

DOUTRINA

HOMOAFETIVIDADE: TOLERÂNCIA OU RESPEITO? A SOCIEDADE PLURALISTA DE NOSSOS TEMPOS E A BUSCA POR UM DIREITO INCLUSIVO

Adriana Maria de Vasconcelos Feijó

Titular da 4ª Promotoria de Justiça de Família em Maceió/AL, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Especialista em Direito Processual e Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UnB).

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A família. 3. A família no Brasil. 4. A inclusão social a partir do reconhecimento da pluralidade. 5. Afetividade: um princípio constitucional implícito. 6. A dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental. 7. A secularização e o Direito. 8. Homoafetividade: tolerância ou respeito? 9. A união homoafetiva. 10. Conclusão.

“Se o outono do Direito Civil tradicional vai cedendo espaço, superando o tempo embalado pelas décadas de estrito dogmatismo, talvez ao desenho jurídico da primavera se apresente agora uma espécie de renascença que une, na crítica e na construção, as emissões da teoria e da prática no Direito Civil em movimento.”

Luiz Edson Fachin

1. Introdução

Neste ensaio adotamos uma metodologia explicativa, baseada em levantamento bibliográfico e da legislação em vigor, promovendo uma abordagem da união homoafetiva como entidade familiar, no cenário sociocultural de um mundo pluralista. Discorreremos sobre a busca de um Direito que se firme como um instrumento de inclusão social.

Utilizamos os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, afetividade e entidades familiares *numerus apertus* como fundamentos de uma interpretação cujo objetivo é a inclusão social e a mudança de paradigmas quanto ao conceito atual de família.

Dois pontos são fundamentais neste ensaio, a opção entre tolerância e respeito em relação à homoafetividade, e a busca de um Direito inclusivo, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, com a aplicação por analogia das regras pertinentes à união estável, utilizando uma interpretação sistemática para a construção de modelos inclusivos.

Para isso, discorreremos de forma concisa sobre a trajetória da família antiga clássica à contemporânea, sobre a família no Brasil, as mudanças de paradigmas da família a partir da Constituição da República de 1988, a inclusão social em decorrência do reconhecimento da pluralidade, a afetividade como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental e o processo de secularização do Direito.

A família contemporânea se apresenta sob diversos modelos e não apenas como a “família padrão” de outrora, formada pelos cônjuges (heterossexuais) e filhos. Os alicerces desta família são representados pelo afeto, cuidado, respeito, solidariedade, convivência e pertencimento. O casamento que anteriormente a institucionalizava, não se apresenta mais como *conditio sine qua non* para o seu reconhecimento, em face do texto constitucional de 1988 (art. 226, §§ 3º e 4º).

Entretanto, o legislador constituinte não escondeu uma certa “preferência” pela família decorrente do casamento, como uma espécie de padrão jurídico-constitucional (art. 226, § 3º da CR/88¹). Mas isso não autoriza uma hierarquização dos modelos familiares, pois toda modalidade de família deve ser tratada pelo Direito com idêntico valor. A forma como a família se exterioriza diz respeito à autonomia privada assegurada pelo nosso sistema jurídico, não podendo sofrer discriminações de qualquer espécie, inclusive discriminação por orientação sexual (art. 3º, inc. IV da CR/88).

2. A família

A etimologia da palavra família derivada de *famulus* (escravo doméstico). Na família antiga significava o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem, o chefe da família.

¹ Constituição da República de 1988.

Na Grécia Antiga a família era designada como *epístion* que significa *aquilo que está junto do fogo*, ligando-a à religião².

Roma Antiga conheceu uma família organizada em torno do *pater famílias*, representado pelo ascendente comum vivo mais velho, que exercia o poder sobre todos que a ele estavam submetidos, independentemente de vínculo consanguíneo (esposa, descendentes e esposas de seus descendentes). Neste período, “[...] A família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”, cujo modelo clássico era o patriarcal, hierarquizado³.

No aspecto teológico, a origem teológica da família pode ser encontrada em Gênese, 2:18: “O Senhor Deus disse: ‘Não é bom que o homem esteja só; vou dar-lhe uma ajuda que lhe seja adequada’”⁴.

Fustel de Coulanges vê na religião o principal elemento constitutivo da família antiga, destacando que a união entre seus membros não decorria do nascimento, do sentimento ou da força física, mas do poder da religião doméstica e dos antepassados. Para o historiador a propriedade era o verdadeiro significado da família, servindo para designar o campo, a casa, o dinheiro e os escravos que pertenciam ao chefe da instituição familiar⁵.

Nos primórdios do Cristianismo a família era considerada como “igreja doméstica”. Em nossos dias, a Igreja Católica a considera como a “[...] primeira e fundamental expressão da natureza social do homem”, devendo ser tratada como “[...] uma comunidade de pessoas, para quem o modo próprio de existirem e viverem juntas é a comunhão: *comunhão de pessoas*”. Trata-se da menor célula social e da instituição fundamental para a vida social⁶.

² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 44-45.

³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 25-26.

⁴ BÍBLIA. Português. *Gênese*. Tradução do Centro Bíblico Católico. 7. ed. São Paulo: Ave Maria, 1996.

⁵ COULANGES, idem., p. 44-45, 115.

⁶ JOÃO PAULO II. *Carta às famílias*. 6. ed. São Paulo: Paulinas, 2005, p. 9, 17, 74.

Na visão da socióloga Marina Marconi a família é considerada o fundamento básico e universal das sociedades, encontrando-se em todos os agrupamentos humanos, mesmo quando variem suas estruturas e funcionamento. Originariamente a família consistiu em um fenômeno biológico de conservação e produção, posteriormente transformando-se em um fenômeno social⁷.

Para o jurista italiano Pietro Perlingieri a família consiste em uma formação social, cuja finalidade corresponde à educação e promoção de seus membros. Perlingieri a compreende como valor constitucionalmente garantido, destacando o primado da pessoa e os deveres de solidariedade que devem nortear a instituição familiar⁸.

Nos escritos de Jacques Lacan encontramos a idéia de instituição familiar com sua estrutura cultural, desempenhando dentre todos os grupos humanos um papel primordial na transmissão da cultura. A família surge como um grupo natural de indivíduos ligados por dupla relação biológica, a geração e as condições de meio que almeja o desenvolvimento dos jovens e mantém o grupo familiar, cabendo aos adultos geradores assegurar essa função. Para o psicanalista a família é um dado cultural no qual são possíveis comportamentos adaptativos numa variedade infinita nas relações sociais⁹.

Friedrich Hegel, por sua vez, entende que a família é substancialidade imediata do espírito e “[...] determina-se pela sensibilidade de que é una, pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não como pessoa para si”¹⁰.

Como instituição social, a família passou por diversas transformações ao longo da história, mantendo seu caráter de *celula*

⁷ LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. Colaboração de Marina de Andrade Marconi. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 169.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 243-244.

⁹ LACAN, Jacques. **A família**. Tradução de Brigitte Cardoso e Cunha et. al. Lisboa: Assírio & Alvim, 1987, p. 15-16.

¹⁰ HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 149. (Clássicos).

mater da sociedade, merecendo destaque no texto constitucional de 1988 (art. 226, *caput*)¹¹.

Max Wingen destaca o significado fundamental da família para a realização pessoal do indivíduo e a formação da capacidade humana na sociedade, podendo inclusive contribuir para assegurar a capacidade futura da comunidade¹².

Nas argumentações dos pesquisadores que discorrem sobre a família, observamos que o patrimônio afetivo, cultural, religioso e social transmitido ao indivíduo pela entidade familiar deve ser considerado prioritário, especialmente em nossos tempos, quando há uma postura de acolhimento ao pluralismo da vida em sociedade, com indivíduos que pensam, sentem e têm necessidades diferenciadas, mas que têm em comum a dignidade da pessoa humana, como valor inerente a cada pessoa e princípio fundamental no Estado Democrático de Direito.

O civilista Paulo Lôbo afirma que no campo jurídico-constitucional projetou-se a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços afetivos, consagrando-a como unidade de relações afetivas, em face do desaparecimento da família patriarcal, cujas funções procriacionais, econômicas, religiosas e políticas prevaleciam¹³.

No atual contexto socioeconômico e cultural, a família tem como traços fundamentais a afetividade, cuidado, solidariedade, respeito, pertencimento e convivência. Essas são as bases para o seu reconhecimento como instituição familiar e tutela pelo Direito enquanto tal. Trata-se de uma instituição caracterizada como um fato natural, por isso, alguns autores a exemplo de Fernanda Figueras defendem a idéia

¹¹ "Art. 226. A família, **base da sociedade**, tem especial proteção do Estado" (grifo nosso).

¹² WINGEN, Max. **A caminho de uma ciência da família?** Considerações preliminares para a fundamentação de uma disciplina ancorada na interdisciplinariedade. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 45.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 8 (Primeira Série).

da “[...] família natural, nascida da informalidade de uma relação afetiva”¹⁴.

Esse grupo de convivência e organização humana deve ter por objeto de preocupação o desenvolvimento e bem-estar de cada indivíduo que o integra, ainda que em detrimento de valores antes considerados fundamentais para a instituição familiar, como o patrimônio, a consangüinidade e a transmissão do nome, decorrentes do patriarcado.

Em diferentes momentos da história da civilização a família foi abordada com base na religião (Coulanges), na cultura (Lacan) e atualmente os familistas têm destacado os valores afeto, cuidado e solidariedade.

De tudo que tem sido afirmado sobre a família, o que se percebe são as diversas mudanças ocorridas em seu perfil social, econômico, cultural, religioso e jurídico, com o surgimento de novos paradigmas especialmente quanto às suas funções e fundamentos, que outrora estavam alicerçados em valores como procriação e consangüinidade, transmissão do nome e patrimônio, continuidade do culto doméstico, perpetuação da descendência e culto aos antepassados.

Hoje os valores que devem nortear a família são representados por conceitos metajurídicos como afetividade, cuidado, respeito, solidariedade, convivência e pertencimento. A família é considerada como o espaço apropriado para o desenvolvimento e bem-estar de cada um dos seus membros, sendo responsável pela construção de valores que deverão ser utilizados na vida em sociedade e por isso deve ser protegida contra toda forma de discriminação e exclusão.

3. A família no Brasil

Historicamente, no Brasil a família pode ser retratada em três momentos: a família do período colonial, a família do período republicano ou da codificação de 1916 e a família do período contemporâneo.

¹⁴ FIGUERAS, Fernanda Louro. Aspectos constitucionais da união de pessoas do mesmo sexo. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Orgs.). **Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105.

No período colonial a família é identificada pelo patriarcado, desempenhando funções patrimonial e procriacional, sofrendo forte influência da Igreja e do modelo europeu de família.

A exclusão social já pode ser notada nos primórdios do Brasil Colônia. A miscigenação racial não impediu a existência de classes sociais separando o senhor de engenho de seus escravos, ainda que através de uma submissão imposta por meio da tortura e desespero. A ascensão social de uma classe a outra era praticamente impossível. Essa foi sem dúvida uma herança colonial de nosso país, que buscava o modelo europeu de civilização representada pelo colonizador, preterindo os outros habitantes da Colônia (índios e negros).

Mas essa segregação racial, social, cultural e econômica não impediu que os senhores de engenho e os nobres feudais da Corte Portuguesa mantivessem relacionamentos amorosos à margem da lei, gerando filhos mestiços e ilegítimos aos olhos do Direito, com base numa cultura jurídica que ainda insiste em regular o amor "legítimo".

Em verdade, o sentimento quando limitado ao íntimo de cada ser, não reflete no mundo jurídico, porém, quando vem acompanhado por uma conduta, ou seja, quando há uma exteriorização do sentimento, poderá ocasionar situações que deverão ser tuteladas pelo Direito.

A família no Brasil Colônia, em regra, era voltada para a produção e manutenção da propriedade agrícola, por isso, eram tão numerosas e centradas nos laços consanguíneos. O vínculo biológico imperava, a transmissão do nome e dos direitos de filiação davam-se a partir dos laços de sangue e tinham como principal objetivo a manutenção do *status* do grupo familiar.

Para Gilberto Freyre a família brasileira da Colônia tem sua formação alicerçada sob as bases do patriarcado rural, figurando como *celula mater* da formação da sociedade brasileira, marcada pelo regime agrícola, escravocrata¹⁵. Eis aí suas características, uma instituição patriarcal, hierarquizada e matrimonializada, na qual a autoridade do pai e marido era incontestável. O *pater familias* era o senhor absoluto do grupo

¹⁵ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 50. ed. São Paulo: Global, 2005.

familiar, baseado no patriarcado, quadro que se repete na família do período republicano.

Nesse período, o republicano, a família é disciplinada pelo Código Civil de 1916, constituída pelos pais unidos através do casamento, sob a égide das normas cogentes do Estado, legitimando seus descendentes através do fato jurídico do casamento. Essa família mantém de certa forma as características da família do Brasil Colônia, mas com o advento da Constituição de 1988 assiste ao surgimento de novos paradigmas na contemporaneidade, priorizando o valor afeto num marcante processo de despatrimonialização¹⁶.

A família hierarquizada, patriarcal, era protegida em razão de seus interesses patrimoniais, políticos e religiosos, predominando os valores patrimoniais em detrimento do ser humano. Nesse modelo de instituição familiar seus integrantes eram protegidos em razão de suas funções política, econômica e religiosa, restando em segundo plano o ser humano, individualmente considerado e sua dignidade, prevalecendo os valores patrimoniais que cercavam a família de então¹⁷.

A família do Código Civil de 1916, no início do Séc. XX, hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, tinha um forte conteúdo patrimonialista. A instituição familiar ocupava o primeiro plano em detrimento do indivíduo, este vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, cuja característica marcante era a apropriação de bens nas classes sociais mais favorecidas¹⁸.

Quanto à família contemporânea, esta resulta de importantes fatores que determinaram mudanças de paradigmas, com novos desafios não mais voltados para a manutenção do *status*, nome e patrimônio da família, mas para o desenvolvimento e bem-estar de seus membros.

¹⁶ Esse fenômeno consiste, em suma, na mudança do foco das preocupações do Direito, outrora centradas no patrimônio, para o indivíduo e a dignidade da pessoa humana como valor inerente a todo indivíduo.

¹⁷ DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Orgs.). 2003, p. 11.

¹⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

Vem ganhando adeptos no cenário nacional e ocupando as pautas de debates acadêmicos, a superação da idéia da família de outrora, alicerçada unicamente no matrimônio, com caráter patriarcal, hierarquizado e patrimonializado. Essa mudança de paradigmas decorre especialmente da concepção de pluralidade que permeia a instituição familiar, sendo possível o reconhecimento de diversos modelos familiares, inclusive a união homoafetiva.

Para Michael Walzer o projeto pós-moderno destrói qualquer espécie de identidade comum e comportamento-padrão, dando origem a uma sociedade em que os pronomes “nós” e “eles”, bem como “nós” e “eu” não têm referentes fixos, apontando para a própria perfeição da liberdade individual¹⁹.

Com a possibilidade de novos modelos de famílias reconhecidos pela Constituição de 1988 (pluralismo), as novas famílias possíveis devem ser respeitadas e amparadas sob o manto do Direito. A pluralidade é marcadamente a característica das relações em sociedade. Nesse cenário o Direito deve atuar, não mais distante da realidade, mas voltado para as mudanças perpetradas nas relações interpessoais em nossos dias.

As bases da família contemporânea, a nosso ver, são a solidariedade, afetividade, cuidado, respeito, convivência e pertencimento, num modelo pluralista de família cujo foco é a dignidade da pessoa humana. Novos valores surgem no centro da família brasileira, voltada para o desenvolvimento e bem-estar de seus membros, representando um novo desafio para o Direito que se manteve durante longo período inerte aos essenciais interesses do ser enquanto *ser*.

Prevalece atualmente o princípio da pluralidade de entidades familiares diante da cláusula aberta inserida no art. 226 do texto constitucional. A procriação deixou de ser a função primordial da família, agora voltada para valores metajurídicos como afetividade, cuidado, solidariedade, respeito, convivência e pertencimento.

No cotidiano da família contemporânea não há espaço para o formalismo, é nesse *locus* que o indivíduo tem a oportunidade de ser,

¹⁹ WALZER, Michael. **Da tolerância**. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 116.

verdadeiramente, não cabendo a adoção de modelos preestabelecidos. Eis aí um dos grandes avanços proporcionados pelo texto constitucional de 1988, ao traçar um modelo plural de família no art. 226 (norma aberta ou norma de inclusão).

Do direito de família tradicional fica como legado de parâmetro inviolável a visão da família como *celula mater* da sociedade, a exigir proteção do Estado, inclusive como princípio constitucional (art. 226, *caput*). Mas a preocupação com o respeito a cada ser, na sua individualidade e também como integrante do núcleo familiar, surge como um dos fundamentos do direito de família contemporâneo.

