paralelismo existente entre a União e os Estados era quase que completamente desprovido de relações intergovernamentais. Um exemplo dessa assertiva é traduzido no artigo 5.º da Constituição de 1891, verbis: “Art.5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União,

porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar”. Entre nós, foi a revolução de 1930, e nos Estados Unidos da América do Norte, o New Deal - sobre os reflexos da crise de outubro de 1929 - o estopim que provocou o federalismo orgânico, ou cooperativo.

Na tentativa de atenuar o esvaziamento de competências dos Estados, surgiu a competência residual, na qual podiam legislar de forma supletiva ou complementária sobre diversas matérias de competência precípua da União.

A vigência da Constituição de 1934 foi muito curta, somente três anos depois, em 1937, vigorava outra Carta Política que fortaleceu ainda mais os poderes da União e dos Municípios. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, como acostado no texto, foi fruto de um golpe do mesmo Getúlio Vargas, que após dissolver o Congresso Nacional implantou o denominado Estado Novo, prometendo plebiscito para aprová-lo, ato que nunca aconteceu. Estava estabelecida a ditadura em resposta aos reclames comunistas operados ainda no pós-guerra de 1918, cujas idéias foram trazidas da Europa, especialmente pela Alemanha e Itália face os regimes totalitaristas, sob falsa alegação de subversão da ordem pública. O Presidente da República concentrava o Poder Legislativo e Executivo, por via de decretos-lei que ele mesmo aplicava.

Ainda que a Constituição de 1937 afirmasse ser o Brasil um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e ainda dos Territórios, o que estava na prática era a contínua intervenção federal no Estado para restabelecer a ordem gravemente alterada, ou qualquer outra alegação que pudesse adaptar-se com as hipóteses constitucionais vigentes. Os Estados não passavam formalmente de meras descentralizações territoriais, sendo regidos pelo Decreto-Lei n.º 1.202, de 08 de abril de 1939, erigido a uma espécie de ‘lei orgânica’ dos entes federados, indo de encontro à autonomia inerente que se deve conferir a um integrante da federação.

Até o advento da próxima Constituição, que deu-se em 1946, as atenções voltaram-se principalmente para a deflagração da Segunda Grande Guerra, o que permitia uma margem ampla para administrar o regime longe dos olhos populares. No entanto, após o término da Guerra, e a ruína de um totalitarismo o qual o Brasil ofereceu tropas para combater, era uma contradição manter o

regime ditatorial. A capitulação ocorreu em 1945, com a deposição do Presidente Getúlio Vargas, substituído por José Linhares, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. Era o fim do Estado Novo.

Pode-se dizer que a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 restabeleceu a Federação no seu sentido real. Inspirada em ideais norte-americanos (mantinha o título de Constituição dos Estados Unidos do Brasil), franceses e alemães, foi tida como uma das mais importantes, porque buscava a harmonização entre a classe proletária que insistia na participação, e a burguesa conservadora. No entanto, no que tange à federalização, os avanços foram ínfimos. A hipertrofia do Poder Central alcançada no período anterior fazia-se ainda muito presente, haja vista nada menos do que serem treze as hipóteses definidas como capazes de deflagrar a intervenção da União nos Estados, dentre elas, ressalte-se, a não observância por parte do Estado-membro do princípio da autonomia municipal, ao passo que as possibilidades de reduzir a autonomia municipal por intervenção cingia-se apenas a dois casos, ambos regularizadores de finanças.

Emenda Constitucional n.º 5, de 21 de novembro de 1961, veio a atrair mais atenções aos Municípios, quando no próprio texto constitucional já existia, pela primeira vez, a vinculação de receita oriunda da arrecadação federal a ser repartida entre Estados e Municípios, este último, pela Emenda, aumentou seu percentual de 10%, para 15% da arrecadação do imposto sobre a renda, atribuindo-lhe ainda mais 10% do total arrecadado com o imposto sobre o consumo.

Os militares insatisfeitos com a política populista adotada e o descontrole econômico que gerou inflação desenfreada em 1964, resolveram assumir o poder. Escudados no argumento de reestruturação do governo e desenvolvimento, promoveram o fortalecimento do Poder Executivo tomando à força o poder das mãos do Presidente João Goulart, à época vice de Jânio Quadros, que havia renunciado. Falava-se em preocupação com a eficiência, racionalidade e moralidade do processo político-administrativo, enfatizando a responsabilidade do agente público. O início da ditadura militar deflagrou uma infinidade de intervenções estaduais, bem como toda sorte de Atos institucionais para adaptar a Constituição, à vontade do Executivo (como ainda hoje se observa através das Emendas Constitucionais).

Para a ruína do sistema federativo, os sucessivos ditadores militares necessitavam cada vez mais centralizar o Poder para estar sempre no domínio da situação. A autonomia dos Estados e dos Municípios foi notavelmente reduzida face as perseguições políticas que arbitrariamente ensejavam o emprego da intervenção. Os acontecimentos em cadeia gerados pelo abuso de Poder, o centralismo exacerbado necessitava para a sua manutenção cada vez mais recursos, o que por sua vez levou a diminuição da competência tributária dos Estados e dos Municípios.

Após vinte emendas constitucionais e três atos institucionais e aproximadamente quarenta atos complementares, a Constituição de 1946 deu lugar a de 1967, promulgada em 24 de janeiro, omitindo pela primeira do texto constitucional a referência aos ‘Estados Unidos do Brasil’, para simplesmente denominar Constituição do Brasil, sendo este uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A arbitrariedade imperava. O federalismo ruía ante a impotência do judiciário e a legalidade estava suspensa para aqueles que insistiam em combater o atual governo. Qualquer simpatizante ou seguidor do antigo regime era considerado revolucionário, subversivo, dando margem à prisão política.

Alheias às medidas tomadas no lapso constitucional anterior, a crise política e econômica seguia a passos largos e a última manobra se concretizou pelo Ato Institucional n.º 5 de 13.12.68, considerado como o maior instrumento de centralização, conferindo ao Presidente poderes quase que ilimitados. Da fonte inspiradora do federalismo brasileiro, a Federação norte-americana, não se vislumbrava quase que mais nenhuma semelhança.

A EC n.º 1 promulgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar à data de 17 de outubro de 1969, face às modificações introduzidas na Constituição de 1967, é denominada por alguns publicistas de Constituição de 1969, posto que até mesmo a sua denominação foi alterada, passando a ser Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, embora formalmente a emenda alterasse o texto anterior, tratava-se, em verdade, de uma nova Carta.

Observando a evolução história constitucional brasileira, temos que desde 1891, nossas constituições sempre foram alargando cada vez mais o espaço no âmbito do poder do Executivo, construindo uma supervalorização da União na pessoa do Presidente da República, em detrimento a um cerceamento autonomia reservada aos Estados Federados.

O fim do regime militar foi marcado pela Constituição de 1988, denominada ‘cidadã’, ‘democrática’. Na tentativa de afastar-se dos moldes centralistas das anteriores, conferiu mais recursos, especialmente no âmbito tributário, aos Estados e Municípios, posto que sem numerário para fazer valer o autogoverno, falece a autonomia. A maior relevância a nível político-administrativo organizacional trazido pela CF de 1988, foi o fato de erigir o Município, ao lado dos Estados e da União Federal, a qualidade de ente da Federação.

Observada por uma óptica geométrica, a União está ao lado dos Estados e Municípios, cuja diferença está delineada no texto constitucional, especificamente no que tange a competência de cada. No modelo federativo brasileiro convivem quatro pessoas de Direito público, a saber: União, Distrito Federal, Estados-membros e Municípios, todos autônomos. Cada qual desses entes possui sua casa legislativa, e por isso a Constituição estabeleceu limites à competência legislativa individual. Destarte, à União cabem os poderes privativos, expressamente definidos no art. 22, concorrentes aos Estados e Distrito federal, os gravados no art. 24. Aos municípios compete legislar de forma supletiva à federal e estadual no que couber, e privativamente no que tange à instituição e arrecadação de tributos<sup>11</sup> inerentes ao seu tesouro e de forma genérica, dispor em tudo que restar demonstrado o interesse local. Aos Estados-membros é entregue a competência de tratar dos demais assuntos a ele não vedados, ou seja, poderes remanescentes ou residuais.

---

<sup>11</sup> A Constituição brasileira distingue três espécies de tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal, respeitando o princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. As taxas serão instituídas em razão do exercício do poder de polícia, ou pelo uso, efetivo ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ou postos à disposição do contribuinte. As contribuições de melhorias serão devidas, após realização de obras públicas que produzam efetiva melhora de qualidade de vida, valorização predial.

Do ponto de vista constitucional, pode-se afirmar que a autonomia federal está razoavelmente bem distribuída entre os entes federativos, cujas garantias permitem a viabilização do pacto federativo. Juntamente com a União Federal, aos Estados-membros e o Distrito Federal foi assegurada a competência concorrente; os Municípios, além da competência privativa e a de interesse local, divide juntamente com os demais entes da federação, a competência comum (CF, art. 23).

No campo tributário e financeiro, a União Federal, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios exercem amplamente sua competência, com independência e sem interferências, o que é um reforço da autonomia política, posto que as ações de arrecadação dos recursos é própria de cada ente da federação e aplicação de rendas é realizada com ampla liberdade, dentro da lei, com contas a prestar somente junto ao Tribunal de Contas.

### **3** O MUNICÍPIO BRASILEIRO E O PACTO FEDERATIVO

O Estado brasileiro consagrou em sua Constituição de 1988 que a República Federativa é composta pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal (art. 1.º), não sendo possível qualquer tentativa de modificar a forma federativa de Estado, por força do art. 60, §4º<sup>12</sup>.

Faz-se necessário explicitar que por motivos históricos, bem como por pressão dos defensores mais ferrenhos do municipalismo, o constituinte achou por bem incluir, de forma singular, os Municípios na forma federativa de organização política do Estado.

Evocando raízes históricas e geográficas, somos levados a concluir que devido à extensão territorial, sempre foi difícil governar o Brasil. A imensidão do território dificultava a centralização política, e a distância do Reino de Portugal, aliada as dificuldades de comunicação favoreceram o crescimento individual e quase que isolado das municipalidades. Com base nesse conceito, o Município era forçado a resolver as suas próprias dificuldades, a solucionar seus problemas, convergindo as lideranças locais no sentido de que a autonomia deveria ser algo consagrado e preservado. Essa lonjura entre Lisboa e os municípios brasileiros contribuiu em muito para que estes

<sup>12</sup>“§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado;”

desfrutassem de um poder considerável. Imaginemos pois como seria submeter qualquer iniciativa popular ao Reino, esperar por sua análise e posterior resposta, quanto tempo tardaria todo esse trâmite e traslado? No entanto, para dissipar qualquer atitude contrária a Coroa, para debelar e ao mesmo tempo evitar levantes capazes de fomentar a independência, tal autonomia não era a princípio apoiada, não se podia perder o controle dos aglomerados populacionais.

Adiante, após a independência em 07 de setembro de 1822, as constituições foram gradualmente consagrando o princípio da autonomia dos governos locais. Iniciada discretamente pela Constituição do Império (1824), que conferiu “ao Governo local especial relevo, através de uma verdadeira experiência de governo autônomo, à semelhança do que se praticava alhures, entre povos mais evolidos e civilizados”<sup>13</sup>, a autonomia municipal sempre foi ponto controvertido, mesmo porque poucos aqueles que possuíam recursos suficientes para se auto-administrar (selfgovernment). Assim, apesar de consagrada a autonomia político-administrativa, a mesma não passava de mera denominação, devido à penúria financeira experimentada pelos Municípios, sempre dependentes da ajuda externa<sup>14</sup>.

A penúltima constituição brasileira (de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, cujo preâmbulo diz “o Brasil é uma República federativa, constituída pela União indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”) foi elaborada nos moldes impostos da ditadura militar, e mesmo conferindo eleições diretas para os Municípios (e somente para estes) - e assim mesmo não a todos, posto que os considerados de segurança nacional (por lei de iniciativa do Poder Executivo Federal), os de estâncias hidrominerais (assim considerados por lei estadual) e as capitais dos Estados<sup>15</sup>, os chefes do Executivo eram escolhidos pelo Governador - delegaram inúmeras atribuições aos Municípios.

<sup>13</sup> PAUPÉRIO, A. Machado. O Município e seu regime jurídico no Brasil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 40.

<sup>14</sup> Cfr. Adilson Abreu Dallari, “Autonomia municipal na Constituição Federal de 1988”, RDP, a. 24, n. 97, jan./mar. de 1991, SP, pp. 231-238.

<sup>15</sup> No primeiro caso carecia de prévia aprovação do Presidente da República, nos dois últimos, a nomeação dependia de prévia aprovação da Assembléia Legislativa. A Constituição de 1946 permitia ao Governador nomear os prefeitos das capitais e das estâncias hidrominerais e os municípios considerados de segurança nacional, independentemente do aval da Assembléia ou do Presidente da República, conquanto a de 1937 limitou-se à redação de que “O prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado”.

No entanto, sabido é que para a fiel consecução dessas atribuições, é preciso a existência de recursos financeiros, que os Municípios não dispunham. Assim, ficavam sempre compelidos a solicitar (leia-se mendigar ou trocar por outros favores políticos) verbas ao Estado ao que estava circunscrito, ou diretamente ao Ministério relacionado à obra ou serviço que fosse realizar. Como bem questiona Dallari<sup>16</sup>, se o Município iria dispor de determinada verba para aplicar em obras de interesse local, por qual razão a quantia não ingressa diretamente seus cofres? Fortaleceria, sem dúvida, ainda mais a autonomia se assim fosse. Agindo dessa forma, o Governo Federal bem como Estadual, poderia exercer um controle não apenas dos atos dos prefeitos, bem como influir politicamente, comprometendo a administração pública e/ou favorecendo a quem lhe aprouvesse.

A Carta Política de 1988 amenizou essa situação, dessa vez conferindo real autonomia financeira aos Municípios. Atualmente, detentores ainda mais de fontes de renda próprias, os Municípios vêm creditar diretamente em suas contas, parcelas referentes a outros tributos, sejam provenientes da arrecadação estadual ou federal, sem o descaminho que outrora ocorrera, ou seja, as quotas ingressavam primeiro noutro patrimônio (estadual ou federal), para daí então serem transferidas, durante todo esse percurso, muitas cifras perdiam-se ao longo do caminho.

Além dessa inovação, a Constituição de 1988 modificou a anterior no que tange a Lei Orgânica Municipal. Outrora, cabia ao Estado disciplinar sobre a Lei Orgânica dos Municípios, fazendo com que um único modelo servisse para todos, obedecendo a uma legislação estadual uniformizada. Doravante, cada Município elabora sua Lei Orgânica<sup>17</sup>, devendo apenas obedecer a parâmetros definidos pela própria Constituição Federal e Estadual (CF art. 29), e, por fim, adicionou o Município como ente integrante da Federação.

Contudo, apesar dessa evolução autonômica do Município brasileiro, não se pode considerar que estes pressuponham uma entidade federada. Aliás, este

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>17</sup> Hoje os municípios podem se organizar de forma a estabelecer a melhor maneira de prestar seus serviços, se aproximando da realidade de sua comunidade. Ora, parte-se da premissa de que cada localidade possui peculiaridades próprias, com carências e riquezas. Não se concebe uma uniformidade demográfica, social e econômica em áreas tão vastas e diversificadas.

sempre se manteve à margem da composição dos entes federativos, desde a Constituição de 1891, seguida pela de 1934<sup>18</sup>, 1937, 1946 e por fim na de 1967<sup>19</sup>.

O Estado Federal é composto por uma associação de Estados, que poderá decorrer de aglutinação histórica, quando Estados preexistentes dão origem ao Estado Federal, bem como por imputação normativa, através de criação jurídica dos Estados, no documento de fundação do Estado Federado. No caso brasileiro, vislumbra-se o segundo, em que as Províncias foram denominadas Estados e a Constituição os aglutinou na forma federativa, gerando concomitante o nascimento jurídico do Estado Federal e dos Estados-membros, que passaram a integrar a República Federativa. Mas será que a Constituição atual, ao incluir o Município como ente da Federação, não contradiz o princípio federativo? Afinal, este não é ente constitutivo da Federação, principalmente da brasileira, posto que a evolução constitucional sugere que esta seja oriunda da composição das Províncias, transformadas em Estados.

Desde 1934 que as Constituições mencionam que os Territórios compõem a República Federal, um exagero, segundo Raul Machado Horta, sustentando que estes “são desdobramentos da atividade administrativa da União, configurando a autarquia territorial, por descentralização de objetivos da União Federal, na qual eles se integram em relação de dependência e de subordinação”<sup>20</sup>. Todavia, a Constituição de 1988 excluiu os Territórios da organização da República, integrando-os na União, e por sua vez forçosamente incluiu os Municípios, pessoas de direito público interno, como partícipe da República Federativa. Essa inclusão é combatida pelo mesmo autor, ao afirmar que a

---

<sup>18</sup> Constituição esta que esboçou autonomia municipal como sendo o conteúdo de três elementos: autonomia política, financeira-tributária e autonomia administrativa, e ainda inseriu o município em Título específico que trata da Organização Federal. Daí por diante, o Município passa formalmente a fazer parte da União.

<sup>19</sup> Cfr. Raul Machado Horta, em “A posição do município brasileiro”. RBEP, n. 55, julho 1982, pp. 197-221, “O desdobramento lógico da concepção constitucional que desconhecia o município no plano da União Federal ou da Federação – por ser a União, historicamente, como no caso brasileiro, a resultante da aglutinação de Províncias que se tornaram Estados-membros -, deveria conduzir à exclusão do Município do domínio da Constituição Federal”.

<sup>20</sup> In: “O Estado-membro na Constituição Federal brasileira”. RBEP, n. 69/70, jul. 1989 – jan. 1990, p. 61.

[...] relevância do Município na Constituição Federal [...] dispensa, e não justifica, a presença do Município na composição do Estado Federal, produto da associação dos Estados Federados, como vimos, dentro da natureza ontológica e jurídica dessa forma de Estado, qualificada, por isso, de União de Estados de Direito Interno”, para adiante afirmar que o tratamento dado pelo poder constituinte originário é altamente sujeito a reprovações, dado a falta de atenção ao não identificar a “União Federal como ordenamento central do Estado Federal ou da República Federativa. A União permanece oculta na cláusula da união indissolúvel, que vincula os ordenamentos parciais dos Estados e do Distrito Federal, sem explicitar a presença da União Federal na composição da forma de Estado.

Como bem afirma Baracho<sup>21</sup>, os únicos entes federativos são o Estado Federado e os Estados-membros, excluídos os Municípios. Estes não fazem parte da Federação, e sim Estados a perfazem. Uma das justificativas, para além do próprio valor axiológico que o termo nos remete, é de que

[...] os Municípios não influem, nem muito menos decidem, no Estado Federal. Dito de outro modo, não participam da formação da vontade jurídica nacional. Realmente, não integram o Congresso, já que não possuem representantes nem no Senado (Casa dos Estados), nem na Câmara dos Deputados (Casa do Povo). Como isso não bastasse, a autonomia não é uma cláusula pétrea. O Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado, pode querendo, aprovar emenda constitucional que venha a diminuir ou mesmo, a eliminar a autonomia dos Municípios<sup>22</sup>.

Só existem quatro hipóteses em que não é possível a proposta de emenda constitucional: as tendentes a abolir (leia-se abolir, e não modificar, o que poderia ensejar a exclusão do Município no pacto federativo) a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Para além dessa exemplificação toda e qualquer proposta deve ser levada a plenário, basta examinar a Proposta de Emenda Constitucional (oferecida pelo Governo – Poder Executivo) n.º 297, de 1995.

<sup>21</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 204.

<sup>22</sup> CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 106.

Outro aspecto relevante merecer ser ventilado quando se defende que o Município não faz parte da federação, trata-se dos titulares dos direitos de propor Emendas à Constituição. A Constituição brasileira admite que poderá sofrer emendas sob proposta: de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; por mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. É o que diz o art. 60, incisos I a III.

No esteio do pensamento de Roque Carraza, bem como nos dizeres da Lei Complementar n.º 78, de 30 de dezembro de 1993, a Câmara de Deputados é composta proporcionalmente pela densidade demográfica dos Estados, e não pelo seu número de Municípios ou população Municipal. Por sua vez, o Senado Federal é composto por representantes de interesses do Estado e do Distrito Federal, cuja eleição segue o princípio majoritário. À luz da primeira hipótese temos que o Poder Legislativo de representatividade nacional é o maior interessado em modificar a Constituição.

O Presidente da República, chefe de Estado, representante máximo do Poder Executivo é igualmente hábil para propor Emendas à Constituição. Simboliza o interesse nacional como um todo, abstraindo-se o localismo.

A derradeira hipótese de modificar o texto máximo é ao nosso ver a mais complexa a nível de concretização. Exige-se maioria relativa de catorze Assembléias Legislativas dos vinte e sete Estados da federação, significa dizer 50% mais um destes. Somente um fator de relevância desmedida, e esgotadas as proposituras que porventura a Câmara dos Deputados e o Senado Federal pudessem apresentar, levaria a uma maioria de casas legislativas, de diversos pontos do país, a adotar uma posição uníssona no sentido de modificar a Lei Magna. A possibilidade, ainda que remota, sinala a grande valia dos Estados-membros.

Se o Município fosse ente integrante do pacto federativo, deveria estar entre o rol dos possíveis autores de apresentar propostas de emenda à Constituição. Se não um único Município, pelo menos um conjunto mínimo com representatividade suficiente e expressiva para esse desiderato, como por exemplo associação de Município<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Defendemos o associativismo pela sua natureza em que o fim perseguido seja genérico e comum aos Municípios associados, ao passo que o consórcio seria efêmero, cuja duração se prolongaria tão somente enquanto se realizasse a obra ou serviço determinado.

Com bem apontado pelo prof. Baracho, vale ainda acrescentar que os Municípios não possuem representação direta no Senado Federal, ao revés dos Estados-membros, que elege seus Senadores, não tem competência para propor emendas constitucionais, não possuem Poder Judiciária próprio (os Estados e a União Federal possuem no âmbito de sua competência) e, o chefe do executivo municipal não pode propor ação de inconstitucionalidade. É a própria Constituição em seu artigo 45 que afirma ser a Câmara dos Deputados composta de “representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”, e no artigo 46 registra que “o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal”. Até mesmo na formação contínua e aperfeiçoamento do servidor público, é o Município excluído de tal tarefa, posto que somente a União, os Estados e o Distrito Federal são obrigados a prover escolas para esse fim específico (CF, art. 39, §2º). Vale mencionar também que enquanto os Deputados Estaduais possuem imunidade formal e material, os Vereadores dispõem apenas da material - opiniões, palavras e votos - (CF, art. 27 e 29, VIII). Por fim, se ente federado é, porque não possui constituição como os Estados, ao invés de Lei Orgânica?

Arrebatando tal questão, José Afonso da Silva<sup>24</sup> defende que não somente pela autonomia política-constitucional que possui uma coletividade territorial, significa dizer “que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira”. E assim o justifica, tanto pela responsabilidade conferida à legislação Estadual, de criar, incorporar e fundir Municípios (CF, art. 18, §4º), como ao afirmar irremediavelmente que ??????????????????????

[...] a República Federativa do Brasil é formada de união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido, porque se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existem em relação aos Municípios situados nos Estados. A intervenção neles é da competência destes, o que mostra serem ainda vinculados a eles”. A Constituição do Brasil não vislumbra a hipótese de intervenção federal nos Municípios localizados nos Estados<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 450-451.

<sup>25</sup> Neste mesmo sentido vai o parecer não publicado de Brasilino Pereira dos Santos, acostado aos autos do mandado de segurança n.º 1998.34.00.005102-3, cujo impetrante é o Município de Campo Grande e outros, em desfavor do Secretário do Tesouro Nacional.

De forma a garantir exhaustivamente a tão disputada autonomia de governo, a administração e legislação própria no âmbito de suas competências, bem como os recursos financeiros próprios, aliado ao fato de que os Municípios a cada dia são forçados a solucionar as carências da população local, o Constituinte, atento ao frágil apego nacional ao cumprimento de Lei, forçou o processo de constitucionalização de quase todas as matérias. Para se evitar uma pulverização de modelos de Municípios (e será que isso não favoreceria a autonomia?), foram fixados diversos limites. Verifica-se que a Constituição trata exhaustivamente de matéria que não possui a real necessidade de ali estar, como por exemplo, fixar o número de Vereadores, a data das eleições municipais, duração do mandato (CF, art. 29), assuntos que poderiam perfeitamente estar agasalhados em sede de legislação infra-constitucional.

Para resguardar a autonomia municipal não se faz necessária a pormenorização de todas as competências e atribuições das coletividades locais, mesmo porque na própria Constituição existe mecanismo para protegê-la, qual seja, a Intervenção Federal (art. 34, VII, c).

A par dessas exemplificações, torna-se difícil sustentar a posição do Município brasileiro com parte integrante do pacto federativo. Bem verdade é que lá está positivado, formalmente, mas em teoria, trata-se de uma imperfeição anotada pelo poder constituinte originário. Adota-se muita vezes o conformismo, como estampado nas palavras da professora Cristiane Mendonça<sup>26</sup>, verbis:

No caso da República Federativa do Brasil, deve ser acrescido o ente municipal, que a despeito de não ser parte da federação em sentido estrito, conforma o Estado Brasileiro, é dotado de autonomia e está em posição de paridade em relação aos Estados e à União, e ainda, o Distrito Federal, que ao lado das demais pessoas políticas compreende a união indissolúvel, preconizada no art. 1º., caput, da CRFB/88.

Como bem dito:

[...] ao configurar-se no plano da federação brasileira, com todas as peculiaridades que o circunscrevem, o Município brasileiro posiciona-se em patamares ímpares aos demais Municípios de todas as outras federações do

<sup>26</sup> “A Imunidade tributária entre as pessoas políticas de direito público interno”. In: Novos Rumos da Autonomia Municipal. Coordenador: Evandro de Castro Bastos e Odilon Borges Júnior. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 81-89.

mundo. Mas seu realce, no concerto da Federação, não lhe outorga, em nosso ordenamento constitucional, a peça de ente federativo, como equivocadamente se sustenta alhures, apaixonadamente.<sup>27</sup>

Consoante esse conjunto de argumentos, acreditamos que os Municípios efetivamente não fazem parte do pacto federativo, ainda que formalmente, assim esteja positivado. Para alcançar verdadeiramente esse desiderato, é necessário fazer adaptações ao texto constitucional, especialmente no que tange à representatividade no Congresso Nacional, e a cláusula pétrea de plena autonomia municipal.

### Conclusão

O Município brasileiro foi concebido inicialmente nos moldes dos Concelhos portugueses. No entanto, a vastidão do território, aliada às diversas condições econômicas, sociais e políticas que se deflagraram na colônia, fizeram com que ganhasse gradativa autonomia. A autonomia municipal foi sendo construída ao sabor dos anos e de acordo com a necessidade de conferir aos entes locais, capacidade resolutiva de seus problemas, sem necessitar, a princípio, a participação das unidades políticas maiores. No entanto essa prerrogativa foi bastante dificultada nos anos de unitarismo, e quando da prática da política dos governadores que insistiam em fazer dos Municípios um reduto político eleitoral dominado por uma família predominante, ou, pela disputa entre duas ou mais, do poder local.

A Constituição de 1988 alçou os Municípios brasileiros à invejável condição de pessoa política integrante da federação, uma inovação única conhecida no mundo jurídico. A autenticidade da autonomia conferida a este ente da federação é indiscutível, e sua formação no decorrer de toda evolução constitucional e administrativa brasileira, ocorreu de maneira com espontaneidade singular, em contraposição ao caráter abrupto e artificial com que se foi implantado o Estado Federal em 1891. A autonomia municipal entre nós, o fortalecimento do poder local, mesmo do ângulo estritamente jurídico-formal, já finca raízes relativamente profundas no nosso constitucionalismo.

A autonomia política, administrativa e financeira experimentada pelos Municípios, é oriunda da própria Constituição Federal. Essa autonomia é confirmada pela eleição direta dos representantes, que podem elaborar a Lei

---

<sup>27</sup> Cfr. CASTRO, José Nilo de. Direito municipal positivo. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 60.

Orgânica Municipal, legislar sobre os assuntos de interesse local, organizar e prestar os serviços a serem oferecidos à população, bem como instituir os tributos e aplicar a receita oriunda destes, identificados na Lei Maior.

A liberdade e a autonomia municipais são condições indispensáveis para a efetivação do processo democrático descentralizado. A autonomia legislativa do Município é restrita aos assuntos de seu predominante interesse, localizado no âmbito de sua área territorial, o que não significa, todavia, a exclusão da União federal e dos Estados-membros como igualmente interessados na matéria a ser versada pela municipalidade, como se observa da distribuição de competências oferecidas pela Carta de 1988.

Cada Município possui seus tributos próprios, além de aferir receitas de outros entes de direito público. De certo que por vezes os recursos são insuficientes para a totalidade de despesas efetivadas. O que se extrai desse cenário é que não se trata apenas de uma crise política ou financeira, mas quase em sua totalidade, administrativa. Falta no Brasil uma escola de dirigentes públicos, onde profissionais e populares sejam lapidados para exercerem cargos públicos, ao revés de aventureiros lançarem-se a administrar a coisa pública. Há de se buscar um aperfeiçoamento ao lidar com o erário do povo e com isso evitar que os sucessores nas administrações municipais sirvam apenas para pagar o legado da gestão anterior.

Apesar de duvidarmos da posição do Município como ente da federação, há de se concordar que a atribuição de competências expressas positivadas no texto constitucional, aliada à eleição dos governantes, bem como o estabelecimento do remédio jurídico para estabilizar a harmonia do Estado federado nos casos que especifica, robustece a posição de integrante do pacto federativo. Certamente a ausência de representatividade no Congresso Nacional é uma falha grave que carece de reparo, mas de difícil resolução, haja vista a existência de 5.561<sup>28</sup> Municípios espalhados pelos 27 Estados-membros, alia-se a essa observação, a inexistência do Poder Judiciário próprio do citado ente federado e a ínfima quantidade de Municípios que se auto sustentam, abalando as raízes da autonomia, bem como a impossibilidade destes entes não poderem apresentar proposta de Emenda à Constituição, tampouco poderem ingressar com Ação de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>28</sup> Dados do IBGE no apurados no último censo, realizado em 2000.

# Bibliografia

AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Novos rumos do federalismo”, RDP, a. VXI, n. 65, jan./mar. de 1983, pp. 5-26.

\_\_\_\_\_. Teoria geral do federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. “Descentralização do poder: federação e município.”, RDP, a. III, n. 5 e 6, jan./jun. e jul./dez. de 1989, pp. 11-40 e 11-28.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BONAVIDES, Paulo. “Do velho ao novo federalismo”, RDA, vol. 70, out./dez de 1962, pp. 500-515.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. “O art. 6.º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia”. In: *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1920, vol. XLVII, tomo IV.

BRASILEIRO, Ana Maria. *O município como sistema político*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1973.

BRAZ, Petrônio. “Município: ente federativo”, RT, a. II, n. 8, jul./set. de 1994, pp. 103-107.

BRÜHL, Dieter. “A constituição de 1988 e os municípios brasileiros”. *Revista de Informação Legislativa*, a. XXX, n. 118, abr./jun. de 1993, pp. 41-52.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CASTRO, José Nilo de Castro. *Morte ou ressurreição dos municípios?* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

\_\_\_\_\_. *Direito municipal positivo*. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CAUPERS, João. *A administração periférica do Estado*. Lisboa: Aequitas, 1994.