4. A inclusão social a partir do reconhecimento da pluralidade

A família é o principal espaço de preparação do indivíduo para a cidadania e de acordo com a Constituição da República de 1988 é a base da sociedade (art. 226, *caput*). Assim, em regra, a exclusão social tem início com as ações e principalmente as omissões do Estado e dos particulares que afetam à família.

Em regra, toda pessoa humana nasce abrigada por um grupo familiar, através do qual irá ampliar suas relações com o mundo²⁰. Quando esse grupo enfrenta as conseqüências das desigualdades e exclusão social, a partir do início de sua existência, a pessoa humana irá suportar as dores de viver à margem da sociedade e algumas vezes até do próprio Direito, como outrora ocorria com os concubinos e de certa forma ainda ocorre em nossos dias com as uniões homoafetivas.

Quando esse espaço é comprometido por desigualdades e exclusões, a intolerância prepondera e o caráter de pluralidade que norteia as relações interpessoais é preterido em face da manutenção de valores ultrapassados. A exclusão social parece iniciar já na família, pois ao eleger os modelos possíveis, afastando da proteção do Direito aqueles que são entendidos como inadequados em face dos padrões de crenças e valores dominantes, a sociedade marca profundamente àquelas pessoas que não se adaptam a esses padrões e valores, estigmatizando-as, numa clara demonstração de um individualismo ultrapassado. Daí a importância das relações entre a família e o Estado

²⁰ ZAMBERLAM,, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

através de uma política social relativa àquela, visando ao seu desenvolvimento²¹.

A família é o *locus* da primeira socialização do indivíduo, desempenhando funções socialmente importantes junto aos seus membros, por isso, constitui um ponto nevrálgico relativamente ao extenso conjunto de necessidades. Quando a família se encontra em situação de fragilidade e ausente da existência das pessoas, os problemas tendem a se agravar²².

A pluralidade é uma característica da família contemporânea, voltada para a realização das necessidades de seus membros, objetivando uma vida democrática em sociedade, com justiça e redução das desigualdades²³, a partir da idéia de família como espaço para a socialização, para o exercício inicial da cidadania e para a formação da pessoa humana, baseada na prática do respeito, cuidado, solidariedade e tolerância.

A preservação da família pelo Estado representa um importante passo no processo de redução das desigualdades sociais. Max Wingen destaca que as famílias enfrentam situações problemáticas de cunho econômico e sócio-estrutural, submetidas a ambivalências no seu desenvolvimento, podendo ser 'caso de transtorno', enfrentando o risco de serem sobrecarregadas com expectativas e exigências externas²⁴.

O enfrentamento dos problemas e conflitos familiares de modo isolado, sem uma conexão com as questões sociais e uma preocupação com o ambiente socioeconômico e cultural em que a família está inserida, contribui para o agravamento dos conflitos sociais e as desigualdades sociais.

A busca da inclusão do outro no projeto social de construção de uma sociedade mais justa, eliminando as diversas formas de preconceito e exclusão, deve ser o norte do pesquisador e do aplicador do Direito,

²¹ WINGEN, 2005, p. 57.

²² PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 58. (Primeira Série).

²³ FACHIN, Rosana. 2001, p. 56.

²⁴ WINGEN, 2005, p. 10-11.

como determina o texto constitucional de 1988 (art. 3º, incs. I, III e IV). Atualmente uma das preocupações dos familistas gira em torno do devido reconhecimento e respeito pela união homoafetiva, a partir do reconhecimento da livre determinação da orientação sexual, igualdade e dignidade da pessoa humana.

A proporção que a família enfrenta dificuldades para desempenhar seu mister de socializar e preparar o indivíduo para a vida, amparando-o, surgem as situações de vulnerabilidade da pessoa humana, com fatores de riscos ligados à violência e à exclusão social. É na família que a pessoa humana deve receber as noções básicas necessárias à sua existência, seja quanto à sobrevivência material, seja quanto aos laços de afeto e lições de ética e moral para a vida em sociedade. No ambiente familiar o indivíduo tem seu primeiro contato com as relações interpessoais que trará na vida em sociedade.

A doutrina católica reconhece que a família, como célula vital da sociedade, possui vínculos essenciais com esta por constituir seu fundamento, desempenhando um dever de serviço à vida, já que é da instituição familiar que saem os cidadãos, os quais encontram nesta “[...] a primeira escola daquelas virtudes sociais, que são a alma da vida e do desenvolvimento da mesma sociedade”²⁵.

Não olvidamos que a Igreja não aceita a homoafetividade, considerando-a como uma anomalia, representada pela prática de atos intrinsecamente desordenados²⁶, mas é adequada a lição católica sobre a necessidade da sociedade estar a serviço da família, expressa na *Familiaris Consortio*: “A íntima conexão entre a família e a sociedade, como exige a abertura e a participação da família na sociedade e no seu desenvolvimento, impõe também que a sociedade não abandone o seu dever fundamental de respeitar e de promover a família”²⁷.

²⁵ JOÃO PAULO II. *A missão da família cristã no mundo de hoje: exortação apostólica familiaris consortio*. 18. ed. São Paulo: Paulinas, 2004, p. 75.

²⁶ RATZINGER, Joseph; AMATO, Ângelo. *Considerações sobre os projetos de reconhecimento legal das uniões entre pessoas homossexuais*. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 2003, p. 8 (Documentos da Igreja).

²⁷ JOÃO PAULO II, *idem*, p. 79.

A redução das desigualdades e exclusão social deve ser promovida inicialmente na família, por ser esta a base de toda sociedade. Assim procedendo, certamente lograremos a concretização do princípio fundamental disposto no art. 3º, incs. I e III do texto constitucional de 1988.

5. Afetividade: um princípio constitucional implícito

A idéia da afetividade como princípio constitucional implícito pode ser localizada nos escritos de Paulo Lôbo para quem a afetividade é um princípio constitucional implícito e não uma petição de princípios, nem um fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Decorre de uma construção cultural, fundada na convivência em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Segundo o jurista nos arts. 226, §§ 3º, 4º e 6º e 227, §§ 6º e 7º, estão as bases do princípio constitucional da afetividade, enquanto princípio constitucional implícito²⁸.

Na sociedade pré-industrial cujas principais atividades econômicas eram a agricultura e a caça, as relações entre os casais, em regra, tinham seu fundamento na garantia de sobrevivência, com uma marcada diferença entre homem e mulher baseada na força do trabalho, onde os direitos individuais eram mínimos e prevaleciam os interesses da comunidade, mesmo que em detrimento das necessidades afetivas do indivíduo²⁹.

A família hodierna não é mais considerada unicamente como *locus* para a procriação, transmissão do nome e do patrimônio ou manutenção do *status*, mas é especialmente considerada como um ambiente para o desenvolvimento e a realização de seus integrantes.

Perlingieri afirma que “O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”³⁰.

A importância do valor afeto para a instituição família decorre da constatação de que esta corresponde ao espaço no qual o indivíduo tem contato com suas primeiras experiências relacionais e de aprendizagem,

²⁸ LÔBO, 2004, p. 8-9.

²⁹ ZAMBERLAM, 2001, p. 48.

³⁰ PERLINGIERI, 1999, p. 244.

que irão servir de base para sua vida como registros positivos ou negativos. O afeto pode ser considerado como um elemento concreto nas relações familiares, ingressando gradativamente no mundo jurídico, como ocorreu com a liberdade, igualdade e solidariedade³¹.

Para Jacqueline Nogueira a afetividade representa o elemento nuclear, definidor da união familiar. Nogueira aponta como finalidade mais relevante da família a realização da afetividade pela pessoa no meio familiar, num humanismo que só se constrói na solidariedade com o outro. Assim, a função afetiva unifica e estabiliza a família, que tem no respeito, na liberdade e na igualdade práticas constantes³².

A afirmação do afeto (amor) como base da família é encontrada também na doutrina católica, segundo a qual sem esse sentimento “[...] a família não é uma comunidade de pessoas, assim, *sem o amor, a família não pode viver, crescer e aperfeiçoar-se como comunidade de pessoas*”³³ (grifos do autor).

O reconhecimento jurídico do valor afeto pode ser encontrado na proteção dada pelo Direito às famílias de fato. O direito de família começa a inovar quando reconhece como entidade familiar, às famílias de fato que sempre existiram, mesmo que à margem da sociedade e da lei. O constituinte de 1988 inovou acertadamente ao superar a concepção formal estrita da família³⁴.

Mas é necessário avançarmos para que aos casais homoafetivos sejam assegurados os direitos pertinentes às entidades familiares, reduzindo as desigualdades que ainda imperam em nosso meio social, afetando à vida íntima das pessoas em razão de convicções religiosas e culturais ultrapassadas.

6. A dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental

Derivada do latim *dignitas*, a dignidade da pessoa humana consiste no valor fundamental da ordem jurídica. Sua origem teológica é encontrada no Livro do Gênesis (1,27) segundo o qual, “Deus criou o

³¹ ZAMBERLAM, 2001, p. 82-83.

³² NOGUEIRA, 2001, p. 54.

³³ JOÃO PAULO II, 2004, p. 31.

³⁴ FACHIN, Rosana. 2001, p. 132.

homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus; criou o homem e a mulher”³⁵ e em Gálatas (3, 28): “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”³⁶.

O pensamento ocidental sobre a dignidade da pessoa humana tem suas bases firmadas na teologia cristã, cuja visão de dignidade humana está na idéia da criação do homem à imagem e semelhança de Deus, revelando a importância e contribuição da dimensão teológica para a compreensão da dignidade da pessoa humana.

Do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, decorre a proibição de que o indivíduo seja considerado como mero objeto em relação ao Estado ou a terceiros, expondo-o a tratamento que comprometa sua qualidade de sujeito de direitos fundamentais. Essa concepção ganha relevo em nossos dias diante das discussões sobre a homoaletividade e seu reconhecimento como entidade familiar.

A delimitação e âmbito de abrangência da dignidade da pessoa humana são de difícil verificação, estando intimamente ligados aos direitos fundamentais. Essa estreita conexão com os direitos fundamentais é reconhecida mesmo nos sistemas jurídicos em que a dignidade da pessoa humana não está expressamente prevista no direito positivo, por ser um dos postulados do Direito na contemporaneidade, devendo ser assegurada a toda pessoa humana desde a sua concepção, como valor irrenunciável, indisponível e inalienável.

Historicamente a conexão entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais pode ser encontrada após a Segunda Guerra Mundial, com o sentido de um liame entre dignidade e igualdade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) expressa essa vinculação em seu art. 1º ao dispor: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Numa dimensão jurídico-constitucional, entre nós foi erigida a princípio constitucional³⁷, com hierarquia de princípio fundamental.

³⁵ BÍBLIA. Português. *Gênese*. 1996, p. 49.

³⁶ BÍBLIA. Português. *Gálatas*. Tradução do Centro Bíblico Católico. 7. ed. São Paulo: Ave Maria, 1996, p. 1495.

³⁷ Art. 1º, inc. III, da Constituição da República de 1988.

Todavia, pode ser considerada acertadamente como valor superior no sistema dos direitos fundamentais, como ponto central da ordem de valores. Como valor supremo foi desenvolvida num cenário filosófico-teológico, surgindo posteriormente no cenário jurídico, onde prevalece o entendimento de que a dignidade da pessoa humana não é algo relativo, já que não há como sustentar que alguém possa ter mais ou menos dignidade em face do outro³⁸.

Merece destaque ainda sua dimensão cultural, pois há uma referência cultural na formação do seu conteúdo, que sofre a influência do ambiente sociocultural e dos demais valores apontados como essenciais, com características relativamente universais, especialmente em razão das declarações internacionais de direitos.

Nessa dimensão a dignidade da pessoa humana recebe a influência dos padrões e convenções sociais que variam de acordo com a época e o local, consistindo num resultado das lutas das gerações passadas, ligada a uma dimensão prestacional.

Devemos registrar ainda a dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana, de acordo com a qual esta é inerente a toda pessoa humana, independentemente de qualquer outro atributo que a pessoa detenha. Todos são iguais em dignidade. Mesmo um criminoso capaz de praticar um ato vil que macule sua superior posição em relação às demais criaturas como integrante da espécie humana, apesar de não agir com dignidade, continuará sendo detentor do atributo da dignidade da pessoa humana pelo fato de ser uma pessoa.

O respeito e proteção da dignidade da pessoa humana são deveres jurídico-fundamentais do Estado constitucional contemporâneo, não importa a qual dimensão nos reportamos. Em regra, como é a hipótese do nosso sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana figura como princípio fundamental. Mas também pode ser compreendida como um princípio basilar da filosofia moral (dimensão filosófica), um princípio jurídico inserido nos principais textos de direito positivo ou um valor supremo.

³⁸ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

Não há uma fórmula da dignidade humana aplicável a todas as hipóteses, especialmente diante da pluralidade e complexidade das relações sociais contemporâneas, onde são encontradas as uniões homoafetivas, por isso a determinação de sua proteção estará ligada a verificação do caso concreto, sempre com base em critérios racionais de interpretação, procurando limitar o subjetivismo do intérprete.

O conteúdo e o alcance da dignidade da pessoa humana em cada cultura pode ser verificado de acordo com sua concretização no cotidiano de cada pessoa e também diante do caso concreto submetido à apreciação, evidentemente recebendo influência de fatores ligados à cultura da comunidade, pré-existindo ao direito positivo, devendo ser reconhecida mesmo naquelas sociedades cujo texto constitucional e legislação não disponham sobre ela.

Como princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana integra o núcleo essencial da Constituição. Em nosso sistema jurídico está expressamente prevista no texto constitucional (arts. 1º, inc. III, 170, *caput*, 226, § 6º e 227, *caput*), devendo nortear todo o sistema jurídico e não apenas os direitos fundamentais, principalmente devido ao seu *status* de maior hierarquia quanto ao aspecto axiológico alcançando as questões relativas à homoafetividade e seu reconhecimento como entidade familiar.

7. A secularização e o Direito

O processo de secularização que afeta o Direito contemporâneo teve início no Séc. XIV, representando a separação entre o Estado e a Religião. A secularização representou a ruptura entre a cultura religiosa e as doutrinas filosóficas, entre a moral eclesiástica e a forma de produção da ciência³⁹.

Em nosso vernáculo, secularização significa o “Fenômeno histórico dos últimos séculos, pelo qual as crenças e instituições religiosas se converteram em doutrinas filosóficas e instituições leigas. [...]”⁴⁰.

³⁹ WELTER, Belmiro Pedro. A secularização do direito de família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). 2004, p. 215.

⁴⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1560.

Por secularização podemos compreender o movimento que tem como finalidade tornar leigo o que outrora era eclesiástico, em contraposição ao movimento de sacralização, voltado para o teocentrismo que buscava na cultura eclesiástica a explicação para todas as coisas. O movimento de secularização também recebe a denominação de laicificação.

O princípio da secularização afeta o Direito de modo substancial, pois durante muito tempo a Igreja, comandou as ciências e conseqüentemente o Direito, a partir de um movimento de teocentrismo que via em Deus o centro do universo, a razão e fim de todas as coisas.

Na Era Teológica, proveniente da Idade Média, o conhecimento humano era baseado nos desígnios divinos e na doutrina da criação, cujo cerne estava na idéia de queda/resgate. Nesse período preponderava o movimento denominado de teocentrismo, em contraposição ao movimento posterior que hoje predomina denominado de antropocentrismo, cujo cerne está na compreensão do homem como base de todas as coisas.

Para Michel Walzer o objetivo da separação entre Igreja e Estado na modernidade foi negar poder político a todas as autoridades religiosas, a partir da suposição realista de que todas essas autoridades são pelo menos potencialmente intolerantes⁴¹. Esse posicionamento é essencial para o tema que desenvolvemos neste ensaio, pois a Igreja se apresenta como uma das instituições que mais adota postura restritiva em relação à homoafetividade, chegando a compreendê-la como uma anomalia.

Tanto o aplicador do Direito como o cientista, estão inseridos no contexto social, possuindo convicções pessoais decorrentes das experiências sociais, religiosas, econômicas, dentre outras, que acumulam, por essa razão ambos sofrem as influências do ambiente com o qual interagem e acumulam experiências.

A Religião é um importante fator para a formação do pensamento humano e sendo o processo um instrumento disponível em nossos dias para a concretização de direitos, é imprescindível que os fatores ligados à Religião e à concepção pessoal de cada um não comprometam a imparcialidade imprescindível para a formação do

⁴¹ WALZER, 1999, p. 105.

convencimento acerca de um tema que envolve diversos questionamentos éticos, religiosos, morais e jurídicos.

As influências advindas da Religião e do Direito Canônico devem ocupar o *locus* que lhe é devido na atualidade, com base no princípio da secularização, a fim de que pré-conceitos importados da cultura eclesiástica, não comprometam a efetividade do processo contemporâneo, especialmente nas questões atinentes à família.