DALLARI, Adílson Abreu. “Autonomia municipal na Constituição Federal de 1988”, RDP, a. 24, n. 97, jan./mar. de 1991, SP, pp. 231-238.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Vol. II, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. “Município e descentralização”. *Jurídica*, a. XII, vol. XXXI, n. 94, jul./set. de 1966, pp. 456-462.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1993.

HORTA, Raul Machado. “A posição do município brasileiro”. RBEP, n. 55, julho 1982, pp. 197-221.

\_\_\_\_\_. “O Estado-membro na Constituição Federal brasileira”, RBEP, n. 69/70, jul./1989 – jan./1990, pp. 61-89.

JELINNEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción: Fernando de los Rios, Buenos Aires. Albatros, 1954.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo. Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. “Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil”. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 32, n. 128, out./dez. 1995, pp. 107-125.

LEAL, Victor Nunes. *Alguns problemas municipais em face da Constituição*. *Problemas de Direito Público*. Brasília: Ministério da Justiça, 1999, v. 1, pp. 312-337.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. Vol. II, Madrid. Tecnos, 1986.

MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira. “Regionalização ou municipalização do Brasil?”, RBEP, n. 63/64, jul./1986 - jan./1987, pp. 171-183.

MARINHO, Josaphat. “Intervenção em município”, RDP, n. 64, out./dez. de 1982, pp. 60-74.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 11ª ed., São Paulo. Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. “O governo municipal brasileiro: uma visão comparativa com outros países”, RAP, a. 27, vol. 4, out./dez. de 1993, pp. 36-53.

MENDONÇA, Cristiane. *A Imunidade tributária entre as pessoas políticas de direito público interno*. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon. *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 81-89.

NABAIS, Casalta. “Autonomia local”. BFD, número especial, 1993, pp. 107-221.

NOGUEIRA, Ataliba. “Teoria do Município”. RDP, Editora Revista dos Tribunais, a. 2, n. 6, out./dez. de 1968, pp. 7-21.

OLIVEIRA, António Cândido de. *Direito das autarquias locais*. Coimbra. Coimbra editora, 1993.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O município e seu regime jurídico no Brasil*. 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1973.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina. 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, José Afonso da. *O município na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1989.

\_\_\_\_\_. “Inovações municipais na Constituição de 1988”. RT, a. 80, vol. 669, julho de 1991, pp. 10-18.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. “Regime Constitucional do Município”. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, dez. de 1990, pp. 45-70.

TAVARES, José. *Estudos jurídico-políticos*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1996.

TÔRRES, João Camillo de Oliveira. “O federalismo: formação histórico constitucional”. *Revista de Ciência Política*, vol. 3, n. 2, abr./jun. de 1969, pp. 21-51.

TRIGUEIRO, Osvaldo. “A crise do federalismo”, *Revista Forense*, a. 59, vol. 199, n.<sup>os</sup> 709, 710 711, jul./ago./set. de 1962, pp. 361-366.

VAMIREH, Chacon. “Federalismo aparente e unitarismo permanente no Brasil”, *RBEP*, n. 42, jan. de 1976, pp. 107-126.

# Aborto Eugênico

Glauco Cidrack do Vale Menezes

Advogado, professor de Direito Civil I, da Faculdade 7 de Setembro – FA7, em Fortaleza, Ceará. Pós-graduado, lato sensu, em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e pós-graduando, stricto sensu, em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra, Portugal.



# Aborto Eugênico

## ABORTO EUGÊNICO: ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS (PARALELO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VIDA, DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA E COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO)

### ■ ■ APROXIMAÇÃO DO TEMA

Muito se tem discutido sobre o teor das ações e recursos que se avolumam em portfólios no Supremo Tribunal Federal, em sua grande maioria desconexos e aventureiros, quando não repetitivos, que estorvam o desenvolvimento normal da atividade judiciária, ao lume de matérias dissociadas da essência funcional daquela egrégia Corte, de há muito esculpida no artigo 102 da atual Carta Política, razão pela qual arvoram-se os argumentos pela aprovação da malsinada “súmula vinculante”<sup>1</sup>.

Entretanto, de quando em quando, ganham relevo questões de repercussão social como o anti-semitismo, a exemplo da famosa lide travada em sede de *Habeas Corpus*<sup>2</sup> oriunda do estado do Rio Grande do Sul, que versou sobre apologia à prática de “racismo” contra judeus, no qual o vetor da polêmica foi decidir se judeu é raça. Ou, por outro lado, questões políticas, como na recente celeuma da inconstitucionalidade

<sup>1</sup> “A proposta da súmula vinculante, em uma visão esclarecida, teria como escopo resolver dois problemas mais emergentes, germinados da ausência de força obrigatória quanto ao cumprimento das decisões uniformizadas pelo STF e pelo STJ: 1º - o inchaço do Judiciário, que deveria ter o seu tempo preservado para apreciar os verdadeiros conflitos, assuntos sobre os quais ainda reina divergência na jurisprudência; 2º - a demora no reconhecimento do direito do cidadão, o que fomenta o exsurgir de uma imagem fantasmagórica do judiciário.” Walter Nunes da Silva Junior, em artigo publicado na Revista Eletrônica da Justiça Federal do Rio Grande do Norte. [www.jfrn.gov.br/docs/doutrina120.doc](http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina120.doc)

<sup>2</sup> HC nº 82424 / TJ – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves DJU -19-03-2004 PP-00017 Ement Vol - 02144-03 PP-00524.

da contribuição previdenciária sobre os inativos<sup>3</sup>. Quando o debate é desta natureza, as teses jurídicas sustentadas pelos eminentes magistrados ganham em qualidade e revertem-se em proveito da sociedade e da ciência jurídica em geral.

O mais recente caso a desafiar a inteligência do STF e que é o nosso objeto de estudo neste ensaio acadêmico, versa sobre “**a constitucionalidade ou não do aborto para fins terapêuticos**”. O tema é de suma importância, porque revigora o debate nacional sobre o aborto, dantes adormecido, e perpassa a fronteira do direito atingindo matizes científicos, filosóficos, religiosos, ou mesmo sociológicos, ensejando divergências interpretativas no meio.

A discussão ganhou vulto com a decisão monocrática do Excelentíssimo Senhor Ministro **Marco Aurélio de Melo**, em sede de medida cautelar, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, nº 54 - 8 do Distrito Federal, que autorizou o aborto de feto anencefálico<sup>4</sup>. A decisão, que analisaremos amiúde, de eficácia imediata e efeito vinculante, gerou uma esperada multiplicidade de opiniões, sendo de perplexidade para os setores mais conservadores da sociedade<sup>5</sup>, de regozijos para classe médica e os movimentos “pró-aborto”, e de indignação para alguns representantes do meio jurídico.

Não obstante as várias vertentes jurídicas que o tema possa suscitar, este trabalho primará por uma abordagem predominantemente constitucional e civilística do fato, traçando um paralelo com os princípios fundamentais do direito, previstos na Constituição Federal (mais precisamente no artigo 5º) e com direitos da personalidade e a autonomia da vontade privada (capítulo inserido no novo Código Civil, artigos 11 e seguintes).

---

<sup>3</sup> Em tramitação no STF pelas ADIN's nº 3105 e 3128, com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da EC nº 41/03.

<sup>4</sup> Anencefalia é uma má formação do feto, ocorrida entre o 23º e o 26º dia de gestação, que resulta na ausência de abóbada craniana e os hemisférios cerebrais ou não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio. Revista de Saúde Materno-infantil, nº 12, pg.2.

<sup>5</sup> A presidência da CNBB divulgou nota oficial, assinada pelo Cardeal Geraldo Majella Agnelo, datada do mesmo dia da concessão da medida, 01/07/2004, de teor crítico contra a decisão prolatada e defendendo a preservação da vida do ser em gestação, independente do estágio ou da condição em que se encontrar.

Ressalte-se, outrossim, que não é nosso propósito esgotar o tema, de sorte que a abordagem que aqui se encerra é delimitada à análise da decisão judicial mencionada.

## ■ VEXATA QUESTIO

Não é contemporânea, nem territorial, a polêmica sobre a legalização do aborto. Há tempos que movimentos sociais, prós e contras, debatem acirradamente os seus argumentos quanto à possibilidade jurídica ou não da interrupção da gestação. Basta analisar que, no Brasil, embora haja vedação expressa, quer pela Carta Magna de 1988, artigo 5º, *caput*, quer pelo Código Penal, artigos 124 ao 127, quer pela simetria que guarda a legislação pátria com as regras internacionais de prevalência da vida e controle de natalidade<sup>6</sup>, o número de abortos provocados cresce assustadoramente e, o que é pior, em grande parte, autorizados pelo próprio judiciário. Segundo dados extra-oficiais levantados por pesquisadores do assunto<sup>7</sup>, somente na década de 90 foram concedidos mais de 350 (trezentos e cinquenta) alvarás autorizando a prática da chamada *Interrupção Seletiva de Gravidez*, representada pela sigla *ISG*, também chamada de aborto eugênico. A estimativa atual é a de que mais de 2.000 (dois mil) processos estejam tramitando nos tribunais nacionais visando o mesmo objetivo. No Congresso Nacional há vários projetos legislativos com o propósito legalista do aborto, sendo o PL nº 20/91 de autoria dos ex-deputados Eduardo Jorge (PT/SP) e Sandra Starling (PT/MG), o mais questionado.

Assim, volta e meia, o assunto vem à tona trazendo sempre uma carga ostensiva de debates. O último caso, que passamos a analisar, causou maior repercussão por ter sido o primeiro a ser erigido em sede de Corte Constitucional.

---

<sup>6</sup> Organização das Nações Unidas, ONU, à luz do parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento e também, no Preâmbulo e no artigo 1º da Declaração dos Direitos da Criança, de 20/11/1959.

<sup>7</sup> Gollop T. *in*: O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP 1995 nº 24 pgs.54-59

## 2.1. O CASO EM ESTUDO: A LIMINAR CONCEDIDA À CTNS EM SEDE DE ADPF

Em 17 de Junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Egrégio Supremo Tribunal Federal (escudada na Lei nº 9.882/99, segundo a qual confere-se legitimidade para a arguição àqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República), visando à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

O cerne da questão, exposta na exordial, orbitou em torno dos crescentes casos clínicos de gestação com seres anencefálicos, com os quais os médicos se deparam dia a dia e se vêem impedidos de realizar a antecipação do parto, em razão da mencionada vedação legal e constitucional.

Como argumento persuasivo, a CNTS utilizou-se de dados científicos para comprovar que a permanência de feto anômalo no útero da gestante seria potencialmente perigosa, podendo gerar danos à sua saúde e à sua vida, e lembrou que a mora judiciária, hoje indisfarçável, comprometeria sobremaneira qualquer possibilidade de espera, uma vez que o tempo de gestação humana é, em média, de 40 (quarenta) semanas, tempo bem menor do que a marcha processual.

O eminente Ministro **Marco Aurélio de Mello**, ao analisar o caso, firmou entendimento de que:

*“(...) diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar”.*

Citou ainda os dados técnicos levantados pela argüente de que, nos casos de anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza da inviabilidade de vida do nascituro igual a 100% (cem por cento). Disse o magistrado:

*“A literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.*

Com espeque nisso, concedeu a medida liminar determinando que toda gestante que se encontrar nesta situação de feto anencefálico tem o direito de interromper a gravidez.

## 2.2. AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS EM CASOS SIMÉTRICOS

Também foi suscitada pela argüente e utilizada como parâmetro pelo MM relator, a divergência jurisprudencial entre as Cortes brasileiras,

inclusive entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, à luz do debate ocorrido nos autos do *Habeas Corpus* de nº 84.025-6/RJ assim retratada:

*“É emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto. Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos”.*

Este relato de divergência jurisprudencial também ajudou a formar a opinião do ministro, em razão de sua clara preocupação quanto à segurança jurídica nas decisões emanadas do judiciário, *verbis*:

*“Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte –, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.”*

O entendimento destoante dos tribunais brasileiros resulta do fato de que, se de um lado há uma angústia, incerteza e frustração por parte da gestante, por saber que está gerindo um ser que não sobreviverá, ou mesmo, poderá nascer

morto, por outro, se impõe o dever de cumprimento da lei, sobretudo porque a legislação constitucional tutela a vida como bem maior a ser preservado, bem como as hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia em desfavor da parte, devendo prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal<sup>8</sup>.

Destarte, a decisão judicial, embora ainda não sufragada pelo colegiado, e sob a alegativa de que não obriga a mulher gestante, que se encontra nessa situação, a provocar o aborto (apenas transmite-lhe o poder de decisão sobre o futuro de seu filho e da disposição de seu corpo), abre grave precedente a outros mecanismos antijurídicos ligados à morte, como a eutanásia, a própria pena de morte e o extermínio de raças consideradas impuras, além de afrontar descaradamente o direito positivo brasileiro, razão pela qual, debruçamo-nos neste pequeno trabalho, na vã expectativa de suscitar um saudável debate e, quiçá, ver revertido o abstraído julgamento.

## R PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO

Fundamentais são todos os direitos tidos como inerentes ao ser humano, por vezes confundidos com os próprios direitos do homem, alguns deles, inclusive, com os direitos da personalidade. Na realidade, os direitos fundamentais são princípios constitucionais fundamentais, pois guardam os valores basilares da Ordem Jurídica e de um Estado Democrático de Direito. Paulo Bonavides<sup>9</sup> os classifica em quatro gerações (dimensões); Norberto Bobbio<sup>10</sup> os atrela à democracia; J. J. Gomes Canotilho<sup>11</sup>, aos direitos da personalidade; e

<sup>8</sup> Inaplicabilidade da analogia *in malan partem*. A lei penal incriminadora ou desfavorável é vedada pelo princípio da reserva legal, porque deve ser estrita. Entendimento esposado pelo STJ nos autos do HC nº 84.025/RJ

<sup>9</sup> Direito à liberdade, direitos sociais, direitos comuns e solidários e direitos à democracia, informação e ao pluralismo. Conferir Curso de Direito Constitucional, pgs. 516 a 525.

<sup>10</sup> Bobbio atesta que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. *In: A Era dos Direitos*, 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

<sup>11</sup> “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os **direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa”. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Ed. Coimbra, pg. 34.

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>12</sup> os chama de mandamento nuclear de um sistema. Neste caso, o que se tem em pauta é o mais estrutural dos direitos fundamentais: **o direito à vida**. Alexandre de Moraes<sup>13</sup>, a propósito, afirma que:

*“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.*

### 3.1. DIREITO À VIDA: SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO-CIENTÍFICO

Do ponto de vista jurídico, o direito à vida está inserido como princípio fundamental na CF/88 logo no *caput* do artigo 5º, que preconiza, *in verbis*:

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, (...) garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”*  
*- grifamos -*

Também na mesma carta, define o artigo 227, *in verbis*:

*“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, **o direito à vida**, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**”.*  
*– grifamos –*

<sup>12</sup> Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, pp. 747.

<sup>13</sup> Curso de Direito Constitucional, Ed. Atlas, 13ª edição pg. 63.

A garantia constitucional incidente sobre a vida humana é reflexo de um Estado que prima pela ampla liberdade e igualdade de direitos, em contrapartida aos que primam por outros valores sociais menos caros, historicamente atrelados às sociedades descompromissadas com os direitos humanos<sup>14</sup>.

Estando o direito à vida associado aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, não se pode erigir contra ele qualquer ação, porque contrariaria a logicidade do sistema normativo. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup>, em lição lapidar, aduz que:

*“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.*

---

<sup>14</sup> Alemanha Nazista, China Comunista, E.U.A e sua claudicante democracia, que inclui a “pena de morte” como direito à segurança social, dentre outros exemplos.

<sup>15</sup> Op.cit. pg. 748.

Paulo Bonavides<sup>16</sup> afirma que os direitos fundamentais, mormente os de primeira geração, têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado numa política de liberalismo e de não intervenção, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa: “*são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado*”.

As correntes jus-naturalistas já definiam certas categorias de direitos como sendo inerentes à própria existência humana. A vida é consagradamente um direito inato ao homem, um direito natural e universal, independentemente de credo, convicção política ou filosófica. Ives Gandra Martins<sup>17</sup>, ao tratar do tema, leciona:

*“O direito à vida é o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar”.*

E quando aborda o dever do Estado em privilegiar a vida, sobretudo a dos mais indefesos, continua o jurista:

*“O direito à vida, talvez mais do que qualquer outro impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção, dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da ‘teoria do suprimento’. Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes”.*

---

<sup>16</sup> Idem, ibidem.

<sup>17</sup> O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 127 - 144. Pg. 128 à 134.

Ora, ao se decidir pela autorização do aborto, ainda que em casos semelhantes ao abordado, afronta-se, além de um direito natural, um princípio fundamental, vez que, se traduz na intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo pela limitação do direito à vida, quando o próprio Estado edita normas de proteção à vida. Sob nenhum aspecto, como iremos verificar, é justificável tal impropério jurídico.

Destaque-se mais, que a carga semântica depositada na expressão “**direito à vida**” infere duas situações: 1º – **o direito de permanecer vivo**, que já pressupõe a existência do indivíduo e; 2º – **o direito de nascer vivo**, que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior. Quando a questão é analisada sob o ponto de vista da primeira situação, abre-se perigoso espaço para o debate da “pena de morte”; quando analisado pelo prisma da segunda situação, trata-se inegavelmente do aborto.

Estas duas vertentes são, precisamente, fortalecedoras do argumento utilizado pelos abortistas. É que a teoria adotada é a de que o “direito à vida”, preconizado na legislação, refere-se somente ao indivíduo que já se tornou pessoa, inclusive com atributos da personalidade, e aí sim, consubstanciaria crime qualquer atentado contra si. No caso do nascituro, como não teria se tornado pessoa (*Partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur*)<sup>18</sup> não constituiria ato ilícito a sua abortagem. **Ledo engano! O nascituro é pessoa!**<sup>19</sup> E ainda que não seja assim considerado por alguns, bastaria estar vivo dentro do útero, pois o crime é contra a vida do ser, não contra a denominação biológica que se queira dar ao feto. Trata-se de um ser humano, e assim o é, porque descende da espécie humana. Não se pode dar tratamento “coisificado” ao feto, considerando-o como um ser inanimado (salvo se já estiver morto) ou como um animal de outra espécie (porque biologicamente impossível).

---

<sup>18</sup> “*O parto, ainda não dado à luz, não corretamente se diz que tenha sido homem.*” Papiniano, L.9, § 1º. D. 35.2. ad Legem Falcidiam *apud* Roberto de Ruggiero *in*: Instituições de Direito Civil, vol. 1, nota de roda pé nº 9, pg.438.

<sup>19</sup> Afirmamos nosso posicionamento em simpatia à teoria concepcionista da qual fizeram parte Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua e que encontra em Silmara Chinelato e Francisco Amaral os seguintes posicionamentos: “*Não há meia personalidade ou personalidade parcial.*” e “*Pode-se ser mais ou menos capaz, não se pode ser mais ou menos pessoa*”.

Mas, infelizmente, o entendimento da decisão aqui atacada diverge de nossa linha de raciocínio por uma razão não muito óbvia: o eminente julgador não aceita que o feto anencefálico seja possuidor de vida. Disse o ministro, *verbis*:

*“(...) a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, **que nunca poderá se tornar um ser vivo**. Se assim é - e ninguém ousa contestar (...)”*  
– grifamos –

Assim, em nosso sentir, este discurso teratológico de que o ser intra-uterino não tem vida, ou se a tem, não pode ser considerado como pessoa (e neste caso, não haveria crime de morte se fosse praticado o aborto), é mais aberrante do que o próprio ato.

Por outro lado, do ponto de vista científico, o que parece estar em jogo é a incerteza (pelo menos do excelentíssimo ministro) do que seja “vida”, ou do que seja “vida viável”. Neste aspecto é inarredável esclarecer que a vida não pode ser confundida com condições necessárias, ou viabilidade de existência. É, outrossim, o resultado indissociável da geração biológica do ser, independentemente do seu desenvolvimento ou da forma que assumirá.

Obtém-se a vida com a fertilização do óvulo e a formação do zigoto<sup>20</sup> e não quando o embrião se torna feto. Este momento crucial marca não só o início da vida, mas também assegura os direitos, ou, ao menos, as expectativas de direito do nascituro. Engana-se quem desconsidera este momento inicial como marco científico de relevância para o direito, pois é justamente neste limiar que confluem a vida e o direito, resultando na chamada vida intra-uterina. William A. Liley,<sup>21</sup> considerado o pai da medicina fetal, descreve a importância que tem o ser em formação:

*“O novo indivíduo comanda o seu ambiente e o seu destino com tenacidade de propósito, implanta-se na parede*

<sup>20</sup> “O embrião ou o feto representa um ser individualizado com uma carga genética própria que não se confunde, nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição protege a vida de forma geral inclusive uterina”. Alexandre de Moraes. *Idem, ibidem*.

<sup>21</sup> *Apud* J.C. Willke *in*: O Aborto. Ed. Paulinas, 1980, pg. 13.

*esponjosa do útero e numa demonstração de vigor fisiológico interrompe a menstruação da mãe. Tal é, pois, o feto que nós conhecemos e que nós próprios fomos um dia. É o feto de que cuidamos na Obstetrícia moderna, que vem a ser o mesmo bebê do qual cuidamos antes e depois do nascimento, o qual pode ficar doente antes e depois de nascer, exigindo diagnóstico e tratamento como qualquer outro paciente.”*

Esta importância que a ciência dá ao feto é a prova clara de que o homem já se convenceu que a vida criada é totalmente distinta da criadora, embora interligadas. Aliás, em frase secular, Jérôme Lejeune<sup>22</sup>, descobridor da Síndrome de Down, proferiu o seguinte raciocínio:

*“Aceitar o fato de que, depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano, desde a sua concepção até sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental”.*

Neste sentido, por reconhecê-lo possuidor de vida independente, é que a moderna medicina fetal trata o ser intra-uterino como paciente, chegando a submetê-lo, quando necessário, ao tratamento médico, inclusive cirúrgico. Assim, qualquer manipulação do nascituro no útero materno, com o fim de levá-lo à expulsão forçada é, sem dúvida, um eufemismo para “pena de morte”.

---

<sup>22</sup> News Exchange of “The World Federation of Doctors who respect the Human Life”. Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Dornival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração *in*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.

Este mesmo reconhecimento científico da dissociabilidade dos seres, genitor e gerido, é que forçou o Direito a reconhecer que o nascituro, embora não se tenha constituído de personalidade<sup>23</sup>, possa ser ao menos merecedor de proteção jurídica.

### 3.2. DIREITOS DO NASCITURO

O Direito confere proteção jurídica ao nascituro por uma inflexão às normas gerais, constitucionais ou mesmo internacionais, que garantem ao ser humano a devida proteção, mesmo antes de nascer.

Orlando Gomes<sup>24</sup> já ensinava que a ordem jurídica admite a existência de uma personalidade fictícia, ao lado da real e verdadeira, em hipóteses nas quais não haveria coincidência entre a existência fática do sujeito e o próprio direito, apenas presunção, elencando 03 (três) situações: 1º - a do nascituro; 2º a do ausente; 3º a da pessoa cuja possibilidade de vir a existir é admitida para aquisição de direitos. Ainda segundo o civilista, a lei assegura direitos ao nascituro por um dever do Estado de não duvidar das leis da natureza e de conferir expectativa de direitos ao ser futuro.

Os Romanos já tratavam da questão, ainda que esparsamente, e estendiam os direitos do nascido ao concebido, pela mera expectativa do nascimento<sup>25</sup>. Carlo Fadda<sup>26</sup> colecionou passagens em que os romanos tutelavam alguns direitos do feto:

*“No segundo século do Império, a mulher divorciada, que procurava desfazer-se dos frutos da ligação com o marido, de que se separára, (sic) passou a ser punida pelas manobras para evitar o nascimento, as medidas eram tomadas no interesse do pai*

<sup>23</sup> *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: qui numquam liberi appellari potuerunt* “Aqueles que nascem mortos não parecem nem nascidos, nem procriados, porquanto nunca puderam ser chamados filhos”. Paulo, L.129. D. 50.16de Verborum significatione.

<sup>24</sup> *In*: Introdução ao Direito Civil. Ed. Forense, pg. 143.

<sup>25</sup> O direito romano consagrou o adágio divulgado no direito moderno: ‘o nascituro é tido como já nascido, quando se trata do seu interesse’.

<sup>26</sup> *In*: Diritto delle persone e della famiglia, *apud* Eduardo Espínola *in*: Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. 10, Do Sujeito dos Direitos Subjetivos, e em particular, das Pessoas Naturais. Ed. Freitas Bastos, 1941, pgs. 407 - 409.

*do nascituro(...) tal mulher era condenada ao exílio, por ter agido contra a spes proli do marido. (...) Os jurisconsultos da época clássica assentaram princípios mais tarde consubstanciados no Digesto (...) a sentença de PAULO afirmava que: ‘aquêle, (sic) que se encontra no útero deve conservar-se assim, como se estivesse entre os sêres (sic) vivos, sempre que se trate dos seus próprios interesses’ (...) e a afirmação de JULIANO: ‘Aquêles (sic) que estão no útero entendem-se estar em quase todo o direito civil, que existem na natureza; porque as heranças legítimas lhes são restituídas(sic); e, se a mulher grávida é feita prisioneira pelos inimigos, goza do benefício do post-limínio o filho, que dela nasce; segue igualmente, a condição do pai ou da mãe.’”*

No direito moderno não há dissonância deste raciocínio, guardando perfeito entendimento sobre a proteção jurídica do nascituro, principalmente nas legislações internacionais. O Preâmbulo e o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, por exemplo, determinam que, *in verbis*:

*“Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, **tanto antes quanto após o seu nascimento**”.*  
– grifamos –

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, através da promulgação do Decreto nº 678/92, estabelece, *in verbis*:

*“Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela*

*lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”*  
– grifamos –

Acompanha estes comandos a íntegra da Lei Federal brasileira nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, pela redação do seu artigo 7º, assim assegura, *in verbis*:

*“Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a **proteção à vida** e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que **permitam o nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”*  
– grifamos –

Por seu turno, o novo Código Civil brasileiro, a exemplo do anterior, preconiza de forma mais objetiva:

*“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**”*  
– grifamos –

Ricardo Fiúza<sup>27</sup>, relator do Projeto de Lei que resultou no novo Código Civil descreve os direitos vigorados no *novel* diploma legal que recaem sobre o nascituro:

*“Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 2º, 1609, 1779, parágrafo único e 1798) como o direito à vida (CF, art. 5º, CP, arts. 124 a 128, I e II), à filiação (CC, arts. 1596 e 1597), à integridade física, a alimentos (RT, 650/*

---

<sup>27</sup> *In*: Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, Ed. Saraiva, pg.05.

220;RJTJSP, 150/906), a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança (CC, arts. 1798 e 1800 §3º), de ser contemplado por doação (CC, art. 542), de ser reconhecido como filho, etc.”

O parlamentar, em comentário ao artigo 2º do NCC<sup>28</sup>, reserva ainda uma passagem sobre o discurso de comprometimento que o Senador *Josaphat Marinho* (autor da Emenda nº 368 ao texto original do projeto) fez em plenário:

*“A emenda restaura, basicamente, o texto do artigo 4º do atual Código Civil (leia-se Código anterior). Ressalvar os direitos do nascituro, ‘desde a concepção’, como hoje assegurado, é fórmula ampla que deve ser preservada acima das divergências doutrinárias. Num fim de século em que se realça a amplitude dos direitos humanos, bem como a necessidade de defendê-los com energia, suprimir a cláusula ‘desde a concepção’ suscitaria estranheza.”*

Outro não é o entendimento dos tribunais pátrios quanto aos direitos do nascituro, com relevo inclusive nas ações sobre o estado de capacidade ou da legitimidade conferida ao nascituro:

*“Ao nascituro assiste capacidade para ser parte. O nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. (TJSP - Ap.Cív. 193.648-1 DJ. 14/9/93. Rel. Renan Lotufo)”*

*“Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor Ação de Investigação de Paternidade. (RJTJRS 104/418)”*

---

<sup>28</sup> Idem, ibidem.

Com tudo isso, não haveria mais motivos para prosperar o infeliz entendimento judicial, nem razões para continuarmos debatendo o tema. Entretanto, a larga e autorizada doutrina civil brasileira, ainda encontra espaço para abordar novos ângulos da questão. Veja-se, por exemplo, o que pensa a respeito o jurista Sílvio de Salvo Venosa<sup>29</sup>:

*“O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; (...) Por isso entendemos que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito”.*

Esta linha argumentativa reforça a idéia de que o nascituro, como feto já concebido, não está no mesmo patamar do esperma e do óvulo que aguardam para fecundar *in vitro* no lastro de uma reprodução assistida, por exemplo, pois estes carecem ainda de qualquer proteção jurídica própria, posto que ainda não são sujeitos de direito. O ordenamento jurídico nacional não admite a existência plena de direito sem sujeitos, em que pesem as correntes doutrinárias inspiradas em Brinz<sup>30</sup> e sua ótica *Zweckvermögen* ou Windscheid<sup>31</sup> com seu posicionamento sobre “um direito destinado a um fim e não a um sujeito”.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> In: Direito Civil, Vol. I – Parte Geral, Ed. Atlas, pg. 161.

<sup>30</sup> In: Lehrbuch der Pandekten, *apud* Eduardo Espínola, op.cit. pgs. 58 - 78.

<sup>31</sup> In: Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, *apud* Eduardo Espínola, op.cit. pgs. 50 - 58.

<sup>32</sup> Sobre o tema, Barassi, *in*: Istituzioni di diritto civile, *apud* Eduardo Espínola, op.cit. pgs. 243 expõe seu clássico posicionamento jurídico: “O sujeito não pode, normalmente, faltar ao direito subjetivo(...) há situações que admitem a possibilidade de um comparecimento do sujeito, mais ou menos próximo; o sujeito não existe, mas é esperado; achamo-nos numa situação precária, em que se espera, com fundamento, que aquele complexo de direitos subjetivos não ficará muito tempo privado de sujeito. Nesse caso, a lei, utilitatis causa, isto é, pela utilidade econômica da conservação dos patrimônios, e interinamente (interimisticamente), desvia do princípio fundamental do direito comum, e apresenta tranquilo o direito subjetivo sem sujeito. Aqui a lógica jurídica peca, certamente; mas, trata-se de fenômenos ideológicos, compreendendo-se tal desvio, porquanto o direito não é uma matemática.”

O nascituro, portanto, já tem tutela jurídica e não uma mera expectativa, o que infere proteção total, e não fracionada de seus direitos. Pode não ter personalidade, pois, como veremos, personalidade é uma ficção jurídica, criada pelo direito positivo, mas certamente já é um ser com vida e em formação.

### 3.3. LIMITES AO DIREITO DE LIBERDADE: SUPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA

No viés da questão está um direito não menos fundamental: o da liberdade, também garantida constitucionalmente. A decisão monocrática do ministro Marco Aurélio de Mello traz, em seu bojo, sua preocupação quanto ao exercício deste direito, bem como o da autonomia da vontade privada, *in verbis*:

*“Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante (...) cerceio à liberdade e autonomia da vontade”*  
– grifamos–

Não se discute ser a liberdade um sagrado direito, consagrado que está em nossa Carta Política. Também é plenamente reconhecível a autonomia da vontade privada de um indivíduo, porque, aliás, intrinsecamente ligados; se há direito de liberdade, há o de autonomia da vontade. O que se pergunta é: pode a mulher, alegando tais direitos, dispor de seu corpo como bem lhe aprouver, nem que isto signifique por fim a vida de um ser intra-uterino? Pode o tribunal constitucional interpretar distinções na dimensão de princípios fundamentais desta magnitude?