O princípio da secularização interessa sobremaneira ao direito de família, exemplo disso encontramos nas questões relativas à homoafetividade e seu reconhecimento como entidade familiar.

Não queremos afirmar que o secularismo é incompatível com a Religião, pois esta deve ser preservada em seus conteúdos e princípios, desde que haja uma concreta distinção entre o Estado (*in casu* representado pela atuação do Poder Judiciário) e a cultura eclesiástica proveniente da Igreja. Cremos e princípios religiosos não devem afetar a proteção devida pelo Estado à pessoa humana, independentemente das circunstâncias ou de sua orientação sexual.

Sérgio Rouanet defende que a modernidade significa uma humanização do divino e que a ascensão irreversível do secularismo consistiu num extraordinário progresso para o espírito humano, ao permitir ao homem pensar por si mesmo. Rouanet defende ainda que a modernidade também comporta um movimento oposto denominado por divinização do humano, através do qual é possível ao homem alcançar o outro, alertando para o surgimento na atualidade de um movimento que denomina de "reencantamento do mundo".⁴²

Para Rouanet o secularismo não está posto em xeque, mas a idéia de incompatibilidade entre este e a Religião está em declínio.⁴³

O Brasil é um país laico. Por isso, deve pautar o Direito num modelo inclusivo, afastando os óbices que comprometem a realização plena do ser, cuja herança religiosa ainda é marcante.

⁴² ROUANET, Sérgio Paulo. *A volta de Deus*. Disponível em: <<http://www.cienciaefe.org.br/OnLine/jul02/volta.htm>> Acesso em: 15 jul. 2006.

⁴³ ROUANET, *idem*.

O desafio para o cientista e intérprete do Direito em nossos dias, consiste em dar à cultura e aos princípios eclesiásticos a importância devida, visando à garantia da igualdade e dignidade da pessoa humana, compreendendo que tais fatores influenciam o processo, mas ao lado da cultura eclesiástica e dos princípios importados do Direito Canônico existem outros fatores primordiais que não devem ser preteridos como a redução das desigualdades, rechaçando a exclusão social.

8. Homoafetividade: tolerância ou respeito?

A etimologia da palavra homossexualismo deriva da palavra grega *homo*, que significa semelhante e da palavra latina *sexus*, que significa sexo. Sob o aspecto etimológico, homossexualismo significa sexualidade semelhante ou sexualidade exercida com pessoa do mesmo sexo.

Presente em todos os momentos da história da civilização, a homossexualidade também enfrentou mudanças ao longo do tempo. Entre os povos primitivos estava relacionada com a religião e a carreira militar, representando uma virtude castrense em algumas civilizações. Os gregos clássicos ligavam a homossexualidade à intelectualidade, estética corporal e ética comportamental. Com o advento do Cristianismo a homossexualidade passou a ser considerada como uma anomalia psicológica. Na Idade Média foi registrada uma disseminação da homossexualidade nos mosteiros e acampamentos militares⁴⁴.

A homossexualidade sempre esteve presente nas reflexões e estudos dos cientistas das mais diversas áreas do conhecimento humano que buscavam (e ainda buscam) justificações para a sua existência. Diversas justificações foram apresentadas pelos pesquisadores ao considerarem a homossexualidade como perversão sexual, patologia, desajustamento social, desajustamento de comportamento, transtorno, desvio sexual, anomalia genética, perturbação endócrina, distúrbio de identidade, complexos psicossociais, dentre outras.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade - o que diz a Justiça!** As pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50.

Em 1985 o Código Internacional de Doenças (CID) inseriu o **homossexualismo** no capítulo destinado aos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais, ou seja, de desajustamento social decorrente da discriminação religiosa ou sexual. Em 1995 o CID passou a adotar a denominação homossexualidade, abandonando o sufixo *ismo*, que dava a conotação de doença, para adotar o sufixo *idade*, que significa um modo de ser. Com isso, os cientistas passaram a entender que eventuais transtornos ligados à homossexualidade eram decorrentes da discriminação e repressão sexual⁴⁵.

A partir de 1991, a Anistia Internacional passou a considerar a proibição da homossexualidade como violação aos direitos humanos⁴⁶.

No cenário das ciências médicas diversas pesquisas e estudos foram e ainda estão sendo realizados, merecendo destaque a pesquisa da neurocientista Simon Le-Vay que identificou uma alteração no hipotálamo⁴⁷ dos homossexuais. De acordo com essa pesquisa, nos homossexuais o hipotálamo teria a metade do tamanho dos heterossexuais, possuindo dimensões semelhantes ao das mulheres.

Nada é conclusivo no que diz respeito às explicações da ciência para as causas da homossexualidade. Não há certeza alguma, apesar da atribuição da homossexualidade a fatores biológicos, genéticos, hormonais, sociais, comportamentais, dentre outras, conforme as pesquisas realizadas. Há uma certa unanimidade quanto ao entendimento de que não se trata de uma opção, nem de preferência, mas provavelmente de uma orientação. Fala-se também em inclinação e determinismo.

Com o advento do Cristianismo houve uma exacerbação do preconceito e da intolerância, por ser a homossexualidade considerada como transgressão às leis divinas.

Nas Sagradas Escrituras a vedação à homossexualidade é encontrada no Livro do Levítico 18:22⁴⁸, como também na Carta do Apóstolo Paulo aos Romanos 1:26-27⁴⁹.

⁴⁵ DIAS, 2003, p. 51.

⁴⁶ DIAS, 2003, p. 51.

⁴⁷ Região do cérebro responsável pelo controle de impulsos sexuais.

⁴⁸ "Não te deitarás com um homem como se fosse mulher: isso é uma abominação".

As sociedades democráticas têm como característica preponderante a pluralidade de valores. No que tange às relações homoafetivas, compreendemos que um importante e fundamental passo deve ser dado na realização de uma opção clara e consciente entre tolerância e respeito. Trata-se de uma questão de tolerar ou respeitar, aceitar o outro, suas orientações e o modo como conduz sua vida pessoal?

Para o autor Michael Walzer “Tolerar e ser tolerado tem algo do governar e ser governado de Aristóteles: é a tarefa dos cidadãos democráticos”⁵⁰. A tolerância possibilita uma coexistência pacífica entre grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades diferentes⁵¹.

Walzer afirma que por tolerância podemos entender uma atitude ou um estado de espírito, cujas possibilidades são representadas pela resignação, indiferença, aceitação estoica, curiosidade e entusiasmo. Como resignação, a tolerância consiste numa resignada aceitação da diferença visando à preservação da paz. Esse momento do *continuum* da tolerância está ligado as suas origens religiosas nos séculos XVI e XVII, momento em que a tolerância se assemelha à resignação. Como indiferença, a tolerância representa uma atitude passiva, descontraída, indiferente à diferença, sob a mentalidade de que o mundo é feito para todos. Como aceitação estoica, compreende o reconhecimento de que os “outros” têm direitos, mesmo quando os exerce de modo antipático, numa espécie de estoicismo moral. Como curiosidade, a tolerância é representada pela abertura para com os outros, por curiosidade, respeito ou uma disposição para ouvir e aprender. Por fim, uma quinta possibilidade equivale a um estágio mais avançado, identificado pelo autor como um endosso entusiástico da diferença, ligando tolerância ao entusiasmo. Essas possibilidades não são sistemáticas.

⁴⁹ “Por isso, Deus os entregou a paixões vergonhosas: as suas mulheres mudaram as relações naturais em relações contra a natureza. Do mesmo modo também os homens, deixando o uso natural da mulher, arderam em desejos uns para com os outros, cometendo homens com homens a torpeza, e recebendo em seus corpos a paga devida ao seu desvario”.

⁵⁰ WALZER, 1999, p. XI.

⁵¹ WALZER, 1999, p. 4.

Um momento importante do trabalho de Walzer sobre a tolerância é aquele no qual o autor afirma que em qualquer sociedade pluralista sempre haverá pessoas para as quais será difícil conviver com alguma diferença particular, por mais firme que seja seu propósito com o pluralismo, mesmo quando defendem a idéia da diferença, tais pessoas apenas toleram as diferenças concretas⁵².

Em seguida Walzer arremata esse raciocínio afirmando que as pessoas verdadeiramente possuidoras da virtude da tolerância são aquelas que aceitam aqueles “[...] cujas crenças não adotam, cujas práticas se recusam a imitar”. Aquelas pessoas que convivem com uma alteridade que mesmo aprovando sua presença no mundo, é diferente do que conhecem, algo estranho⁵³.

Walzer utiliza o termo tolerância a partir da idéia de que o respeito mútuo é uma das atitudes necessárias àquela, rechaçando o entendimento de que a tolerância representa sempre uma relação de desigualdade em que o tolerado aceitando sua própria fraqueza ocupa um *locus* inferior aquele que tolera, o qual exerce um ato de poder⁵⁴.

No vernáculo a palavra tolerância expressa “Tendência a admitir modos de pensar, de agir e de sentir que diferem dos de um indivíduo ou de grupos determinados, políticos ou religiosos”⁵⁵.

O estágio da tolerância representa um grande avanço nas relações interpessoais de uma sociedade complexa como a nossa. Contudo, no estágio atual, em relação à homoafetividade, devemos falar em respeito e não mais em tolerância. Respeito no sentido de compreensão e aceitação de que vivemos numa sociedade pluralista, onde todas as práticas não vedadas em lei (*lato sensu*) são possíveis e devem ser reconhecidas. Respeito no sentido de que ao outro é reconhecido o direito de conduzir sua vida pessoal conforme suas convicções, crenças e orientação sexual. Respeito no sentido de que o reconhecimento das diferenças equivale à sacralização da dignidade da pessoa humana.

⁵² WALZER, 1999, p. 17.

⁵³ WALZER, 1999, p. 18.

⁵⁴ WALZER, 1999, p. 69.

⁵⁵ FERREIRA, 1986, p. 1686.

A livre escolha do(a) companheiro(a) é uma consequência do princípio constitucional da liberdade. Luiz Edson Fachin lembra que no texto constitucional de 1988 pode ser localizada a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, a partir dos princípios da liberdade, igualdade e inviolabilidade da intimidade e da vida privada⁵⁶.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, estabelece em seu preâmbulo o “[...] reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis [...] fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

O princípio da igualdade expresso no art. 5º, *caput* e no inc. I, da Constituição da República de 1988 é o alicerce para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Ao lado desses dispositivos constitucionais, somam-se os arts. 1º, inc. III e 3º, inc. IV, que versam respectivamente sobre a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer espécie, inclusive quanto à orientação sexual, proibindo a discriminação.

A orientação sexual representa um traço constitutivo da individualidade humana, integrando sua estrutura biológica, qualquer discriminação atinente a essa característica viola a privacidade do indivíduo, sendo rechaçada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁵⁷.

O respeito à diversidade, na qual se insere a liberdade de orientação sexual e constituição da entidade familiar, é concretizado a partir do respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, sendo um importante passo para a redução das desigualdades sociais.

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 34.

⁵⁷ FIGUERAS, 2003, p. 110.

9. A união homoafetiva

Compreendemos a união homoafetiva como uma entidade familiar. Este também é o entendimento de juristas como Fernanda Figueras ao afirmar:

Se duas pessoas decidem compartilhar suas vidas, cumprindo os deveres de mútua assistência, construindo laços afetivos duradouros e estáveis, tal vínculo necessariamente merece a qualificação de entidade familiar⁵⁸.

Para Figueras a união homoafetiva, “[...] como comunhão de vida caracterizada por vínculos afetivos e sexuais, satisfaz os requisitos caracterizadores da entidade familiar”⁵⁹.

Nosso entendimento avança no sentido de considerarmos adequada a aplicação à união homoafetiva das regras atinentes à união estável. Não podemos olvidar que uma união estável é identificada como o relacionamento entre duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo que mantém uma relação duradoura, pública, contínua e com *animus* de constituição de família, vivendo como se casados fossem, não havendo nenhuma vinculação à orientação sexual seguida por essas pessoas, em que pese a expressão contida no art. 226, § 3º do texto constitucional e no art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Maria Berenice Dias ressalta que a Constituição atual introduziu no Direito de Família a união estável, seguindo a jurisprudência que sobre a denominação de concubinato, contemplava apenas com direitos obrigacionais, “[...] identificando como sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto”⁶⁰.

No Brasil contemporâneo presenciamos uma pluralidade de entidades familiares. O texto constitucional de 1988, com sua norma de inclusão (art. 226) permite ao intérprete e ao pesquisador do Direito afirmar categoricamente que as regras constitucionais sobre tais entidades não são *numerus clausus*, mas *numerus apertus*.

⁵⁸ FIGUERAS, 2003, p. 112-113.

⁵⁹ FIGUERAS, op. cit, p. 112-113.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva será lei*. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/Materia.asp?CodMater=107>>. Acesso em: 24 ago. 2006.

Esse entendimento é defendido por juristas como Paulo Lôbo ao ressaltar que diante do perfil jurídico-constitucional hodierno, as possibilidades de entidades familiares não são *numerus clausus*, sendo a tipicidade aberta, meramente exemplificativa⁶¹. Hoje não mais se concebe a idéia de que apenas a família clássica formada pelos pais (unidos pelo casamento) e pela prole, constitui o único modelo de família reconhecido e tutelado pelo Direito.

A união homoafetiva, cujas denominações variaram ao longo dos tempos, de união homossexual, união homoerótica, parceria civil registrada, dentre tantas outras, deve hoje ser tratada como uma família possível, amparada pelo Direito com base nos princípios fundamentais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e reconhecimento de entidades familiares *numerus apertus*.

Como entidade familiar à união homoafetiva cabe a proteção do Estado, assegurando a seus membros direitos pessoais e patrimoniais como os atinentes ao direito de família e previdenciário, v. g. alimentos, sucessão, divisão do patrimônio, dissolução da união, tramitação das ações judiciais nas varas de família, dentre outros.

A “família padrão”, aquela reconhecida como verdadeira família pela fé católica, constituída através do matrimônio, formada pelos esposos, filhos e demais parentes, sofreu profundas transformações e não é mais o único modelo admissível.

As transformações socioeconômicas e culturais de nossos tempos levam o intérprete e pesquisador a adotar uma nova postura, mais aberta às necessidades sociais, procurando dar ao Direito e à pessoa humana o valor que efetivamente merecem, sendo o Direito voltado para o homem e não este voltado para o Direito.

Como bem reconhece Jacqueline Nogueira, no direito privado tudo é possível, desde que não lese o bem comum da sociedade. Este raciocínio no direito de família, leva ao entendimento de que a forma de convivência familiar ideal é aquela que determinada família conseguiu construir, de acordo com as suas necessidades. A lei não pode garantir a felicidade de apenas um modelo de convivência, cabendo ao Estado garantir a possibilidade de construção de uma convivência familiar, mas

⁶¹ LÔBO, 2004, p. 17.

não interferir na liberdade das pessoas de administrar o sentido de sua existência e de construir o seu próprio modelo ideal de família⁶².

Um Estado Democrático de Direito deve pautar suas ações no valor justiça e na pluralidade que norteia a vida em sociedade. Na seara do direito de família, essa postura pode ser refletida a partir da compreensão de que a vida familiar do indivíduo não comporta modelos preestabelecidos quanto às uniões possíveis.

O princípio da liberdade assegura que cada pessoa desenvolva seus afetos em virtude da liberdade de orientação e convicções íntimas, evidentemente resguardando os direitos de terceiros. Esse entendimento não autoriza a “legitimação” de relacionamentos eivados pelos vícios de consangüinidades, como aqueles decorrentes dos impedimentos matrimoniais, apenas para exemplificar, ou ainda aqueles que violem direitos de pessoas menores ou incapazes.

A exigência de diversidade de sexo para que uma união seja considerada estável, viola os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, reconhecidos no texto constitucional de 1988 como fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III)⁶³.

A omissão do legislador em reconhecer a união homoafetiva como união estável, desde que presentes os requisitos desta, não equivale à impossibilidade de decorrerem efeitos jurídicos em determinadas situações fáticas, nem autoriza a omissão do julgador em garantir os direitos dos companheiros, como prevê o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), ao estabelecer: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os costumes e os princípios gerais de direito” (grifo nosso).

Nesse mesmo texto legislativo encontramos a afirmação de que ao aplicar a lei, o julgador deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º). É verdade que fins sociais e bem comum são conceitos abertos, mas se o intérprete e o pesquisador do Direito desenvolverem suas argumentações com base em critérios racionais de interpretação, baseados nos princípios

⁶² NOGUEIRA, 2001, p. 61.

⁶³ FIGUERAS, 2003, p. 105.

fundamentais expressos no texto constitucional de 1988, certamente teremos um entendimento que leve ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, por representar uma relação de afeto, com a aplicação por analogia das regras relativas à união estável.

Sobre a omissão do legislador e a timidez do Judiciário em reconhecer a união homoafetiva como amparada pelo Direito, Maria Berenice Dias destaca:

A omissão do legislador de regulamentar situações que não gozam de plena aceitação social muitas vezes se deve ao receio do poder de legislar. Configura uma técnica cruel a de tentar eliminar situações que uma minoria, levada pela indiferença ou pelo fanatismo, não quer ver ou insiste em rejeitar. O resultado não pode ser mais nefasto: a inexistência de legislação desencoraja os julgadores a reconhecer relações sociais que reclamam proteção jurídica. Desse modo, quer o silêncio da lei, quer o medo do Judiciário, fazem uma legião de marginalizados, oprimidos e desvalidos, pelo simples fato de viverem relações não aceitas por alguns como “certas” e “legítimas” e, por isso, carecerem de referendo legal⁶⁴.

Dentre os requisitos exigidos para caracterização da união homoafetiva, como ocorre com a união estável, estão a afetividade, estabilidade da relação, ostentabilidade (de difícil comprovação, em razão do preconceito que impera em nossa sociedade), fidelidade, mútua assistência, manutenção e fortalecimento do patrimônio comum e ainda o desiderato de construir uma família.

A Lei nº 9.278, de 10.5.1996 prevê como requisitos para caracterização da união estável a diversidade de sexos, duração, continuidade, publicidade e intenção de construir família (art. 1º).

O requisito da convivência sobre o mesmo teto já não é *sine qua non*, assim como na união estável, em razão das peculiaridades da vida contemporânea. São muitos os casos em que os companheiros se vêm impedidos de dividir o mesmo teto, por razões de trabalho, filhos decorrentes de outros relacionamentos afetivos, dentre outros motivos.

Contudo, o núcleo da união homoafetiva como de qualquer entidade familiar está evidentemente na afetividade e no desejo de

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva será lei**. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/Materia.asp?CodMater=107>>.

construir uma família, de partilhar uma vida em comum. O afeto surge como elemento estruturante da união homoafetiva.

A interpretação literal do § 3º, do art. 226, da CR/88 e do art. 1.723 do CC/2002 não é a mais adequada. No Estado liberal essa forma de interpretação desempenhou relevante papel limitador do poder do Estado soberano. Os métodos clássicos de interpretação não atendem completamente às complexas relações sociais dos nossos tempos, especialmente quando se trata da Constituição.

A interpretação do texto constitucional deve buscar a atualização da Constituição, através da concretização dos princípios fundamentais nela inseridos, adotando-se uma postura que assegure uma ampla eficácia à Constituição, especialmente no que pertine aos direitos e garantias fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

O respeito à orientação sexual é consequência do princípio fundamental da liberdade (art. 5º, *caput* e incs. II e XLI da CR/88) e deve ser um dos fundamentos do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com aplicação por analogia das regras atinentes à união estável, desde que presentes os requisitos que caracterizam esta.

Uma característica permanente da modernidade é representada pela coexistência de indivíduos livres⁶⁵. Ser livre em nossa sociedade corresponde à garantia de fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei (*lato sensu*) permite⁶⁶. Não há lei proibindo o reconhecimento da união homoafetiva, assim, essa forma de afeto não pode ser considerada ilícita. Além disso, nosso texto constitucional proíbe toda e qualquer forma de discriminação ou preconceito⁶⁷.

Ser livre equivale não somente a poder fazer ou deixar de fazer o que a lei não proíbe, mas também a ter os meios e condições de buscar sua auto-realização. A adoção de uma postura aberta pelo intérprete e aplicador do Direito contribui para a inclusão social.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontramos decisões pioneiras afirmando o reconhecimento da união estável entre

⁶⁵ WALZER, 1999, p. 114.

⁶⁶ Art. 5º, inc. II da CR/88.

⁶⁷ Art. 3º, inc. IV da CR/88.

homossexuais, com base em princípios fundamentais que vedam qualquer forma de discriminação, inclusive quanto ao sexo⁶⁸.

Naquele Tribunal encontramos assertivas fundadas num compromisso com um Direito inclusivo, ao reconhecer com propriedade que o Poder Judiciário não pode olvidar seu mister de prestar a tutela jurisdicional às uniões baseadas no afeto, que assumem feição de família, negando a homossexualidade como fato social que se perpetuou através dos séculos⁶⁹.

Em sede de produção legislativa, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.874/2006 de autoria da Deputada Laura Carneiro, contendo propostas de regulamentação do que denomina “contrato de união homoafetiva”. Sem analisarmos a propriedade do texto desse projeto, uma vez que este não é o objeto deste ensaio, percebermos que iniciativas dessa natureza contribuem para abrir a pauta de discussões sobre o tema, democratizando a busca de soluções adequadas.

Outrora, a recepção da união homoafetiva como sociedade de fato representou um avanço jurisprudencial, cujos fundamentos eram encontrados no art. 1.363 do CC/1916⁷⁰ e na Súmula 380 do STF⁷¹.

Nos tribunais superiores, decisão histórica nesse sentido é encontrada no julgamento proferido no Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial nº 148897-MG, sendo Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, na Quarta Turma, em 10.02.1998. Nesta decisão o STJ reconhecer o direito à partilha dos bens dos conviventes, sem

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 598362695, 8ª Câmara Cível, Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, 01 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2006.

⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70009550070, 7ª Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias, 17 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2006.

⁷⁰ “Art. 1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.

⁷¹ “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

considerar a convivência *more uxório*, limitando-se ao âmbito obrigacional⁷².

Certamente que precedentes dessa natureza são importantes para uma mudança de paradigmas, mas é necessário avançarmos, assumindo de vez nossa opção pela construção de um Estado Democrático de Direito e pela redução das desigualdades sociais a partir da proteção à família.

10. Conclusão

Como aplicação dos ensinamentos decorrentes do humanismo e aplicação dos princípios da solidariedade e respeito pela dignidade da pessoa humana, cabe ao intérprete e ao cientista do Direito voltar os olhos para a realidade da vida em sociedade e os novos paradigmas que norteiam o direito de família, ultrapassando a mera interpretação literal e adotando uma interpretação que dê maior eficácia às normas constitucionais.

Prevalecendo os valores de outrora, a visão clássica da família e as regras clássicas de interpretação, certamente assistiremos a constantes situações de desigualdades e desrespeito à dignidade da pessoa humana, olvidando um dos princípios básicos das ciências sociais, que consiste em ser a sociedade e conseqüentemente as instituições sociais que a integram, marcadas pelas constantes transformações que afetam o homem enquanto ser em constante processo de desenvolvimento.

É a partir da família que ocorre a inserção do indivíduo na sociedade, se aquela sofre discriminação e preconceitos, teremos uma sociedade marcada pelas desigualdades e exclusões, ignorando os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a mudança de paradigmas que norteavam a família de outrora, o casamento, patrimônio, transmissão do nome e procriação, não são mais os valores essenciais da instituição familiar. Assim, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e a

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 148897, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2006.

aplicação por analogia das regras pertinentes à união estável, não pode ser rechaçado em razão dos princípios basilares da família contemporânea, representados pela afetividade, cuidado, respeito, solidariedade, convivência e pertencimento.

O respeito à orientação sexual surge como consequência do princípio fundamental da liberdade, representando um dos fundamentos do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com aplicação por analogia das regras atinentes à união estável, desde que presentes os requisitos que caracterizam esta.

O Direito deve ser compreendido como um instrumento para a garantia da cidadania plena e redução das desigualdades, devendo assumir uma postura inclusiva. Em nossos dias, o reconhecimento da união homoafetiva como sociedade de fato, acarreta sérias consequências para os direitos dos conviventes, afastando a aplicação dos direitos de família e previdenciário em razão da aplicação do direito obrigacional, preterindo uma relação de afeto, por razões que vão desde convicções pessoais à aplicação de métodos de interpretação limitados e inadequados para as complexas relações interpessoais da vida contemporânea.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FENÔMENOS DO TERRORISMO E DO CRIME ORGANIZADO

Ana Luiza Almeida Ferro

Promotora de Justiça-MA, Mestre e Doutora em Ciências Periais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora do UNICEUMA, Coordenadora de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito e Professora da ESMP/MA e Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Autora dos livros jurídicos *O Tribunal de Nuremberg*, *Escusas absolutórias no Direito Penal*, *Robert Merton e o Funcionalismo*, *O crime de falso testemunho ou falsa perícia* e *Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely*. Co-autora do livro de poesias *Versos e anversos*.

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais.
2. As modalidades de terrorismo.
3. As conflitantes concepções sobre o terrorismo.
4. A diferenciação entre as organizações terroristas e as organizações criminosas em sentido estrito.
5. O terrorismo no Direito Penal Comparado.
6. O terrorismo na legislação brasileira.
7. A noção de crimes políticos.
8. Considerações finais.

1. Considerações iniciais.

Tão polêmico quanto o conceito de crime organizado é o do terrorismo, ambos ainda sem uma resposta reconhecidamente satisfatória, em termos doutrinários ou político-criminais, tanto no âmbito interno como no internacional.¹ No caso do terrorismo, inexistiu uma definição assumida oficialmente pelas Nações Unidas ou mesmo pelos Estados Unidos, país que lida com o problema diretamente. Sarah Pellet situa a dificuldade conceitual no fato do vocábulo envolver a

¹ Quanto à dificuldade conceitual e de afirmação de um sistema mais apropriado de prevenção e combate em relação ao terrorismo no âmbito internacional, ver SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. A proteção jurídica internacional contra o terrorismo e o Tribunal Penal Internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 239-255.

mistura entre Direito e Política, geradora de ambigüidade.² Michael Lyman e Gary Potter, a seu turno, dizem que o vocábulo ostenta problema no campo conceitual face à sua amplitude e complexidade, à semelhança do que ocorre com a expressão “crime organizado”. Eles lembram que a maioria dos especialistas geralmente expressa concordância com respeito à assertiva de que “terrorismo” indica comportamento criminoso violento para a realização de algum fim político. Ressaltando que é mais fácil descrever do que definir o fenômeno, acabam por caracterizá-lo como

[...] the unlawful use or threat of violence against persons or property to further political or social objectives. It is designed to intimidate or coerce a government, individuals, or groups to change their behavior or policies.³

2. As modalidades de terrorismo

Escudados na classificação de Jonathan White, Michael Lyman e Gary Potter apresentam cinco diferentes formas de terrorismo:

a) terrorismo criminoso, caracterizado pela utilização do terror para fins de lucro ou ganho psicológico, de maneira que aparecem como espécies claramente distintas o terrorismo criminoso e o político, sendo que alguns especialistas rotulam de terrorismo criminoso o terrorismo doméstico, por ser primariamente visualizado como uma atividade criminosa nos Estados Unidos, onde os terroristas parecem não exibir sofisticação política ou apoio de terroristas em outras regiões do mundo;

b) terrorismo ideológico, constituindo normalmente um esforço no sentido de mudança do poder político dominante, porém não necessariamente implicando uma revolução;

c) terrorismo nacionalista, com traços que o distinguem do terrorismo ideológico, configurando sua marca uma atividade terrorista

² Cf. PELLET, Sarah. A ambigüidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). 2003, p. 9.

³ “[...] o uso ou ameaça ilegal de violência contra pessoas ou bens para promover objetivos políticos ou sociais. É destinado a intimidar ou compelir um governo, indivíduos ou grupos a mudar o seu comportamento ou políticas.” Cf. LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. **Organized crime**. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999, p. 362 (Tradução da autora).

que apóia os interesses de um grupo étnico ou nacionalista, independentemente de sua ideologia política;

d) terrorismo patrocinado pelo Estado, que tem lugar em caso de utilização ou ameaça de utilização de violência, por parte de regimes governamentais, nas relações diplomáticas, à margem do protocolo diplomático firmado, figurando como Estados terroristas, na enumeração dos autores, países como o Irã e a Síria, dentre outros;

e) terrorismo revolucionário, praticado por terroristas revolucionários, pessoas cujas operações táticas assemelhadas à guerrilha semeiam medo nos detentores do poder político e em seus partidários, visando à derrubada do centro de poder existente e à sua substituição por líderes políticos com visão semelhante à dos terroristas, usualmente por meio de seqüestros, explosões a bomba e assassinatos, táticas habilidosamente destinadas a compelir o governo ao emprego de medidas repressivas em resposta, às quais tais terroristas reagiriam com o uso da cobertura midiática em um esforço de exposição do dito governo como sendo desumano e merecedor de ser derrubado.

Igualmente deixam registrada a pertinente observação de Jonathan White de que o ser definido como terrorista depende muitas vezes da percepção acerca da correção moral dos grupos em disputa.⁴

Outro a citar a classificação é Rodolfo Maia, em cuja lista está incluído ainda o terrorismo religioso, “aquele que pretende difundir ou implementar a supremacia de uma dada religião.”⁵ A classificação de Jonathan White, não obstante seus méritos didáticos, tem o inconveniente de sugerir a inclusão de uma categoria de terrorismo – o “criminoso” – diferenciada do chamado terrorismo “político”, voltado para a mudança política, com base em critérios duvidosos e suscetíveis de diversos questionamentos.

⁴ Cf. WHITE, Jonathan R. **Terrorism: an introduction**. Pacific Grove, California: Brooks/Cole, 1991 *apud* LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. 1999, p. 364-366.

⁵ Cf. MAIÁ, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal nº 9.034/95 (organizações criminosas)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 34-35.

3. As conflitantes concepções sobre o terrorismo

O elemento “político” tampouco é apresentado como essencial à identificação do terrorismo na definição de José de Souza Netto. Anota o autor, no contexto do Direito brasileiro, que a palavra *sub examen* diz respeito a diversos comportamentos “que se caracterizam por causar dano considerável a pessoas e coisas pela criação real ou potencial de terror ou intimidação.”⁶ É aqui valorizado o meio e não o fim do terrorismo.

Já na conceituação de Heleno Fragoso, mencionada pelo mesmo José de Souza Netto, também direcionada para o Direito pátrio, a motivação política não é descartada como elemento distintivo. Nem tampouco o meio é negligenciado — o terror. Expõe o mestre que o termo em apreciação se refere a várias figuras de ilícito penal que se “caracterizam por causar dano considerável a pessoas e coisas, na perspectiva do perigo comum; pela criação real ou potencial de terror ou intimidação, e pela finalidade político-social”.⁷

No plano do Direito internacional, há uma única definição sobre o terrorismo, porém ela praticamente restringe o fenômeno a uma agressão contra o Estado. Trata-se da Convenção de Genebra de 1937, em seu art. 1º, adiante transcrito:

Na presente Convenção, a expressão ‘atos terroristas’ quer dizer fatos criminosos dirigidos contra um Estado, e cujo objetivo ou natureza é de provocar o terror em pessoas determinadas, em grupos de pessoas ou no público.⁸

Esta definição é recusada por Eric David, que propõe a conceituação do terrorismo com os seguintes traços:

⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Lavagem de dinheiro*: comentários à Lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999. p. 77.

⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 8 *apud* SOUZA NETTO, José Laurindo de. 1999, p. 78.

⁸ *Apud* PELLET, Sarah, 2003, p. 14. No art. 2º, a Convenção referida lista os fatos criminosos em questão. Vigorosa e criticada por alguns, a técnica enumerativa não fornece uma explicação total sobre a concepção do terrorismo. As convenções internacionais que a sucederam, firmadas sob um espírito defensivo, seguiram a mesma linha redacional e não apresentaram tentativa de definição do fenômeno. Ver *ibidem*, p. 15.