Ora, como dantes demonstrado, cientificamente, a gestação de uma vida faz dela totalmente individualizada da outra, embora dependentes biologicamente entre si. Ao gerar o filho, a mulher perde completamente o domínio desta parte de seu corpo, que cresce involuntariamente, dependendo, é claro, dos inevitáveis suprimentos que aquela fornecerá. Noutros termos, o feto gerado não é mais considerado como mera víscera da mulher, como propagava Ulpiano<sup>33</sup>. É, outrossim, um ser com vida própria.

<sup>33</sup> *In: fr.1, § 1 D. 25. 4: “Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum”.*

O aborto não pode ser justificado sob o pretexto do direito de liberdade que a mulher teria de usar o corpo, que é seu por natureza, pois, fecundado o óvulo e iniciada a gestação, a mulher passa a ser hospedeira natural e indissociável da cria. Física e biologicamente falando, a mulher tem a função de criar um ambiente interno para o desenvolvimento do novo ser que se avizinha e disso cuida a natureza com toda sua “tecnologia de ponta”, que não conta com uma interrupção abrupta para atender egos e vontades psíquicas manifestadas, quando mais acobertadas pelo manto da justiça.

O corpo humano não é um contrato e o aborto não pode ser objeto de negócio jurídico para que se albergue a pretensa argumentação da autonomia da vontade privada. Quando a ciência pandectista elaborou a “*teoria do negócio jurídico*” (com o máximo apuro, delineou-a para institucionalizar juridicamente a liberdade individual na área dos interesses particulares)<sup>34</sup> não previu a autonomia de vontade como subterfúgio para o cometimento de crimes, muito menos da natureza do aborto. O crime não é contratável!

A liberdade deve ser tangível sob certos limites, de tal modo que as pessoas possam dela desfrutar com a livre consciência de que não poderão invadir a esfera jurídica de terceiros, sob pena de afrontar princípios básicos inseridos no próprio propósito de liberdade. Aliás, Montesquieu<sup>35</sup>, fazendo alusão à liberdade nas democracias, certa vez disse:

*“É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso (...) A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.”*

---

<sup>34</sup> Orlando Gomes, op.cit. notas introdutórias, pg. XXIV.

<sup>35</sup> In: De l’Espirit des Loix, 1748, livro primeiro, capítulos I e III. Tradução Martins Fontes, 1996.

E no Brasil não há, via de regra, permissão para o aborto. Desta forma, não faz sentido invocar o princípio fundamental da liberdade, em defesa da mãe e em favor do ato, pois a nova camada de direitos gerada com a vida que se inicia está tutelada juridicamente (ao passo que o outro não) e desautoriza qualquer eventual direito de liberdade da mãe sobre o seu corpo, por não ser mais seu em plenitude.

De forma professoral Ives Gandra Martins<sup>36</sup> comenta a teoria exposta:

*“Os argumentos, que têm sido trazidos à discussão, de que o aborto não é atentado ao direito à vida, mas o exercício de um direito ao corpo que a mulher possui, não prevalecem, visto que a própria natureza feminina a faz hospedeira do direito à vida de outrem. No momento que a concepção se dá, já não é mais titular solitária de seu corpo, que pertence também a seu filho. (...) Desde a concepção, o corpo feminino pertence a duas vidas, é dirigido por dois seres, mãe e filho, e a mãe não pode praticar homicídio para retirar ao filho direito que possui para sua sobrevivência, ao corpo materno, qualquer que seja a conveniência ou o motivo.”*

Como se vê, o esteio jurídico utilizado na decisão não foi dos mais propícios e, em linhas gerais, fere princípios basilares do direito. Não pode haver desnivelamento de princípios jurídicos quando estes estão em patamares iguais, como no caso em questão (vide item 4.2). Os direitos à liberdade e o de autonomia da vontade privada podem ser interpretados, tão somente, quando do livre arbítrio da gestante em querer ou não conceber um filho; uma vez concebido estanca-lhe qualquer direito de interrupção do fluxo natural da vida. É desalentador que a decisão não tenha levado tais robustos elementos em consideração.

---

<sup>36</sup>Idem, pg. 135.

## 4 O “ABORTO TERAPÊUTICO” E O “ABORTO EUGÊNICO”: DIFERENÇAS CRUCIAIS

Normalmente, o aborto é tratado de forma genérica, sem diferenciar as diversas finalidades clínicas envolvidas em cada caso. Basta dizer que, em algumas circunstâncias abortivas não há crime algum, quando se tratar, por exemplo, dos tipificados no Código Penal, artigo 128, incisos I e II (para proteger a vida da mãe, em extremo caso, ou em decorrência de estupro, tendo sido previamente consentido o ato cirúrgico); ou do aborto espontâneo por causas naturais; ou, ainda, aqueles em que foi incompatível a gestação com tratamento médico para doença pré-existente. Em nenhum destes procedimentos há discordância jurídica sobre a validade do ato. Mas o aborto criminoso é tratado da mesma forma que o não criminoso, o que torna confuso para quem claudica ser contra ou a favor. Por esta razão é que os abortos por motivações diversas das citadas não podem ser admitidos como legais sem um amplo debate e esclarecimento da população. Cumpre-nos, portanto, nesta etapa do trabalho, diferenciar os efeitos jurídicos que provocam dois dos mais importantes procedimentos utilizados e que estão inseridos no presente debate: o aborto terapêutico e o eugênico.

A CNTS, beneficiária da decisão em referência, tentou e conseguiu passar uma imagem ao judiciário: de que o feto anencefálico pode provocar grande risco de vida à gestante; tentou e conseguiu provar que a não preservação do feto no corpo da mãe tinha finalidade terapêutica, em face do sofrimento psicológico que a situação enseja; tentou provar mais, e convenceu que, estatisticamente, 100% (cem por cento) dos casos de anencefalia levam ao óbito do bebê e em 50% (cinquenta por cento) ao óbito da mãe; por fim, tentou e conseguiu convencer a egrégia Corte Constitucional de que o caso já se tornara um problema de saúde pública, com mais de 1000 (mil) registros por ano, devendo-se estirpar tal mal. Portanto, a tônica abordada na ADPF foi de **aborto terapêutico**.

Ora, malgrado não aparentar diferenças, o aborto tido como “terapêutico” tem aplicação técnica totalmente distinta do “eugênico”, residindo aí a falseta jurídica ocultada para justificar o ato.

Diz-se terapêutico qualquer ato relacionado à recuperação ou preservação da **vida** de alguém, mas vem sendo tratado como se tivesse relação pura e simples com a **saúde**. Explica-se: com o novo conceito de “saúde” definido pela OMS<sup>37</sup>, tida como “*o mais completo bem estar físico, psíquico e social*”, tudo se torna motivo para justificar o tratamento terapêutico e, nos casos de aborto, ainda mais. A mãe que resolva alegar qualquer tipo de perturbação em seu estado anímico provocado pela gravidez (aparentemente) indesejada, pode ensejar um pedido judicial formal, o que é muito grave.

O fator “terapêutico” leva a pensar que o ato criminoso pretendido (aborto) é coisa benéfica e necessária, pois deflui de uma necessidade de tratar medicamentosamente a pessoa atingida (no caso, a mãe) para trazer-lhe o bem estar e a plena saúde física, psíquica ou mental. Mas, na realidade, esta não é a essência do tratamento terapêutico em caso de gestantes. Ao contrário, o objeto central, e que também é o de excludência de ilicitude, é o **iminente perigo de vida da mãe**, e não o **seu estado de saúde**, como bem assevera o criminalista Cezar Roberto Bitencourt<sup>38</sup>:

*“O aborto necessário, também conhecido como terapêutico (...) exige dois requisitos simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.”*

<sup>37</sup> Organização Mundial de Saúde *in*: Declaration of the Third Ministerial Conference on Environment and Health, Londres 16 - 18/06/1999

<sup>38</sup> *In*: Tratado de Direito Penal, parte especial, vol. 2, pg. 169.

Mas foi justamente o estado de saúde mental da gestante o princípio erroneamente invocado pelo MM ministro do STF, como justificativa de sua decisão, *verbis*:

*“Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social.”*

Ademais, como decanta **Dernival da Silva Brandão**<sup>39</sup> :

*“Criança doente necessita de cuidados médicos e não de ser eliminada. O diagnóstico pré-natal deve ser realizado enquanto possa servir ao bem da pessoa, e ser adequado à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento de enfermidades; e não para discriminar os portadores de genes patogênicos e defeitos congênitos. Senão aplicar-se-iam conhecimentos médicos não para tratar o doente, mas para eliminá-lo (...) Sempre há meios de tratar a gestante e, para isso, devem ser empregados todos os recursos atualmente disponíveis na proteção da vida de ambos: mãe e filho. Uma conduta médica atualizada, aliada à experiência*

---

<sup>39</sup> Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 30.

*clínica e ao progresso técnico científico levará, por certo, ao bom êxito a gravidez; e o insucesso, se houver, ficará restrito ao seu casualismo e à sua imprevisibilidade. Quando necessário, a gestante doente deve ser encaminhada para centro especializado em gestação de alto risco. O abortamento não é isento de riscos, e a experiência tem demonstrado que muitas vezes ele próprio é causa da morte para a gestante doent”.*

Assim, ao contrário do que aparenta, o que se operou na liminar concedida foi a autorização para o aborto eugênico, que é puro eufemismo para o racismo, o neo-nazismo e a pregação de uma técnica abominável de seleção artificial do ser humano. Para os desconhecedores, “eugenia”, segundo Antônio Houaiss<sup>40</sup>, é a “*Ciência que se ocupa do aperfeiçoamento físico e mental da raça humana*”. Noutras palavras, é a **busca pela raça pura**, a mesma propagada pela Alemanha de Hitler:

Em nome da qualidade de vida, busca-se o pretexto da eutanásia, da alteração da carga genética (daqueles que querem escolher a cor dos olhos e do cabelo do filho) e do aborto de seres tidos como de menos relevância para sociedade. Mais uma vez trazemos à baila os esclarecimentos quase proféticos de Dornival da Silva Brandão<sup>41</sup> que em seus escritos de 1999 já alertava:

*“É importante esclarecer que o aborto provocado para matar um nascituro doente não tem a conotação do denominado aborto terapêutico, e sim de aborto eugênico: como no caso da gestante que tenha contraído rubéola, mata-se a criança não nascida diante da possibilidade de que venha a nascer doente. No entanto estão a autorizar e a fazer abortos eugênicos, em casos de malformações, como por exemplo os anencefálicos,*

<sup>40</sup> *In*: Enciclopédia e Dicionário ilustrado. Ed. Delta. Pg. 642.

<sup>41</sup> *Idem*, *ibidem*.

*rotulando-os de ‘terapêuticos’. Caso esta prática nefanda venha a se tornar rotineira com os anencéfalos e estendida a outras malformações, não é difícil concluir que servirá de argumento para legalização do aborto eugênico”*

Em jogo está um trocadilho de palavras (terapêutico - eugênico) que faz com que a incauta população se sensibilize com o fato de a mãe de um anencéfalo concebido estar sofrendo psicologicamente (situação da qual não duvidamos, ao contrário) e, em razão disso, apóie a decisão de se estirpar o ser gerado.

Ora, a decisão do eminente ministro “constitucionalista” envereda por aprovar que toda e qualquer mãe que carregue em seu ventre tal criança mal formada possa fazer a opção do aborto, abrindo-se graves e irreversíveis precedentes, por exemplo: para as mães recém saídas da adolescência e que não têm o conhecimento necessário do peso desta decisão; também, para os casos de diagnóstico errôneo; bem como, para as situações de puro capricho daquelas infames mães que não queriam ter engravidado, enveredando por tentar o aborto medicamentoso sem sucesso, gerando assim a deficiência na formação, pois, desta forma, o primeiro ato criminoso ficaria acobertado pelo segundo, já que autorizado.

O fato é que a eugenia, essência maior contida no entendimento judicial proferido, é a porta de entrada para relativização da vida humana, doravante abordada.

#### 4.1. RELATIVIZAÇÃO DA VIDA HUMANA

A malfadada apreciação do ministro **Marco Aurélio de Mello** esconde dos olhos mais ingênuos da população outra questão, não menos grave e importante: **a relativização da vida humana**, com reflexo direto no artigo 5º da CF/88, no Direito Civil, quando tratada sob a ótica dos artigos 1º e 2º do NCC e no Direito Penal, pela afronta ao artigo 24 do CP.

No entendimento do magistrado (que de forma alguma deve refletir o entendimento do judiciário brasileiro), o que valerá mais? A vida do bebê ou a saúde da mãe? A vida do bebê ou a vida da mãe? A vida de um ser normal ou a de um anencefálico? Sob estes três prismas discorre-se, um a um, a malfadada pretensão de aquilatar os valores estabelecidos nestas afirmações.

A sentença lingüística de sua excelência não deixa dúvidas: “(...) **diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar**”. Noutras palavras, **entre um feto mal formado e um sentimento de repulsa humana, mate-se o feto, tranqüilize-se a pessoa!** Têm-se aí a mais pura expressão da eugenia, da qual falávamos anteriormente. Se não for um ser socialmente aceito, porque deformado, nem útil para sociedade, por que permitir que nasça?

Jaques de Camargo Penteado<sup>42</sup> relata que, em 1920, o psiquiatra *Alfred Hoche* e o jurista *Karl Binding* publicaram o livro “*A destruição da vida carente de valor*” no qual se referiam à prática de destruição de pessoas nascidas ou em fase de gestação consideradas deficientes ou menos úteis para a sociedade. Esta obra constituiu-se no marco inicial de uma mentalidade humana abominável que se espalhou pela época, inaugurando a doutrina alemã que pregava o *estado de necessidade suprallegal*, com fundamento na ponderação de bens. Mais tarde serviu de mote influenciador de *Hitler* para idealizar o movimento de supremacia ariana, provocando o desfecho que todos nós conhecemos. É inadmissível a equiparação de um sofrimento mental com o valor que possa ter uma vida humana, por mais deficiente que seja. Via de regra, se estamos falando de colisão de direitos, o valor a ser subordinado aqui é do primeiro em relação ao segundo e, não, o contrário. Ressalte-se ademais, que o Direito Penal brasileiro consagra apenas o **estado de necessidade justificante** por influência da *teoria unitária*, em detrimento do **estado de necessidade exculpante**, como bem assevera **Cezar Roberto Bitencourt**<sup>43</sup>:

*“O Código Penal brasileiro não estabelece expressamente a ponderação de bens, como também não define a natureza dos bens em conflito (...) adota, em outros termos, a chamada teoria unitária (...) no*

<sup>42</sup> *In*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, pg. 39

<sup>43</sup> *Op.*,cit., vol. 2, pgs 256 e 257.

*estado de necessidade justificante, quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor (...) a ação será considerada lícita, afastando sua criminalidade, desde que tenha sido indispensável para a conservação do bem mais valioso (...) no estado de necessidade exculpante, quando o bem sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva (...) o Direito não aprova a conduta (...)*”.

Pela mesma razão, inadmite-se, *permissa vênia*, qualquer suposta equiparação entre a vida de um bebê normal com a de um anencefálico. Mas, da exposição do augusto ministro não se deduz outra lição, senão a de que o mal formado deve ser ceifado para que se alivie os traumas de uma gestação desta natureza, **coisa que o bem formado não produziria?** A Constituição Federal é latente: “**TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI, SEM DISTINÇÃO DE QUALQUER NATUREZA (...)**” Como é possível então a Corte constitucional brasileira (leia-se, o ministro) tentar convencer que, por ser defeituoso e ter menos chances de sobrevivência extra-uterina, não seja merecedor de vir ao mundo? Seria a maior expressão de contra-senso já registrada nos anais do STF.

Por fim, de igual forma, não se pode aceitar a idéia do aborto pela alegativa de que a mãe correria risco de vida se mantivesse o ciclo gestacional, vez que o risco não é necessariamente fato consumado, nem em consumação e, sim, de suposta eventualidade. Lembremos sempre que a excludência capitulada no artigo 128 do Código Penal pátrio é o de **iminente** perigo de vida e não de uma estatística possível de acontecer. Fosse assim, matar-se-iam todos os pacientes internados em estado grave na UTI de um hospital. O apelo sentimental de que a vida da mãe corre risco é mais uma tentativa dos abortistas de sensibilizar a opinião pública, mas por trás de tudo está uma disfarçada equiparação de vidas humanas (a do bebê e a da mãe), inadmissível como pré-falado.

Uma última vez, **Dernival da Silva Brandão**<sup>44</sup>, analisa:

*“O valor da vida humana é imponderável. Não há vidas humanas ‘carentes de valor’, como foi preconizado tempos atrás no ‘nacional-socialismo alemão’. Não é a vida do mendigo de menor valor que a do rico, do súdito que a do rei, do cidadão comum que a do presidente, do nascituro que a da mãe. A mãe tem direito à sua vida e o nascituro à sua também. Ambas devem ser respeitadas e merecem o empenho para salvá-las.”*

#### 4.2. INSUBORDINAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

##### EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA

Outra questão é saber se existe qualquer relação de subordinação entre os direitos aqui elencados: vida, liberdade e autonomia de vontade. À guisa do que comentamos no item 3.3, a liberdade é direito fundamental, assim como a vida, mas que no cenário jurídico montado, não se afrontam. A liberdade concedida à gestante será sempre prévia ao ato da concepção, ou seja, decidir ou não pela gravidez, pois o momento posterior é reservado a outro direito fundamental: o da vida, e, este último, como visto, é idêntico para mãe e filho.

Os constitucionalistas costumam discutir sobre a relação de aplicabilidade de direitos fundamentais quando há uma aparente colisão entre si. Abre-se aqui um parêntese (pequeno, para não se tornar enfadonha a discussão, mas suficiente para clarear nossa posição), para abordarmos a verticalidade e a horizontalidade, mediatidade e imediatidade de tais direitos perante os indivíduos sociais.

Sustentam alguns, em detrimento de respeitáveis posicionamentos contrários<sup>45</sup>, que os direitos fundamentais têm aplicabilidade e eficácia

<sup>44</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>45</sup> Para J. J. Gomes Canotilho, a teoria da eficácia mediata pressupõe que: “os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exerce-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias” In: *Direito Constitucional*, cit., pg. 593.

imediate, porquanto não dependem da ordem jurídica privada para se verem realizados, com o que concordamos, justificando-se assim a indiferença de nossa postura à autonomia da vontade privada, tão reluzida pelo eminente ministro Marco Aurélio de Melo em seu voto. As relações entre os particulares (entendidas como de eficácia horizontal), quando feridas, são postas perante o Estado-Juiz para que este emoldure a relação desavençada à lei estabelecida, porque este é um dever seu, inarredável. Neste *mister*, outra não pode ser a atitude do magistrado senão a de afastar qualquer hipótese de contrariedade aos princípios modulares do direito, quando mais, se tratar, como no caso debatido, de direitos fundamentais insubordináveis. Assim, *data vênia*, aos entendimentos contrários, entendemos que, em causa, estão direitos de mesmo patamar que não se sobrepõem, que são fundamentais e, portanto, de eficácia imediata. Não poderia, pois, o arguto STF ter proferido decisão contrária privilegiando direito da mãe em detrimento do nascituro.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>46</sup>, em profundo estudo do tema, assim abordou:

*“O problema que se coloca diante da eficácia horizontal é o de que nas relações entre particulares há dois (ou mais) titulares de direitos fundamentais, e por isso nelas é impossível afirmar uma vinculação (eficácia) semelhante àquela que incide sobre o Poder Público. (...) Assim, além da incidência das normas, como valores objetivos, sobre as relações entre particulares, um particular pode afirmar o seu direito em relação a outro, consideradas as particularidades da situação concreta e eventual colisão de direitos (...) Há grande discussão sobre a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Há quem sustente que os direitos fundamentais possuem eficácia*

<sup>46</sup>In: O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista jurídica Jus Navigandi, a. 8, nº 378, 2004

*mediata sobre as relações entre os particulares, e outros apenas mediata (...)*  
*Como já foi dito, o direito de proteção tem como destinatário o Estado, que fica obrigado a editar normas para proteger o direito do particular em relação a outros particulares. Quando uma dessas normas de proteção não é cumprida, surge ao particular o direito de se voltar contra o particular que não a observou (...)* Nessa hipótese, embora a eficácia do direito fundamental suponha a participação da lei infraconstitucional, o verdadeiro problema é o da harmonização entre o direito fundamental protegido pela norma e a autonomia privada.”

De tudo se conclui que o Estado-Juiz, representado na decisão proferida pelo ministro Marco Aurélio, afastou-se do entendimento consagrado e inflexível de direitos fundamentais para se aventurar, *concessa vêniam*, em uma vereda sem volta, pois por mais que não seja sufragada, a decisão proferida já está incutida no seio social abortista e gerou esperanças em corações maternos pouco compromissados com a vida.

## **5** IMPEDIMENTO DE ACESSO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Sendo o último tópico relacionado neste trabalho, é inevitável a abordagem aos Direitos da Personalidade, dantes tocados, *en passant*, e que fazem referência direta ao ser humano que nasce com vida, o que já constitui, *de per se*, outro grave cerceamento de direito conseqüente da decisão vergastada. O impedimento de nascer que o Estado opôs ao nascituro, exterminando qualquer possibilidade de adquirir sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, os direitos aos quais se referem, é mais uma ininteligência inquietante.

O Estado não pode ser opositor da convivência humana nem predador do bem-estar social. Ao Estado cumpre, sobretudo, a defesa dos interesses sociais, transindividuais, coletivos, difusos e individuais homogêneos, além de seus interesses em manter a pacificação social. Decisões nefastas, como

as que aqui se estuda, causam comoção social, provocam distúrbios e discórdia entre os seres governados, porque mexem com sentimentos internos de tônica filosófica, sociológica, religiosa, propiciando uma perigosa quimera em relação a um Estado desidioso e sem compromissos com as bases sólidas do direito positivado.

Se há garantias pétreas de direitos como à vida, à personalidade, por que desrespeitá-las? Por que o Estado se lança em busca de uma involução jurídica, quando séculos foram trespassados em busca da evolução, do progresso? Os direitos de personalidade são inatos ao ser humano, têm relação direta com a existência humana e somente a ela se referem. O que pretende o Estado tornando inacessíveis tais direitos a certas pessoas?

Pode até surgir a pergunta: *mas por que tratar dos direitos da personalidade, quando o direito em pauta é o da vida, uma vez que, sem esta, tudo mais perde o sentido?* A resposta é que a conjuntura é propícia, pois o intuito é provar o efeito em cadeia que a decisão do ministro Marco Aurélio de Mello provocará em breve, se já não o está provocando neste exato momento.

Deflagrada a ordem do “aborto vinculante”<sup>47</sup>, certamente os demais direitos perdem a veia de discussão, mas não inibem o alerta que fazemos quanto ao montante de direitos que foram atingidos, dentre eles os da personalidade. Mas, para que se tenha uma mínima idéia de quão devastadora a alteração provocada na cadeia de direitos com o ato decisório, peguemos o exemplo citado por Carlos Roberto Gonçalves<sup>48</sup> que se encaixa perfeitamente ao caso do aborto anencefálico:

*“Se, por exemplo, o genitor, recém-casado pelo regime da separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respirar, recebeu, ex vi legis, nos poucos segundos de vida, todo o*

---

<sup>47</sup> Interessante expressão utilizada pelo Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do movimento *Pró-vida de Anápolis*, em seu vociferante artigo, sob o mesmo título, publicado na Revista jurídica Jus Navigandi a. 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>

<sup>48</sup> *In: Direito Civil Brasileiro*, vol. I, pg. 78.

*patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era sua genitora. Se no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não chegou a receber, nem transmitir a herança deixada por seu pai, ficando esta com os avós paternos.”*

É inevitável não lembrar, pelo exemplo exposto, das frases ditas sobre quando o homem resolve brincar de Deus: o futuro é totalmente deletado, mesmo não sendo passado, nem tendo evoluído ainda do presente.

### 5.1. Início da personalidade jurídica: nascimento com vida

Desde os primórdios (embora nem sempre de forma clara)<sup>49</sup>, o direito construiu a existência de atributos personalíssimos do indivíduo, carregados a outros de natureza imaterial, que acompanham o ser desde o seu nascimento até sua morte e, em alguns casos, com projeção *pos mortem*. São os chamados *Direitos da Personalidade*, em contra ponto aos *Direitos Patrimoniais*. Ainda que admitindo a curta sobrevivência do bebê anencefálico, tal como afirmado na decisão, o direito que este teria em relação à personalidade jurídica, que adquiriria em ato contínuo ao nascimento, é inexpurgável. Para relacionar alguns deles, à guisa de reflexão, citamos: direito ao nome, à vida privada, à honra, à imagem, à moral, ao corpo<sup>50</sup>, direitos de sucessão e herança, paternidade,

<sup>49</sup> “A integridade da pessoa humana, pode se afirmar, sempre foi objeto de preocupação do Direito, embora nem sempre sob a mesma perspectiva. (...) O Direito Romano não cuidou do tema nos mesmos moldes de hoje. Havia certa proteção à pessoa, por meio da *actio iniuriarum*, que abrangia qualquer atentado à pessoa do cidadão, fosse físico ou moral. O mesmo se diga do Direito Grego, cuja proteção à personalidade partia da noção de *hybris*, o que legitimava a imposição das penas. A categoria dos direitos da personalidade é recente, fruto da doutrina francesa e tedesca de meados do século XIX. São direitos atinentes à tutela da pessoa humana, essenciais à sua dignidade. Seu destaque e o desenvolvimento das teorias que visavam proteger o ser humano se devem especialmente, ao cristianismo (dignidade do homem), ao jusnaturalismo (direitos inatos) e ao iluminismo (valorização do indivíduo perante o Estado).” César Fiuza *in*: Direito Civil, curso completo, pg. 133.

<sup>50</sup> Interessante a observação de que, o que não se presta do ser anencefálico, é somente o cérebro, pela sua total inexistência; quanto aos demais órgãos vitais, como coração, pulmões e não vitais, como as córneas, têm plena condições de doação, na forma do artigo 14 do NCC, da Lei Federal nº 9.434/97 e do Decreto nº 2.268/97.

maternidade, convivência familiar, alimentos, credo, incluindo o batismo (para os filhos nascidos em família cristã), dentre outros tantos atributos tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, imprescritíveis, vitalícios e incondicionais. Tudo isto foi conspurcado do anencéfalo, por uma simples assinatura, unilateral, em papel timbrado, da casa tida como guardiã dos direitos constitucionais.

Diz o Novo Código Civil brasileiro, *verbis*:

*“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.*  
– grifo nosso –

Caio Mário da Silva Pereira<sup>51</sup> esclarece que o início da personalidade jurídica do indivíduo, para o atual direito brasileiro, tem um momento certo, um marco zero que é quando a criança é separada biologicamente do ventre materno, desfazendo a unidade biológica, constituindo, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria. Carlos Roberto Gonçalves<sup>52</sup>, completando o raciocínio, lembra que é indiferente que o cordão umbilical tenha sido rompido, contrariando o entendimento de *Washington de Barros Monteiro e Pacchioni*<sup>53</sup>. É assim o momento do nascimento com vida coincidente ao do início da personalidade, não sendo coincidentes quando se tratar de expulsão provocada por meios abortivos, pelo que não se tem mais a figura do nascituro, e, sim, a do natimorto, do qual não cuida o direito.<sup>54</sup>

A imposição do nascimento com vida reflete uma obviedade: a de que só aos vivos interessa a tutela jurídica do Estado. A vida aqui será comprovada pela respiração do bebê, medida de qualquer forma, hoje

<sup>51</sup> *In*: Instituições de direito civil, vol. I, pg. 146, nº 43.

<sup>52</sup> *Idem*, pg. 77.

<sup>53</sup> *In*: Curso de Direito Civil, vol. 1, pg. 79.

<sup>54</sup> Orlando Gomes observa que: “São de grande importância as regras atinentes à determinação do começo da personalidade, especialmente para fins de sucessão ‘mortis causa’ e de qualificação da nacionalidade. (...) Não basta o nascimento é preciso que o concebido nasça vivo, O natimorto não adquire personalidade.” *Op. Cit.* Pg. 144.

mais modernamente, através de aparelhos ou da experiência clínica dos médicos, pois nem sempre foi assim<sup>55</sup>. O choro da criança normal, que antigamente era o resultado natural do nascimento com vida, não será ouvido com o ser anencefálico. Neste aspecto, foi inteligente o legislador, que pela experiência humana contemplou formas menos provincianas, talvez inspirado em relatos outros de casos semelhantes aos dos anencéfalos.

Questão importante para o caso em estudo é a observância de que, para o direito nacional (diferentemente de alguns alienígenos, como veremos), não interessa quanto tempo sobreviveu a criança, pois basta a primeira respiração para que se componha o surgimento do ser e da personalidade jurídica. Novamente recorreremos às lições de Carlos Roberto Gonçalves<sup>56</sup>:

*“Muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que por alguns segundos (...) Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia de Galeno. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.”*

<sup>55</sup> Roberto de Ruggiero, lecionava sobre o tema, expondo: “ Não há presunções legais de vida, nem vigoram já hoje os antigos critérios dos Romanos que, exigindo o vagido ou tornando como suficiente qualquer outra manifestação exterior da vida, fundavam esta sobre indícios: na dúvida, o requisito comprova-se com os meios da ciência médico-legal e a prova da vida, havendo tais dúvidas, deve ser feita por quem tenha interesse.” Op. Cit. Pg. 440.

<sup>56</sup> Idem, ibidem

Desta forma, cai por terra qualquer afirmação, como a feita no *r.decisum* de que não adiantaria nascer o anencefálico pois não duraria mais do que algumas horas. Lembremos o que disse o ministro: **“a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto”**. Alguém tem que alertar ao STF de que estas pequenas horas de vida são suficientes para conceber os direitos da personalidade ao anencefálico!

## 5.2. A NÃO EXIGÊNCIA DA FORMA HUMANA E DA VIABILIDADE DO NASCIDO

Outra justificativa utilizada na decisão que conflita com o direito moderno, ainda remonta aos idos tempos do direito medieval. Diz a temerária decisão: **“(...) diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar”**. Mas qual é o prejuízo que pode causar ao direito um ser deformado? Nenhum! É carecedor dos mesmos benefícios jurídicos dos seres normais! Alguém precisa avisar ao STF que o direito brasileiro não discerne seres perfeitos e imperfeitos! Recorra-se agora à lição de Washington de Barros Monteiro<sup>57</sup>:

*“Perante o nosso Código, qualquer criatura que provenha da mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente, como o monstrum vel prodigium do direito romano.”*

Se fora buscar no antigo direito a tese que pretendia usar como fundamento da decisão abortiva, o MM julgador constitucional encontrou, pois lá trás, bem longe das vistas do direito moderno é que estão as razões coincidentes que justificam o aborto.

O NCC preconiza o termo: **“Toda pessoa”** para aludir quem são sujeitos de direitos e obrigações, sem, entretanto, fazer qualquer exigência quanto à forma que possuem. Neste sentido, como assevera

<sup>57</sup> Op.Cit. Pg. 60.

a corrente doutrinária dominante<sup>58</sup>, o Brasil seguiu os passos de países como Portugal, Suíça, Alemanha, Itália, Argentina, Japão, dentre outros contemporâneos direitos (à exceção da Espanha, Bélgica e França, que exigem a forma ou a viabilidade do feto conforme seguiremos demonstrando). O nascido vivo é “pessoa natural” suplantada que está a antiga terminologia discriminatória de “pessoa física” que causava a falsa impressão de que a pessoa nascida tinha que apresentar a forma física de um ser humano e também por desprezar as qualidades morais e espirituais do homem<sup>59</sup>. Assim, não importa o fato de o anencefálico ser fisicamente deformado. As garantias jurídicas da personalidade lhe serão atribuídas normalmente.