Todo ato de violência armada que, cometido com um objetivo político, social, filosófico, ideológico ou religioso, viole, dentre as prescrições do direito humanitário, aquelas que proibem o emprego de meios cruéis e bárbaros, o ataque de alvos inocentes, ou o ataque de alvos sem interesse militar.⁹

Para Valdir Sznick, o terrorismo, buscando a geração de terror no meio social e da conseqüente perda de confiança por parte das pessoas em relação a seus governantes, pela incapacidade destes de frear a onda terrorística e de evitar o clima de intranquilidade provocado, persegue um objetivo duplo, ou seja, atrair a atenção da população e da comunidade internacional mediante atos de violência e

⁹ DAVID, E. Le terrorisme en Droit International (définition, incrimination, répression). In: ACTES DU COLLOQUE DE BRUXELLES, 19 e 20 de março de 1973, Bruxelas. **Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme**. Bruxelas: Centre de Droit international et Association Belge des Juristes Démocrates, Editions de l'Université de Bruxelles. p. 125 *apud* PELLET, Sarah. A ambigüidade da noção de terrorismo. 2003, p. 17. SARAH PELLET considera tal conceituação não satisfatória, por ser ampla e por procurar juntar as motivações dos atos terroristas e as suas características materiais, o que acarretaria uma dificuldade, uma vez que, com a alusão ao Direito humanitário, a formulação aparentemente assimilaria todo ato de guerra ao terrorismo, sem que possa ser olvidado que os atos terroristas não estão abrangidos entre os atos constitutivos de uma agressão, por força da Resolução nº 3.314, XXIX, da Assembléia-Geral das Nações Unidas (p. 18). Ela prefere a definição, que refletiria com fidelidade o somatório de traços característicos do terrorismo, de autoria do Juiz Gilbert Guillaume, para quem "[...] uma atividade criminal não pode ser vista como terrorista a não ser que três elementos estejam reunidos: – a realização de certos atos de violência com intuito mortes ou a causar danos corporais graves; – uma empresa individual ou coletiva tendendo à realização destes atos; – o objetivo perseguido: criar o terror em pessoas determinadas, em grupos de pessoas ou, de maneira geral, no público". GUILLAUME, Gilbert. **Terrorisme et Droit International**. R.C.A.D.I., v. 215, p. 296, 1989-III *apud* PELLET, Sarah, 2003, p. 18. Com efeito, a enunciação de Eric David é deveras ampla, particularmente quanto às motivações dos atos de terrorismo, e algo problemática, no respeitante à conexão com o Direito humanitário, mas tem o mérito de não ignorar o requisito do objetivo político, o que é negligenciado na conceituação de Gilbert Guillaume, na qual, por outro lado, são apropriadamente destacados os elementos do emprego da violência e da finalidade de semeadura do terror, em empresa de feição individual ou coletiva.

ocasionar mudanças políticas favoráveis às posições defendidas. A característica da motivação política não lhe apaga o cunho de ato criminoso, que envolve violência. Mas, na perpetração do terrorismo, emergem outras condutas delitivas em associação, a exemplo de homicídio, lançamento de bombas, ataques armados, seqüestro, tomada de reféns, roubo e outras lesões ao patrimônio.¹⁰

4. A diferenciação entre as organizações terroristas e as organizações criminosas em sentido estrito

No entanto, não é a modalidade delituosa que distingue as organizações terroristas (ou eversivas, para alguns) das organizações criminosas *stricto sensu* ou de outras associações ilícitas, até porque as primeiras se envolvem no cometimento de infrações penais com o propósito de arrecadação de fundos para a realização de seus próprios fins, não restritos e, mais importante, não prioritariamente voltados ao lucro. Ademais, a violência está presente na realidade dos dois tipos de organizações, embora não seja o único método no caso das organizações criminosas em sentido estrito. E os ilícitos em causa podem ser obra de pessoas agindo em caráter meramente individual ou mesmo como integrantes de um grupo de menos sofisticação organizacional, como uma quadrilha:

Obviamente, não é o tipo de crime que caracteriza a organização criminosa, dado que os crimes praticados pela organização, de forma geral, podem ser praticados por pessoas individualmente ou quadrilha. Os grupos terroristas também praticam crimes a fim de angariar numerários que lhes permitam almejar seus objetivos próprios e que não se limitam ao lucro como, por exemplo, no Peru, onde os membros do Movimento Revolucionário Tupac Amaru (MRTA) têm-se caracterizado por seqüestros lucrativos, como também ocorre com o Sendero Luminoso, que se envolve com os narcotraficantes.¹¹

¹⁰ Cf. SZNICK, Valdir. **Crime organizado**: comentários. São Paulo: LEUD, 1997, p. 55-56. As táticas terroristas assumem muitas feições, como especificam LYMAN e POTTER: tomada de reféns, pirataria aérea, sabotagens, assassinatos, embustes, além de explosões a bomba e fuzilamentos indiscriminados. Cf. LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. 1999, p. 363.

¹¹ LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 35-36.

O contrário também é possível. As organizações criminosas podem igualmente se valer do terror como tática intimidatória ou retributiva. Angiolo Pellegrini e Paulo da Costa Jr. sublinham “os vasos comunicantes” entre os mundos do crime organizado e do terrorismo e descrevem com riqueza de detalhes o que chamam de “estratégia subversiva” e “fase subversiva” da Máfia italiana.¹² É inegável que os caminhos trilhados pelo crime organizado e pelo terrorismo muitas vezes se cruzam.¹³

O que realmente diferencia as organizações terroristas é a perseguição de um fim político de forma prioritária, é o seu caráter notadamente ideológico e subversivo do *status quo*, por intermédio de atos marcados pela tática do terror.¹⁴ A busca do lucro não é descartada ou mesmo negligenciada, mas está a serviço do objetivo maior, de mudança política, tanto que, uma vez alcançado(s) o(s) seu(s) fim(ns), tendem a ingressar na legalidade e a participar ativamente do novo processo político instaurado, ou a perder a natureza de organização terrorista, em prol de uma nova rotulação criminal, em caso de permanência na ilegalidade. As organizações criminosas *stricto sensu*, ao contrário, perseguem o lucro¹⁵ e, em última análise, o máximo de

¹² Ver PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 23-27.

¹³ A Resolução nº 1.373, adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas em 28 de setembro de 2001 e recepcionada no Direito brasileiro por via do Decreto nº 3.976, de 18.10.2001, assinala “com preocupação a estreita ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado transnacional, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais potencialmente mortíferos”. Cf. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Legislação. Decretos de 2001. Decreto n. 3.976, de 18.10.2001. Publicado no DOU de 19.10.2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3976.htm>. Acesso em: 16 abr. 2005.

¹⁴ Ver LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. 2000, p. 24.

¹⁵ “A busca do lucro é outra característica da organização criminosa que a diferencia de grupos terroristas que possuem um cunho eminentemente ideológico e subversivo da ordem constituída, mediante atos terroristas.” *Ibidem*, p. 24. Em sendo o fim econômico, de lucro, inerente à caracterização da organização criminosa em sentido estrito, pensamos não

poder possível, dentro de suas limitações, que lhes permita a obtenção de lucros crescentes e o maior grau de impunidade. São não ideológicas, porque não dispõem de agendas políticas próprias, no sentido de que não defendem uma ideologia política particular.¹⁶ Em geral, a mudança

se enquadrar nesta categoria a associação ilícita direcionada, por exemplo, para o extermínio de pessoas envolvidas com o mundo do crime, em virtude da natureza distinta da motivação que a inspira. Há, entretanto, aqueles com opinião diversa, admitindo como organização criminosa a associação com tal escopo: “No Brasil, segundo Tognolli & Arbex Júnior (1996, p. 78-9), existe também a organização criminosa, pouco conhecida, denominada Scuderie Le Cocq, fundada no Rio de Janeiro em 1964, depois do assassinato do detetive Milton Le Cocq. Somente no Rio de Janeiro essa organização possui cerca de 3.800 associados, sendo comandada pelo delegado de polícia civil Luiz Mariano. O braço mineiro é chefiado pelo inspetor de polícia José Maria de Paulo. No Cartório de Registro de Notas de Vitória, localizado na Praça Costa Pereira, está grafado entre as páginas 531 e 541 da ata de registros cartoriais que a Scuderie é “Uma instituição benemerita e filantrópica, sem fins lucrativos, com o objetivo de servir à comunidade”. Entre seus objetivos constam “combater a criminalidade em geral, combater aos tóxicos de forma específica e prestar socorro à sociedade em momentos difíceis”. Nos últimos cinco anos, a Scuderie Le Cocq tem sido formada por um grupo de policiais civis e militares, frequentadores do Clube Náutico Brasil, no Espírito Santo. Sua principal ação é o extermínio de pessoas envolvidas com a criminalidade.” BORGES, Paulo César Corrêa. *O crime organizado*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 35. O mesmo raciocínio se aplica aos grupos com ideologia e prática rascistas, caso dos nazistas, os quais vemos como excluídos do contexto da criminalidade organizada *stricto sensu* e como integrantes de outra categoria criminal, tendo em conta a motivação, em princípio, não baseada na procura do lucro. Em sentido oposto, ver, porém, SZNICK, Valdir, 1997, p. 16.

- ¹⁶ WILLIAM DOUGLAS e GERALDO PRADO, a propósito, delineiam as organizações criminosas como “grupos que, mesmo agindo sem fins políticos formais, disputam o poder e substituem o Estado.” SANTOS, William Douglas Resinente dos; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Comentários à lei contra o crime organizado* (Lei n. 9.034/95). Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 42. A Máfia siciliana parece ser o melhor exemplo de organização criminosa que persegue a acumulação do maior grau de poder possível, ao lado do lucro. Ver PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. 1999, p. 16. Mas jamais podemos subestimar o papel da motivação econômica, que é essencial em organizações criminosas

política não lhes interessa, pois o próprio *status quo* comumente lhes favorece as atividades ilícitas. O que buscam então é a neutralização das forças estatais e governamentais de controle social, mediante corrupção, com o estabelecimento de ligações estruturais ou funcionais com o próprio Poder Público e com seus agentes.¹⁷ A estratégia do terror, quando utilizada, parece ser episódica ou circunstancial, diversamente do que acontece no cenário das organizações terroristas, nas quais a opção pelo terror é de sua própria essência. Além disso, nem sempre o terrorismo é praticado em caráter associativo.

5. O terrorismo no Direito Penal Comparado

Na legislação alienígena, variam bastante as concepções sobre o terrorismo, bem como as formas de regulamentação do fenômeno. Pelo *United States Code* (Código dos Estados Unidos), a expressão “terrorismo internacional” denota atividades que

(A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State;

(B) appear to be intended —

(i) to intimidate or coerce a civilian population;

(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or

(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and

como a Cosa Nostra italiana. Aliás, salienta GRAZIELA BRAZ que a compreensão da importância desse papel é o caminho para a adoção de medidas preventivas e repressivas bem sucedidas no controle do crime organizado: “Visualizar o lado econômico da *máfia* é indispensável para uma reflexão adequada sobre métodos de ação preventiva e repressiva a serem empregados em relação a essa forma de criminalidade, pois sendo uma organização delinqüencial com objetivos econômicos, é preciso ter em mente que não basta neutralizar os chefes ou intermediários da organização e, sim, atuar nas condições econômicas capazes de gerar tais atividades, conforme acentua Vincenzo Li Donni.” BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime organizado x direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 53.

¹⁷ Ver GOMES, Luiz Flávio. Âmbito de incidência da Lei 9.034/95. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 96-97.

(C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum.¹⁸

No Código Penal português, as organizações terroristas recebem um tratamento à parte (art. 300º), em comparação com a tipificação genérica da associação criminosa (art. 299º), da mesma maneira que o terrorismo (art. 301º), este já fora da categorização do “crime de organização”.¹⁹ Para os fins do art. 300º, grupo, organização ou associação terrorista é

[...] todo o agrupamento de 2 ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral mediante a prática de crimes:

a) Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

¹⁸ “(A) envolvem atos violentos ou atos perigosos para a vida humana que são uma violação das leis penais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado, ou que seriam uma violação penal se cometidos dentro da jurisdição dos Estados Unidos ou de qualquer Estado; (B) parecem ser planejadas — (i) para intimidar ou coagir uma população civil; (ii) para influenciar a política de um governo por intimidação ou coerção; ou (iii) para afetar a condução de um governo por destruição em massa, assassinio ou sequestro; e (C) ocorrem primariamente fora da jurisdição territorial dos Estados Unidos, ou transcendem fronteiras nacionais em termos dos meios pelos quais elas são realizadas, das pessoas que elas parecem pretender intimidar ou coagir, ou do lugar no qual os seus perpetradores operam ou procuram asilo”. FINDLAW FOR LEGAL PROFESSIONALS. Cases & codes. U.S. Code. Disponível em: <<http://www.findlaw.com/casecode/uscodes/>>. Acesso em: 1 Aug. 2005. (Tradução da autora). A definição de “terrorismo internacional” se encontra delimitada no § 2331, Capítulo 113B, Parte I, Título 18 (Crimes and Criminal Procedure), do U.S. Code.

¹⁹ Ver DIAS, Jorge de Figueiredo. *As “associações criminosas” no Código Penal português de 1982* (arts. 287.º e 288.º). Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 26.

b) Contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;

c) De produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivo;

d) De sabotagem;

e) Que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas.²⁰

²⁰ PORTUGAL. *Código penal*, decreto-lei 48/95, de 15 de março. Coimbra: Almedina, 1997. p. 169. Discorre FIGUEIREDO DIAS sobre a incriminação das organizações terroristas, referindo-se ao antigo art. 288º do Código Penal luso, hoje refletido no art. 300º: "Surge, assim, o tipo legal das "organizações terroristas" como *crime qualificado* face ao constante do artigo anterior e perante este posicionado numa relação de *especialidade*, determinante de um concurso legal, aparente ou impuro. O que desde logo significa que as notas típicas fundamentais, que servem para caracterizar o crime de associações criminosas, hão-de encontrar-se também presentes, com o mesmo sentido e extensão, no crime de organizações terroristas; e que, para além daquelas notas, hão-de intervir outras adicionais que individualizam e especializam este tipo legal. Deste ponto de vista se compreende que as considerações fundamentais expendidas sobre o crime previsto no artigo 287º sejam por inteiro pertinentes face ao artigo 288º, e que agora nos reste uma rapidíssima abordagem das especialidades contidas neste último artigo. 2. São duas as circunstâncias qualificadoras do tipo, de verificação cumulativa. É preciso: a) Que o fim da associação consista, especificamente, em prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento do Estado nos termos previstos na Constituição ou forçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral; b) Que tal escopo seja prosseguido através da prática de crimes do tipo dos previstos nas diversas alíneas do artigo 288º, nº 2 (contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, contra a segurança dos transportes e comunicações, de produção dolosa de perigo comum, de sabotagem, ou que impliquem o emprego de armas, meios explosivos, incendiários ou armadilhados). A dupla especialização típica do artigo 288º

Pelo atual Código Penal francês, nos termos dos artigos 421-1 e 421-2, configuram atos de terrorismo, quando intencionalmente guardam relação com uma empresa individual ou coletiva com o escopo de causar grave perturbação da ordem pública pela intimidação ou pelo terror, infrações como os atentados dolosos contra a vida e contra a integridade da pessoa, o seqüestro de aeronave ou outro meio de transporte, as extorsões, a fabricação ou posse ilícita de engenhos mortíferos ou explosivos, a produção, venda, importação ou exportação ilegal de substâncias explosivas, a aquisição, posse, transporte ou porte ilegítimo de substâncias explosivas, a posse, porte e transporte de determinadas armas e munições, a lavagem de dinheiro, entre outras, além da conduta de introdução de uma substância na atmosfera, no solo, no subsolo, nos alimentos ou nos componentes alimentares ou nas águas, de modo a expor a perigo a saúde do homem ou dos animais ou o

respeita assim, em qualquer dos seus elementos, ao *escopo criminoso* da associação. Não basta, por um lado, que a organização pratique ou pretenda praticar crimes: necessário é ainda que tais crimes se integrem na tipologia constante das diversas alíneas do artigo 288º, nº 2, se bem que seja suficiente só uma qualquer das espécies de crimes mencionadas. Não basta, por outro lado, este escopo criminoso: é ainda indispensável a verificação de uma outra finalidade delineada na norma e que, de certo modo, transcende a própria actividade criminosa – em termos de bem se poder dizer que esta é um mero *meio* face ao verdadeiro escopo da associação: o visar prejudicar a integridade e a independência, obstruir o funcionamento das instituições, etc. Não será pois suficiente à qualificação de um grupo como organização terrorista que aquele prejudique a integridade nacional, obstrua o funcionamento de uma instituição ou intimide a população: indispensável é sempre que esse fosse o escopo da associação ou uma consequência necessária ou directa – não meramente possível – da sua existência ou da sua actuação: da *associação*, cumpre acentuá-lo, que não simplesmente dos seus membros individualmente considerados ou de certos deles. Necessário não é, todavia, que este constitua o escopo *exclusivo* da associação, bem podendo ele concorrer com outras finalidades, lícitas ou ilícitas. Fica assim, através destes elementos especializadores, caracterizada tipicamente a existência de uma associação *especialmente perigosa*, cuja conceitualização serve de ponto de conexão a regulamentações particulares, nomeadamente em termos de processo penal.” DIAS, Jorge de Figueiredo. 1988, p. 76-79. O art. 287º citado pelo Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra corresponde ao atual art. 299º, sobre a associação criminosa.

meio natural.²¹ O diploma gaulês também se refere expressamente, no dispositivo seguinte, art. 421-2-1, à situação da participação em grupos como as organizações terroristas:

Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents.²²

O Código Penal italiano apresenta várias figuras associadas ao fenômeno do terrorismo, caso das *associazioni sovversive* (associações subversivas), no art. 270; das *associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico* (associações com finalidade de terrorismo e de subversão da ordem democrática), no art. 270 *bis*; do *attentato per finalità terroristiche o di eversione* (atentado para finalidades terroristas ou de eversão), no art. 280; e do *sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione* (seqüestro de pessoa com o objetivo de terrorismo ou de eversão), no art. 289 *bis*. Por outro lado, o *Codice Penale* também prevê os tipos penais da *associazione per delinquere* (associação para delinquir), no art. 416, e da *associazione di tipo mafioso* (associação de tipo mafioso), no art. 416 *bis*.

Com maior didatismo, precisão e especificidade em contraste com o diploma italiano, o infante *Codex* espanhol discrimina os crimes classificados como de terrorismo e estabelece a sua apenação e outras regras pertinentes, do art. 571 ao art. 580, abarcando desde danos e incêndios, passando pelo depósito de armas ou munições, pela fabricação e pelo depósito, tráfico ou transporte de substâncias ou aparelhos explosivos, inflamáveis, incendiários ou asfixiantes, até homicídios, lesões corporais, seqüestros, ameaças ou coações contra as

²¹ Cf. LEGIFRANCE. Les codes en vigueur. Code Pénal. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeCodes>>. Acesso em: 31 juil. 2005.

²² "Constitui igualmente um ato de terrorismo o fato de participar de um grupamento formado ou de um acerto estabelecido em vista da preparação, caracterizada por um ou vários fatos materiais, de um dos atos de terrorismo mencionados nos artigos precedentes." *Ibidem*. (Tradução da autora). Outro ato enquadrado como tal é o financiamento de uma empresa terrorista, consoante o teor do art. 421-2-2 do Código Penal francês.

pessoas, entre outras condutas. A nota distintiva do envolvimento em algumas das condutas ilícitas associadas ao terrorismo, firmada pelo art. 571, é o fato de pertencer a bandos armados, organizações ou grupos — ou atuar ao serviço destes ou em colaboração com os mesmos —, cujo fim tenha por objeto a subversão da ordem constitucional ou a grave alteração da paz pública. Nesse último aspecto, aproxima-se do estatuto gaulês. Outro ponto a ser ressaltado, no contexto legislativo espanhol, é a possibilidade de punição autônoma por infrações de terrorismo, mesmo quando o sujeito ativo não pertence a um grupo ou organização terrorista, desde que seja preenchido o requisito alternativo da finalidade de subversão da ordem constitucional ou de grave alteração da paz pública ou de contribuição para esses objetivos pela atemorização dos habitantes de uma povoação ou dos membros de um grupo social, político ou profissional (art. 577).²³ Não há, em qualquer dos dispositivos da seção dedicada aos delitos de terrorismo, qualquer definição legal do fenômeno. Deve ainda ser mencionado que o art. 515 insere no rol das associações ilícitas puníveis os bandos armados, organizações ou grupos terroristas (2.º).

Mas é na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (equivalente ao nosso Código de Processo Penal) que as sendas da criminalidade organizada e do terrorismo se cruzam mais diretamente no ordenamento penal-processual penal espanhol. O art. 282 *bis*.4, ao mesmo tempo em que precariamente define a “delinqüência organizada” como a associação de três ou mais pessoas para a realização, permanente ou reiterada, de condutas tendo por objetivo o cometimento de algum ou alguns dos delitos listados em sequência, entre os quais o seqüestro de pessoas, ilícitos contra o patrimônio, a ordem socioeconômica e a saúde pública, o tráfico de material nuclear e radioativo, a falsificação de moeda e o tráfico e depósito de armas, inclui na mesma enumeração os crimes de terrorismo descritos nos artigos 571 a 578 do Código Penal (álínea “k”).²⁴

²³ Cf. NOTICIAS JURÍDICAS. Base de datos de legislación. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html>. Acesso em: 3 ago. 2005.

²⁴ Cf. NOTICIAS JURÍDICAS. Base de datos de legislación. Ley de Enjuiciamiento Criminal. p. 1-2. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t3.html>. Acesso em: 3 ago. 2005. A propósito do tratamento penal e processual dispensado ao fenômeno do

Após destacar a ausência de uma definição legal de terrorismo no Código Penal espanhol, Choclán Montalvo acentua que, para a doutrina espanhola, o terrorismo é uma palavra que necessita de um significado unívoco e preciso, tanto fazendo referência a um fato delitivo, quanto representando um conceito histórico, portador de uma intensa carga emotiva ou política, aplicado a realidades muito distintas em cada momento e espaço. Tendo em vista tais dificuldades, prossegue ele, o conceito dogmático de terrorismo é encarado, segundo o Direito espanhol em vigor, como envolvendo dois elementos:

a) um estrutural, que é o da organização armada, não havendo terrorista individual e sim terrorista integrante de um grupo, demandando a jurisprudência um determinado grau de permanência ou estabilidade do grupo, com capacidade suficiente para produzir terror;

b) outro teleológico, que corresponde ao fim ou resultado político, possibilitando a diferenciação da organização terrorista em relação às associações ilícitas comuns.²⁵

terrorismo na Espanha, CHOCLÁN MONTALVO o contextualiza: *Las normas dictadas frente a la delincuencia terrorista en España, siguiendo los modelos asumidos en otros países de nuestro entorno, se sitúan en un marco de legislación penal y procesal especial, fundamentalmente limitativa de derechos frente a la regulación ordinaria, discriminatoria si se quiere, pero respetuosa con la Constitución en atención a que la desigualdad a que conduce obedece a un fundamento razonable.* CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 36. “As normas ditadas frente à delinquência terrorista na Espanha, seguindo os modelos assumidos em outros países de nosso ambiente, se situam em um marco de legislação penal e processual especial, fundamentalmente limitativa de direitos frente à regulação ordinária, discriminatória se se quer, porém respeitosa com a Constituição em atenção a que a desigualdade a que conduz obedece a um fundamento razoável.” (Tradução da autora).

²⁵ Sobre o elemento de natureza estrutural, completa CHOCLÁN MONTALVO (p.37-38): *El sujeto activo de los delitos de terrorismo es por tanto un individuo que forma parte o actúa para un grupo, es decir, es autor el que realiza las conductas típicas en razón a su pertenencia a la banda criminal (intraneus) o, simplemente, con la finalidad de colaborar al logro de sus objetivos, aunque no pertenezca a ella (extraneus); por tanto, son varios los posibles puntos de conexión del sujeto activo de estos delitos con la organización armada.* Ibidem, p. 38. “O sujeito ativo dos delitos de

6. O terrorismo na legislação brasileira

No Brasil, a Constituição de 1988 situa o terrorismo na mesma categoria dos crimes hediondos, sendo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, nos termos do art. 5º, inc. XLIII. A despeito de menções localizadas ao ilícito, ínsitas na Lei nº 7.170, de 14.12.83, versando sobre delitos contra a segurança nacional, e na Lei nº 8.072, de 25.07.90, a conhecida Lei dos Crimes Hediondos, a legislação penal pátria ainda não apresenta uma tipificação específica do terrorismo. Representa “um delito de perfil organizado, cuja infra-estrutura operacional requer a movimentação de capitais ilícitos”, que “guarda relações com outras formas de criminalidade organizada”, o que teria determinado a sua inclusão no rol objeto do art. 1º da Lei nº 9.613/98, e que, como figura penal, “ainda é carecedor de tratamento jurídico específico em nosso país por parte do legislador”, nas palavras de William Oliveira.²⁶

7. A noção de crimes políticos

Os crimes políticos, por sua vez, de abrangência conceitual maior em relação ao terrorismo, são, conforme Heleno Fragoso, “aqueles que ofendem interesses políticos do Estado”, isto é, que lhe são próprios, enquanto tal, significando “interesses que se relacionam com a vida do Estado na sua essência unitária, como a integridade do território, independência, honra, forma de governo, entre outros”, estando excluídas, em princípio, as infrações violadoras de interesses administrativos, do Estado, que constituem delitos comuns, mas

terrorismo é portanto um indivíduo que forma parte ou atua para um grupo, ou seja, é autor o que realiza as condutas típicas em razão de sua qualidade de membro do bando criminoso (*intraneus*) ou, simplesmente, com a finalidade de colaborar para a consecução de seus objetivos, ainda que não pertença a ele (*extraneus*); portanto, são vários os possíveis pontos de conexão do sujeito ativo destes delitos com a organização armada.” (Tradução da autora).

²⁶ Cf. OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98: aspectos criminológicos e político-criminais: tipologia da lavagem de capitais: direito internacional e comparado: dos crimes e das penas: aspectos processuais e administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 330. Ver ainda SOUZA NETTO, José Laurindo de. 1999, p. 77-79.

incluindo, na concepção, as infrações que lesam direitos políticos dos cidadãos (crimes eleitorais), além dos “crimes comuns determinados, no todo ou em parte, por motivos políticos”, classificados como “crimes políticos relativos”.²⁷ A violência não está necessariamente presente nos crimes políticos, contrariamente à realidade do terrorismo, no qual o terror é um de seus reconhecidos requisitos básicos.

É mister consignarmos também que muitas das antigas sociedades criminosas, conhecidas desde períodos tão remotos quanto a Antigüidade Clássica, para alguns identificadas com as raízes das atuais organizações criminosas, eram caracterizadas, no começo, pela motivação política.²⁸

8. Considerações finais

Por último, há que evidenciarmos que as organizações terroristas integram o universo da criminalidade organizada *laeto sensu*,²⁹

²⁷ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 138-139. Acrescenta o jurista que os “favores outorgados aos crimes políticos, em matéria de extradição, foram rapidamente restringidos, excluindo-se o privilégio em relação aos crimes políticos relativos.”

²⁸ Ver SZNICK, Valdir. 1997, p. 17-18.

²⁹ O sentido a que nos referimos nessa passagem não é o mesmo exposto por CHOCLÁN MONTALVO, de alcance restritivo, atinente ao que ele chama de criminalidade *na* empresa, em contraste com a criminalidade *como* empresa. O doutrinador formula uma diferenciação assimétrica, mas interessante, de certo valor didático, pela ênfase no âmbito operacional nos domínios do *upperworld* e no caráter de estrutura empresarial das organizações criminosas, entre o que ele denomina de criminalidade organizada “em sentido amplo” e o que considera como organização criminosa “em sentido estrito”. Conforme ele, a primeira modalidade corresponde à criminalidade *na* empresa, abrangendo todas as ações desenvolvidas no cenário de uma atividade empresarial, centro privilegiado das atenções do Direito penal econômico, enquanto uma organização criminosa *stricto sensu* se dedica, exatamente, ao crime objeto de suas anotações, configurando a criminalidade *como* empresa. Cf. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. 2000, p. 8. Todavia, esta delimitação, conquanto reveladora, mais valor possui no campo da caracterização, como um todo, do fenômeno sob escrutínio, uma vez que, na criminalidade organizada, a estrutura empresarial lhe é inerente e o cometimento de delitos por membros ou cúmplices não associados de organizações

apresentando um nível de sofisticação estrutural assemelhado ao das organizações criminosas propriamente ditas, pertencentes ao mundo da criminalidade organizada *stricto sensu*, porém com os traços peculiares já apontados. Aquelas não se confundem com estas, mas cultivam características em comum. Por outro ângulo, há grupos terroristas que não ostentam sofisticação estrutural e mais facilmente podem ser comparados, nesse particular, com associações ilícitas do tipo quadrilha ou bando, excluídas tanto do fenômeno do crime organizado, quanto do relativo ao terrorismo.

criminosas no contexto das atividades empresariais é uma realidade em muitos casos, embora não seja um traço característico essencial ou obrigatório das ditas organizações. Por exemplo, nem todo crime de colarinho branco constitui crime organizado, porém é inegável que o crime de colarinho branco está frequentemente associado à engrenagem do crime organizado. Não formam uma mesma linha, mas tampouco são linhas paralelas, porque eventualmente se tocam em vários pontos. A distinção entre uma criminalidade organizada “em sentido amplo” (criminalidade *na* empresa) e uma criminalidade organizada “em sentido estrito” (criminalidade *como* empresa) pode, portanto, levar à ilusória visão de que o crime de colarinho branco é algo distante do universo do crime organizado *stricto sensu*, extirpando do conceito deste a presença do *upperworld*, de maneira a afirmar unicamente a presença do *underworld*.

NORMA JURÍDICA PENAL: APONTAMENTOS A PARTIR DO PENSAMENTO DE LOURIVAL VILANOVA*

Beclaute Oliveira Silva

Professor de Cursos Jurídicos (Graduação e Especialização). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Recife (UFPE). Especialista em Direito Processual pela UFAL. Serventário da Justiça Federal.

SUMÁRIO

1.Introdução. 2. Norma jurídica – estipulando pressupostos. 3. Estrutura bímembre da norma jurídica. 4. Estrutura bímembre da norma penal. 4.1. Norma primária no âmbito penal. 4.2. Norma secundária no âmbito penal. 4.3. Norma penal completa. 5. Conclusão.

“A linguagem entremeia todo o processo social, indistinguindo-se, no contínuo social, sua posição de causa e sua posição de efeito.” Lourival Vilanova, **Causalidade e Relação no Direito**.

1. Introdução

Foi com muita alegria que recebi o convite do Professor Mestre Ivan Luiz, Doutorando em Direito pela UFPE, para participar desta coletânea de Direito Penal, em homenagem aos 180 anos da Fundação da Faculdade de Direito de Recife, instituição à qual tenho a honra de estar vinculado como aluno do Curso de Doutorado em Direito.

O desafio que me fora proposto não foi singelo: escrever em uma coletânea de Direito Penal ao lado de grandes Professores desta difícil disciplina, principalmente para mim, cuja quadra se cinge à Teoria Geral do Direito e ao Processo Civil. Por esta razão peço vênias, pois meu texto, possivelmente, seja o que menos erudição terá. Além disso, procuro, a partir de um dos maiores pensadores que o Brasil já

* Artigo que compõe a obra coletiva **Direito Penal: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito de Recife**. Salvador: Juspodivm, no prelo. A aludida produção é coordenada pelos Professores Ivan Luiz da Silva, Gamil Föppel e Teodomiro Noronha Cardozo.

produziu, Lourival Vilanova, ler o Direito Penal. É um desafio hercúleo que tenho pela frente. Se conseguir chegar a um bom termo, foi graças ao suporte que a teoria construída pelo Jusfilósofo pernambucano me proporcionou. À sua memória dedico este texto. Ele, meu Professor nos livros.

Como já delineado, pretende-se com o presente ensaio, a partir da contribuição teórica de Lourival Vilanova¹ acerca da estrutura da norma jurídica completa, analisar a conduta objeto de verificação do Direito Penal.

A norma jurídica será analisada como estrutura bímembre formada por duas estruturas hipotéticas unidas pelo disjuntor *ou*.

Para realizar tal mister, se constituirá um item demarcando, segundo o pensamento de Lourival Vilanova e de seus discípulos, como Paulo de Barros Carvalho, Eurico de Santi e Gabriel Ivo, o que se entende por norma jurídica, já que este conceito varia de concepção teórica para concepção teórica, havendo autores que confundem, no corpo de sua obra, o conceito.

Após, demarcar-se-á como a estrutura bímembre se manifesta e por que a sua formulação é um imperativo para o Estado de Direito.

Logo após, os conceitos estipulados nos itens anteriores serão testados na esfera do Direito Penal. Para isso se verificará como a norma primária atua na determinação do objeto material e jurídico tutelado pela norma penal sancionatória. Avançando neste ponto se buscará a demarcação do antecedente e do conseqüente da norma secundária. No antecedente, o fato jurídico ilícito, com sua riqueza fenomênica. No conseqüente, a reprimenda estatal ao ilícito penal com sua especificidade e exclusividade. Aqui se demonstrará o conteúdo processual da norma secundária, seja penal, seja cível.

Não se pretende nos lindes deste ensaio analisar os conteúdos das condutas típicas, suas excludentes, as penas e as suas formas de aplicação, bem como a vastidão das categorias tratadas pelo Direito Penal. A preocupação neste trabalho é modesta. Consiste em analisar como se organizam, topologicamente, algumas das categorias

¹ Autor que sofreu notável influência de Hans Kelsen e também de Carlos Cossio.

trabalhadas pela Ciência Penal, dentro das quadras da norma jurídica, segundo construção de Lourival Vilanova.

Por fim, se delimitará a norma completa que possui na tutela penal a forma de proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Tal é o percurso que se pretende trilhar neste pequeno ensaio.

2. Norma jurídica – estipulando pressupostos

A norma jurídica não se confunde com o texto legislativo (suporte físico) que a veicula. Conforme escólio de Gabriel Ivo, os textos legislativos são enunciados lingüísticos, de conteúdo prescritivo, emitidos por autoridade competente do sistema. Eles “são enunciados prostrados em silêncio. Em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido”.²

Neste ensaio, a norma jurídica não será tomada como conteúdo involucrado da lei, como pensa, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt,³ pois o sentido é construído pelo intérprete, seja no ato de aplicação estatal⁴, seja no ato de atendimento ao comando pelos destinatários, seja no ato de compreensão realizada pela ciência do direito.⁵ Conforme escólio de Lourival Vilanova,

A interpretação está inserida no processo de criação normativa (*innerhalb des Erzeugungsverfahren*): não é um ato *ab extra*, em que o sujeito interpretante se contrapõe à

² IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 48.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

⁴ “Quando é aplicado por um órgão jurídico, este **necessita de fixar o sentido das normas** que vai aplicar, tem de interpretar estas normas.” (Destacou-se). KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 387.