Entretanto, se o magno juiz se inspirou no direito francês, belga ou espanhol para suplantar o direito nacional, também não faz o menor sentido em nosso mundo jurídico, porque pregamos diferentemente o direito e, o comparado, só se aplicaria, em última instância, quando lacunoso o nosso ordenamento jurídico a despeito do tema, o que não é.

Louis Josserand<sup>60</sup>, comentando a atribuição da personalidade no direito francês, preconiza:

*“A personalidade humana tem como ponto de partida o nascimento; é este um princípio tradicional que se justifica por si mesmo (...), Porém, o nascimento não basta sempre para conferir a personalidade ao novo ser – é também necessário que nasça vivo e, ademais, que nasça viável (...) A criança deve nascer viável, ou seja, com aptidão para vida; deve ser vitae habilis. Se não for assim, não será levado em conta o fato de que haja vivido durante certo tempo, algumas horas ou*

<sup>58</sup> Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro, Carlos Roberto Gonçalves, dentre outros.

<sup>59</sup> “A nomenclatura ‘pessoa natural’ revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade”. Maria Helena Diniz in: Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 1, pg. 137.

<sup>60</sup> In: Droit Civil, tomo I, vol. 1, pg.172.

*alguns dias. Seu falecimento teria, de certo modo, um efeito retroativo, de sorte que nenhum direito recaíra sobre si durante o tempo em que viveu.”*

Igualmente, o direito belga versa a matéria, assim traduzidas nas palavras de **Henri de Page**<sup>61</sup>:

*“Para as pessoa físicas, a personalidade começa com o nascimento. Mas o fato material do nascimento não é suficiente para tal. Duas condições são requisitos para dar abertura à personalidade jurídica: que o infante nasça vivo e viável.”*

As palavras de **Josserand** e **Henri de Page** refletem um direito europeu fragmentário e conservador, a exemplo do espanhol, que exige a forma física humana do novo ser. Este entendimento, como vimos, não é encampado pelo nosso direito, aliás, tão repudiável que a própria conjuntura civilística européia tratou de repudiar, já que são critérios abomináveis também no direito italiano, alemão, português, húngaro, inglês, suíço, dentre outros. Desta forma, em que pese o esforço argumentativo contido na decisão que deferiu o aborto do anencefálico, não vemos nenhuma base sustentável para tal, tendo ferido profundamente uma gama insubstituível de direitos, dentre eles, os da personalidade.

## **6** UMA ÚLTIMA ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL

Por tudo que expusemos neste pequeno ensaio jurídico (no qual, de forma alguma, embora aparente, pretendemos desafiar o comando normativo judicial), restou claro que o aspecto material da decisão não foi dos mais bem elaborados, sendo mesmo para ser esquecido, pois perfila o leque de impropriedades jurídicas das quais fizemos referência no início deste trabalho. De sorte que a decisão é apenas monocrática e que a esperança reside no parecer contrário da Procuradoria Geral da República e da não confirmação por parte do colegiado.

<sup>61</sup> *In*: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 10ª edição, Tomo I, pg. 294, nota 236.

## 6.1. ASPECTOS DE ILEGALIDADE: VIA PROCESSUAL INCORRETA

Como visto, a medida permeia a zona cinzenta da ilegalidade e a permissividade dada pelo artigo 128 do Código Penal Brasileiro, mas nem de longe comparável. O aborto nos casos de estupro ou de extrema necessidade pelo eventual risco de vida, só se justifica, conforme abordado, pela autorização prévia da mãe e por ser o único meio possível para evitar o mal maior, caso contrário, veda-se qualquer hipótese, pela exegese dos artigos 125 ao 127 do Código Penal.

Os médicos, por sua vez, também se encontram impedidos de laborarem tal ato, quer por terem prestado juramento perante seu conselho de classe e assumido um compromisso ético<sup>62</sup>; quer por um dever legal, pelo convênio firmado pelo Brasil junto à Organização Mundial da Saúde, que na Declaração de Genebra de 1948, adotou o princípio: ***“Manterei o máximo respeito à vida humana, desde o momento da concepção e, ainda que sob ameaça, não usarei dos meus conhecimentos médicos contrariamente às leis da humanidade”***.

Por seu turno, ponto duvidoso da ilegalidade reside também, na via processual eleita para pleitear a concessão da ordem em tela. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como o próprio nome sugere, é instituto jurídico utilizado quando não há cumprimento de algum preceito fundamental. A alegativa feita pela autora da ação foi a de que a proibição de aborto nos casos de bebês anencefálicos laborava contra preceitos fundamentais como a dignidade humana, liberdade e autonomia, como já vistos. Um absurdo sem precedentes! Preceito fundamental está descumprindo é a medida concedida que viola o direito à vida garantido na Constituição Federal.

De mais a mais, cumpre observar que a Lei nº 9.882/99 que instituiu a ADPF regulamenta que somente a maioria dos ministros poderá conceder liminar, *in verbis*:

*“Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental”.*

<sup>62</sup> Artigo 6º do Código de Ética Médica, define no Capítulo 1 – “Dos Princípios Fundamentais” que: ***“O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”***

No caso em comento, a decisão **foi monocrática**. As únicas exceções previstas para a concessão da medida pela verve de um só ministro estão contidas no parágrafo 1º do aludido artigo:

*“§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno”.*

Nenhuma das exceções contempla-se neste caso, pois: 1) não é situação de extrema urgência, ao contrário, o debate sobre o direito à vida deve ser questão laborada e muito bem costurada; 2) não é caso de perigo ou lesão grave, salvo o viés da própria concessão que irá levar à gravidade ao perigo, por autorizar o aborto; e 3) também não é o caso de recesso, pois o STF entrou de férias somente no dia 02 de Julho e a decisão foi proferida em 1º de Julho. Portanto, a decisão proferida liminarmente, de soslaio, por juiz monocrático, ultrapassa os limites da legalidade, chegando mesmo à arbitrariedade.

## 6.2. Aspectos de inconstitucionalidade

Finalmente, há flagrante desrespeito da Constituição na concessão ora estudada. Sem pretender remoer o que já dissemos no item 3, faltou ao ente ministerial o controle de constitucionalidade que sobra em situações outras, quase desnecessárias. A ação perpetrada sequer era para ser admitida por planejar contra princípio fundamental já garantido na Constituição Federal. O direito brasileiro é uníssono e tem como primazia a própria Constituição, coluna de sustentação de todo o ordenamento jurídico. Se desrespeitada, cai por terra todo o resto do direito positivado, pela abertura propiciada. André Ramos Tavares<sup>63</sup>, a propósito do tema, admoesta:

*“O conjunto de normas constitucionais forma um sistema, que no caso é, necessariamente, harmônico, ordenado, coeso, por força da supremacia constitucional, que impede o intérprete de admitir qualquer contradição interna”.*

<sup>63</sup> In: Curso de Direito Constitucional. Pg. 942.

E completa José Afonso da Silva<sup>64</sup>:

*“A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade (...)”*

A concessão da ordem abortiva é a medida certa para abrirem-se os precedentes de desrespeito às normas infra-constitucionais, já que não se respeita a própria Constituição. Este aspecto de inconstitucionalidade da medida, se confirmada pelo Pleno, fatalmente abalará a visão jurídica do Estado Democrático de Direito ostentada pelo Brasil.

## ■ ■ CONCLUSÃO

Mercê de uma rápida conclusão, transcrevemos o entendimento de Dornival Silva Brandão<sup>65</sup>, médico ginecologista, a quem recorremos por diversas vezes no feito deste trabalho para fundamentar nossa tese e, com o qual, mais uma vez concordamos:

*“Não se pode desconhecer a situação angustiante de uma gestante portadora de uma intercorrência grave, e a de um médico que tenha em suas mãos um problema de tal magnitude. Não se pode ser insensível e indiferente diante deste tipo de sofrimento, mas a morte direta de um ser humano como meio para este fim não é lícito; não se justifica matar deliberadamente um ser humano inocente, mesmo que a finalidade seja boa”.*

Assim, sem mais acrescer, fica uma última sentença: **os fins não justificam os meios.**

---

<sup>64</sup> *In*: Curso de Direito Constitucional Positivo, 15.<sup>a</sup> edição, Pg. 876.

<sup>65</sup> *Idem*, pg. 29.

# Bibliografia

BANDEIRADE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. Ed. Malheiros. 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial, vol. 2. Ed. Saraiva. 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10ª edição. Ed. Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. Ed. Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*. 5ª edição. Ed. Coimbra. 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 10. Ed. Freitas Bastos. 1941.

FIÚZA, César. *Direito Civil curso completo*. 6ª edição. Ed. Del Rey. 2003.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 1ª edição, 2ª tiragem. Ed. Saraiva. 2002.

GOLLOP, Thomaz Rafael. *O descompasso entre o avanço da ciência e a lei*. Revista USP, nº 24. 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edição. Ed. Forense. 2001.

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

HOUAISS, Antônio. *Enciclopédia e Dicionário ilustrado*. Ed. Delta. 2000.

JOSERRAND, Louis. *Direito Civil*. Tomo I, vol. I. Ed. Bosch. 1950.

LILEY, William A. *O Aborto*. Ed. Paulinas. 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Revista jurídica Jus Navigandi, a. 8, nº 378, 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

MARTINS, Ives Gandra. O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração in: *A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Ed. Fabris. 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª edição. Ed. Atlas, 2003.

PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelas. 1948.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol I. Saraiva. 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral, 34ª edição. Ed. Saraiva, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1, 1ª edição. Ed. Bookseller. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ª edição Ed. Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 1, 4ª edição. Ed. Atlas, 2004.

# **Estudo Dogmático da Forma dos Atos Processuais**

**(Princípios e espécies)**

**Otávio Luiz Rodrigues Junior**

**Doutorando em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Advogado da União. Ex-Assessor Jurídico do Comando do 8o Distrito Naval – São  
Paulo. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília –  
UniCeub. Professor licenciado dos Cursos de Direito da Faculdade 7 de Setembro.**



# Estudo Dogmático da Forma dos Atos Processuais

## PRINCÍPIOS E ESPÉCIES<sup>1</sup>

### ■ ■ DO PROBLEMA E SUA DELIMITAÇÃO METODOLÓGICA

O problema analisado neste artigo é a forma dos atos processuais, vista sob o aspecto de seus princípios e de suas espécies.

Os atos processuais podem ser vislumbrados sob vários prismas, como bem ressaltou ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA<sup>2</sup>: permissibilidade, agentes, lugar, tempo, forma, natureza, correção ou interdependência. Entretanto, esse trabalho cuidará apenas de sua forma e de suas espécies.

O estudo é dogmático. Não se pretende desenvolver, salvo quando indispensável, considerações de ordem especulativa. Em suma, ocupa-se de oferecer uma sistematização doutrinária sobre a matéria, tomando como vértice o chamado estado-da-arte em termos de Ciência do Direito Processual. A jurisprudência tão-somente servirá como índice da aplicação das construções teóricas pesquisadas.

A exposição dividir-se-á em três secções: a) descrição e conceito das categorias *fato processual* e *ato processual* e seu vínculo com a noção de forma; b) inventário dos princípios inerentes à forma dos atos processuais; c) taxinomia dos atos processuais.

---

<sup>1</sup> Estudo originalmente publicado na Revista Jurídica nº 321, de julho de 2004, p.51-72, Porto Alegre, e, posteriormente, em versão modificada e ampliada, apresentado sob a forma de palestra na III Semana FA7 de Direito, realizada em Fortaleza, Ceará, 24 de setembro de 2004.

<sup>2</sup> Direito processual civil brasileiro. 2 ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.2. p.111.

## 74 DOS ATOS PROCESSUAIS

### 2.1. DOS FATOS PROCESSUAIS E DOS ATOS PROCESSUAIS

Os fatos processuais são eventos ou condutas, no âmbito do processo, que criam, modificam ou extinguem suas peculiares relações. A origem dessa expressão é comum a de *fatos jurídicos*, que se utiliza de uma variante do participio passado do verbo fazer (*feito*, como encontrável em leis arcaicas, especialmente nas Ordenações Reais), associando-se à idéia de mudança, dinâmica, transformação, criação e alteração. Os *fatos* contrapõem-se à inércia. E, por serem jurídicos, devem interferir precisamente nos vínculos, situações e relações timbrados pelas notas de bilateralidade, atributividade, intersubjetividade e sancionabilidade.<sup>3</sup>

A causa dos fatos processuais pode figurar nos chamados *eventos* (o fato jurídico-processual *strictu sensu*), ao estilo do falecimento da parte; da interrupção do serviço forense ou da perda dos autos por calamidade gerada por chuvas ou guerras; do decurso do tempo, conferindo ensanchas à prescrição. Também a *conduta* pode ser causa dos fatos processuais, entendida aquela como a ação do homem, fazendo surgir os *atos processuais*, em atenção ao agir, ao atuar da *persona*.<sup>4</sup> No fragmento 18 do Digesto (*De verborum significatione*, XIV), ULPIANO já pronunciava que *actum quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re agatur*.<sup>5</sup>

Os fatos processuais em sentido lato seriam gênero em relação aos fatos processuais *strictu sensu* e aos atos processuais. Preponderante a essa departição é a causa: aos fatos imputam-se *eventos*, aos atos atribuem-se *condutas*.

Os atos processuais são condutas que criam, modificam ou extinguem as relações jurídicas no processo.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Sobre o caráter de juridicidade como nota definidora dos fatos, ARNALDO VASCONCELOS (Teoria da norma jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.13) acentua que “o fato constitui a matéria do Direito, do qual a norma é a forma. Surge o Direito, precisamente, ao incidir esta sobre aquele. É ainda o fato, considerado no dinamismo de sua força social, responsável pelo progresso do Direito, promovendo-o a todo custo, quer através da interpretação evolutiva, quer mediante a reforma legislativa”.

<sup>4</sup> A respeito de atos e fatos jurídicos: LOTUFO, Renan. Comentários ao código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1. p.261

<sup>5</sup> CORPUS IURIS CIVILIS Academicum Parisiense. Opera et cura C. M. Galisset, Duodecima editio, Lutetiae Parisiorum: Rectores V. Renault et Consociati, MDCCCLXXXVIII.

<sup>6</sup> NELTON DOS SANTOS define ato processual como “toda conduta – praticada por um ou mais dos sujeitos da relação jurídica processual – que produza a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais.” (MARCATO, Antonio Carlos (Org.) Código de processo civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004. p.407.)

Semelhante ordem é mui aproximada da que formula UGO ROCCO: “*Fatti giuridici diconsi tutti gli avvenimenti a cui il diritto obiettivo riannoda com conseguenza la nascita, modificazione o estinzione di um rapporto giuridico. I fatti giuridici processuali sono quegli avvenimenti processuali o quelle circostanze di fatto rilevanti, ai quali il diritto processuale obiettivo ricollega effetti giuridici processuali, cioè la nascita, modificazione o estinzione dei rapporti giuridici processuali. I fatti giuridici processuali si distinguono in fatti giuridici involuntari o fatti naturali (morte, nascita, tempo) e fatti giuridici voluntari (atti giuridici)*”.<sup>7</sup>

## 2.2. DO NEGÓCIO PROCESSUAL

Há, ainda, a categoria *negócio processual*.<sup>8</sup>

Sua inspiração é evidente no *negócio jurídico*, um dos mais importantes conceitos que o Direito Civil ofereceu à Ciência Jurídica. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO define-o: “É a hipótese de fato jurídico (suporte fático), consistente em uma manifestação de vontade cercada de circunstâncias negociais que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos.”

A palavra *negócio* está relacionada com as expressões latinas *actus* e *negotium*. Conforme ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, ambas veiculam idéias de contrariedade à estática: “O substantivo ato deriva do participio passado do verbo latino *ago, is, egi, actum, ere. Agere* quer dizer agir, atuar. Negócio, a seu turno, vem de *nec* (não) *otium, ii* (ociosidade, quietude, ausência de atuação). *Nec otium* significa, portanto, sem ociosidade, movimento, atuação”.<sup>9</sup>

Correspondendo a uma sofisticação teórica do Direito Civil, especialmente a partir do século XIX, o negócio jurídico ganhou direito de cidade na ciência jurídica, havendo sido incorporado de modo expresso pelo

<sup>7</sup> Trattato di diritto processuale civile. Torino: UTET, 1957. v.2. p.195.

<sup>8</sup> Não é concernente ao objeto deste trabalho a situação do negócio jurídico processual como uma espécie de ato processual, figurando este como gênero. Essa é uma polêmica ainda insolvida no próprio Direito Civil, havendo defensores da divisão tripartida (negócio jurídico, atos meramente lícitos e atos ilícitos), como ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, e corifeus da departição em atos jurídicos lícitos (negócios jurídicos e atos meramente lícitos) e atos ilícitos, ao exemplo de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, que viu suas idéias prevalecerem na codificação de 2002.

<sup>9</sup> Código civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003. v.2. p.37.

Código Civil de 2002 (art.104)<sup>10</sup>. No que diz com o Direito Processual Civil, já se fala em *negócio jurídico-processual* ou simplesmente *negócio processual*, embora, como advirta Ugo Rocco, é uma nomenclatura ainda submetida a toda sorte de polêmicas na doutrina.<sup>11</sup>

É possível definir *negócio jurídico-processual* como uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo. São exemplos a revogação do mandato conferido ao advogado (art.44, CPC) ou a transação em juízo (art.267, inciso III, CPC). Numa óptica mais antiga, consideravam-se negócios processuais os procedimentos de jurisdição voluntária, o que, sem dúvida, é insustentável ante as contemporâneas noções do Processo Civil.

### 2.3. DOS ATOS PROCESSUAIS E DOS ATOS JUDICIAIS: NOMENCLATURA

Os atos processuais, como espécies de atos jurídicos, assim se qualificam pela conseqüência da atitude epistemológica de limitar sua eficácia ao universo exclusivo dos processos. Daí ser equívoca a denominação *atos judiciais* constante do Código de Processo Civil de 1939, por deixar de abranger atos praticados por outrem, que não apenas o magistrado. De semelhante impropriedade não se pode cumular o Código de Processo Civil de 1973, que acolheu o termo *atos processuais*, conforme a melhor tradição europeia (*actes de procédure*, em França; *atti processuali* ou *atti di procedura*, na Itália; *Prozeshandlung*, no direito germânico e austríaco). O BARÃO DE RAMALHO, para invocar também a mais antiga e respeitável doutrina nacional, adotou a terminologia “*atos do processo*”.<sup>12</sup>

## DA FORMA DOS ATOS PROCESSUAIS: PRINCÍPIOS

### 3.1. DAS GENERALIDADES

A forma é o modo exterior de um ser. A rigor, nada diz com sua essência. A forma não deveria integrar o plano da existência. Entretanto, os fenômenos jurídicos apresentam uma peculiaridade: sua abstração torna o *modo-de-ser* um elemento do próprio *ser*. Daí a forma, no âmbito específico da Ciência do Direito, integrar o plano da existência, exibindo o caracter de seu *elemento*.

<sup>10</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>11</sup> Op. cit. p.196.

<sup>12</sup> In. Praxe. Rio de Janeiro: (s.e), 1867. p.163

Em tal medida e sob esse fundamento, não se podem analisar as manifestações jurídicas sem atenção ao elemento formal, ainda que este não seja solene, escrito ou incorporado em um meio físico, capaz de reproduzir no espírito sua perpétua e recorrente memória.

Ao tempo do período *formulario*, no Direito Romano, as formas eram sacramentais. Digno de lembrança é o caso do litigante que perdeu a ação (*rectius*, teve os pedidos de sua ação considerados improcedentes) pelo fato de haver trocado a palavra *arbor* (árvore) por *vitis* (videira), num processo em que se discutia a responsabilidade pelo corte do arbusto alheio. Tal solução somente será possível no que chamamos de *sistema da legalidade estrita da forma*. A violação dos requisitos formais ensejaria a nulidade do ato.<sup>13</sup>

Em outro extremo, há o *sistema da soberania do juiz*, típico do regime do *common law*, no qual o magistrado define a forma adotada e como ela será mais útil em cada caso. Como limites a essa discricionariedade, têm-se os precedentes pretorianos, os costumes e, eventualmente, a lei.

Há, ainda, o *sistema da liberdade da forma para a parte*, também identificável no sistema anglo-americano, na fase do *pre-trial*, instante em que os contendores tentam solucionar o litígio, sob a fiscalização do juiz, produzindo atos que podem extinguir a demanda sem que se chegue ao júri ou à decisão da Corte.<sup>14</sup>

A definição desses sistemas e o tratamento jurídico da forma no direito brasileiro passam pela investigação de seus princípios reitores.

Assim, as próximas secções ocupar-se-ão dos seguintes primados: *a) princípio da liberdade de forma* (“os atos e termos processuais não

---

<sup>13</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Op. cit. p.135.

<sup>14</sup> C. G. VAN DER MERWE (A comparative study of the distribution of ownership rights in property in an apartment or condominium scheme in common law, civil law and mixed law systems. In. Georgia Journal of International and Comparative Law, v.31, n.1, p.101-137, fall 2002) e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (Uma novidade: o Código de processo civil inglês. In Revista de Processo, v.25, n.99, p.4-83, jul./set. 2000) anotaram as recentes mudanças no sistema processual anglo-americano, com a superação de alguns dogmas há muito repetidos sobre o modelo jurisdicional do Reino Unido (que está agora sob o regime de um novo Código de Processo Civil) e dos Estados Unidos (em que mais e mais se ampliam os poderes do juiz, antes um autêntica testemunha imparcial).

dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir” - art.154, CPC); *b) princípio da instrumentalidade das formas* (reputam-se válidos os atos que, mesmo realizados de outro modo, atendam a sua finalidade essencial – art.154, CPC); *c) princípio da publicidade dos atos processuais* (art.155, CPC); *d) princípio da vernaculidade* (art.156 c/c art.157, CPC).

### 3.2. DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE FORMA

O *princípio da liberdade de forma* inspira-se na autonomia da vontade<sup>15</sup>, prestigiador da capacidade criadora de atos e negócios jurídicos pelas partes (art.107, CCB-2002)<sup>16</sup>. A forma (elemento do plano da existência), quando submetida ao plano da validade, basta que não vulnere norma específica a seu respeito ou adote meio exterior contrário a seus parâmetros. A forma prescrita, por assim, ocorrerá em casos excepcionais.<sup>17</sup>

No direito brasileiro, portanto, conjugam-se elementos do sistema da legalidade da forma, com severas supressões, e do sistema da liberdade de forma, também submetido a respeitáveis temperamentos.

### 3.3. DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

O Direito Processual vai além e estatui um modo de superação da invalidez formal, mediante o primado de que se devem aproveitar os atos, desde que, a despeito de sua imperfeição exterior, atendam a seus fins essenciais (*princípio da instrumentalidade das formas* ou *princípio da finalidade*). Bem entendido, não causem prejuízo (*pas de nulité sans grief*) e, a seu modo, cumpram eficazmente os objetivos da lei. A respeito escreveu FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA:

<sup>15</sup> Sobre autonomia da vontade: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: Teoria da imprevisão e autonomia da vontade. São Paulo : Atlas, 2002. p.34-35; ROMANO, Salvatore. Autonomia privada. Milano: Giuffrè, 1957. passim; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In. DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989. p.14.

<sup>16</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

<sup>17</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Curso de direito processual civil. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1. p.200) refere que os atos processuais são solenes, embora esse caracter ceda espaço à finalidade essencial dos mesmos.

“Tão importante é a finalidade dos atos que o art. 154 tem por válidos os que, realizados por modo diferente daquele que a lei exige, têm preenchida a finalidade. A lei pode exigir uma forma ou não a exigir. Se a exige, ou comina nulidade, ou não a comina: nem toda exigência leva consigo a sanção de nulidade. O art. 154 não se pode interpretar como se houvesse dito que, se a lei exigiu, expressamente, determinada forma, e a falta de algum elemento invalidaria o ato ou termo, os atos realizados de outro modo lhe fariam às vezes. Supôs-se que a lei adotou determinada forma, mas, a despeito disso, o ato praticado preencheria a finalidade essencial. Tem-se de examinar, no caso, se o ato ou termo podia se realizado de outro modo. Depois, se, a despeito de não ter sido por outra forma, podia ter validade e eficácia”.<sup>18</sup>

São exemplos desse princípio, todos extraídos da casuística pretoriana: a) tem-se por suprida a ausência de intervenção do Ministério Público nas causas em que esta é obrigatória, desde que inexista prejuízo à parte legalmente protegida, o que se dá, especialmente, na hipótese de sentença que lhe é favorável<sup>19</sup>; b) “é de ser mitigado o rigor do art. 525, do CPC, para, consideradas as peculiaridades do caso concreto, dispensar a certidão de intimação do ato agravado quando possível a verificação da tempestividade do recurso”; c) “o princípio da instrumentalidade das formas, aplicado à teoria geral dos recursos, induz a que se aplique a fungibilidade recursal desde que o recurso erroneamente interposto não importe em erro grosseiro, que haja dúvida objetiva quanto ao recurso pertinente, e que tenha sido lançado dentro do prazo daquele que seria correto”.<sup>20</sup>

Para sintetizar esse princípio, os italianos usam de uma expressão mui precisa: *a forma deve ser o mais idônea possível ao fim colimado (forma piú idonea allo scopo)*.<sup>21</sup> Daí haver assim definido o art.244, CPC: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

<sup>18</sup> Comentários ao código de processo civil. Atualizado por Sergio Bermudes. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.3. p.47

<sup>19</sup> Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 289231/SC. 1ª Turma. Rel. o Sr. Min. JOSÉ DELGADO. DJU de 26-3-2001, p.390.

<sup>20</sup> Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 151668/SP. 4ª Turma. Rel. o Sr. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA. DJ 11-9-2000, p.253.

<sup>21</sup> ROCCO, Ugo. Op. cit. p.261.

Decorrrência lógica do princípio da instrumentalidade das formas ou da finalidade constituem-se os primados da *economia processual* e da *celeridade*.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>22</sup>, ao defender que o processo não é um fim em si mesmo, mas seu objetivo seria a realização do direito material com paz na sociedade, permite inferir o *princípio da economia* como sendo a obtenção do máximo resultado com o menor desperdício de tempo e esforço possível. Estabelecer-se-ia uma relação de custo-benefício entre a formalidade dos atos e o atendimento a seus fins últimos. Exemplos concretos da incidência desse primado são observáveis na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando, em seus acórdãos admite-se que “embora cabível e até mesmo recomendável a denúnciação à lide de servidor público causador de dano decorrente de acidente de veículo, uma vez indeferido tal pedido, injustificável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão da denúnciação, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais”. E, em outros julgados, que “em nome da celeridade e da economia processual, admite-se e recomenda-se que o servidor público, causador do acidente, integre, desde logo, a relação processual. Entretanto, o indeferimento da denúnciação da lide não justifica a anulação do processo”.<sup>23</sup> Por fim, pronunciou-se que “os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu denúnciação da lide (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma”.<sup>24</sup>

A *celeridade* é outro princípio conexo à instrumentalidade das formas. Numa perspectiva do Processo Civil eficaz, as remoras inerentes às demarchas jurisdicionais podem ser agravadas por práticas excessivamente formais, tornando imperativa a invocação desse primado.

Não se admite, porém, que, em detrimento da forma, se subvertam a essência do ato e sua finalidade, cuja expressão está em seu *modo de ser*.<sup>25</sup> A instrumentalidade formal não pode aniquilar outros valores de

<sup>23</sup> Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp nº 165411/ES. Rel. o Sr. Min. GARCIA VIEIRA. DJU de 3-8-1998, p. 125.

<sup>24</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 11599/RJ. Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. RSTJ 63/212.

<sup>22</sup> In. A instrumentalidade do processo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

<sup>25</sup> Nesse sentido: MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Comentários ao código de processo civil. 9 ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.2. p.13.

equivalente relevo, como a segurança jurídica, a certeza dos atos ou igualdade substancial entre as partes<sup>26</sup>, o que só poderia ocorrer se fosse instaurado um regime de franca atipicidade das declarações e dos provimentos em juízo.<sup>27</sup>

Exemplificando esse desvio, ter-se-ia o caso do deferimento de uma petição inicial que ignorasse a obrigatoriedade de se imputar o valor da causa, conforme o art.258, CPC. O juiz, ao fazê-lo, invocaria o princípio da instrumentalidade formal: o *quantum* econômico restaria implícito na *causa petendi*, porquanto ali se noticiou um dano emergente de milhares de reais. O comando do art.258, CPC, poderia ser afastado. Nessa situação, a acolhida radical do primado da forma livre transmutar-se-ia em derruição mesma do princípio da legalidade.

### 3.4. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

#### 3.4.1. De seu fundamento constitucional

A publicidade dos atos processuais tem duplo fundamento constitucional. Um genérico, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art.5º, LX, CF/1988). Outro específico para os atos processuais dotados de conteúdo decisório: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes” (art.93, IX, CF/1988).

#### 3.4.2. De seu fundamento legal

Atribuindo eficácia imediata à indicação constitucional, o Código de Processo Civil (art.155) clausula como submetidos ao “segredo de justiça” não somente os atos processuais, mas seu conjunto concatenado (os

---

<sup>26</sup> Sobre a igualdade entre as partes no processo, essa excelente tese de doutoramento: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do processo em face da fazenda pública. São Paulo: Dialética, 2003. passim

<sup>27</sup> ROCCO, Ugo. Op. cit. p.260: “Questo complesso di formalità è posto e stabilito dalla legge processuale per assicurare e garantire alle parti una retta giustizia e per eliminare ogni incertezza, circa le vie da seguire per ottenere tale giustizia, con la osservanza del principio del contraddittorio e della eguaglianza delle parti in giudizio, stabilendo una corrente di azioni e reazioni, che limitano, ad un tempo, i poteri del giudice e delle parti stesse”.

processos), conforme exijam o interesse público e as relações do *status familiae* (casamento; filiação; separação dos cônjuges e sua conversão em divórcio; alimentos e guarda de menores).<sup>28</sup>

### 3.4.3. Da necessidade de interpretação do princípio da publicidade em face de suas exceções: segredo de justiça fundado em interesse público, interesse social, intimidade das partes e ações referentes ao *status familiae*

A melhor exegese do *princípio da publicidade dos atos processuais*, especificamente no que concerne a suas *exceções*, é a que se funda nos seguintes postulados:

#### 3.4.3.a) *Da afetação do interesse público ao interesse social e à necessidade de difusão dos atos processuais*

A simples presença do interesse público não é causa justificadora do segredo de justiça, pois, a *publicidade* é a forma mais positiva de homenageá-lo (art.37, *caput*, CF/1988). Para JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO<sup>29</sup>, as ações que envolvam exercentes de funções ou cargos de índole político-administrativa devem merecer tratamento diferenciado, preservando-se o sigilo apenas em atenção a valores radicais inerentes à intimidade ou ao interesse social. Semelhante postura deve ser observada mesmo em face de casos específicos de restrição à publicidade, como

<sup>28</sup> Há ainda outros casos: a) Lei nº 9.278, de 10-5-1996: “Art.9º - Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça”; b) Lei nº 8.560, de 29-12-1992: “Art.2º. Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação. (...) §2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.”; c) Lei nº 8.069, de 13-7-1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Art.143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.” e “Art.144. A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.”; d) Código Civil de 2002: “Art.1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.”

<sup>29</sup> In. Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.61.

os assinalados no art.247<sup>30</sup> da Lei Complementar nº 75, de 20-5-1993 (Lei Orgânica do Ministério Público) ou no art.27, parágrafo sexto<sup>31</sup>, da Lei Complementar nº 35, de 14-3-1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

O *interesse social*, afetado ao interesse público, é o único determinante da exceção à regra de publicidade irrestrita dos atos. Explique-se. A preservação do interesse social é que deve suportar os desconfortos de uma censura à exteriorização dos atos do processo. Fazendo-o, funda-se por enaltecer o interesse público. Assim, todos os atos que impliquem, por sua difusão, abalos e comoções sociais desnecessários, capazes de periclitarem os valores do Estado Democrático de Direito, devem e merecem ser inscritos na cláusula excepcional de censura, prevista genericamente na Constituição e nas leis ordinárias.