⁵ “Mas também os indivíduos que têm – não de aplicar, mas – de observar o direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de **determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas**. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um direito positivo, tem de interpretar as suas normas.” (Destacou-se). KELSEN, Hans. *Idem*, p. 387-388.

norma interpretanda: é um momento que não rompe a série contínua norma/ato/norma.”⁶

Na linguagem científica, em que as proposições são regidas pelos princípios da lógica apofântica, os juízos são produzidos da seguinte forma: “a árvore é verde”, em que tanto o termo árvore como o termo verde são significações que se referem ao ser árvore e ao ser verde. No âmbito normativo (direito, moral, religião etc.), opera-se o modal próprio da lógica deôntica, o **dever-ser**. Assim, da análise do suporte físico – lei enquanto manifestação lingüística – constrói-se o conceito do dado de fato (natural, social, ou social juridicizado), aqui entendido como aquilo que se diz do evento, conforme escólio de Tércio Sampaio⁷: a significação de prestação de alguém em relação a outrem que se refere às possibilidades de conduta no mundo fenomênico (significados).

A partir do relacionamento das significações dados de fato e de prestação de A em relação a B, “mediante a cópula do conectivo condicional, modalizado pelo functor deôntico neutro”⁸, gera-se a proposição jurídica que é expressa a partir da equação: “deve-ser que dada à conduta referida, deve-ser C”; ou “deve-ser que dado A, deve ser C” (significação).⁹ O functor deôntico (dever-ser) que incide sobre a proposição não se modaliza; é neutro e tem o condão de tornar o que toca em jurídico,¹⁰ tal qual o rei Midas, que transformava em ouro tudo o que tocava.

Em face disso, fica assentado que a lei, *lato sensu*, não é norma, mas enunciado, suporte físico que irá fomentar, no sujeito cognoscente, a partir de uma operação gnosiológica e volitiva, a construção da norma jurídica, que é a significação construída a partir dos textos de direito positivos e estruturada sob a forma lógica de juízos condicionais

⁶ VILANOVA, Lourival. *Níveis de Linguagem em Kelsen. Escritos Jurídicos e Filosóficos*. São Paulo: Axis Mvndi e IBÉT, 2003, p. 236.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 278.

⁸ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. 2. ed., rev., amp. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35.

⁹ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura Novit Cúria y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 67.

¹⁰ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 141.

compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas¹¹, desde que manifeste a "unidade mínima e irreduzível de significação do deôntico".¹² Com acerto, vaticina Lourival Vilanova: "o enunciado da lei não se confunde com a lei mesma".¹³

Bastante elucidativa é a lição de Paulo de Barros Carvalho, que se transcreve:

Nunca é demais repetir que as normas jurídicas são as significações que a leitura do texto desperta em nosso espírito e, nem sempre, coincidem com os artigos em que o legislador distribui a matéria, no corpo escrito da lei. Advém daí que, muitas vezes, um único dispositivo não seja suficiente para a compreensão da regra jurídica, em sua integridade existencial. Vê-se o leitor, então, na contingência de consultar outros preceitos do mesmo diploma e, até sair dele, fazendo incursões pelo sistema.¹⁴

As proposições prescritivas são cada elemento constitutivo da norma, também denominado fragmento normativo.¹⁵ Nesta denominação também se inclui a parte componente do antecedente e do conseqüente, uma vez que ingressa como elemento relevante para a modalização jurídica da conduta humana. No conseqüente da norma primária e da norma secundária, o dever se modaliza sob a forma: permitida, proibida e obrigada.

O direito se utiliza, assim, das parcelas componentes de uma norma para construir novas hipóteses e novas conseqüências. Com isso se quer afirmar que são possíveis, no direito positivo, significações que não sejam normas, mas fragmentos de normas. E por quê? A construção da norma, como se verá, exige do intérprete e/ou aplicador o tráfego entre o suporte físico, às significações e a norma. O revestimento lingüístico dos enunciados prescritivos não obedece a uma forma

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 4. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Idem*, p. 18.

¹³ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 9.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 235.

¹⁵ SILVA, Beclate Oliveira. *A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 43-44.

padronizada, dada a peculiaridade de cada idioma; por esta razão cabe ao teórico do direito, segundo Lourival Vilanova:

*Reduzir as múltiplas modalidades verbais à estrutura formalizada da linguagem lógica para se obter a fórmula: se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S', deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S", que representa o primeiro membro da proposição jurídica completa.*¹⁶

As estruturas lógicas não são, assim, questiúnculas acadêmicas. Na realidade, toda vez que se produz o direito, a sua formulação, na versão deôntica, faz-se presente, mesmo que o agente produtor não saiba o que faz. A sua existência é um poderoso instrumento auxiliador do modo de pensar juridicamente. Graças às reflexões acerca das suas categorias é possível verificar se determinada prescrição atende às exigências mínimas de formulação do deôntico. No caso deste ensaio, as estruturas lógicas deônticas serão fundamentais para analisar a conduta ilícita penal. É a lógica deôntica a serviço do Estado de Direito.¹⁷

Ademais, tanto os antecedentes das normas primárias e das normas secundárias como os conseqüentes das normas primárias e das normas secundárias são formados por significações (proposições), construídas pelo intérprete. A combinação das significações poderá dar origem a normas distintas. O vínculo entre antecedente e conseqüente é determinado pela causalidade jurídica, ou seja, aquela imputada pelo direito positivo, possuindo natureza deôntica.¹⁸

A norma jurídica, como formulação lingüística que é, tem por escopo alterar o mundo social.¹⁹ Esta constitui a função pragmática da linguagem normativa. Tal mister se realiza a partir da aferição de sentido às condutas que rege. Assim, se 'A', a despeito de ser credor de 'C', subtrai-lhe um bem, não estará, juridicamente, solvendo seu débito, apesar de o sentido subjetivo do ato ser esse, mas possivelmente

¹⁶ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 1997, p. 95

¹⁷ SILVA, Beclaute Oliveira. 2007, p. 44.

¹⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 1989, p. 117-118.

¹⁹ VILANOVA, Lourival. 1997, p. 40.

cometendo o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal Brasileiro).

Por essa razão, Hans Kelsen afirma que nem sempre o sentido subjetivo dado ao ato pelo sujeito corresponde ao sentido objetivo expresso no ordenamento jurídico. Nesse aspecto, a norma funciona como esquema de interpretação.²⁰

3. Estrutura bimembre da norma jurídica

Sendo a norma jurídica a significação que o sujeito cognoscente constrói do enunciado, é expressa em proposição²¹, sob a forma bimembre: norma primária e norma secundária. Este é o entendimento de Lourival Vilanova²² e de Carlos Cossio²³, por exemplo.

No presente estudo, diferentemente de Kelsen, na **Teoria Pura do Direito**, a norma primária (endonorma na linguagem de Cossio) será concebida como a que estabelece a conduta devida e a secundária (perinorma no léxico de Cossio), a que possui por pressuposto a inobservância da conduta prescrita e estabelece a consequência sancionatória a cargo do órgão estatal.²⁴

A estrutura bimembre é tomada como necessária, visto que “a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária, sem a primária, reduz-se a instrumento, meio, sem fim material”.²⁵ Noutra passagem, Lourival Vilanova assevera: “se de uma norma jurídica supprime-se a norma secundária sancionadora da norma primária, fica a norma primária desprovida de juridicidade. Poderá permanecer como

²⁰ KELSEN, HANS. 1995, p. 3.

²¹ Quando se afirma que a norma jurídica é uma proposição, quer-se dizer que é um conjunto de palavras com sentido, conforme escólio de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto, **Teoría General del Derecho**. Trad. de Jorge Guerrero R. 2. edição, 2. reimp. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997, p. 43). No mesmo sentido, VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 1997, p. 197.

²² VILANOVA, Lourival. 1997, p. 111. Ver, também, **Causalidade e Relação no Direito**. 1989, p. 122.

²³ COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944, p. 191.

²⁴ VILANOVA, Lourival. 1997, p. 111.

²⁵ VILANOVA, Lourival. 1989, p. 124.

norma do uso, do costume, como norma social, desjuridicizando-se assim.”²⁶ Acerca dessa característica da norma, Cossio vaticina:

Si la conducta está conforme con el primer miembro de la norma (la endonorma), la conducta es lícita o jurídica (en la acepción preponderante de este vocablo), si está conforme con el segundo miembro, (la perinorma), la conducta es ilícita o antijurídica.”²⁷

Esta bimembridade decorre de uma simplificação lógica. Os que entendem que a norma jurídica não necessita ser bimembre não distinguem, em última análise, a lei enquanto enunciado expressional (suporte físico) e a norma (significação sob a forma lógica deôntica anteriormente descrita). Deve-se salientar que não há contradição entre a norma primária e a secundária. Isto se dá graças ao disjuntor *ou* (*v*), que une as duas normas. “O functor *v* é o disjuntor: deve ser a primeira implicação, *ou* a segunda implicação”²⁸ Ademais, ambas as normas são simultaneamente válidas²⁹, pois emitidas por autoridade competente do sistema. Segundo Lourival Vilanova, a norma jurídica completa é formada por “duas estruturas hipotéticas relacionadas disjuntivamente”.³⁰

4. Estrutura bimembre da norma penal

A estrutura lógica da norma, por ser categoria da teoria geral do direito e da lógica jurídica, aplica-se perfeitamente às categorias normativas penais. Para isso, por fins didáticos, faremos um corte entre a norma primária e a norma secundária.

4.1. Norma primária no âmbito penal

A norma primária estipula a conduta devida. A conduta lícita se encontra ali presente. Mas, não só. A norma primária, segundo Lourival Vilanova, pode aparecer com duas estruturas: uma norma primária

²⁶ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 1989, p. 113.

²⁷ COSSIO, Carlos. 1944, p. 303.

²⁸ VILANOVA, Lourival. *Idem*, 1989, p. 53.

²⁹ VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 1997, p. 119.

³⁰ VILANOVA, Lourival. *Idem*, p. 141.

dispositiva e uma norma primária sancionatória.³¹ Na primeira estabelece a conduta devida e na segunda estabelece, por exemplo, a multa pelo descumprimento da obrigação devida. Tal comando é adjeto, acessório à norma primária, que tem conteúdo dispositivo (por não ter aspecto sancionatório) e terá por hipótese o inadimplemento da tese disposta no comando primário dispositivo. Não é uma norma secundária, pois tem por conteúdo relações jurídicas de direito material, não tendo em seu bojo a coercibilidade, conforme adverte Lourival Vilanova.³² Esta sanção que tem por pressuposto o descumprimento de deveres negociais é integrante da norma primária (e.g.: multa pelo atraso no pagamento de conta de luz).³³

Tem-se assim uma norma primária assim inscrita: $D(p \rightarrow q)$. $(\neg q \rightarrow r)$. Deve-ser que dado p , deve-ser q e não dado q , deve-ser r .³⁴ A primeira, $(p \rightarrow q)$, representaria a primária dispositiva; a segunda, $(\neg q \rightarrow r)$, representaria a primária sancionatória. A segunda não seria secundária, pois a sua averiguação independe de atuação judicial. No campo penal, a norma que nos interessa é a primária dispositiva, já que a sanção penal, como a sanção cível, prevista na norma secundária é de conteúdo processual, como se verá, logo estipulada na norma secundária. Neste sentido, lição de Paulo de Barros Carvalho:

O vocábulo “sanção” comparece aqui na sua acepção estrita, equivalente a dizer “norma jurídica em que o Estado-Juiz intervém como sujeito passivo da relação deontica, sendo sujeito ativo a pessoa que postula a aplicação coativa da prestação descumprida. Mas há outra proporção significativa ligada a essa, qual seja, a de “sanção” como sentença condenatória, ao cabo de processo judicial e ensejadora de procedimento coativo propriamente dito.³⁵

³¹ Paulo de Barros Carvalho denomina-a “sanção extrajudicial”. Segundo o mesmo autor, coube a Eurico de Santi a designação de norma primária dispositiva e sancionatória. CARVALHO, Paulo de Barros. 2006, p. 40.

³² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 1989, p. 127.

³³ VILANOVA, Lourival. *Idem*, p. 126.

³⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito. In SANTI, Eurico, Marcos Diniz de. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12-13.

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. 2006, p. 41.

Com relação à norma primária, seu antecedente descreve um fato de possível ocorrência. O conseqüente que lhe é imputado descreve uma relação jurídica entre sujeitos de direito distintos, sob pena de extinção em face da confusão. Nesta relação as condutas são modalizadas em permitida, proibida ou obrigada. Há aqui o surgimento do direito subjetivo (aquele que está submetido ao poder de um sujeito), que tem por correlato um dever subjetivo. Esta relação intersubjetiva, como é cediço, dá-se entre sujeitos em torno de um objeto.

É no conseqüente da norma jurídica primária dispositiva, doravante denominada de norma primária, que o direito estatui os sujeitos e titulares dos bens jurídicos, que serão tutelados pelo Estado quer por sanção cível, quer por sanção penal.

O sujeito ativo da relação jurídica aqui disposta pode ser um sujeito (pessoa física ou jurídica) determinado ou a coletividade (no caso de direitos difusos e/ou coletivos). Aqui, na norma primária, encontram-se os potenciais sujeitos passivos da conduta delineada como ilícita no antecedente da norma secundária, definidos por Cláudio Brandão como “titular do bem jurídico agredido”.³⁶

Também imerso na relação jurídica da norma primária encontra-se o objeto tutelado pela ordem jurídica. O objeto se apresenta sob duas facetas: objeto material e objeto jurídico. O primeiro é definido por Cláudio Brandão como pessoa ou coisa em que recai a ação delitosa (e.g.: no furto, o objeto material é a coisa móvel subtraída).³⁷ Já o segundo, na ótica do aludido autor, seria o “valor tutelado pela norma”.³⁸ Tomando-se o exemplo do furto, o objeto jurídico tutelado seria o patrimônio.³⁹ No homicídio, por exemplo, o bem jurídico protegido é a vida⁴⁰ e esta decorre da norma jurídica construída a partir do enunciado prescriptivo previsto na Constituição (art. 5º, *caput*, da CF/88).

³⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 105.

³⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Idem*, p. 107.

³⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Idem*, p. 107.

³⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Idem*, p. 107.

⁴⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.

As normas primárias são produzidas por enunciados de outros ramos do direito, mas são essenciais para que o Direito Penal cumpra sua função, ainda que seja a *ultima ratio* para a tutela estatal dos bens jurídicos. A inexistência de bem jurídico, implica uma das forma de crime impossível.⁴¹

Assim, como salienta Lourival Vilanova, o que torna jurídica uma conduta é a possibilidade de o sistema sancionar, de alguma forma, sua violação. Nada impede que um bem jurídico possua proteção na esfera penal, administrativa, civil etc.⁴² Caso possua, terá conteúdo sancionatório, logo de matiz processual.

4.2. Norma secundária no âmbito penal

Segundo Lourival Vilanova, a norma secundária tem natureza de direito processual, “direito adjetivo”, como prefere.⁴³ Ela tem por destinatário o Poder Judiciário.⁴⁴ Com relação à norma secundária, afirma que:

Na segunda, a hipótese fática, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária”.⁴⁵ (Destacou-se)

Tanto a norma primária como a secundária são necessárias. Uma dá arrimo para a outra. “A norma sancionadora pressupõe, primeiramente, a norma definidora da conduta exigida”.⁴⁶ Partindo de outras premissas, mas chegando ao mesmo resultado, encontramos a contribuição de Cláudio Brandão, a seguir transcrita: “o Direito Penal ganha legitimidade quando se reveste na função de proteger bens jurídicos, por isso é uníssono na doutrina afirmar-se que tutelar os bens

⁴¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2001, p. 228.

⁴² VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 1989, p. 124.

⁴³ VILANOVA, Lourival. *Idem*, p. 123.

⁴⁴ VILANOVA, Lourival. *Idem*, p. 53.

⁴⁵ VILANOVA, Lourival. *Idem*, p. 123.

⁴⁶ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 1997, p. 111.

jurídicos é a missão do Direito Penal”.⁴⁷ Enquanto Cláudio Brandão vê neste acoplamento uma questão de legitimidade, Lourival Vilanova vislumbra-o como lógico-jurídico.

Colocar no arcabouço lógico da norma penal completa tanto o aspecto do objeto jurídico como do ilícito confere unidade de sentido ao Direito Penal, pelo menos do ponto de vista lógico-sintático.