### 3.4.3.b) *Ampliação do rol de ações que admitem o segredo de justiça para além das modalidades inerentes ao status familiae*

Não basta a ocorrência das ações de estado para que se excepcione o princípio da publicidade. É necessária a conjugação dessa qualidade com o objetivo de preservação da intimidade das pessoas envolvidas, o que, por via de consequência, permite inferir que, nesse ponto, a redação do Código de Processo Civil é não apenas imprecisa, como também omissa.

Em outros termos: (i) Haverá ações de estado sem qualquer caráter ofensivo à intimidade das partes, como a separação consensual de cônjuges. (ii) Outras ações, por natureza, são em si mesmas detrimetosas, como as relativas a alimentos e à filiação, encontrando-se subentendida

---

<sup>30</sup> Art. 247. O inquérito administrativo, de caráter sigiloso, será instaurado pelo Corregedor-Geral, mediante portaria, em que designará comissão de três membros para realizá-lo, sempre que tomar conhecimento de infração disciplinar. § 1º A comissão, que poderá ser presidida pelo Corregedor-Geral, será composta de integrantes da carreira, vitalícios, e de classe igual ou superior à do indiciado. § 2º As publicações relativas a inquérito administrativo conterão o respectivo número, omitido o nome do indiciado, que será cientificado pessoalmente.

<sup>31</sup> Art.27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. (...) §6º O julgamento será realizado em sessão secreta do tribunal ou de seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

a preservação da intimidade. (iii) E, tantas outras, alheias ao espectro do *status familiae*, como as ações ordinárias visando à prevenção ou à punição do dano moral, em que seu fim último radica-se na intangibilidade de valores psíquicos ou sentimentais. Nesse derradeiro caso, a simples publicidade das ações já traduziria um dano maior que o sofrido pela parte autora<sup>32</sup>.

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA vale-se do interesse público para defender a liciedade de segredar em juízo as matérias que causem humilhação, vexame ou embaraço à parte, ao Estado, à sociedade ou a terceiro.<sup>33</sup> Para E. D. MONIZ DE ARAGÃO, “a Constituição aumentou, pois, o poder discricionário dos juízes, que era menos amplo, e assim restringiu a incidência do princípio da publicidade dos atos processuais”, estendendo-o para outros processos que não os arrolados no inciso I do art. 155, CPC.<sup>34</sup>

Veja-se que, em uma ação investigatória de paternidade, inserida na exceção de hermetismo judicial, o Superior Tribunal de Justiça admitiu sua publicidade, sob o color de que: “Essa notícia não viola o segredo de justiça, e mais há de ser considerado: ‘C’, líder político, Governador de Estado, enfim homem público cuja vida interessa aos seus coestaduanos, aos que estão sob o Governo, e mais até, a todos os brasileiros pela merecida projeção do Estado de Minas Gerais no concerto da Federação, não pode ser anônimo no seio da população brasileira...”.<sup>35</sup>

O inciso II do art. 155 do Código de Processo Civil deveria, portanto, ser assim interpretado: *correrão em segredo de justiça as ações que envolvam aspectos da vida íntima ou da privacidade das partes, permitindo-se ao juiz, nas ações de estado e afins, relativizar a restrição legal*.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> O Superior Tribunal de Justiça, analisando o caso de um jornal que publicara o resultado de um julgamento em investigatória de paternidade, entendeu que: “Liberdade de imprensa. Segredo de justiça. Simples notícia de julgamento da causa não lhe transgride o segredo de justiça” (RT 691/182).

<sup>33</sup> Op. cit. p.52.

<sup>34</sup> MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit. p.16.

<sup>35</sup> RT 691/184.

<sup>36</sup> Em sentido contrário: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p.49, que afirma ser exigível sempre o segredo de justiça nas ações de estado.

Veja-se, como apoio a essa tese, que, em diversos artigos, o Código de Processo Civil já assegura ao juiz a faculdade de inscrever algumas ações na cláusula do segredo judiciário (arts.815<sup>37</sup>, 823<sup>38</sup> e 841, *caput*<sup>39</sup>), sem que, necessariamente, estejam vincadas aos tipos expressos do art.155. Nos procedimentos dos arts.815 e 823 busca-se, em grande medida, preservar o interesse do requerente em face da real possibilidade de dilapidação do *penhor geral de seus créditos*, o patrimônio do requerido, no arresto, ou, a recuperação das cousas litigiosas, no seqüestro.<sup>40</sup> Nas ações de busca e apreensão, prevalece o mesmo objetivo, a saber, impedir a evasão da pessoa ou do bem.

### 3.4.4. Da Relatividade dos efeitos do segredo de justiça

#### 3.4.4.a) *Do segredo de justiça e seus efeitos relativos às partes e aos procuradores*

O segredo de justiça tem caráter *inter alios*, não produzindo efeitos relativamente às partes mesmas e seus procuradores (art.155, parágrafo único).<sup>41</sup> O conceito de *partes* é o mais amplo possível, abrangendo autor, réu, assistente litisconsorcial, assistente simples, litisdenuciado, nomeado à autoria, chamado ao processo e oponente.<sup>42</sup> Os juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários a quem se comete processar tais ações encontram-se implícita e logicamente excluídos da condição de terceiros, respondendo, porém, a título de dolo ou culpa grave, pela ruptura do hermetismo imposto em lei.

<sup>37</sup> Art.815. A justificação prévia, quando ao juiz parecer indispensável, far-se-á em segredo e de plano, reduzindo-se a termo o depoimento das testemunhas.

<sup>38</sup> Art.823. Aplica-se ao seqüestro, no que couber, o que este Código estatui acerca do arresto.

<sup>39</sup> Art.841. A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. (...)

<sup>40</sup> MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit. p.18.

<sup>41</sup> “O princípio da publicidade não diz apenas com o momento de produção do ato senão que também incide no que se refere à sua documentação. Destarte, afora o legalmente excepcionado (art. 155, I, II e parágrafo único), qualquer pessoa pode requerer, diretamente ao escrivão (que há de fornecer independentemente de despacho judicial), certidão de atos que se realizaram no processo (art. 141, V). De outro lado, ao advogado é assegurado o direito ao exame dos autos de qualquer processo, ‘quando não estejam sujeitos a sigilo’ (art. 7º, XIII, da Lei 8.906, de 04.07.1994). Há de se entender que o disposto no parágrafo único do artigo em exame refere-se aos processos que correm em segredo de justiça e não à generalidade dos casos” (DALL’AGNOL, Antônio. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, 2000. v.2. p.231).

<sup>42</sup> Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., loc. cit.

Portanto, não é vedada a comunicação dos atos às partes e a seus patronos. É mesmo necessária.<sup>43</sup> Obviamente, impõem-se cautelas nesse mister, como ostentarem as publicações apenas a iniciais dos nomes dos litigantes,<sup>44</sup> sem embargo do número do processo e a indicação dos procuradores. A sentença ou a interlocutória deve conter apenas elementos essenciais do dispositivo, de molde que terceiros não infiram de seu conteúdo uma ciência indevida.

Essa proibição de publicidade atina com: a) a vista,<sup>45</sup> o acesso, o manuseio e a consulta aos autos, em secretaria ou fora dela; b) a extração

<sup>43</sup> O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a sessão reservada nos julgamentos administrativos sob a égide da Lei Complementar nº 35/1979 não deveria sê-lo em face dos advogados e dos juízes sindicados: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MAGISTRADO - PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A PERDA DO CARGO - RITO DA LEI COMPLEMENTAR 35/79 (LOMAN) - ART. 27 - PROCEDIMENTO PRELIMINAR - SESSÃO RESERVADA - CONCLUSÃO - INSTAURAÇÃO DA AÇÃO DISCIPLINAR E AFASTAMENTO DO JUIZ SINDICADO - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - PREJUÍZO COMPROVADO - OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. I - Segundo estatui o art. 27 da Lei Complementar 35/79 (LOMAN), o procedimento preliminar que antecede à instauração da ação disciplinar para decretação da perda do cargo de magistrado, será concluído com a sessão reservada do Tribunal Pleno, ou do Órgão Especial, que tem por escopo decidir sobre a instauração do processo administrativo. II - O caráter secreto de tal reunião, todavia, não foi recepcionado pela Carta Política de 1988 que em seu art. 93, IX, instituiu que “todos os julgamentos serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes” (ROMS nº 15168/BA. Quinta Turma. DJU 28-10-2003, p.303. Rel. o Sr. Min. GILSON DIPP). Com idênticas conclusões: “ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. DISPONIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. JULGAMENTOS PÚBLICOS. 1. Configura cerceamento ao direito de defesa assegurado a toda pessoa, proibir a presença do magistrado ou do seu advogado no recinto da sessão, no momento da votação, ainda que tenham sido apresentadas as alegações finais, em processo onde é aplicada pena de disponibilidade. 2. Os julgamentos do Poder Judiciário são públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, sem vez a votação secreta. 3. Ao Acusado ou ao seu defensor, segundo o interesse público o reclamar, não se pode negar o direito de acompanhar todo o processo, incluída a votação, quando poderá - exemplo - fiscalizar se os votos foram secretos, se ocorreu alguma irregularidade, se votou quem não poderia fazê-lo. Enfim, defender-se não como um curioso, mas como interessado, visando a que o julgamento seja imparcial e sem vícios, uma vez que a decisão lhe interessa diretamente. 4. Recurso provido parcialmente para declarar a nulidade do julgamento” (RSTJ 48/524).

<sup>44</sup> A favor: RJTJSP 105/301. Contrariamente: “Em se cuidando de intimação, há de se operar ela, como de ordinário, sendo indispensável, sob pena de nulidade, conforme previsão do art. 236, parágrafo único, o registro dos nomes das partes e de seus advogados, para o fim de identificação suficiente” (DALL’AGNOL, Antônio. Op. cit. p. 233).

<sup>45</sup> RT 527/59.

de cópias; *c*) o direito a certidões; *d*) a participação em audiências ou sessões de julgamento, aqui incluída a presença nesses auditórios ou sua reprodução pública ou privada (fotografias, gravações, desenhos).

### 3.4.4.b) *Do segredo de justiça e seus efeitos relativos a terceiros*

Aos terceiros será permitido, desde que demonstrado interesse jurídico, tão-somente requerer certidão da parte dispositiva da sentença ou do acórdão, bem assim “de inventário e partilha resultante do desquite” (art. 155, parágrafo único, *in fine*).

O *interesse jurídico* revela-se na demonstração dos efeitos reflexos do litígio no patrimônio jurídico do terceiro.<sup>46</sup> Logo, afasta-se o interesse puramente humanitário, social ou político, sendo notável sua aproximação com o utilizado para qualificar o assistente simples.<sup>47</sup> Se o terceiro não intervém nessa qualidade, pois a assistência é mera faculdade, pode, exibindo esse interesse jurídico, obter a certidão da parte dispositiva (a que menciona o art. 155, CPC). Figurável, ainda, o caso das chamadas ações sub-rogatórias, que conferem ao credor a faculdade de exercer, em nome do devedor e em benefício de todos os credores, quaisquer de seus direitos patrimoniais, quando indispensável à conservação dos haveres do *solvens*, na definição de FERNANDO NORONHA.<sup>48</sup> O mesmo pode ser dito das ações diretas, quando “um credor pode exigir de quem seja devedor de seu devedor a importância por aquele devida a este”.<sup>49</sup>

Quanto à partilha da separação judicial, “o terceiro pode, desde que demonstre o seu interesse, requerer a expedição de carta de sentença visando ao registro da partilha em separação judicial”.<sup>50</sup>

Oportuna a advertência de ANTÔNIO DALL’AGNOL sobre os limites desse acesso: “...o terceiro juridicamente interessado tem acesso apenas à documentação dos atos processuais realizados em processo que corra

<sup>46</sup> Em sentido mais amplo: “Qualquer pessoa, porém, desde que o requeira ao juiz da causa e lhe demonstre ter interesse jurídico, poderá pleitear certidão do dispositivo da sentença ou do inventário e partilha subsequente ao desquite. Essa enumeração não parece capaz de esgotar as hipóteses que a prática pode oferecer. Destarte, se algum outro caso surgir, em que o terceiro demonstre certidões ou cópias, deverá o juiz deferi-las” (MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit. p.19).

<sup>47</sup> Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

<sup>48</sup> Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. p.179.

<sup>49</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit. p.180.

<sup>50</sup> JTJ 192/258.

em segredo de justiça; acesso nenhum tem no momento da realização do ato. No que se refere a esse momento, o terceiro juridicamente interessado não se distingue de qualquer outro terceiro”.<sup>51</sup>

### 3.5. DO PRINCÍPIO DA VERNACULIDADE

#### 3.5.1. De seu conceito

O *princípio da vernaculidade* possui enunciado bastante elementar: “em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo” (art.156, CPC). O vernáculo corresponde à língua portuguesa, idioma oficial da República Federativa do Brasil por expressa determinação magna (art.13, *caput*, CF/1988)<sup>52</sup>. Inexistia semelhante norma no Código de Processo Civil de 1939.

#### 3.5.2. A quem vincula o princípio da vernaculidade

Decorre desse princípio que os atos processuais das partes, do juiz, dos intervenientes, dos terceiros, dos serventuários e quaisquer outros que acorram ao processo devem ser necessariamente vazados em português.

#### 3.5.3. Do sentido da expressão “obrigatório o uso do vernáculo”

O *obrigatório* constante do art.156, CPC, quer significar que é condição necessária para a validade do ato sua expressão no uso vernacular. Daí entender-se obrigatório como essencial, mas não exclusivo. Em melhores termos, exige-se o emprego do idioma português, sem, contudo, vedar-se o concurso de expressões estrangeiras, desde que traduzidas. O Supremo Tribunal Federal, mesmo em um procedimento de *habeas corpus*, pronunciou que a petição deveria ser redigida em idioma nacional, dela não conhecendo por escrita em espanhol.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Op. cit. p.232.

<sup>52</sup> Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

<sup>53</sup> “Habeas corpus - Impetração redigida em língua espanhola - Extradição - Formulação de pedido de clemência ao presidente da República - Ausência de indicação de ato configurador de ilegalidade ou abuso de poder - HC não conhecido. - É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de habeas corpus, eis que esse remédio constitucional - por qualificar-se como verdadeira ação popular - pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional. - A petição com que impetrado o habeas corpus deve ser redigida em português, sob pena de não-conhecimento do writ constitucional (CPC, art. 156, c/c CPP, art. 3.), Eis que o conteúdo dessa peça processual deve ser acessível a todos, sendo irrelevante, para esse efeito, que o juiz da causa conheça, eventualmente, o idioma estrangeiro utilizado pelo impetrante. A imprescindibilidade do uso do idioma nacional nos atos processuais, além de corresponder a uma exigência que decorre de razões vinculadas a própria soberania nacional, constitui projeção concretizadora da norma inscrita no art. 13, *caput*, da carta federal, que proclama ser a língua portuguesa ‘o idioma oficial da República Federativa do Brasil’” (Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC nº 72391-QO/DF. Rel. o Sr. Min. CELSO DE MELLO. j. 8-3-1995, DJU 17-3-1995, p.5791).

### 3.5.4. Dos documentos em língua estrangeira

Quanto aos documentos em língua estrangeira, o art.157, CPC, define que sua juntada somente poderá ser deferida quando acompanhados de versão em português, firmada por tradutor juramentado. Note-se que se não cuida de petições, mas, de *documentos*. Nesse tocante, excluem-se as manifestações processuais das partes dirigidas ao juízo.

O Código de Processo Civil adotou o *sistema da tradução documental obrigatória*, conservando a tradição oriunda do Código de 1939. A Lei de Registros Públicos, em seu art.129, inciso 6º, também determina que para produzirem efeito “em qualquer instância, juízo ou Tribunal” estão sujeitos a registro em títulos e documentos, “todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções”. Havendo o Supremo Tribunal Federal admitido essa exceção: “Para produzir efeito em juízo não é necessária a inscrição, no registro público, de documentos de procedência estrangeira, autenticados por via consular” (Súmula nº 259). O enunciado, por óbvio, trata do caso específico de documentos estrangeiros já autenticados por agente diplomático. Fora disso, aplica-se a regra geral.

A inexistência de tradutor juramentado na comarca admite seja suprida pelos meios gerais utilizados nas perícias, quando não se é possível louvar em expertos.<sup>54</sup> NELTON DOS SANTOS assinala que essa hipótese somente se coloca quando a parte já não tiver providenciado, em outra comarca, a versão em português do documento por tradutor sob juramento.<sup>55</sup>

### 3.5.5. Das citações de autores estrangeiros nos atos processuais

Interessante observar, no que se refere às petições e aos pronunciamentos judiciais, o hábito avoengo, de erudição duvidosa, de fazer citações não-traduzidas, especialmente em línguas pouco versadas no Brasil. Ao tempo do Código de Processo Civil de 1939 essas abundavam, daí a inclusão expressa do princípio da vernaculidade no atual diploma, capaz de abranger não apenas os documentos, mas, também, os termos e atos processuais.

<sup>54</sup> MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit. p.21. Em sentido contrário, exigindo-se a expedição de carta precatória: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p.60.

<sup>55</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p.415.

Ante esse problema, haveria invalidade nos atos que contenham textos de doutrinadores estrangeiros?

O uso do vernáculo é obrigatório nos atos e termos processuais (art. 156, CPC).<sup>56</sup> Quanto a isso não há dúvidas. Entretanto, essa regra deve ser interpretada em respeito às peculiaridades de certas manifestações no processo, como é o caso das petições iniciais, respostas do réu e razões de recurso. Posto que tais peças não sejam textos científicos, a transcrição de autores estrangeiros como sustentáculo dos fundamentos jurídicos, sem a tradução devida, não confronta o art. 156, CPC.<sup>57</sup> Mesmo entendidos com a devida moderação, os princípios “*da mihi factum, dabo tibi jus*” e “*jura novit curia*” servem para figurar a imprescindibilidade de que a apenas se dê obrigatoriamente em vernáculo a narração, pois os textos legais de índole federal são de conhecimento pelo magistrado, incumbindo-lhe aplicar o direito, mesmo que se omita a parte em decliná-lo (RSTJ 21/432; RTJ 105/1.024, 115/932, RT 504/116, 608/153, RJTJESP 43/138, 50/281, 93/185, 115/119, JTA 88/335, RF 255/253).<sup>58</sup> Logo, a parte que se vale de trechos doutrinários ou jurisprudenciais estrangeiros, está apenas suportando o risco de sua ignorância pelo órgão julgador, que pode muito bem decidir com o suporte da narração fática, esta a única a ser vazada *ex necessitate* em obrigatório vernáculo. Há, por conseguinte, arestos no sentido de que cópia de obra jurídica em língua estrangeira não está sujeita a tradução (JTA 117/163).

Ao Latim, entende-se deva ser conferido um tratamento ainda mais específico. Não se cuida de um *idioma estrangeiro*, embora utilizado até hoje nas comunicações oficiais de um Estado, a Santa Sé. O Latim é um instrumento léxico auxiliar em várias ciências (Anatomia, História Natural, Biologia, Geologia). No Direito, sua presença é extremamente

<sup>56</sup> Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.

<sup>57</sup> Nesse sentido: “Também não se exige tradução de citação de obra jurídica estrangeira, feita em arrazoado. A respeito disso, aliás, o anteprojeto do CPC de 1973 acrescentava um parágrafo único a esse artigo, exigindo versão em português para a citação de autores ou de direito estrangeiro. Esse parágrafo foi suprimido pela Comissão Revisora, evidenciando, com isso, o propósito do legislador de não dar tal alcance à norma” (MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p.413).

<sup>58</sup> “Ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal” (RSTJ 48/136).

nítida, em todos os países do mundo, mesmo os do sistema anglo-saxônico. Desse modo, é não apenas válido como incensurável o recurso às expressões latinas nos atos processuais, inexistindo incompatibilidade aos termos desse princípio.

## **4 DA TAXINOMIA DOS ATOS PROCESSUAIS**

### **4.1. DAS GENERALIDADES**

O Código de Processo Civil oferece uma classificação dos atos processuais, aqui adotada sem maiores críticas, ante a natureza dogmática desse estudo. Esses podem ser divididos nas seguintes espécies: *a*) atos da parte; *b*) atos do juiz; *c*) atos do escrivão ou do chefe de secretaria.

### **4.2. DOS ATOS DA PARTE**

#### **4.2.1. Do conceito**

Os *atos da parte* abrangem as declarações dos sujeitos processuais primários e secundários – autor, réu, terceiros intervenientes. Sob o aspecto funcional, destinam-se a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas no processo. Podem ser unilaterais ou bilaterais, conforme se dê a distribuição de ônus, deveres ou obrigações entre as partes.

Esses atos podem ser associados aos ônus (como os atos postulatórios) ou às faculdades (como os atos de produção de prova).<sup>59</sup>

#### **4.2.2. Dos atos da parte e plano da eficácia**

Em geral, os atos processuais possuem em si todos os fatores de eficácia, para se usar a terminologia de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO quanto aos planos do negócio jurídico e seus elementos (existência), requisitos (validade) e fatores (eficácia).<sup>60</sup> Dessa mercê, sua simples prática implicará a criação, modificação ou extinção das relações a que visavam interferir.

Os atos de recorrer ou contestar alteram a relação processual, impedindo que preclua a faculdade respectiva (art. 183, CPC). Se apresentados no tempo e forma legalmente exigidos, o recurso e a resposta mostram-se plenamente eficazes, não dependendo da intervenção de outros fatores. Há, porém, atos que exigem a integração por outros atos, como autênticos

<sup>59</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2000. p.261.

<sup>60</sup> Negócio jurídico: existência, validade, eficácia. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. passim.

fatores exógenos de eficácia. O caso mais típico é o da desistência da ação, negócio jurídico-processual que depende de homologação por sentença ou acórdão (art.158, CPC).<sup>61</sup> Sem esse *ato do juiz*, a conduta da parte, posto existente e válida, reputar-se-á ineficaz relativamente ao processo, mesmo tenha o agente exercido sua faculdade.<sup>62</sup>

Ressalte-se, ainda, que a desistência não obedece ao paralelismo estrito de formas, podendo operar-se de modo oral, consignada no termo próprio, em audiência.<sup>63</sup> Interessante observar que, nesse tema, a desistência da ação, antes de efetivado o ato citatório, carece apenas da declaração unilateral da parte somado ao fator de eficácia inerente à homologação por sentença.

Se, porém, houve citação válida, só poderá ocorrer a desistência com uma declaração de cunho bilateral, pois dependente da anuência do adversário (art.267, parágrafo quarto, CPC). Também são dependentes do ato homologatório a conciliação (art. 449) e a transação (art.584, III), com algumas particularidades.<sup>64</sup>

Quanto aos recursos, a eficácia de sua desistência é cenáculo de respeitáveis controvérsias. Uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal afirma que, tanto na desistência da ação quanto na desistência do recurso, a eficácia desses atos estará dependente da intervenção

---

<sup>61</sup> “Enquanto não for homologada, por sentença, a desistência da ação, nenhum efeito produz, devendo continuar os atos processuais em todas as suas fases” (Tribunal Federal de Recursos, 5ª Turma, Ag nº 59.927-RS, Rel. o Sr. Min. JOSÉ DELGADO, j. 13.3.1989, v.u., DJU 26.6.1989, p. 11.159).

<sup>62</sup> “A raciocinar diferentemente, chegar-se-á ao extremo de supor que, manifestada a renúncia ou a desistência, caberá ao escrivão certificá-las nos autos e dar impulso ao processo independentemente da intervenção homologadora do magistrado” (MONIZ DE ARAGÃO, E.D. Op. cit. p.24). “A necessidade de homologação no caso de desistência, qualquer que seja o momento em que se desiste, atende à relação jurídica processual que se criou” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p.62).

<sup>63</sup> “Em geral, a desistência do recurso manifesta-se por petição escrita, conforme o caso, ao órgão perante o qual se o interpôs ou ao relator do Tribunal, mas nada impede que tal se faça, oralmente, na própria sessão de julgamento, ainda que iniciada a votação” (Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp nº 21.323-3-GO, Rel. o Sr. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 16.6.1992, v.u., DJU 24.8.1992, p. 12.998).

<sup>64</sup> A conciliação e a transação judicial devem ser tomadas por termo e homologadas por sentença. Há acórdãos entendendo que se exceptuam à regra: a) a transação feita por instrumento público ou particular (RT 541/181, 550/110) ou a transação que não verse sobre direitos contestados em juízo (RT 702/120).

jurisdicional, ainda que o art.158, CPC, somente aluda à ação, nada cuidando de recurso.<sup>65</sup>

Considera-se, no âmbito desse estudo, de outro modo. Os recursos obedecem a uma lógica diferente. É interesse do Estado abreviar a tramitação dos feitos, especialmente quando o ofício jurisdicional por excelência, que é o vertido em primeiro grau, encerrou-se. Se o direito de ação tem foros constitucionais, o mesmo se não pode dizer do princípio do duplo grau. Assim, aos recursos é dispensável o pronunciamento judicial para tornar eficaz sua desistência.<sup>66</sup> Ocorrerá preclusão no momento em que manifestada aquela, independentemente de posterior ato extintivo do procedimento recursal.<sup>67</sup>

**4.2.3. Dos atos da parte e capacidade postulatória: fator de eficácia**  
Outro fator de eficácia aos *atos da parte* consiste na capacidade postulatória.

As declarações processuais da parte, à exceção das notoriamente personalíssimas (depoimento, v.g.) e dos vários casos previstos em leis especiais, servem-se do advogado para sua eficaz cognoscência pelo órgão competente. O advogado, exercente de ministério privado e essencial à administração da justiça (art.133, CF/1988), atua como vetor do acesso à função jurisdicional do Estado, permitindo a plena efetividade ao direito de ação.<sup>68</sup> Esse conduto exige-se até mesmo para a desistência da ação ou do recurso.<sup>69</sup>

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 4-7-1994) atribui a consequência da nulidade aos atos de quem procura em juízo sem ostentar a condição de patrono regularmente inscrito (art.4º). Em decisão plenária, o Supremo Tribunal Federal considerou inexistentes os atos praticados por mandatário judicial sem comprovada inscrição nos quadros da OAB (MS nº 21.730-1-DF-EDcl-AgRg, rel. o Sr. Min. CELSO DE MELLO, j. 2.3.1994, v.u., DJU 22.4.1994, p. 8.942).<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, RE nº 65.538-RJ, Rel. o Sr. Min. ANTONIO NEDER, j. 11.3.1975 v.u., DJU 18-4-1975, p.2.524.

<sup>66</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Regina Andrade de Macedo. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7 ed. São Paulo: RT, 2003. p.560.

<sup>67</sup> DALL'AGNOL, Antônio. Op. cit. p. 239-40.

<sup>68</sup> RTJ 153/497.

<sup>69</sup> RT 643/63; Lex-JTA 139/66.

<sup>70</sup> No mesmo sentido: “Recurso assinado por advogado eliminado dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Ato inexistente. Inaplicabilidade do art. 13, CPC, na instância especial” (Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Ag nº 41.748-4-DF-AgRg, rel. o Sr. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 6.12.1993, v.u., DJU 28.2.1994, p. 2.897).

A esse respeito, pondera-se, no entanto, que melhor seria referir ao fenômeno da ineficácia dos atos processuais, não à sua invalidade. Isso se afirma pelas seguintes razões: a ausência de capacidade postulatória não se insere nas hipóteses de incapacidade civil ou mesmo de invalidez formal. À semelhança dos atos carecedores de legitimação, as declarações jurídico-processuais poderiam ser tidas como válidas em quaisquer circunstâncias, dêis que louvadas em agentes capazes, forma lícita ou não prescrita em lei, objeto jurídica e materialmente possível e determinável. Apenas perante o Poder Judiciário, e em termos, pois há várias dispensas legais, as aludidas declarações carecem de um fator de eficácia: *o conduto de um profissional inscrito em órgão de classe dotada de assento constitucional*. Tanto é assim que se tem mostrado pródiga a jurisprudência em casos de ratificação dos atos realizados em afronta à exigência de capacidade postulatória, como essa recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Não se decreta a nulidade do processo sem que haja demonstração de prejuízo. Estando o advogado impedido de advogar contra a parte adversa, ficam sanados os atos por ele praticados, desde que ratificados atempadamente, a teor do disposto no art. 13, I, do CPC, sobretudo quando o patrocinado não sabia do impedimento – até porque sem registro na carteira profissional de seu patrono – e o defeito não foi alegado desde quando deveria” (RT 725/172).

Note-se, ainda, que o novo Código Civil, superando antiga polêmica, definiu a invalidade máxima por nulidade como imprescritível e insusceptível de ratificação ou convalidação (art.169).<sup>71</sup> Por esse motivo, mais ainda sustentável a inserção desse fenômeno no plano da eficácia, propiciando uma justificativa lógico-técnica mais plausível.

É de ser registrado, ainda, quanto à capacidade postulatória, que diversas leis hão cada vez mais segregado sua exigência nos atos em juízo. O que antes era um primado inexpugnável, especialmente com o art.133 da Constituição Federal de 1988, vem-se tornando uma verdadeira exceção. Assim, dispensa-se o advogado, com ressalvas no tocante ao valor da causa e à manifestação recursal, nas ações de alimentos (Lei nº 5.478,

---

<sup>71</sup>Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

de 25-7-1968, art.2º, *caput*)<sup>72</sup>; ações no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099, de 26-9-1995, art.9º)<sup>73</sup>; na Justiça do Trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, art.791)<sup>74</sup> e no procedimento arbitral (Lei nº 9.307, de 23-9-1996, art.21, parágrafo terceiro)<sup>75</sup>.

A recente Lei nº 10.259, de 12-7-2001, que instituiu os juizados especiais na Justiça Federal<sup>76</sup>, chegou ao clímax desse processo de desvalorização profissional ao prescrever em seu art.10 que “as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, *advogados ou não*”. Essa norma praticamente restaurou o sistema romano arcaico de representação em juízo, de onde surgiu a expressão patrono (*patronus*): o plebeu comparecia ao pretor acompanhando de um patrício, seu paráclito, como forma de ser protegido na demanda a que era chamado (*litiscontestatio*). Não importava o conhecimento jurídico, bastava fosse um patrício.

Ironicamente, o Estatuto da Advocacia, em seu art.1º, inciso I, haveria de superar todos esses problemas ao dispor que “são atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. Porém, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia dessa indicação, no que se refere a “Juizados Especiais”, compreensivo também de Justiça do Trabalho e Justiça de

---

<sup>72</sup> Art.2º. O credor, pessoalmente ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

<sup>73</sup> Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. § 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar. § 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

<sup>74</sup> Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

<sup>75</sup> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. (...) § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

<sup>76</sup> Sobre a nova lei, consulte-se: SILVA, Luís Praxedes Vieira da. Juizados especiais federais cíveis. Campinas: Millenium, 2003. *passim*.

Paz. Esse decisório, de caráter liminar, que serve até hoje de estímulo às deletérias iniciativas legisferantes de supressão das prerrogativas da advocacia, deu-se na ADIn nº 1.127-8-DF-Medida Liminar, conforme DJU 14-10-1994, p.27.596.

#### 4.2.4. Das cotas marginais ou interlineares

O Código de Processo Civil (art.161)<sup>77</sup> comina a pena de multa às partes que, em seus atos, lancem cotas interlineares ou marginais no fascículo. É histórica essa proibição, encontrada nas Ordenações Manuelinas (Livro I, Título 38, parágrafo quarto) e Filipinas (Livro I, Título 48, parágrafo quatorze), bem ainda no Código de Processo Civil de 1939, em seu art.17.

Sua abrangência inclui quaisquer textos, independentemente de seu caráter ofensivo ou não (“as *marginais*, quaisquer, ou pilheriem, ou revidem, ou respondam, ou perguntem, ou resumam, ou ementem; as *interlineares*, quaisquer, ou acrescentem ao sentido, ou comentem, ou insinuem”).<sup>78</sup> O que importa é coibir inovações na expressão dos atos e termos, propiciando sejam lançadas dúvidas sobre sua autenticidade ou idoneidade. A casuística pretoriana tem relativizado a regra, excluindo de seu alcance o mero sublinhar de passagens dos depoimentos de testemunhas.<sup>79</sup> Obviamente, não se entende por cotas marginais as expressões, os dísticos ou os símbolos impressos em papel timbrado do escritório dos patronos das partes, mesmo que de gosto duvidoso ou de apelo sentimental, religioso ou político.<sup>80</sup> Os meros traços a lápis também podem ser tolerados, como anotou PEDRO BATISTA MARTINS.<sup>81</sup>

A responsabilidade pelas cotas é imputada, por lei, às partes. A multa, que deve ser prestada ao Estado, será inscrita na dívida ativa e cobrada dos litigantes que deram causa à infração.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> Art. 161. É defeso lançar, nos autos, cotas marginais ou interlineares; o juiz mandará riscá-las, impondo a quem as escrever multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo.

<sup>78</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p.75.

<sup>79</sup> RT 546/88.

<sup>80</sup> RT 631/128.

<sup>81</sup> Comentários ao código de processo civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.84.

<sup>82</sup> JTJ 182/158.

O sistema de responsabilidade por danos processuais é todo sustentado na idéia de que as partes assumem o ônus pela conduta de seus advogados, ficando estes adstritos aos controles disciplinares da Ordem dos Advogados. O grande problema, contudo, é que várias decisões estabelecem uma presunção de que as cotas foram (ou deveriam ter sido) lançadas pelos advogados<sup>83</sup>, o que, em última análise, penaliza a parte. O mais correto seria apurar esse ato, mediante o direito ao contraditório, com o provimento que resolva esse ponto submetido a recurso.

#### 4.3. DOS ATOS DO JUIZ

##### 4.3.1. Da relação de atos do juiz: caráter extensivo. Dos pronunciamentos judiciais.

Os *atos do juiz* estão enumerados no art.162 do Código de Processo Civil: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. O art.163 acresce a lista mencionando os acórdãos.

Para fins desse estudo, não se procederá a um inventário mais profundo sobre a natureza e a distinção desses atos judiciais. Não é esse o objetivo do autor, nem a isso se propõe um trabalho eminentemente dogmático. A tanto, recomenda-se, para uma visão menos perfunctória, a leitura de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>84</sup> e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>85</sup>, cujas obras são fundamentais sobre a matéria, tanto pela elegância de seu conteúdo, quanto pelo rigor científico emprestado ao tema.

Um primeiro óbice a ser resolvido diz com o caráter extensivo ou exaustivo do art.162, CPC. NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY<sup>86</sup>, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>87</sup>, E. D. MONIZ DE ARAGÃO<sup>88</sup> e MARCELO ABELHA RODRIGUES<sup>89</sup> entendem que apenas *pronunciamentos judiciais* estariam ali mencionados, deixando-se a margem diversos outros *atos materiais* (tomar o depoimento das testemunhas; interrogar as

<sup>83</sup> RT 578/158; RF 291/238.

<sup>84</sup> Fundamentos do processo civil moderno. 4 ed. Revista e atualizada por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1. p.219-227.

<sup>85</sup> Comentários ao código de processo civil. 8 ed. revis. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.5. p.238-244; O novo processo civil brasileiro. 20 ed. revis. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.114.

<sup>86</sup> Op. cit. p.562.

<sup>87</sup> Comentários ao código... p.238.

<sup>88</sup> Op. cit. p.32.

<sup>89</sup> Op. cit. p.261.

partes; fazer inspeção judicial). E é absolutamente correto esse parecer, tanto pela simples observância da topografia legislativa (arts.316, 416, 440, 1.122, CPC), como pelo fato de se não manifestar o juiz através de pronunciamentos nesses casos. Repete-se com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>90</sup>: “Melhor seria se se dissesse que os atos do juiz se classificam em atos materiais e provimentos, subdividindo-se estes naquela forma que o art.162 indica”.

Por conseguinte, os chamados *atos do juiz* são compreensivos dos *pronunciamentos judiciais* e dos *atos materiais*.<sup>91</sup> No direito italiano, prefere-se a expressão *atti processuali degli organi giurisdizionali* (atos processuais dos órgãos jurisdicionais), conforme UGO ROCCO.<sup>92</sup>

#### 4.3.2. Das espécies de pronunciamentos judiciais: visão positiva

Superada essa questão, vê-se que a lei cuidou de conceituar os atos do juiz (*rectius*, pronunciamentos) num raro exercício de coadjuvação ao ofício doutrinário, talvez como forma de dissipar polêmicas inúteis quanto à natureza de tão importantes atos.

Tem-se, a semelhante respeito, que, em sede positiva, a *sentença* é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. A *decisão interlocutória* é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. O *despacho* corresponde aos demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. O *acórdão* é o julgamento proferido pelo tribunal.

Como resultante, torna-se possível fazer outras distinções entre aqueles atos no plano dos recursos: *a*) as sentenças são impugnáveis mediante o recurso de apelação ou embargos declaratórios (art.513, CPC); *b*) as decisões interlocutórias agraváveis ou sujeitas a embargos declaratórios (art.522, CPC);<sup>93</sup> *c*) os despachos são irrecorríveis (art.504, CPC), salvo quando causarem gravame às partes, hipótese em que perdem essa natureza e passam a suportar o recurso de agravo; *d*) os acórdãos, além dos recursos no âmbito do próprio grau de jurisdição, podem ser confrontados com as irresignações constitucionais.

<sup>90</sup> Op. cit. p.220.

<sup>91</sup> Humberto Theodoro Júnior (op. cit. p.19) denomina-os, respectivamente, atos decisórios propriamente ditos e atos executivos.

<sup>92</sup> Op. cit. p.222.

<sup>93</sup> Sobre a recorribilidade das decisões, confira-se: CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Regime jurídico dos agravos. São Paulo: Dialética, 1998. passim.

Remonta ao Direito Romano a origem das expressões *sentença* e (decisão) *interlocutória*, extraídas de um fragmento atribuído a MODESTINO: “*Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione accipit: quod vel condemnatione vel absoluteione contingit*”, constante do L.1, D, *de re iudicata et de effectum sententiarum et de interlocutionibus*, 42, 1.<sup>94</sup> A doutrina tradicionalmente aduz que essa passagem permite inferir a distinção entre os pronunciamentos.<sup>95</sup> A sentença corresponderia ao atual juízo de mérito, enquanto a interlocutória referir-se-ia aos demais juízos no curso do processo, que não solucionariam o litígio.<sup>96</sup>

A palavra despacho evoca desimpedimento, fazer ir adiante, algo que é expedito. São ordens judiciais que se vinculam ao andamento do processo (*rectius*, que permitem seu andamento), quando se faz necessário por determinação legal, seja *ex officio*, seja mediante provocação das partes.<sup>97</sup> Sua nota característica está em ser destituído de conteúdo decisório.<sup>98</sup>

#### **4.3.3. Das espécies de pronunciamentos judiciais: visão doutrinária**

##### **4.3.3.1. Das generalidades**

A classificação acima exposta louva-se exclusivamente na interpretação literal do Código de Processo Civil. Esses conceitos, entretanto, merecem alguns reparos, o que se faz em respeito a certos parâmetros doutrinários bem sedimentados, capazes de informar o estado-da-arte da Ciência Processual nesse tema.

##### **4.3.3.2. Das decisões impropriamente denominadas de despachos e dos despachos que verdadeiramente são decisões**

Indispensável advertir que, parafraseando SHAKESPEARE, uma decisão interlocutória não deixará de sê-la, acaso venha a ser chamada de despacho.<sup>99</sup> Com efeito. É lastimavelmente comum encontrar na praxe

<sup>94</sup> CORPUS IURIS CIVILIS Academicum Parisiense. Opera et cura C. M. Galisset, Duodecima editio, Lutetiae Parisiorum: Rectores V. Renault et Consociati, MDCCCLXXXVIII.

<sup>95</sup> Por todos: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p.207.

<sup>96</sup> Em sentido contrário: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* p.78.

<sup>97</sup> REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v.3. p.15.

<sup>98</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.* p.263.

<sup>99</sup> “O ato pode ter externa e formalmente característica de despacho, mas, porque causou gravame, decidiu questão incidente, transmutando-se em decisão interlocutória, pois somente estas podem causar prejuízos a parte ou interessado” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p.563).

forense a denominação de *despacho* ou *despacho interlocutório* para referir autênticas decisões (concessivas de liminar, denegatórias de recursos, indeferindo produção de provas). Nesses casos, como de resto em vários outros, deve-se levar menos em conta a nomenclatura erroneamente atribuída (até mesmo em lei) e mais a eficácia do ato judicial<sup>100</sup>, em especial, sua potencialidade ofensiva ao direito da parte.<sup>101</sup> Isso no que concerne apenas ao uso equívoco dos termos pelos operadores jurídicos em seus ofícios forenses. O Código de Processo Civil também é merecedor de críticas, pois, em vários artigos, alude a *despachos*, que, em verdade, são *decisões*. No art.126, está afirmado que o “juiz não se exime de *sentenciar ou despachar* alegando lacuna ou obscuridade da lei”. Aqui, o Código incluiu a espécie decisão na categoria dos despachos, devendo, se não pretendia omitir estes últimos, incluir aquela, para dar a necessária abrangência à norma. O art.331 cuida do saneamento do processo. Essa realidade é tida por alguns como uma *atividade do juiz*, complexa, portanto, incompatível com um ato único, geralmente chamado de *despacho saneador*. Entrementes, o art. 338 mantém esse instituto na lei processual, ao predicar que “a carta precatória e a carta rogatória não suspendem o processo, no caso de que trata o art. 265, IV, b, senão quando requeridas antes do despacho saneador”. Ora, havendo um ato sanatório da relação processual, sua natureza é precipuamente decisória, jamais a de um despacho.<sup>102</sup> Figure-se, ainda, o *despacho liminar* da inicial, conforme o art.285, que, na espécie negativa possui notório caráter decisivo, sem falar nas situações em que, ao ser meramente positivo, também exhibe essa natureza.<sup>103</sup> Mais grave ainda é o exemplo do art.930, que se vale da palavra despacho para qualificar o ato que “*deferir ou não a medida liminar*”. Seria, por

<sup>100</sup> Assim é que o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 118, pronunciou que “o agravo de instrumento é o recurso cabível da decisão que homologa a atualização do cálculo do contador”.

<sup>101</sup> “A distinção entre o despacho simplesmente ordinatório e o de conteúdo decisório deve ser buscado no gravame que o provimento judicial impõe à parte interessada” (RT 508/199).

<sup>102</sup> Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao código...p.243: “O exemplo mais frisante é o ‘despacho saneador’ (art.338), que em todo caso tem por si a tradição...”.

<sup>103</sup> No procedimento monitório (art.1.102b, CPC), o juiz, estando a petição inicial devidamente instruída, “deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias”.

assim, irrecorrível o pronunciamento judicial acerca da liminar possessória, por a lei denominá-lo despacho? Obviamente que não. Prevalece o dito acima: o que importa é a finalidade-eficácia do ato judicial.<sup>104</sup>

Merece transcrição a adequada síntese de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “...todo e qualquer ‘despacho’ em que o órgão judicial *decida* questão, no curso do processo, *pura e simplesmente não é despacho*, ainda que assim lhe chame o texto: encaixando-se no conceito de decisão interlocutória (art.162, parágrafo segundo), *ipso facto* deixa de pertencer à outra classe”.<sup>105</sup>

#### 4.3.3.3. ***Das decisões e das sentenças: uma relação espécie-espécie que se pode tornar gênero-espécie***

Outro problema que a doutrina identificou no texto do Código de Processo Civil foi a insuficiência da relação *espécie-espécie* que o art.162 imputou às decisões e às sentenças, qualificadas como dois entes do gênero *atos do juiz*. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA propõe que se conceba uma relação *gênero-espécie* entre aqueles pronunciamentos.<sup>106</sup> A categoria decisão seria gênero, com as espécies *decisão final* (sentença) e *decisão interlocutória*.<sup>107</sup>

De fato, se examinado o Código de Processo Civil, fica mui evidente a propriedade da organização daqueles pronunciamentos num sentido gênero-espécie. O art. 55, inciso I, define que “transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença”. Não se pode discutir a *justiça da decisão*, a qual, é uma

<sup>104</sup> A jurisprudência tem sido pacífica em reconhecer como agravável o ato judicial definido no art.930 como despacho, subtraindo-o, portanto, a essa qualificação errônea (RT 482/109, RT 490/99, RT 495/195, RF 322/218, RT 480/174).

<sup>105</sup> In. Comentários ao código...p.243.

<sup>106</sup> E. D. MONIZ DE ARAGÃO (op. cit.p.37) apresenta opinião minoritária e divergente, compreendendo as decisões como espécies de despachos: “De fato, a fazer uma distinção conceitual, há dois tipos de pronunciamentos do juiz: despachos, através dos quais o processo caminha para a sentença, e esta, que lhe põe fim. As chamadas decisões interlocutórias nada mais são do que despachos, fadadas a solucionar incidentes que poderiam ou não impedir a marcha do processo para a sentença, não obstante as opiniões doutrinárias que procuram demonstrar-lhes a existência e a utilidade”.

<sup>107</sup>

**Faltando nota 107**

*sentença*. O art.495 fala por si mesmo: “O direito de propor ação rescisória se extingue em dois (2) anos, contados do trânsito em julgado da *decisão*”.<sup>108</sup>

#### 4.3.3.4. *Da peculiaridade dos acórdãos*

Os membros dos tribunais podem praticar todos os atos assinalados nos arts.162 e 163, CPC, à exceção das sentenças.<sup>109</sup> Assim, seus pronunciamentos, ainda que em ações originárias, serão: *a)* acórdãos, se colegiados; *b)* decisões, se singulares.<sup>110</sup> Cabe-lhes, evidentemente, exarar despachos.

As decisões monocráticas dos relatores, em especial quando observadas a lume das recentes reformas do Código de Processo Civil, podem assumir uma ambígua posição, ao estilo das que denegam o seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante de tribunal superior (art.557, CPC). Nesse caso, não ensejam a lavratura de acórdão<sup>111</sup>, mas, qualificam-se como *decisões*.

É de ser realçado que, muita vez, o Código de Processo Civil usa da palavra sentença com espectro abrangente dos acórdãos. Onde se lê sentença, nesses casos, está-se deparando com um qualificativo de *decisão*, portanto, abrangente também de acórdão (arts. 485, *caput*, incisos VII, VIII e § 1º; 487, inciso III, *b*; 489; 494; 497; 503; 505; 572; 574; 575, inciso IV; 580, parágrafo único; 584, inciso I, II e IV; 586 §§ 1º e 2º, 587, 588 e § ún., 589, 590, 603-”caput”, 605 § ún., 606-I, 614-I, 624, 627 § 2º, 641, 732, 733, 735, 741-VI, 744, 811-I, 817, 918, 945, 958, 1.030, 1.060-II).

<sup>108</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (Op. cit. p.223), até por essa confusão onomástica, entende inaplicável esse constructo teórico, propondo o uso da palavra provimento para qualificar sentenças e decisões: “Diante disso, fica difícil o entendimento da palavra, que é tão equívoca e, em alguns casos, causadora de dúvidas interpretativas. A tendência, no linguajar forense cotidiano, é dar-lhe o sentido mais amplo, que ela tem no art.522, onde vale por provimento”.

<sup>109</sup> Em sentido contrário, entendendo que o membro singular de tribunal pode proferir sentença: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p.565.

<sup>110</sup> Contrariamente, E. D. MONIZ DE ARAGÃO (op. cit. p.45) afirma: “qualquer pronunciamento de tribunal – em processo regulado pelo Código – terá essa denominação; não importa que seja despacho, decisão interlocutória ou sentença, que haja ou não solucionado o mérito da causa”.

<sup>111</sup> Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Ag nº 19.156-0-SP-AgRg, Rel. o Sr. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 4.8.1992, negaram provimento, v.u., DJU 14.9.1992, p. 14.977.

#### 4.3.4. Da assinatura do juiz como elemento de existência dos pronunciamentos

A assinatura do juiz é indispensável para que *existam* os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos (art.164, CPC). Trata-se de elemento de existência, não de requisito formal de validade ou fator de eficácia. Sem a firma do magistrado, simplesmente haverá uma minuta de ato, não um ato perfeitamente composto e capaz de ser confrontado no plano da validade ou, ainda, hábil a produzir efeitos. Com absoluta razão este acórdão: “sentença sem assinatura, mais do que nula, é inexistente” (Tribunal Federal de Recursos. 4ª Turma. AC nº 46.417-SP, Rel. o Sr. Min. BUENO DE SOUZA, j. 12.11.1980, v.u., DJU 18.12.1980, p. 10.858).<sup>112</sup>

É de ser ponderada, no entanto, a aplicação rigorosa dessa regra. JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS<sup>113</sup>, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>114</sup> e OVIDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA<sup>115</sup> têm desenvolvido teses quanto ao caráter específico das nulidades no âmbito da processualística, marcadamente no sentido de saneamento e conversão dos atos. A importância desse novo enfoque dá-se na medida em que permite seja revisto o posicionamento dogmático atual a respeito. Bem a propósito, num acórdão reproduzido em RT 784/362, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais conheceu do seguinte caso: uma pessoa moveu ação contra o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado, a qual teve seus pedidos julgados procedentes em primeiro grau jurisdicional. A autarquia recorreu e houve remessa obrigatória. Admitido o apelo, o relator percebeu, tempos depois, que o juiz não assinara a sentença. Por consequência, o Tribunal acordou que nem a publicação regular da sentença, nem o silêncio das partes, que arazoaram e contra-arrazoram o recurso, convalidara o ato. Mais ainda: não seria possível ratificação com posterior assinatura: o que não existe é impassível de ratificação. A

<sup>112</sup> No mesmo sentido: RT 508/64; RT 750/280. Ainda: “Nem mesmo a publicação regular da sentença não assinada lhe imprime força de ato processual” (JTACivSP 73/355).

<sup>113</sup> In. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. passim.

<sup>114</sup> In. Instituições de direito processual civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.2. p. 600-601.

<sup>115</sup> In. Curso de processo civil. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. v.1. passim.

Corte declarou, de ofício, a inexistência do *decisum* primitivo.<sup>116</sup> Todos os atos subseqüentes foram contaminados e tidos por imprestáveis. A incidência dessa premissa, nesses termos, foi, como diriam os antigos romanos, um típico exemplo de *summum ius, summa injuria*.

Para E. D. MONIZ DE ARAGÃO, no respeitante aos acórdãos, é possível que a assinatura seja lançada posteriormente: “Como o vocábulo acórdão designa precipuamente a representação escrita de um julgamento, cuja existência é anterior à sua documentação, esta lhe dá apenas a forma, não o ser. Em alguns casos, tão logo proferido o julgamento, põem-se em prática atos necessários à sua imediata execução, conquanto o acórdão ainda não esteja redigido nem subscrito. É o que sucede, por exemplo, com a comunicação, incontinenti, da concessão ou denegação do mandado de segurança à autoridade, conforme dispõe o art.206 do Regimento do Supremo Tribunal, e se pratica nos demais. Ocorre, ainda, com a notificação, ato contínuo, de haver sido deferido *habeas corpus* (Código de Processo Penal, art.665) ou, no julgamento de qualquer recurso, bem como da revisão criminal, a expedição imediata de alvará de soltura em favor do preso, mesmo que apenas mais tarde seja redigido o acórdão respectivo”.<sup>117</sup>

#### 4.3.5. De outros elementos, requisitos e fatores dos atos judiciais

Em tese, sentenças e acórdãos devem: *a*) indicar corretamente quais são as partes (salvo na hipótese de exceção ao princípio da publicidade dos atos processuais, como visto); *b*) descrever os fatos por aquelas relatados; *c*) enunciar as principais ocorrências no desenvolvimento da relação processual; *d*) resumir o pedido; *f*) motivar e fundamentar suas conclusões; *g*) dispor sobre as questões de fato e de direito, resolvendo-as (art.458 c/c art.165, CPC). Embora o art.458, CPC, use da expressão “requisitos essenciais” para as sentenças, mais técnico é reconhecer naquela indicação a presença de elementos existenciais, requisitos de validade e fatores de eficácia da sentença, graduando-os conforme sua vocação para que se emita um juízo de sentença inexistente, sentença inválida ou sentença ineficaz.

<sup>116</sup>Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 4ª Câmara. AC nº 172.118-2/00, Rel. o Sr. Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI, j. 4.5.2000, in RT 784/362.

<sup>117</sup>Op. cit. p.48.

As decisões interlocutórias exigem fundamentação<sup>118</sup>, a qual pode ser concisa, porém capaz de permitir sejam inferidos os móveis que a determinaram. A inobservância desse requisito conduz a sua nulidade.<sup>119</sup>

Antes de encerrado este parágrafo, necessária uma explicação. Foi dito que *em tese* as sentenças devem apresentar os elementos, requisitos e fatores do art.458, CPC. Tal encontra justificativa no fato de haver muitas sentenças que os não exigem em sua plena majestade, como, v.g.: *a*) a sentença que dá pela existência de coisa julgada não precisa ter o formalismo exigido pelo art. 458, desde que esteja suficientemente fundamentada (RTFR 111/89); *b*) as sentenças meramente homologatórias não precisam de fundamentação extensa (RT 616/57), inclusive as homologatórias de transação (RT 621/182).

Quanto aos acórdãos, é lícito que mencionem o relatório da sentença, acolhendo-o e transmigrando-o para seu próprio conteúdo.<sup>120</sup>

Os despachos, em tese, não necessitam de fundamentação. Há, todavia, casos como o do art.209, CPC, que prescreve a necessidade de “*despacho motivado*” para a recusa ao cumprimento de carta precatória.

#### 4.4. DOS ATOS DO ESCRIVÃO OU DO CHEFE DE SECRETARIA

O PAPA INOCÊNCIO III, que tantas contribuições propiciou ao Direito, sobressaindo-se dentre todas a teoria do corpo místico, primícias das modernas construções sobre a natureza da pessoa jurídica, não se demitiu de sua condição de *papa de Bolonha*. Por uma decretal de 1216, a fim de conferir maior dignidade aos processos e certeza futura quanto à sua validade, determinou que todos seus atos fossem escritos por uma pessoa pública ou duas pessoas idôneas. O escrivão, de mero fautor de textos, tornava-se um *agente da Justiça*, conforme os relatos de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR.<sup>121</sup>

Os *atos do escrivão ou do chefe de secretaria*<sup>122</sup> podem ser descritos como atos de fé pública, inerentes à organização formal e à marcha dos processos, bem assim atos de certificação, possibilitando-lhes firmar a

<sup>118</sup> RF 306/200.

<sup>119</sup> RJTJSP 130/340; PJ 26/130.

<sup>120</sup> RTJ 103/784.

<sup>121</sup> Direito judiciário brasileiro. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p.231.

<sup>122</sup> JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM denomina-os atos de auxílio à jurisdição (Manual de direito processual civil. 4 ed. São Paulo: RT, 1996. v.1. p.391).

autenticidade “dos atos que se passaram na sua presença ou figuram nos livros, papéis e autos de seu ofício”<sup>123</sup> Há, ainda, a classificação de seus atos em *de documentação* ou *de comunicação*.

Os atos meramente ordinatórios (art.162, parágrafo quarto, CPC), embora submetidos à seção dos *atos judiciais*, devem ser inseridos no rol dos praticados de ofício pelo servidor, independentemente de despacho e sob a supervisão do juiz. Assim, não se julga correto considerá-los uma espécie de despacho, ao fundamento exclusivamente topográfico de estarem localizados na seção dos atos do juiz. Nesse sentido MARCELO ABELHA RODRIGUES: “Acreditamos que não foi criada pela Lei n. 8.952/94 uma nova hipótese de despacho, já que a reforma apenas ‘legalizou’ uma situação legitimada pela prática judiciária e cartorária. (...) O pronunciamento decorrente da revisão é que poderá assumir a natureza de despacho ou de decisão interlocutória, caso em que poderá ser objeto do agravo. Contudo, ratifica-se, o recurso é contra ato do juiz (proferido na sua revisão) e não do cartorário, que é projeção lógica do princípio do impulso oficial”.<sup>124</sup>

Podem ser mencionados como atos dos serventuários: *a)* autuação; *b)* registro; *c)* numeração e assinalação (rubrica) das páginas dos autos; *d)* juntadas; *e)* liberação do fascículo para vistas às partes.

A forma desses atos demanda a inexistência de rasuras, espaços em branco, quotas interlineares ou entrelinhas, salvo as correções expressamente determinadas (art.171, CPC). É mais uma homenagem que se presta à tradição jurídica peninsular, porquanto identificável nas Ordenações Reais de DOM MANUEL (Livro I, Título LIX, *princ.*) e de DOM FILIPE (Livro I, Título LXXVIII, parágrafo quarto).

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA define o que sejam esses vícios: “*Rasura* é todo ato do que roeu, raspou o papel, ou destruiu a tinta que antes estava. (...) *Entrelinhas*, conforme o nome diz, são escritos, letras, algarismos ou sinais que não fiquem nas linhas (pautas) e se insiram entre duas ou mais linhas. Ou são corretivas (cancelatórias); ou precalares, ou intercalares, ou poscalares, em relação a alguma palavra ou parte de

<sup>123</sup> MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit. p.51.

<sup>124</sup> Op. cit. p.264.

linha; ou são simplesmente interespaciais, quando o escrivão lança entre duas linhas proposição que faça sentido. Essas não se intercalam entre palavras, ou parte da linha, ou entre sílabas, ou letras, nem se põem antes ou depois de palavras: são entrelinhas autônomas. (...) *Emendas*, na terminologia do Código, é todo ato que, sem entrelinhar, nem rasurar, corrige ou muda o que se escreveu. Em vez de ser puro acréscimo, ou destruição, é acréscimo com mudança de alguma letra, sílaba ou palavra inteira, afeiçãoando-lhe os traços a ponto de alterá-las e acomodá-las a outra letra, sílaba ou palavra inteira, ou destruição parcial e substituição parcial (emenda+rasura). (...) *Ressalva* é comunicação escrita, certificativa de que algo de anormal se passou na elaboração material da peça processual, e explicativa de que traduz o que se pretendia dizer e realmente (1) se passa a dizer, ou (2) foi dito”.<sup>125</sup>

Interessante, ainda, que os atos e termos do processo serão redigidos (*rectius*, escritos, datilografados ou digitados) “*com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram*” e sem abreviaturas (art.169, CPC). Um curioso julgado admite compreender no conceito de tinta escura a espécie *verde-escura* (RT 725/150).

---

<sup>125</sup> Op. cit. p.95-96.

# Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade, eficácia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia*. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. v.1.

BARÃO DE RAMALHO. *Praxe*. Rio de Janeiro: (s.e), 1867.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. revis. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.5.

\_\_\_\_\_. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 20 ed. revis. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês*. In: *Revista de Processo*, v.25, n.99, p.4-83, jul./set. 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Regime jurídico dos agravos*. São Paulo: Dialética, 1998.

CORPUS IURIS CIVILIS Academicum Parisiense. Opera et cura C. M. Galisset, Duodecima editio, Lutetiae Parisiorum: Rectores V. Renault et Consociati, MDCCCLXXXVIII.

DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_ *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. Revista e atualizada por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.

\_\_\_\_\_ *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.2.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2 ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.2.

LOTUFO, Renan. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

MARCATO, Antonio Carlos (Org.) *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1.

MERWE, C. G. van der. A comparative study of the distribution of ownership rights in property in an apartment or condominium scheme in common law, civil law and mixed law systems. In. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v.31, n.1, p.101-137, fall 2002.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.2.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Regina Andrade de Macedo. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v.3.

ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1957.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Teoria da imprevisão e autonomia da vontade*. São Paulo : Atlas, 2002.

ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1957.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Luís Praxedes Vieira da. *Juizados especiais federais cíveis*. Campinas: Millenium, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualizado por Sergio Bermudes. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v.2.

# **Exploração Sexual no Brasil: Um Balanço dos Trabalhos da CPI do Congresso Nacional**

**Patrícia Sabóia Gomes**

**Senadora da República Federativa do Brasil**



# Exploração Sexual no Brasil: Um Balanço dos Trabalhos da CPI do Congresso Nacional.

## ■ ■ PANORAMA EM GERAL SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência sexual contra crianças e adolescente, uma das piores formas de violação dos direitos da infância, pode se manifestar de duas maneiras: pelo abuso sexual e pela exploração sexual comercial.

Segundo os especialistas, a exploração sexual comercial pode ser definida como um tipo de violência que se dá nas relações de produto e mercado por meio da venda dos serviços sexuais de crianças e adolescentes pelas redes de comercialização do sexo, pelos pais e familiares ou pela via do trabalho autônomo. Já o abuso é um ato ou jogo sexual em que o adulto usa a criança, com ou sem consentimento dela, para obter seu próprio prazer, impondo-se, muitas vezes, pela força física ou pelo sedução com palavras ou presentes. Os casos de abuso são crimes sem fins lucrativos, e na maioria das vezes, são cometidos por familiares ou por alguém que desfruta da confiança da criança.

Infelizmente, não existem dados nacionais e nem mesmo internacionais que mostrem com detalhes os números exatos de meninos e meninas que são abusados ou explorados sexualmente. Mas, segundo estimativas da Unicef, a cada ano cerca de um milhão de crianças e adolescentes sofrem algum tipo de violência sexual. Desse total, acredita-se que 100 mil sejam distribuídos entre Brasil, Filipinas e Taiwan. Segundo estimativas dos movimentos sociais que trabalham com a questão, a cada oito minutos uma criança brasileira é vítima de abuso sexual, independente da classe social. O mais impressionante é que em cerca de 90% dos casos o molestador é alguém com quem a vítima convive: como o pai biológico, o padrasto, tios, avôs, irmãos, vizinhos, enfim, alguém da comunidade.

## 7 A CRIAÇÃO DA CPI: CONTEXTO HISTÓRICO

A proposta de criação da CPI da Exploração Sexual foi amplamente discutida entre parlamentares engajados na defesa dos direitos de crianças e adolescentes e representantes do movimento social. A CPI foi, então, instalada no dia 12 de junho de 2003. A idéia de instalar uma comissão parlamentar mista de inquérito para apurar os crimes sexuais contra crianças e adolescentes ganhou força depois que o presidente Lula declarou que a exploração sexual era uma das prioridades do seu governo.

É importante lembrar que essa CPMI surgiu dez anos depois da primeira comissão instalada no Parlamento para investigar o problema. A CPI criada em 1993 revelou inúmeros casos de violação dos direitos infanto-juvenis, provocando uma intensa mobilização social. Mas, passado dez anos, a exploração sexual havia ampliado seu potencial de ação com a difusão de imagens de pornografia infanto-juvenil pela Internet e o uso de redes criminosas.

O requerimento de criação da nova CPMI se baseou nas evidências de que a prática da exploração sexual, está atualmente, estruturada em sofisticadas redes e, em muitos casos, tem estreitas ligações com o crime organizado. A pesquisa *Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no Brasil (PESTRAF)*, coordenada pela ONG Cecria (Centro de Referência, Estudos e Ações sobre a criança e o adolescente), foi umas das peças de sustentação do requerimento.

## 8 A CPI EM NÚMEROS

Em mais de um ano de trabalho, a comissão visitou 22 Estados; realizou 34 reuniões e audiências públicas e 20 diligências públicas; ouviu 285 pessoas; recebeu 832 denúncias; analisou 958 documentos e pediu o indiciamento de cerca de 250 pessoas.

## 9 A COMPLEXIDADE DO FENÔMENO

As explorações sexuais de crianças e adolescentes está disseminada em todo o País, sendo uma realidade tanto nos grandes centros urbanos como em pequenas cidades. O fenômeno adquire contornos diversos e conta a ação organizada de redes que reduzem meninas e meninos à condição de mercadoria, tratados como objeto para dar prazer ao adulto. Ao contrário do que se imagina, a exploração sexual não tem ligação apenas com a pobreza

está relacionado com questões culturais como machismo e as relações de poder entre adultos e crianças, brancos e negros, ricos e pobres.

O perfil dos clientes e dos exploradores é bastante diversificado.

Pessoas consideradas acima de qualquer suspeita também estão envolvidas no crime de exploração sexual, tais como políticos, juízes, promotores, líderes religiosos, policiais e outras autoridades. A CPMI descobriu ainda que o tráfico interestadual de crianças para fins sexuais é muito comum do que se pensava e os crimes nas regiões de fronteira são uma realidade.

## **5 O PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO**

Para apurar a fundo os crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, uma das primeiras providências tomadas pela CPMI foi encaminhar ofícios solicitando informações a todos os órgãos de Segurança Pública estaduais, ao Departamento de Polícia Federal e suas Superintendências Regionais, aos conselhos Tutelares, ao Ministério Público nos Estados, às organizações da sociedade civil e Assembleias Legislativas. Ao mesmo tempo, o impacto das atividades da comissão na mídia gerou o envio de denúncias à CPMI, tanto pessoais quanto por parte de entidades sociais. Dessa forma, estruturou-se um banco de denúncias dos mais variados tipos, desde as relacionadas com casos já em fase de processo judicial até aquelas que eram objeto de inquéritos, além das que ainda careciam de dados e informações.

A primeira observação feita pela CPMI foi a de que, de modo geral, os órgãos policiais e judiciais não têm a preocupação de manter dados estatísticos atualizados sobre o problema da exploração sexuais de crianças e adolescentes. Muitos inclusive, sequer responderam aos ofícios enviados pela comissão. Outros disseram não ter dados disponíveis, e os que responderam à demanda da CPMI o fizeram de forma insatisfatória. O resultado foi que a comissão acabou recebendo dados fragmentados, que, a despeito de serem relevantes, mostrando que o problema incide nacionalmente, não oferece um diagnóstico preciso da questão.

## **6 OS OBSTÁCULOS PARA O ENFRENTAMENTO**

A exploração sexual é um problema complexo, multifacetado e difícil, portanto, de ser combatido.

Entre os fatores que servem como obstáculo para enfrentamento da questão estão: as denúncias de casos e a dificuldade para reunir provas consistentes capazes de levar a responsabilização dos agressores; a carência de políticas públicas que promovem a efetiva proteção integral de meninos e meninas brasileiros e que os impeçam de serem cooptados pelo mercado do sexo; um sistema de responsabilização que ainda não atende as necessidades reais (número limitado de delegacias por exemplo); um quadro de medidas legislativas que não abarcam as várias dimensões da ação criminosa; aspectos culturais que promovem a erotização precoce das crianças, que cultivam o machismo e vêem a mulher como subordinada aos desejos dos homens, além de valores que desqualificam as vítimas, apontando-as como responsáveis pela violência que sofreram.

Com base nesse diagnóstico, a CPMI propôs realizar um trabalho em quatro direções: 1) investigação de casos de exploração sexual comercial em todo o território nacional; 2) avaliação das políticas públicas existentes visando fazer recomendações nessa área; 3) avaliação das medidas legislativas existentes e apresentação de projetos de lei para remover o avanço legislativo requerido por essa realidade; 4) análise das formas de permanência dos valores culturais que se colocam em confronto com a proteção integral da criança e do adolescente e proposições para disseminar uma cultura de respeito aos direitos aos direitos humanos.

## ■ OS CASOS PARA O ENFRENTAMENTO

Os limites próprios de atuação de uma CPMI não permitem o aprofundamento caso a caso. Mesmo assim, todas as denúncias que chegaram à comissão foram analisadas e encaminhadas aos órgãos competentes para a devida apuração.

Algumas situações, entretanto, foram objetos de esforço investigativo por parte da CPMI. São situações consideradas emblemáticas por representar o aspecto da exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Entre esses casos, estão aqueles que expressam duas graves modalidades: as que ocorrem nos circuitos em que operam as elites econômicas e políticas e as que operam com fins lucrativos na forma de redes de exploração.

A CPMI constatou que, efetivamente, a grande maioria dos casos de exploração sexual de crianças e adolescentes acontece nas teias de uma rede minimamente organizada. Vale destacar que uma vez envolvida e diluída nessa rede, dificilmente a exploração sexual pode ser identificada e comprovada

sem um sério, profundo e competente trabalho de investigação, capaz de abarcar todas as técnicas de última geração hoje utilizadas para o desbaratamento de redes de narcotráfico, de lavagem de dinheiro e todos aqueles delitos que compõe o rol dos chamados “crimes organizados”.

A coleta de depoimentos, a análise de documentos e a produção de prova pericial possibilitam à comissão obter elementos suficientes para agir em três frentes: solicitar a reabertura de alguns casos judiciais tidos como encerrados por falta de provas; auxiliar na apuração de outros que já se encontravam tramitando na polícia ou na Justiça e identificar novos episódios de exploração sexual.

No seu relatório afinal, a CPMI apresentou, para cada um desses casos emblemáticos, encaminhamentos endereçados a diversos órgãos, não raro acompanhados de solicitações e sugestões, evidentemente que sem qualquer caráter subordinativo do ponto de vista legal, respeitando os limites constitucionais de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e da independência dos poderes. Todas as provas obtidas pela comissão também foram remetidas ao Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal incondicionada e defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

### **8 AS REDES E AS ROTAS DA EXPLORAÇÃO SEXUAL**

O tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins sexuais é uma modalidade da exploração sexual e a pornografia na Internet, está inserida nos contextos social, econômicos, cultural e político do mundo.

No Brasil, a pesquisa nacional sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes (PESTRAF), realizada em 2002, revelou a gravidade do problema da exploração sexual comercial e sua conexão com o crime

#### **As rotas de tráfico, segundo a PESTRAF.**

Região de Origem	Internacional	Interestadual	Intermunicipal	Total
Sul	15	9	4	28
Sudeste	28	5	2	35
centro-oeste	22	08	3	33
Nordeste	35	20	14	69
Norte	31	36	9	76
Total	131	78	32	241

organizado e as redes internacionais. Segundo a Pestraf, existem no Brasil 241 rotas de tráfico, sendo 131 internacionais, 78 interestaduais e 32 intermunicipais.

A importância da identificação das rotas está em apontar uma clara pista para a apuração policial sobre a maneira de atuar do crime e orientar a tomada de decisão sobre medidas preventivas de proteção das fronteiras e pontos vulneráveis à mobilidade clandestina e criminosa. No entanto, só isso não é suficiente. Aliada a essa ação é fundamental empreender estratégias de investigação de inteligência e proteção das vítimas. A CPMI também identificou redes e rotas de exploração sexual. Algumas são coincidentes com as detectadas pela PESTRAF e outras vieram à tona com trabalho da comissão. Elas estão no esquema abaixo:

### **Região Centro-Oeste**

- a) Redes: Tráfico intermunicipal e internacional (de fronteira) de meninas para a exploração sexual em casas noturnas.
- b) Rota: Campo Grande ⇒ Corumbá ⇒ Tacuru ⇒ Bolívia ⇒ Paraguai

### **Região Sudeste**

- a) Redes: tráfico interestadual de meninas para a exploração sexual em casas noturnas.
- b) Rotas:
  - Bahia ⇒ Rio de Janeiro
  - Minas Gerais e Espírito Santo ⇒ Rio de Janeiro
  - Vale do Jequitinhonha/ Minas Gerais ⇒ Bahia

### **Região Nordeste**

- a) Redes: tráfico intermunicipal, interestadual e internacional.
- b) Rotas: Imperatriz ⇒ São Luiz ⇒ Natal
  - Imperatriz ⇒ Mato Grosso
  - Imperatriz ⇒ Portugal
  - João Pessoa, Campina Grande, Patos ⇒ Rio Grande do Norte ⇒ Ceará ⇒ Pernambuco.
  - Fortaleza ⇒ Espanha ⇒ Alemanha ⇒ Itália

### **Região Norte**

- a) Redes: Tráfico intermunicipal, interestadual e internacional de adolescentes para fins sexuais.

b) Rotas:

Belém ⇒ Macapá ⇒ Suriname ⇒ Guianas ⇒ Caiena

Porto Velho ⇒ Bolívia ⇒ Espanha ⇒ Guajará-Mirim ⇒ Mato Grosso  
⇒ Mato Grosso do Sul

Guajará-Mirim ⇒ Bolívia

Rio Branco ⇒ Brasília ⇒ Senador Guiomar ⇒ Porto Velho ⇒ Bolívia

Roraima ⇒ Venezuela

Manaus ⇒ Porto Velho ⇒ Guajará-Mirim ⇒ Bolívia

## **Região Sul**

a) Redes: tráfico interestadual e internacional para fins sexuais.

b) Rotas:

Foz de Iguaçu ⇒ Curitiba ⇒ São Paulo ⇒ Argentina ⇒ Paraguai

Uruguaiana ⇒ Argentina

## **9 AS VÍTIMAS**

Ao longo das investigações, a CPMI encontrou muito mais do que casos chocantes. Encontrou crianças e adolescentes absolutamente fragilizados, com o corpo e a mente marcados pela violência sexual, pela falta de perspectiva de uma vida digna, pelo total abandono da família, da sociedade e do Estado. Foi pensando nesses meninos e crianças no centro das atenções foi uma preocupação constante da CPMI, que, ao contrário de outros processos investigativos, acreditou efetivamente no depoimento das vítimas.

A violência sexual causa sérios impactos não só a vida das crianças, mas também no cotidiano de suas famílias. As crianças ou adolescentes vitimados enfrentam uma confusão de identidade e acabam perdendo a referência dos papéis desempenhados por quem cuida e por quem merece cuidado. Isso porque muitos meninos e meninas passam a sustentar suas famílias com o dinheiro ganhado no mercado do sexo.

Denunciar os casos de exploração e abuso sexual é uma tarefa das mais difíceis. As crianças ou adolescentes que ousam denunciar seus algozes - muitos dos quais pessoas destacadas econômica, social e politicamente - passam a correr riscos de vida. A inclusão em projetos como Programa de proteção às testemunhas, muitas vezes, significa um alto custo pessoal. As crianças são afastadas do convívio familiar e social e têm de viver escondidas, com proteção policial permanente, durante anos a fio,

prisioneiras de sua coragem em romper o silêncio. Já outras vítimas conseguem libertar-se da exploração sexual, mas têm dificuldade de integração social, sofrendo o preconceito da comunidade. Ao tentar mudar de vida, são, novamente, vitimizadas.

## ■ (U) Algumas conquistas.

Uma das principais vitórias da CPMI, sem dúvida, ter ajudado a colocar, em lugar de destaque na agenda pública do País, o tema da exploração sexual. As ações da comissão conseguiram, incentivar, por exemplo, a mobilização da sociedade civil. Sempre que a comissão visitava um Estado, quer que seja em diligência, quer que seja em audiência pública, havia um a intensa mobilização, no dia em que a comissão desembarcou na cidade de Porto Ferreira, dois dos envolvidos se entregam à polícia. Essa pressão social impulsionada pelos trabalhos da comissão é bastante benéfica e pode ajudar no enfrentamento desses crimes.

## ■ (I) AS RECOMENDAÇÕES DA CPMI

No seu relatório final, a CPMI apresentou uma série de propostas para fortalecer o enfrentamento do problema em todo País. De modo geral, as recomendações apontam para duas frentes de ação: uma delas engloba mudanças na atual legislação e outra contempla sugestões para aprimorar as políticas públicas de prevenção à violência sexual e de atendimento às pessoas violadas.

A maioria das alterações legislativas está concentrada no Código Penal, e no Estatuto da criança e do Adolescente. As sugestões apresentadas são fruto de intensas e longas discussões que foram realizadas, entre 2003 e 2004, no Grupo de Trabalho sobre Marco Legal para o Enfrentamento da Violência Sexual – instância que reúne representantes do governo federal, do Legislativo, da sociedade civil e de organismos internacionais.

A primeira mudança sugerida é a alteração do conceito de “crimes contra costumes”, presentes no Código Penal, para “crimes sexuais”. É que o código Penal trata da questão a partir do aspecto moral. A intenção é trazer uma visão mais moderna: a do direito a um desenvolvimento sexual saudável para todas as crianças e adolescentes.

Outro ponto importante é o tratamento mais amplo para crimes sexuais. Segundo o Código penal, o estupro, por exemplo, é um delito cometido apenas contra mulheres. A proposta da CPMI classifica o estupro e o atentado violento ao pudor como um único tipo penal, um crime contra as pessoas e não somente contra as mulheres. A idéia é que, assim, seja possível punir também, de forma mais severa, as agressões contra os meninos.

A CPMI sugere a criação de um novo tipo pena: o estupro de vulneráveis, violência cometida contra quem tem menos de 14 anos ou que, devido a alguma enfermidade ou deficiência mental, não tenha discernimento para a prática do ato.

Outro tipo penal que a comissão propõe criar é o “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”, que prevê punições para toda a rede de exploração sexual comercial, inclusive para o cliente. Com essa sugestão, a CPMI preenche uma importante lacuna na legislação. Isso porque prevê punição também para o cliente da rede de exploração sexual.

Outra proposta apresentada pela comissão revoga, parcialmente, o artigo 107 do Código Penal, segundo o qual há extinção de punibilidade quando acontece casamento entre a vítima e o agente do crime sexual. A medida visa impedir que uniões arrançadas de última hora acabem por livrar os agressores da punição.

A CPMI sugere também que os crimes de “estupro”, estupro de vulneráveis”, favorecimento de prostituição ou forma de exploração sexual e tráfico internacional ou interno de pessoas”.

## **PRINCIPAIS SUGESTÕES DE MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO COMPARAÇÃO COMAS LEIS VIGENTES: CÓDIGO PENAL**

### **COMO É HOJE**

No Código Penal, o conceito de crimes sexuais é o de que esses delitos são “crimes contra os costumes”.

### **PROPOSTA DA CPMI**

Por entender que a atual legislação não se dispõe a proteger a liberdade ou a dignidade sexual, e sim hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes, a CPMI propôs a mudança da nomenclatura do Título VI da Parte Especial Do Código Penal de “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES” para “DOS CRIMES CONTRA LIBERDADE E O DESENVOLVIMENTO SEXUAL”.

### COMO É HOJE

Segundo o Código Penal, no artigo 213, o estupro é um delito cometido apenas contra mulheres. A pena estabelecida é de 6 meses a 10 anos de reclusão.

### PROPOSTA DA CPMI

A proposta da CPMI classifica o estupro e o atentado violento ao pudor como um único tipo penal. Com essa junção, o artigo 214, que trata do atentado violento ao pudor, seria eliminado.

A nova redação do artigo 213 retira a menção a mulheres e considera como estupro “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que ele se pratique outro libidinoso.”

A mudança é um avanço porque define como estupro não apenas os atos cometidos contra mulheres, mas também aqueles praticados contra os homens.

A pena prevista é de 6 a 10 anos de reclusão. Ela passaria a ser de 8 a 12 anos no caso de a conduta resultar em lesão corporal ou se a vítima é menor de 18 ou maior de 14 de idade.

Se o ato resultar em morte, a reclusão varia de 12 a 20 anos.

### COMO É HOJE

O artigo 215 define o crime de “Posse sexual mediante fraude” como “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude.”

### PROPOSTA DA CPMI

A proposta sugere mudar o nome do tipo pena para “Violação sexual mediante Fraude”.

### COMO É HOJE

A pena é de 1 a 3 anos de prisão. Ela passa a ser de 2 a 6 anos quando a ser de 2 a 6 anos quando o crime é cometido contra “mulher virgem”, menor de 18 e maior de 14 anos de idade.

### PROPOSTA DA CPMI

Visando eliminar o tom moralista presente no atual texto, a nova redação retira os termos “mulher honesta” e “virgem” estabelecendo como crime “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”

A pena é de 2 a 6 anos. Se o crime for cometido com o intuito de obter vantagem econômica, aplica-se multa também.

Esta sugestão também contempla o tipo penal de “atentado ao pudor mediante fraude”, previsto no artigo 216, que seria, então, revogado.

### **COMO É HOJE**

O crime de “Assédio sexual”, tratado no 216-A, tem pena de detenção de 1 a 2 anos.

### **PROPOSTA DA CPMI**

A CPMI propõe que pena seja aumentada em até um terço se a vítima tem menos de 18 anos de idade.

### **COMO É HOJE**

O artigo 217, que trata do crime de “Sedução”, prevê pena 2 a 4 anos de reclusão para quem “seduzir mulher virgem, menos de 18 anos e maior de 14, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.

### **PROPOSTA DA CPMI**

A sugestão apresentada é do tipo penal previsto neste artigo seja o de “Estupro de Vulnerável”, cuja definição é “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos”

Portanto, mais uma vez, considera-se como crime o ato praticado contra qualquer pessoa e não apenas contra a “mulher virgem”.

Vale destacar que este artigo substitui o atual conceito de presunção da violência quando a vítima é a criança ou adolescente menor de 14 anos de idade. Segundo esse conceito, previsto no artigo 224 do Código Penal, manter relações sexuais com pessoas com menos de 14 anos configura estupro independente do eventual consentimento da vítima.

Mas a nova redação vai além ao tratar também como vulneráveis as pessoas que, devido a enfermidades ou deficiências mentais, não têm o necessário discernimento para a prática do ato.

A pena prevista para ambos os casos( ou seja, contra pessoas menores de 14 anos e contra pessoas com deficiências mentais) é de 8 a 15 anos de reclusão, sendo que é aumentada da metade se quem praticou o crime tem o dever de cuidado, proteção ou vigilância da vítima.

Se houver lesão corporal grave, a punição seria de 10 a 20 anos de reclusão. Se a conduta resultar em morte, a pena iria de 12 a 24 anos .

### **COMO É HOJE**

Corrupção de menores, segundo o artigo 218, é “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo”

A pena é de 1 a 4 anos de reclusão.

### **PROPOSTA DA CPMI**

Pela sugestão da CPMI, o termo passaria a ser “Medição para servir à lascívia de outrem”, o que significa induzir quem tem menos de 14 anos de idade a satisfazer o desejo sexual de outra pessoa.

A pena seria aumentada para 2 a 5 anos e acrescida de multa se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica.

### **COMO É HOJE**

Não consta

### **PROPOSTA DA CPMI**

A comissão sugere também a criação de um novo tipo penal: “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente”, que estaria no artigo 218-A.

Segundo a proposta da CPMI, este crime seria o ato de “praticar, na presença de pessoa menor de 14 anos, ou induzi-la a presenciar, conjunção carnal ou ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia de outrem”

A pena estabelecida é de 2 a 4 anos de reclusão.

### **COMO É HOJE**

Não consta

### **PROPOSTA DA CPMI**

Outra proposta é a inclusão do tipo penal denominado como “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”, no artigo 218-B.

Pratica tal crime quem “submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual pessoa menor de 18 anos ou pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que abandone”.

Neste caso, a pena seria de 4 a 10 anos, acrescida de multa quando o delito é cometido com a finalidade de obter ganho econômico.

São passíveis das mesmas punições quem pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com as pessoas maiores de 14 e menores de 18 anos de idade. Com essa sugestão, a CPMI preenche uma importante lacuna na legislação. Isso porque prevê punição também para o cliente da rede de exploração sexual. Vale lembrar quem mantém relações sexuais com a pessoa menor de 14 anos de idade, em situação de prostituição ou não, cometeria, na verdade, Estupro de vulneráveis”, novo tipo penal proposto que entraria no artigo 217.

### **COMO É HOJE**

Segundo o artigo 225, os crimes sexuais devem ser objeto de ação penal privada. Portanto, para que aconteça a investigação, a vítima ou um de seus representantes legais precisa fazer comunicação do crime, contratar um advogado e arcar com os custos do processo.

### **PROPOSTA DA CPMI**

Pela proposta da CPMI, a ação penal passaria a ser pública em qualquer circunstância se a vítima for menor de 18 anos de idade ou tiver alguma deficiência mental.

### **COMO É HOJE**

Há exceções, no entanto. Uma delas é quando existem abuso do poder familiar: ou seja, o crime foi cometido por pai, mãe ou responsável legal pela criança. Nesse caso, o agressor pode ser denunciado e o Ministério Público dá início a uma ação pública incondicionada. A outra é quando a família ou a vítima não têm condições de arcar com as despesas do processo.

### **PROPOSTA DA CPMI**

Como na maioria dos casos de violência sexual quem comete o crime é alguém próximo da criança (não raro da própria família), muitas vezes a vítima tem medo de fazer queixa, e o agressor acaba ficando impune. Com a mudança, permite-se que o Ministério público apresente a denúncia independentemente de ter havido uma reclamação por parte da criança ou de alguém de sua família.

### **COMO É HOJE**

O artigo 228 trata do favorecimento à prostituição. Comete tal crime quem “induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone”

A pena prevista é de 2 a 5 anos de reclusão. A punição passa a ser de 3 a 8 anos quando a vítima é maior de 14 de idade e menor de 18, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa que esteja confiada para fins de educação, tratamento ou de guarda.

Se o crime é cometido com o uso de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de 4 a 10 anos, além da pena correspondente à violência. E se o delito visa o lucro, aplica-se também multa.

### **PROPOSTA DA CPMI**

Neste artigo, a sugestão foi agregar a expressão “outra forma de exploração sexual” para definir o crime de maneira mais clara e em sintonia com a moderna concepção desse fenômeno. Na nova redação, o ato de “dificultar” que alguém abandone a prostituição também é considerado crime.

A proposta da CPMI prevê pena de 2 a 5 anos e multa.

Se o agente for ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a reclusão passa a ser de 3 a 8 anos.

### **COMO É HOJE**

O artigo 231 fala sobre o tráfico de mulheres, definido como “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”.

A pena é de 3 a 8 anos. Mas se a vítima é maior de 14 anos e menor de 18, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa que esteja confinada para fins de educação, tratamento ou de guarda, a punição passa a ser de 4 a 10 anos.

Se há o emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a punição é de 5 a 12 anos, além da pena correspondente à violência. E se o crime é cometido visando o lucro, aplica-se também multa.

### **PROPOSTA DA CPMI**

A sugestão da CPMI é que esse tipo penal passe a ser denominado de “Tráfico Internacional de Pessoa para fim de Exploração Sexual”. Mais

uma vez, consideram-se como vítimas pessoas de ambos os sexos.

A pena prevista é também de 3 a 8 anos. A diferença é que a proposta da CPMI prevê que é a proposta da CPMI prevê que está sujeito à mesma punição quem “agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”. Dessa forma, será possível punir não apenas os responsáveis pelo tráfico, mas toda a rede que sustenta essa atividade ilícita.

A CPMI propõe ainda aumentar a pena da metade se a vítima tiver menos de 18 anos; se, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver discernimento para a prática do ato; o agressor é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu funções de cuidado e proteção; quando há uso de violência, grave ameaça ou fraude. Esse o crime é cometido visando o lucro, aplica-se ainda multa.

## COMO É HOJE

Não consta

### PROPOSTA DA CPMI

A comissão sugere a criação de um novo tipo penal, que estaria no artigo 231-A: o tráfico interno penal (ou seja, realizado dentro do território nacional) para fins sexuais, que não está previsto no atual Código.

Neste caso, a pena prevista é de 2 a 6 anos e também está sujeito à mesma punição quem “agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”

Assim como no tráfico internacional, a pena seria aumentada da metade se a vítima tiver menos de 18 anos; se, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver discernimento para a prática do ato; se o agressor é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu funções de cuidado, proteção ou vigilância, grave ameaça ou fraude. E se o crime é cometido visando o lucro, aplica-se ainda multa.

## COMO É HOJE

O artigo 107 do Código Penal prevê que a punição para os crimes sexuais pode ser extinta quando há casamento entre o agressor e a vítima.

## **PROPOSTA DA CPMI**

A CPMI propõe a revogação parcial deste artigo. A medida visa impedir que uniões arrançadas entre o agente do crime sexual e a vítima acabem por livrar o agressor da punição

### **COMO É HOJE**

O artigo 109 trata dos prazos para a prescrição dos crimes antes de transitar em julgado a sentença.

## **PROPOSTA DA CPMI**

A sugestão é que os crimes de “estupro”, “estupro de vulneráveis”, “favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual” e “tráfico internacional ou interno de pessoas”, quando praticados de forma generalizada e/ou sistemática, se tornem imprescritíveis.

## **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)**

### **COMO É HOJE**

O artigo 241, que já foi alterado com a edição da Lei de número 10.764, de 2003, diz que é crime “apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou Internet, fotografias ou imagens com pornografias ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente”.

A pena é de 1 a 6 anos e multa. Incorre na mesma punição quem “agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo; assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo.

O artigo 250 do Estatuto da Criança e do Adolescente pune com multa o estabelecimento que hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem a prévia autorização destes.

## **A PROPOSTA DA CPMI**

A redação atual deste artigo pode dar a entender que somente é crime o ato de produzir fotografias e não a conduta de fotografar crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito ou pornografias. Por isso, a CPMI sugere a mudança da redação, acrescentando, ainda, o verbo “filmar”.

A CPMI pôde constatar, na prática que tais interpretações ambíguas sobre o ato de fotografar são comuns. Em audiência na cidade de João Pessoa, a comissão defrontou-se com a decisão judicial proferida na comarca de Macau (PB) que absolvía o réu da prática do crime previsto no artigo 241 do ECA por entender que o simples fato de “fotografar” não configuraria a referida infração penal.

Pra evitar quaisquer dúvida, a nova redação considera como crime os atos de “apresentar, fotografar, filmar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores (Internet), cenas de sexo explícito ou pornografias envolvendo criança ou adolescente”.

A proposta não altera o sistema de penas

A CPMI propõe pena mais dura: nesses casos o local pode ter seu fechamento definitivo.

## COMO É HOJE

Não consta

### A PROPOSTA DA CPMI

A comissão sugere a criação do artigo 161-A. Este dispositivo prevê que, em caso de crime contra a liberdade sexual da criança ou do adolescente, o exame pericial será realizado separado com o objetivo de preservar a imagem e a intimidade da vítima, garantindo também o acompanhamento de pais ou responsáveis.

Segundo a proposta, caberá ao juiz solicitar ainda a realização de laudo psicossocial por equipe multidisciplinar para apurar outros elementos capazes de indicar se houver abuso sexual.



# **Crime Hediondo e Progressão de Regime**

**(Uma Análise à Luz da Dogmática  
Constitucional Moderna)**

**Paulo Quezado**

**Advogado**



# Crime Hediondo e Progressão de Regime

## (Uma Análise à Luz da Dogmática Constitucional Moderna)

### ■ ■ IMPORTÂNCIA DO TEMA

O Supremo Tribunal Federal encontra-se na iminência de pôr um ponto final ao debate em torno da aplicabilidade ou não da progressão de regime de pena aos condenados nos crimes hediondos (HC 82.959). A matéria, que até o momento parecia caminhar para a consagração da tese negativa<sup>1</sup>, no sentido da constitucionalidade do proibitivo do art. 2º da Lei 8.072/90, exsurge agora, com toda força, por nova orientação, após a 1ª Turma do STF haver concedido, em recentes decisões, (HCs 87.623 e 87.452), o benefício referido a condenado em delitos dessa natureza.

Tenho que, obrigatoriamente, uma séria discussão sobre a matéria não pode preterir da moderna concepção de Estado, da visão sistêmica do Direito, do que se entende por proteção do núcleo essencial da Constituição e da importância dos princípios na aplicabilidade das normas jurídicas. Qualquer outra orientação que ignore tais fundamentos, não há de legitimar-se como justa perante a ordem jurídica nacional.

### ■ ■ AS BASES JURÍDICAS DA TESE NEGATIVA

Mas, antes de mais nada, necessário se faz expor as razões nas quais se fiam os defensores da não-aplicabilidade da progressão de regime nos casos de condenados em crimes hediondos. Em síntese, tem-se argumentado que o princípio constitucional da individualização das penas é de aplicabilidade restrita, voltado apenas ao legislador; que a progressividade na execução penal não se encontra entre as preocupações fundamentais do constituinte;

<sup>1</sup> Há inclusive a Súmula 698 do STF: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura."

que à Constituição não cabe disciplinar forma de cumprimento de pena, mas ao legislador ordinário foi-lhe concedida tal incumbência, pela própria Carta Política (art. 5º, XLVI) e que, por fim, o estabelecido na Lei dos Crimes de Tortura (Lei 9.455/97) deve ser visto apenas pelo prisma da especialidade legal. Tudo isso encontraremos exposto como base, com suas respectivas variáveis, em julgados e nos manuais de direito penal de todo país, para reafirmar a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

## **❏ O NÚCLEO FUNDAMENTAL DOS VALORES CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL**

Como afirmamos linhas atrás, uma solução justa para o debate não pode deixar de percorrer os caminhos da moderna dogmática constitucional. E entre os trechos dessa jornada está imprescindivelmente o da visão sistêmica do direito. Na lição de Norberto Bobbio “... Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.”<sup>2</sup> Se aqui estivesse o jurista italiano, com certeza, diria aos intérpretes da Lei 8.072/90, que primeiramente canalizassem todas suas energias intelectivas a elucidar os vetores constitucionais orientadores da formação desta lei, entendendo a parte através do todo fundamental.

Nesse passo, é que fazemos nosso o ensino do célebre jurista Hermes Lima:

“Não formula o Estado a lei que entende, senão a lei compatível com as condições sociais dominantes”<sup>3</sup>. Poderíamos dizer, por outras, que o Estado não é livre para elaborar leis ao seu bel prazer, mas somente leis afinadas com a ideologia<sup>4</sup> inspiradora do sistema constitucional moderno. E essa ideologia, sobre a qual deve assentar-se obrigatoriamente toda a produção normativa do Estado, vê-se positivamente delineada no art. 1º da Constituição Federal, ao prescrever esta que a “República Federativa do

<sup>2</sup> Teoria do ordenamento jurídico. 4ª ed. Brasília: EDUNB, 1994, p. 21.

<sup>3</sup> Introdução à Ciência do Direito. RJ: Livraria Freitas Bastos, 1989, p. 114.

<sup>4</sup> Ideologia no sentido de conjunto de idéias próprias de uma sociedade em determinada época, que se orientadas para legitimar a ordem estabelecida.

Brasil (...) 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. E que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representante eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Portanto, há um núcleo fundamental na Constituição, do qual nem o legislador, nem o intérprete podem dele afastar-se. No magistério autorizado do Min. Gilmar Mendes, conquanto “o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”. E arremata enfaticamente o jurista: “A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.”<sup>5</sup>

Enfim, nossa Constituição consagrou, após todo o movimento constitucionalista até hoje, um Estado delimitado pelo Direito e em prol prioritariamente do homem, por isso também democrático, obliterando em definitivo a idéia de um Estado que tudo pode. E é salutar trazermos à memória esse fundamento da teoria do Estado, porque põe abaixo, sob base eminente constitucional, o argumento daqueles que entendem, para legitimar a não-progressão de regime nos crimes hediondos, que o constituinte originário deu carta branca ao legislador ordinário na regulamentação do princípio da individualização das penas, através do princípio da reserva legal (art. 5º, XLIII e XLVI). O que é de uma ilogicidade jurídica desmedida, que se nos antefigura uma total ignorância dos valores orientadores do sistema constitucional; e como sempre dizia o mestre Ataliba, pior do que ferir a Constituição é ignorá-la, ou na sábia expressão do jurista Celso de Mello, ao criticar o desprezo à autoridade da Lei Maior, isto evidencia a erosão da consciência constitucional.

Bom é frisar que o princípio da reserva legal, como o próprio nome já o elucida, ergue-se sobre o núcleo fundamental da Constituição, tomando deste a força de sua existência. E como escreveu Bitencourt, o “princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigência de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> HC 85.692/RJ. Vale a pena ler o inteiro teor do Voto-Vista do Min. GILMAR MENDES neste habeas corpus, onde expõe com a cientificidade que lhe é peculiar seu ponto de vista constitucional sobre o cabimento da progressão aos condenados em crimes hediondos. Seu voto aqui põe-se como um autorizado opúsculo em derredor do princípio da proteção do núcleo essencial, com incursão pela mais abalizada doutrina estrangeira.

<sup>6</sup> Tratado de direito penal: parte geral. Vol. 1. SP: Saraiva, 2003, p. 10.

## 4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS PRINCÍPIOS DECORRENTES

Retomando o que falamos sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, tem-se como essência deste Estado o resguardo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio é de suma importância para o assunto em análise, pois nele radicam-se os demais vetores do direito penal, como: legalidade, adequação social, proporcionalidade, humanidade, necessidade etc, só para citar alguns. Na ênfase conclusiva de Capez: “Do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo, a regular todo o sistema penal, que é o princípio da dignidade humana, de modo que toda incriminação contrária ao mesmo é substancialmente inconstitucional”. (Grifamos.) E esse princípio, como defende o autor, vincula não somente o trabalho do legislador, mas também do aplicador da interpretação da norma jurídica.

Irradiando-se desse princípio, tem-se também os princípios da humanidade, da culpabilidade e da individualização da pena, só para citar os que lançam diretamente luzes sobre a matéria. O princípio da humanidade veda todas as formas cruéis de pena e de seu cumprimento. Seria como diz Zaffaroni: “Do princípio da humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa”. E é trilhando por essa orientação que Zaffaroni defende a aplicação absoluta do princípio não só em abstrato – pelo legislador – mas também em concreto, pelo juiz no momento de quantificar a pena.<sup>7</sup> Outro que se põe em resguardo da dignidade da pessoa humana, é o princípio da culpabilidade, cujos sentidos dão os fundamentos da pena, os limites desta e afastam qualquer responsabilidade objetiva.<sup>8</sup> E por fim, o princípio da individualização da pena que, apesar de destacado de forma expressa e distante dos princípios fundamentais (art. 1º), não deixa de radicar-se também na dignidade da pessoa humana.

Toda essa ênfase principiológica vem reafirmar a pujança dos vetores fundamentais previsto pela Constituição, que dão vida a qualquer outra regra constitucional ou legal do sistema. E nunca se pode olvidar a lição de há muito do mestre argentino, Agustín Gordillo, hoje já notória, de que violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma, pois se assim ocorrer, todo o sistema estará comprometido.

Postas tais premissas, passamos agora ao segundo estágio do processo hermenêutico – o confronto da lei com os princípios e normas constitucionais.

<sup>7</sup> Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª ed. SP: RT, 2004, p. 172.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., 14.

## **5** O ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 FRENTE À CONSTITUIÇÃO

A Lei dos Crimes Hediondos, desde seu nascedouro, tem gerado diversas polêmicas. Entre as quais, a questão de ser aplicável ou não o instituto da progressividade aos condenados em crimes hediondos. Só a título de esclarecimento, a progressão no cumprimento da pena significa a transição do condenado de regime penal mais gravoso a uma forma mais branda, havendo preenchido certos pressupostos (art. 112 da LEP). Isso porque, como escreve Capez, a sentença penal condenatória surge no mundo jurídico sob a cláusula rebus sic stantibus, o que informa o caráter dinâmico da execução penal. Esse instituto, no entanto, foi proibido por lei quando tratar-se de condenação em crime hediondo.

Antes de ir à letra da Lei 8.072, vejamos o que diz a CF sobre os crimes hediondos. O art. 5º, XLIII, assim dispôs:

“a lei considerará crimes inafiançáveis e imprescritíveis 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;”  
– grifamos –

Ao definir tais crimes, a Lei 8.072/90 foi além, entre outros pontos de constitucionalidade discutível, e prescreveu:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. – grifamos –

Como se vê, claramente, sem grande esforço hermenêutico, o legislador ordinário foi além do que permitiu a Constituição Federal. A Carta Política apenas impediu a aplicação da fiança, da graça e da anistia aos crimes definidos por lei como hediondos. O legislador não poderia exacerbar seu campo de atuação e tornar mais rígido o regime de cumprimento de pena de tais crimes, vedando ao condenado o benefício da progressão. A constitucionalidade aqui foi flagrante.

O que fez o legislador ordinário ao determinar que o condenado a tais crimes deveria cumprir pena inteiramente em regime fechado foi não só uma violação ao princípio da reserva legal, mas grave transgressão ao sistema constitucional vigente, verdadeiro bombardeio aos alicerces do Estado Democrático de Direito, na medida que ignorou a orientação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade e da individualização da pena. Até mesmo por uma simples aplicação do bom senso, concluirá o homem médio que de forma alguma proibir alguém de gozar do benefício da progressão “instituto histórico do direito penal e de cunho eminente recuperatório do caráter humano” com provas incontestes de bom comportamento e tempo de pena cumprido, será uma demonstração do resguardo da dignidade humana.

Na verdade, tal forma de cumprimento de pena será o reverso da dignidade humana, qual seja: a crueldade na execução da pena, o que veda peremptoriamente a Constituição Federal (art. 5º, XLVII). Cernichiaro, que vê na vedação constitucional à pena cruel regra de cunho meramente declaratória do princípio da dignidade humana, esclarece que crueldade aqui “traduz a idéia de o agente infligir à vítima desnecessário padecimento físico ou moral, na execução do delito”. Caricaturesco o exemplo do autor para demonstrar aqui a violação à dignidade humana. Suas palavras: “A chamada ‘morte lenta’ serve de ilustração. O cortar as mãos, arrancar lentamente as unhas, queimar os olhos com ferro em brasa provocam sofrimentos desnecessários para matar. De outro lado, submeter a vítima a constrangimentos morais conduz à mesma situação. No caso, ofender desnecessariamente o físico ou a dignidade da vítima atraem maior reprovabilidade.”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Direito penal na Constituição. SP: RT, 1990, p. 123.

E é justamente contra tamanha crueldade na execução penal, que vale a pena insistirmos na lição de Zaffaroni: “Do princípio da humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa”. Justamente em proteção do princípio da humanidade que o STJ tomou, em 2005, a seguinte decisão:

“EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE PENA. CONSTITUCIONALIDADE. A Constituição da República recepcionou o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da sua individualização. Ordem CONCEDIDA para afastar a vedação legal à progressão de regime.” (HC 44.504 – DF)

## **6** O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Fundamento sobre o qual vem se sustentando parte do STF para negar a progressão de regime nos casos de crime hediondo encontra-se na análise sobre o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF, com os seguintes dizeres: “a lei regulará a individualização da pena (...)” Tem defendido o Pretório Excelso que tal princípio foi direcionado com exclusividade ao legislador que, pela letra do art. 5º, XLVI, da CF, goza de inteira discricionariedade em decidir qual o regime penal a ser cumprido pelos condenados em crimes dessa natureza. Indo mais além, diz que a progressividade não foi erigida a postulado constitucional e que o juiz, ao aplicar a pena devida, cumpriu com a individualização da pena, não operando daqui em diante tal princípio.

Evidentemente, que essa visão amesquinha o alcance do princípio da individualização da pena, que, antes de mais nada, é um consectário normativo da proteção á dignidade humana. Sob uma ótica magistral e firme do que expomos sobre a dignidade humana, expõe com profundidade o Min. Cezar Peluso sua opinião sobre a abrangência constitucional do princípio em todas suas ramificações de aplicabilidade:

“É, pois, constitucional que a pena deve ser individualizada, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Evidente, assim, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) a proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

‘A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade’, nota MARIA LÚCIA KARAM, ‘com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante’.

Já sob este aspecto falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.” (HC 85.692-6/RJ)

Não procede também o argumento segundo o qual ao aplicar a pena estaria observado o princípio da individualização. Todo princípio traz insito em sua essência uma aplicabilidade dinâmica, pois ele exerce, antes de qualquer outra, uma função diretiva, indicando o caminho da proteção aos valores constitucionais vigentes. Nas sábias palavras do Min. Sepúlveda Pertence,

“(…) esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo impertinente ao da execução dela.

De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução.” (RTJ 147/608; HC 85.692/RJ)

Como ensina o Min. Cezar Peluzo, o princípio da individualização da pena deve ser observado sob seu tríplice sentido: abstrato, concreto e em sua execução. Do contrário, será inverter a lógica do sistema, dando ao legislador ordinário poderes supraconstitucionais. Sendo assim, não se poderá aceitar que tal princípio foi dirigido exclusivamente ao Congresso Nacional, mas também ao aplicador da lei. Neste ponto, vale a pena transcrevermos parte do voto-vista do Min. Gilmar Mendes no HC 85.692:

“O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo dos direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena in abstracto, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Em verdade, estou convencido de que fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).

Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito

fundamental à individualização da pena. A referência à lei – princípio da reserva legal – explicita tão-somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.

É evidente, porém, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador – até porque para isso – despicienda seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais – então há que se cogitar do limite à ação do legislador na espécie.” – grifamos –

## **■ A LEI DA TORTURA E O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Além de todas as razões até aqui expostas, pelas quais temos pela inconstitucionalidade da negativa legal de progressão nos crimes hediondos, o disposto no art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97 (Lei da Tortura) vem reforçar nosso posicionamento. Não se pode aceitar que o condenado a um crime tão infame como a tortura, de crueldade ímpar, tenha direito à progressão, e outros da mesma forma não o tenham apenas porque foram condenados a crimes tidos como hediondo.

Aliás, a tortura foi alvo de igual intensidade das preocupações do legislador constituinte, quando proibiu a fiança, a graça e a anistia em tais crimes,

assim como nos hediondos. No mínimo caberia aqui a aplicação da analogia in bona parte aos condenados em crimes hediondos. O mero bom senso já diz que a tortura é tão hedionda quanto os demais crimes hediondos.

Ademais, o legislador ao formular leis deve ter em vista, obrigatoriamente, o sistema, de forma a não afetar o chamado bloco de constitucionalidade, tema da dogmática constitucional moderna. Isso significa que a Constituição não se restringe a um conjunto de normas e princípios explícitos e implícitos, mas vai além, alcançando as normas de caráter infraconstitucional com aptidão a desenvolver a eficácia dos postulados eminentemente constitucionais. Seria observância da unidade axiológica do ordenamento jurídico nacional.

Enfim, este é o nosso parecer. E enquanto aguardamos o pronunciamento em definitivo sobre a matéria, fazemos nossas as célebres palavras do grande Rui Barbosa: “Aqui (no STF) não podem entrar as paixões, que tumultuam a alma humana, porque este lugar é refúgio da Justiça. A Justiça é a minha ambição, senhores juízes; a Justiça para qual se voltam os interesses contemporâneos, mas que deve cobrir igualmente as gerações futuras, ou entregá-las indefesas às intempéries da força, se lhe faltar de vossa parte a proteção de um arresto reparador.”<sup>10</sup> (Acréscimo nosso.)

---

<sup>10</sup>Obras seletas. Vol. IX. FCRB: São Paulo, 1958, p.16.

# Uma Visão Processual dos Direitos Fundamentais

Tiago Astor Rocha Lima

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Advogado do  
Escritório Rocha, Marinho e Sales Advogados S/S, Professor de Direito Civil IV  
(Família) da Faculdade 7 de Setembro (FA7).



# Uma Visão Processual dos Direitos Fundamentais

## ■ ■ A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A temática que se objecta tratar envolve por natureza a análise do conceito de jurisdição constitucional, especialmente tendo em vista a perspectiva dos direitos fundamentais como aqueles direitos protegidos processualmente e dotados de um *status* especial por cada Constituição, características estas que os distinguem dos demais direitos positivados no restante do ordenamento jurídico<sup>1</sup>.

Noutras palavras, se se concebem os direitos fundamentais como aqueles direitos encartados na Lei Suprema de uma nação, faz-se imperioso o asseguramento tanto das normas materiais como processuais nela previstas, conferindo-lhes assim a máxima eficácia. Resta assim indissociável o conhecimento da jurisdição constitucional.

Gérson Marques<sup>2</sup>, com singularidade, pontua acerca da existência do sentido formal e do sentido material da jurisdição constitucional, sendo o primeiro, já insuficiente, baseado no órgão que a exerce, enquanto que o segundo seria compreendido através de um procedimento adequado à garantia da aplicabilidade da Constituição. Deveras, hodiernamente já se superou a ótica da jurisdição constitucional tendo em conta o órgão competente, mesmo porque na maioria dos ordenamentos a aplicação dos mandamentos constitucionais, entre eles as normas de direitos fundamentais, não se dá em apenas um órgão jurisdicional, mas em vários, em face da possibilidade do controle difuso de constitucionalidade.

<sup>1</sup> ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales e la ética em sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995, p. 20.

<sup>2</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 16/17.

Nesse contexto e especialmente no caso brasileiro é que se revela a importância da jurisdição constitucional, pois independentemente da instância (justiça ordinária ou justiça constitucional – Supremo Tribunal Federal) será possível garantir a supremacia dos princípios e regras constitucionais, buscando por conseguinte a máxima eficácia aos direitos fundamentais.

Com efeito, não se deve olvidar que o fato dos direitos fundamentais possuírem resguardo nas Constituições torna não só a justiça ordinária, mas principalmente a justiça constitucional (STF), instituições essenciais para a tutela dos direitos fundamentais<sup>3</sup>.

## **2** A IMPORTÂNCIA DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL

As Cortes Constitucionais nos moldes existentes atualmente em diversos países da Europa, como Alemanha, França, Espanha, Portugal e Itália, derivam notadamente das idéias propostas por Hans Kelsen e que serviram de fundamento para a criação dos primeiros tribunais constitucionais, a saber, da antiga Tchecoslováquia e da Áustria em meados de 1920<sup>4</sup>.

Esses Tribunais ou Cortes Constitucionais têm por objetivo precípua atuar como órgão intérprete e aplicador das Leis Supremas, servindo como uma justiça propriamente constitucional, porquanto limitada a sua competência de atuação, abrangendo tão somente questões referentes ao controle de constitucionalidade das leis, a análise de recursos envolvendo matéria eminentemente constitucional (e.g. afronta a direitos fundamentais) e outras causas de relevante interesse, excluindo-se a atividade revisora, que atualmente descaracteriza a feição constitucional do Supremo Tribunal Federal e que juntamente com o processo de escolha de seus membros é motivo de severas críticas por alguns renomados doutrinadores<sup>5</sup>.

No entanto, o tema em alusão ainda suscita inúmeras controvérsias na própria literatura jurídica especializada no que concerne à natureza e legitimidade das

<sup>3</sup> ROLLA, Giacarlo. *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*. México: UNAM, 2002, p. 133-180, *apud* FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n.I – jan/jun, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 102.

<sup>4</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ob. cit.*, p. 79.

<sup>5</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3ª. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003, p. 17.

decisões das Cortes Constitucionais. Quanto à natureza dos Tribunais Constitucionais, tem-se debatido, como bem informa Héctor Fix-Zamudio<sup>6</sup>, que esses órgãos responsáveis pela materialização dos valores constitucionais poderiam atuar como um legislador negativo ou ainda como um novo poder diverso dos três tradicionalmente existentes, sem questionar-se o seu caráter político, jurídico ou misto.

Em verdade, caracterizar as Cortes Constitucionais como um órgão político ou jurídico, ou ainda como um legislador negativo ou um órgão constitucional autônomo do Poder Judiciário é questão de bem menor relevância do que se saber o seu real e capital escopo.

Funcionar como instância fundamental e definitiva na concretização dos valores constitucionais, os quais são os próprios alicerces dos princípios e regras, servindo ademais como orientação aos juízes ordinários quando do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, este é o verdadeiro objeto de uma Corte Constitucional.

Registre-se, ainda, que a (in)observância pelas instâncias ordinárias das decisões emanadas destes órgãos encarregados de dar a última palavra em matéria constitucional dependerá não do caráter político, jurídico, de legislador negativo ou de poder autônomo desses órgãos, mas sim da autoridade material de suas decisões, que advém através de uma bem elaborada exegese dos preceitos constitucionais. Não basta, portanto, haver hierarquia simplesmente formal, faz-se inarredável um mínimo de legitimidade de suas decisões.

Todavia, não é tão simples alcançar esse mínimo de legitimidade dos pronunciamentos emanados das Cortes Constitucionais, pois leva ao ingresso no estudo da própria legitimidade da escolha dos membros destes órgãos jurisdicionais. No exemplo brasileiro, muito se questiona a legitimidade dos Ministros do STF, pois são nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos de ilibada reputação e notável saber jurídico com idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos.

A dúvida sobre a legitimidade dos integrantes destas Supremas Cortes de Justiça está na possibilidade de pessoas nomeadas pelo Chefe do Executivo atuarem como legislador negativo ou positivo em situações envolvendo, *verbi gratia*, o julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn) e

<sup>6</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. Ob. cit., p. 85.

Ações Declaratória de Constitucionalidade (ADC), uma vez que nesses casos a decisão do órgão jurisdicional poderá ser de expurgar do ordenamento jurídico uma norma aprovada pelo Congresso Nacional, onde se encontram os representantes do povo brasileiro, eleitos mediante o voto direto e secreto.

Oportuno observar que não se busca através do presente estudo traçar regras fixas e objetivas de escolha dos membros das mais altas Cortes de Justiça, mesmo porque não se chegaria a uma unanimidade. Entrementes, nesse ensejo interessa destacar proposta de Héctor Fix-Zamudio acerca de uma maneira de se alcançar legitimidade dos órgãos constitucionais e conseqüentemente de suas decisões:

*la legitimidad de origen de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos constitucionales se apoya en los cuidadosos sistemas de preparación, selección y nombramiento, generalmente por los otros órganos políticos del Estado, y su legitimidad de ejercicio se apoya en la prudencia y sensibilidad tanto jurídica como política, para realizar una interpretación constitucional que permita la más adecuada protección de las normas y de los derechos fundamentales.<sup>7</sup>*

Destarte, clarividente que a forma de nomeação dos integrantes dos Tribunais Constitucionais podem, ou devem, influir na legitimidade de suas decisões, mas estas não dependem única e exclusivamente do modo de escolha de seus membros, pelo contrário, essa questão é até de menor importância, tomando por consideração o elevado grau de influência do conhecimento jurídico, político, social e econômico do magistrado constitucional para que se alcance uma decisão lastreada nos valores escolhidos pela sociedade e positivados em sua Carta Maior.

Antenado nesta alta relevância das Cortes Constitucionais é que se tem admitido que estes órgãos supremos exerçam papel essencial do próprio Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>. E não se poderia imaginar doutra forma, visto que é na justiça propriamente constitucional, como dantes explanado,

<sup>7</sup> Idem, p. 94.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ob. cit., p. 18.

que se concretizam e se tornam eficazes os valores consagrados constitucionalmente, dentre os quais os direitos e garantias fundamentais.

## **■ O PROCESSO CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Não bastam aos jurisdicionados a existência de direitos e garantias fundamentais e de uma jurisdição propriamente constitucional para que os efetive e materialize, faz-se também tão imprescindível a presença de instrumentos processuais a servirem de tutela a estes direitos e garantias. Ou melhor, é exigência do Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais possam ser objeto de defesa pelos seus titulares, extraindo-se de efeito a sua íntima relação com o processo constitucional.

Calha trazer a lume a seguinte observação de Jorge Miranda:

*A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são violados ou restringidos.<sup>9</sup>*

Logo, o conhecimento de um direito consiste no primeiro mecanismo de defesa posto ao cidadão. De nada vale um instrumento processual a uma pessoa que sequer sabe da existência de um direito passível de por ela ser invocado. O inverso, ou seja, a existência de direitos sem a devida tutela jurisdicional, também acaba por tornar inútil o próprio direito material, em vista da possibilidade de ser desrespeitado sem que subsista ao cidadão um meio de defesa.

Com efeito, faz-se mister que o ordenamento jurídico acolha mecanismos processuais de defesa dos direitos e garantias fundamentais por ser decorrência do próprio Estado Democrático de Direito. Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho:

---

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. *A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal*. Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p.284.

*Torna-se cada vez mais importante o aperfeiçoamento dos instrumentos processuais que completem o papel do processo constitucional na efetivação da cidadania plena. Como titulares de direito, os cidadãos, no exercício da cidadania plena, não podem ser impedidos do gozo de seus múltiplos direitos, reconhecidos e elencados na Constituição e na legislação infraconstitucional, mesmo daqueles cujas leis não foram promulgadas ou que se tornem menos efetivos e eficazes na ausência destas.<sup>10</sup>*

As ações constitucionais, aquelas destinadas à proteção dos direitos e garantias fundamentais, constituem meios de participação política e de exercício da cidadania, mostrando-se como remédios processuais adequados a fazer valer os direitos violados ou ameaçados de lesão.

Insta averbar, ainda, que o conceito de cidadania atualmente vigente já não mais se resume à simples possibilidade de votar, tendo sido escorreitamente elástico para englobar todas as formas do cidadão participar das decisões estatais, cobrando e exigindo posturas e atitudes do Estado para a satisfação das necessidades do povo<sup>11</sup>.

Ainda com relação às ações constitucionais, cumpre destacar que o Estado brasileiro, longe de qualquer dúvida ou entredúvida, concentra em seu ordenamento jurídico um dos mais avançados programas de ações constitucionais, muito embora ainda não suficiente para tornar plenamente eficazes os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Dentre os remédios constitucionais pátrios, pode-se citar os mais clássicos, como o Mandado de Segurança e o Habeas Corpus, e outros como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Popular, a Ação Civil Pública, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Habeas Data e ainda o Mandado de Injunção, este de origem brasileira.

Esta amplitude de ações que têm por objeto a defesa dos valores constitucionais talvez decorra do ainda período de exceção que o Estado brasileiro atravessou durante as décadas de 60, 70 e 80 do século passado.

<sup>10</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 55.

<sup>11</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. Ob. cit., p. 99/100.

Nada obstante a diversidade de instrumentos processuais de proteção e resguardo dos direitos e garantias fundamentais, Gérson Marques observa que os instrumentos e garantias processuais, por se inspirarem no *status negativus*, ainda são deficientes principalmente no que tange aos direitos que exigem prestações do Estado<sup>12</sup>. Partindo-se desta premissa inteiramente válida e acertada, colhe-se que o grau de eficácia dos direitos fundamentais é inversamente proporcional ao avanço de suas dimensões ou gerações, carecendo ao cidadão, *exempli gratia*, meios processuais eficazes de discussão dos atos governamentais.

Sem embargo da carência de ações próprias à defesa principalmente dos direitos de terceira e quarta geração, cumpre aduzir que as decisões proferidas nas ações constitucionais possuem natureza essencialmente mandamental, porquanto tem por fito a proteção dos valores fundamentais de um país, não podendo estar à mercê de um novo processo destinado a garantir a sua execução.

Desta feita, sobressai-se absolutamente incompatível com a própria natureza dos direitos fundamentais que as decisões envolvendo esta matéria necessitassem de uma outra ação. Por conseguinte, tem se revelado que as decisões que envolvam direitos fundamentais necessitam de auto-executabilidade.

Ademais, na tutela dos direitos fundamentais verifica-se, de forma até permanente, o *periculum in mora*, ou melhor, a possibilidade de ineficácia da prestação jurisdicional acaso se aguarde o final julgamento da ação, de sorte que não faria o menor sentido ter que se aguardar também por uma ação executiva. Baseado nesta natureza dos direitos fundamentais, Konrad Hesse<sup>13</sup> elucida que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha admite que esses direitos detêm garantia à proteção jurídica efetiva, pois uma tardia decisão judicial pode prejudicar a validade efetiva dos direitos fundamentais.

As idéias traçadas acima se sobressaem como fundamentais para o entendimento do plexo existente entre o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito, visto que os direitos fundamentais carecem de plena eficácia, fato este que só se mostra possível diante da existência de mecanismos de tutela próprios, por se tratarem de direitos consagrados constitucionalmente.

<sup>12</sup> Idem, p. 37/38.

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª. edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 270.

## 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

A possibilidade de o particular invocar uma tutela judicial em defesa de um interesse individual ou coletivo decorre do direito de ação, ao qual inúmeras nomenclaturas podem ser dadas e dentre as quais se pode destacar o de direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, de direito ao acesso à justiça, de garantia da via judicial (Alemanha)<sup>14</sup>, garantia de acesso aos tribunais (Portugal)<sup>15</sup>, sendo considerado inclusive como a garantia-mãe dos demais direitos<sup>16</sup>.

Sobre o acesso à justiça, Mauro Cappelletti em singular definição pontua:

*O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.*<sup>17</sup>

O direito de ação deve realmente ser visualizado como uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração que não se cumpriria a finalidade de um direito material sem o adequado direito processual, assim como não se atinge o objetivo do direito processual se há restrições ao acesso à justiça, pois numa sociedade civilizada não mais se admite, em termos gerais, *fazer justiça com as próprias mãos*.

Desta maneira, resta facilitado o entendimento de que não se pode admitir a imposição de obstáculos desproporcionais ao acesso à justiça, sob pena de se estar a restringir a própria eficácia de direitos fundamentais, que em muitas situações dependem da atuação do Poder Judiciário para que sejam realizados.

Em verdade, empecilhos não faltam ao efetivo exercício do direito de ação, intimidando a parte de recorrer ao Estado para impedir lesão ou ameaça a direito, podendo-se citar as custas judiciais (despesas processuais e honorários advocatícios), a falta de possibilidade das partes para arcar com um processo, a demora na prestação jurisdicional etc<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Idem, p. 269.

<sup>15</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, pp. 665/666.

<sup>16</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. Ob. cit., p. 51.

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant (colab). *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

<sup>18</sup> Idem, p. 15/29.

Demais disso, não é à toa que se concebe o direito de ação como algo inerente ao Estado Democrático de Direito, pois outros direitos fundamentais processuais somente serão passíveis de se perfectibilizar diante de sua plena realização.

Assim ocorre com o devido processo legal, o qual também é base elementar e originária de outros direitos processuais. O *due process of law*, na expressão originária, engloba questões de alta relevância para a concretização eficaz dos direitos fundamentais, não se limitando unicamente ao direito das partes ao processo justo e equânime nos termos legais, mesmo porque a expressão por si só cuida de dar-lhe um significado à sua altura.

Um processo para que seja devido e de acordo com os ditames legais deve promover às partes igualdade de armas nas situações que se desenrolarem durante todo o procedimento. Nesta esteira, o processo somente estará cumprindo a sua função legal caso suas decisões possuam algum resultado considerado útil, pois se assim não fosse a parte autora não necessitaria ter ingressado judicialmente em busca da proteção de seu direito. Logo, deve ser inerente ao processo que as decisões possuam executoriedade, fato este que muitas vezes depende inclusive de que sejam proferidas em prazo razoável.

O direito ao contraditório e à ampla defesa, conquanto em muitos ordenamentos estejam positivados isoladamente do devido processo legal, expressam uma de suas ramificações, sendo responsáveis por garantir às partes a apresentação de defesas proporcionais à consagração do direito em debate.

É corolário dos direitos acima comentados o direito à independência judicial e ao juiz natural, em função de sua essencialidade à promoção da justiça. José Alfredo de Oliveira Baracho alerta sobre a importância de tais direitos:

*A função jurisdicional coloca os juízes submetidos unicamente à lei. A independência judicial, em qualquer de seus aspectos, tem como destinatário o juiz, como administrador da justiça, que, exercendo o poder jurisdicional ou a função jurisdicional, aplica a norma ao caso concreto, condição básica da imparcialidade judicial, que vai orientar a objetividade da sentença, constituindo uma*

*garantia essencial para os jurisdicionados. Para atingir essa independência propugna-se liberar o juiz de influências externas, gerando o autogoverno.*<sup>19</sup>

Calha ainda mencionar que os cidadãos para que tenham seus direitos efetivados necessitam que exista uma estruturada organização não só do Poder Judiciário, mas também dos demais órgãos estatais. No âmbito do Judiciário, pode-se citar a exigência do Ministério Público, da Ordem dos Advogados, da Defensoria Pública, da Magistratura, dos servidores da justiça, dentre outros, que através de recíproca colaboração garantem o direito de obter justiça.

Os direitos fundamentais processuais dantes observados foram apenas exemplos de como as legislações dispõem de meios inerentes à processualística e que devem ser objeto de ampla observação pelo Estado, ou melhor, pelos que exercem as suas funções, de modo que se deixou de mencionar outros direitos e garantias pelo propósito deste resumido estudo.

## **■ O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

Ao cabo destas idéias, faz-se oportuno reconhecer que, em passos desproporcionais à sua importância, tem tomado corpo o ramo do direito processual constitucional, dissociando-se da teoria geral do processo, com objeto nitidamente próprio e destinado ao estudo dos institutos processuais com resguardo na Constituição<sup>20</sup>, em busca de realizar a vontade constitucional<sup>21</sup>, levando ao máximo de eficácia possível as normas reguladoras do processo.

Deveras, objeto de estudo é o que não falta ao direito processual constitucional, cabendo-lhe a pesquisa não só dos direitos e garantias do processo com repouso constitucional, pois o campo de sua abrangência conduz também à investigação das ações constitucionais, que não são poucas, além dos procedimentos específicos próprios da jurisdição constitucional.

O crescente advento deste ramo do direito processual insere-se ainda com maior amplitude em um momento de grande e criticável instabilidade

<sup>19</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 13.

<sup>20</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. Ob. cit., p. 123/130.

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, *passim*.

constitucional, elevando ainda mais sua importância, pois pode se mostrar a seara competente e responsável para a solução de impasses até então insolúveis pelos demais ramos jurídicos.

## **6** Conclusões

Daquilo que se delineou ao longo do tema, podem ser extraídas algumas inevitáveis conclusões:

Tem se mostrado essencial para a tutela dos direitos e garantias fundamentais a jurisdição constitucional, porquanto o seu campo de atuação envolve exatamente a aplicação e interpretação das normas constitucionais;

A existência de uma Corte Constitucional, atuando como instância fundamental e definitiva na concretização dos valores constitucionais, insere-se como instituição essencial do próprio Estado Democrático de Direito;

O processo constitucional, através de uma vasta gama de instrumentos processuais, destina-se a garantir a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais presente num Estado Democrático de Direito, muito embora as ações constitucionais ainda não tenham evoluído ao mesmo passo que as diversas gerações de direitos fundamentais;

Alguns direitos fundamentais processuais, como o direito de ação, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à organização estrutural dos órgãos estatais, à independência judicial e ao juiz natural, devem ser observados pelos exercentes das funções estatais em prol do direito à justiça;

O ramo do direito processual constitucional tem exurgido como próprio ao estudo dos institutos processuais com resguardo na Constituição, buscando o máximo de eficácia às normas reguladoras do processo e a solução de impasses até então insolúveis pelos demais ramos do Direito.

# Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo (coord.). *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n.I – jan/jun, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant (colab). *Acesso à justiça*. Original: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3ª. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Original: Die normative kraft der verfassung. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Original: Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland. Tradução (da 20ª. edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales e la ética em sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995.