O fato de a norma secundária ter cunho processual não empurra o estudo do crime para os lindes do Direito Processual; da mesma forma, o estudo do objeto jurídico não torna a análise desse ponto estudo de Direito Civil (no caso do crime de roubo) ou de Direito Constitucional (no caso do crime doloso contra a vida). O ilícito penal é de direito material. Não possui estrutura lógica de norma, conforme construção de Lourival Vilanova; trata-se de fragmento de norma, pois atua na função de antecedente. A norma secundária, enquanto proposição completa, formada por um antecedente implicando um conseqüente, por se destinar ao Poder Judiciário possui natureza processual. Por outros caminhos, mas chegando a conclusões similares, encontra-se a lição de Eugénio Raúl Zaffaroni, a seguir transcrita:

Un discurso jurídico-penal es una elaboración intelectual que se ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar).⁴⁸

Comentando o texto do professor argentino, Cláudio Brandão conclui que “a dogmática procura fazer previsíveis as decisões judiciais.”⁴⁹ Esta conclusão antes já esteve em Hans Kelsen, que afirma:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que,

⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2001, p. 7.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montivideo – Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 74.

⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-constitucional do Direito Penal. In PRADO, Luiz Regis. (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007, p. 122.

segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o direito.⁵⁰

Tomando como ponto de partida Hans Kelsen, Lourival Vilanova colocará na estrutura da norma jurídica o caráter processual de aplicação da sanção, seja cível, seja penal. Já em Zaffaroni, esta vertente constitui uma proposta ou programa político do Poder Judicial, que é, em sua ótica, governo.⁵¹ Opta-se por Lourival Vilanova.

Cabe ao Direito Penal formular as significações normativas aptas a compor a norma jurídica, quer seja de natureza material – a primária –, quer seja de natureza processual – a secundária.

Passa-se a analisar o antecedente e o conseqüente da norma secundária.

a) Antecedente da norma secundária: ilícito penal

A norma secundária é formada por um antecedente e um conseqüente, como salientado. Cada um deles é fragmentos de normas (proposições prescritivas), que podem ser formados por outros fragmentos de normas. O ilícito penal está estipulado no antecedente da norma secundária. A sanção, no conseqüente.

No antecedente, encontram-se conduta(s) violadora(s) do conseqüente da norma primária dispositiva. Do ponto de vista lógico-sintático, o ilícito penal⁵², como qualquer ilícito, aparece como –C (conduta contrária à estipulação do conseqüente da norma primária dispositiva). Como salienta Lourival Vilanova:

O 'não', aí, é incluíção de elemento pertencente ao sistema de normas, que demarca o conjunto total. A antijuridicidade é opoente contrário à juridicidade, como licitude. Em termos lógicos, 'estar conforme ao direito' é equívoca: o fato ou conduta que se insere quer na norma primária, quer na norma secundária (sancionadora), ingressam em tipos

⁵⁰ KELSEN, Hans. 1995, p. 395-396.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 2005, p. 74.

⁵² Utiliza-se esta expressão ilícito penal pois não há diferença ontológica entre crime e contravenção, sendo a classificação um problema de política legislativa, tomando por critério a gravidade do delito. Neste sentido, vide Cláudio Brandão, que prefere a expressão infração penal. BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-constitucional do Direito Penal. 2007, p. 120.

normativos. Realizam o tipo na concrecência dos fatos e condutas.⁵³

Em outra passagem, assevera: “Os fatos puníveis são preenchantes dos tipos normativos do ilícito. O crime realiza, no mundo dos fatos, a antijuridicidade punitivamente sancionada”.⁵⁴

O que torna o ilícito uma categoria penal é a composição semântica das proposições que estruturam o antecedente. Aqui, o ilícito penal é categorizado como conduta típica, antijurídica e culpável.⁵⁵ O bem jurídico e o material ofendidos encontram-se no conseqüente da norma primária dispositiva.

Na hipótese de insignificância, por exemplo, não há crime ou porque a conduta é atípica ou porque é antijurídica, como demonstrou Ivan Luiz da Silva.⁵⁶ Quer-se dizer que as excludentes de tipicidade, de antijuridicidade, de culpabilidade devem ser aferidas para que se possa afirmar a existência ou não do antecedente da norma secundária. Adota-se aqui a posição defendida por Cláudio Brandão de que a culpabilidade integra o conceito de crime, não sendo pressuposto da pena, até porque “a pena é a conseqüência jurídica do crime”.⁵⁷

Cabe ao Direito Penal, dentre outras atribuições, o estudo dos elementos que compõem o crime, bem como aquilo que exclui determinada conduta do aludido conceito. Quer-se com isso afirmar que não configura –C apenas a expressão “matar alguém” (art. 121, *caput*, do CPB). Esta proposição poderá compor o antecedente da norma que irá configurar o fato jurídico ilícito denominado crime de homicídio simples, pois “matar alguém”, em tese, configura ato contra a vida, bem jurídico tutelado pela ordem jurídica, mediante uma norma primária que logicamente antecede a norma secundária. A norma primária, que a antecede, como já afirmado, no caso do homicídio, tem natureza constitucional, pois lá se encontram as disposições e condições que estipulam o direito à vida.

⁵³ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2000, p. 305.

⁵⁴ VILANOVA, Lourival. *Idem*, p. 301.

⁵⁵ BRANDÃO, Cláudio. 2001, p. 12.

⁵⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 164-165.

⁵⁷ BRANDÃO, Cláudio. 2001, p. 14.

Até aqui se analisou um dos fragmentos da norma secundária, o antecedente. Passa-se ao conseqüente.

b) Conseqüente da norma secundária: a sanção

A sanção vem a ser a estipulação de uma conseqüência para o ilícito, no caso penal, a pena. Estudado isoladamente, é um capítulo do Direito Penal, mas no arcabouço normativo é elemento compositivo de norma secundária sancionatória, logo se trata de norma de caráter processual. Para isso se toma a estipulação de Carlos Cossio, que assim demarca a estrutura da norma jurídica completa:

Dado un hecho con su determinación temporal (1), debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien (5) – endonorma –; o (6) si es la no prestación (7), debe ser (2) la sanción (8) a cargo de un órgano obligado (9) por la pretensión de la comunidad (10) – perinorma.⁵⁸

Dando-se ênfase à norma sanção, percebe-se que esta se encontra a cargo de um órgão estatal apto a aplicá-la. “O que destaca a sanção jurídica é a sua previsibilidade típica e a possibilidade do uso da *coação organizada* (através de órgão jurisdicional) pra fazer valer as obrigações principais e as obrigações secundárias.”⁵⁹ Assim, é o Judiciário o órgão destinatário da norma sancionatória, não só no âmbito penal. Acrescente-se, ainda, que a pena, malgrado prevista de forma hipotética no texto da lei penal, é apenas parâmetro a ser mensurado pelo magistrado, em caso de condenação. Cabe ao Poder Judiciário reconhecer o –C e aplicar a sanção cabível, uma vez constatado judicialmente, mediante a observância do devido processo legal, no caso brasileiro, o crime. Ademais, só haverá condenação após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme imperativo constitucional (art. 5º, LVII, da CF/88).

Fica estabelecido que, apesar de o Direito Penal definir o crime e até as modalidades de pena, dentre outras categorias, é no devido processo legal que a norma secundária toma forma, pois pressupõe a atuação judicial, no caso pátrio. É necessária a norma processual penal para aferir a ilicitude penal da conduta, estipulando a pena. No cível, por exemplo, a constatação da ilicitude da norma primária sancionatória

⁵⁸ COSSIO, Carlos. 1944, p. 191.

⁵⁹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 1989, p. 113.

não necessita de manifestação judicial. A exigência do processo, no cível e no penal, só ocorrerá quando da atuação da norma secundária. Por esta razão, é possível afirmar que, no cível, a norma secundária também tem natureza processual, tal qual no penal.

A inexistência de parâmetro legal para a pena implicará inexistência de norma penal sancionatória, pois sem o efeito, não há sentido para a causa.⁶⁰ Corta-se a cadeia implicacional deôntica que possibilita o surgimento da norma (dado -C, deve-ser S). Como o crime (-C) é a causa da pena (S), se esta não existe, as proposições construídas pelo Direito Penal acerca do crime não encontrará a cópula para formulação na norma que se destina. É uma causa insuficiente, proposição prescritiva sem-sentido deôntico.

Acresça-se ainda que, no direito brasileiro, a ação penal é veiculada por órgão estatal, em regra, ou pela parte interessada (ação penal privada). Não há uma atuação *ex officio*, do Poder Judiciário, salvo na aplicação da pena.

A construção da norma penal completa pressupõe do teórico do direito tramitação em diversas searas da ciência do direito. Por esta razão, a teoria da norma é um capítulo da Teoria Geral do Direito e da Lógica Jurídica, já que sua aplicação vai além da quadra particular de uma disciplina jurídica específica.

4.3. Norma penal completa

Partindo da premissa estipulada por Lourival Vilanova, de que a norma jurídica é aquela formada por duas estruturas hipotéticas unidas pelo disjuntor *ou*, podemos afirmar, no âmbito penal, que esta pode ser escrita da seguinte forma: $D (A \rightarrow C) \vee (-C \rightarrow S)$. Saturando as constantes, com as tintas do Direito Penal, tem-se: Deve-ser que dado o fato de alguém, ser humano, nascer com vida (A), deve-ser ($\rightarrow$) o dever de todos respeitar-lhe a integridade física, não lhe causando ferimento que o leve à morte (C); ($\vee$) ou tendo Tício, de forma típica, antijurídica e culpável causado a morte de Nécio⁶¹ (-C), deve-ser a pena de 7 anos de prisão, aplicada pelo Estado Juiz ao agente, respeitadas as regras do devido processo legal, mediante decisão transitada em julgado que

⁶⁰ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 1989, p. 25-27.

⁶¹ Ser humano.

reconheça a existência do antecedente da norma secundária (-C). Eis o arcabouço de uma norma penal completa para o crime de homicídio.

Nesse contexto, o Direito Penal fornece ao aplicador as significações aptas para o Poder Judiciário formular a norma penal completa.

Com isso se pode montar, de forma interdisciplinar, ainda que formalmente, a estrutura normativa regulada pelo Direito Penal, categoria jurídica encarregada de proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade.

5. Conclusão

A proposta lançada na introdução foi analisar, a partir da contribuição de Lourival Vilanova, como a norma penal completa se manifestaria. Percebeu-se, levando-se às últimas conseqüências a visão processual da norma secundária, que o crime acaba por compor a norma destinada ao Poder Judiciário, que se encarrega de defini-lo no caso concreto, aplicando a sanção construída a partir dos parâmetros fixados na lei.

Graças a este estudo, mediado pelas lições daquele que, possivelmente, é um dos maiores filósofos do direito que o Brasil, no século XX, produziu – Lourival Vilanova –, é possível lançar as seguintes notas conclusivas:

1) O texto da lei é o suporte físico. A norma, a significação que o intérprete/aplicador constrói a partir da leitura dos textos de direito positivo.

2) A significação tem por destinatários campos específicos da realidade. Eis o significado: vetor direcional que a significação ou o sentido aponta.

3) A norma jurídica é uma significação complexa. Possui unidade lógico-sintática. Formalmente pode-se representá-la: "Deve-ser que dado A, deve-ser C ou, não-C, deve-ser S". Nela se encontram inúmeras significações construídas, muitas vezes, com diversos textos de lei. Cada parcela componente da norma são proposições ou significações denominadas de fragmento de norma. Decodificando: A= antecedente; C= conseqüente; não-C= descumprimento da estipulação no conseqüente; S= sanção.

4) As constantes A e C, são, respectivamente, o antecedente e o conseqüente da norma primária. Não-C e S são, respectivamente, o antecedente e o conseqüente da norma secundária.

5) Lourival Vilanova opta por uma norma jurídica completa de natureza bimembre.

6) A norma primária prescreve a conduta devida. A norma secundária reprime o descumprimento da conduta estipulada no antecedente. Normativamente, a conduta é modalizada no conseqüente da norma em permitida, proibida ou obrigada. Eis os modais deônticos.

7) Tem natureza de direito material a norma primária, e processual a norma secundária. A norma primária pode se desmembrar em duas: primária dispositiva e primária sancionatória. Para o estudo da norma penal, a norma primária será tomada apenas como a dispositiva.

8) A norma primária estabelece o objeto jurídico e material tutelado pela esfera penal, além do sujeito titular do bem da vida protegido, pela norma penal. Este será, no antecedente da norma penal, o sujeito passivo da conduta delituosa.

9) As normas primárias são produzidas por proposições construídas a partir de textos de direito positivo não penais. Entretanto, sua formulação é necessária para estipulação do antecedente da norma penal sancionatória.

10) O acoplamento entre a norma primária e a secundária é visto por Lourival Vilanova como: necessidade lógica. Já Cláudio Brandão vislumbra-o no âmbito penal, como imperativo de legitimidade.

11) Compete ao Direito Penal a proteção dos bens jurídicos mais valiosos da sociedade. Ele é quem fornece as proposições que irão compor a norma secundária.

12) A norma secundária tem natureza processual, pois destinada ao Poder Judiciário. Esta distinção tem escopo político, na visão de Raul Zaffaroni e lógico-jurídico, na visão de Lourival Vilanova.

13) O antecedente da norma secundária (-C) estipula o crime, aqui visto como conduta típica, antijurídica e culpável. Matéria objeto do Direito Penal.

14) O conseqüente estabelece a sanção penal. Esta vem a ser a conseqüência jurídica do ilícito previsto no antecedente. Aqui também é disciplina afeta ao Direito Penal.

15) A não estipulação legal de pena implicará um sem-sentido deôntico, pois não existe norma sem conseqüente.

16) Neste contexto, o Direito Penal fornece ao aplicador as significações aptas para o Poder Judiciário formular a norma penal completa.

17) A cópula do antecedente (-C) e do conseqüente (S) sob a forma lógico-deôntica faz eclodir a norma secundária de natureza processual destinada ao Poder Judiciário.

18) Neste sentido, pode-se escrever a norma jurídica completa da seguinte forma: $D (A \rightarrow C) \vee (-C \rightarrow S)$. A primeira descreve a conduta lícita devida. A segunda pune o descumprimento da conduta estipulada no conseqüente da norma primária (-C), mediante o respeito ao devido processo legal.

BIBLIOTECA ERNANI MERO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE ALAGOAS

CRÍTICAS E ALTERNATIVAS À PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Isis Mélo da Silva

Advogada graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Críticas e alternativas à prisão civil do devedor de alimentos. 1. Conceito e considerações acerca dos institutos dos alimentos e da prisão civil. 1.1. Dos alimentos. 1.1.1. Direito aos alimentos em face do inadimplemento. 1.2. Da prisão civil. 2. A prisão civil do devedor de alimentos e o aparente conflito entre princípios. 3. Necessidade de mudança do modo de aplicar o direito. 3.1. Alternativa estabelecida no próprio sistema jurídico para evitar a prisão civil. 4. A vedação da prisão civil por tratados internacionais ratificados pelo Brasil. 5. Alternativas à prisão civil do devedor de alimentos. 5.1. A necessidade de alteração normativa. 5.2. Alternativas à prisão civil enquanto não sobrevém a alteração normativa. III. Resultados de uma pesquisa empírica: a opinião da comunidade jurídica local acerca da prisão civil do devedor de alimentos. 1. Adequação da prisão civil como remédio hábil para o devedor de alimentos. 2. Resultados práticos eficientes da prisão civil do devedor de alimentos. IV. Conclusão

I. Introdução

O Direito, como ciência jurídica dinâmica, passa por transformações substanciais. Dentre elas, uma das que mais se destaca é a constitucionalização do direito privado, que faz prevalecer a concretização dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana em detrimento de interesses patrimoniais. Decorre desse novo modo de pensar o direito, a crescente tendência de se extirpar do ordenamento jurídico a prisão civil por dívida.

Em verdade, a prisão civil do devedor de alimentos ainda é considerada pela maioria dos juristas o único meio hábil para a satisfação da obrigação de natureza alimentar. No entanto, devem-se criar alternativas para compelir o devedor ao adimplemento da referida obrigação, principalmente porque a pessoa do devedor merece respeito, não podendo ser atingida em decorrência de inadimplemento obrigacional.

A Constituição Federal proclama em seu art. 5º, inciso LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel”. A prisão civil é um meio coercitivo excepcional utilizado para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Em muito difere da prisão criminal, contudo, a distinção é apenas causal, pois, na prática, a produção de efeitos é semelhante nos sujeitos ativos, tendo em vista que têm eles sua liberdade restringida, ainda que por cometimento de ilícitos naturalmente diferentes.

Não se pode olvidar, ainda, que o Brasil é signatário de tratados internacionais que vedam a prisão civil por dívida: o Pacto de San José da Costa Rica, que faz ressalva quanto ao devedor de alimentos; e o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, que se refere à impossibilidade de aprisionar quem descumpra obrigação contratual.

Convém salientar que a produção deste trabalho fundamentou-se na opinião de doutrinadores, em decisões jurisprudenciais acerca da matéria, e na opinião da comunidade jurídica local, tendo sido empregados dados obtidos ao longo da Pesquisa de Iniciação Científica financiada pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), intitulada “A Inadmissibilidade da Prisão Civil por Dívida Decorrente da Alienação Fiduciária em Garantia”, em que a autora Isis Mélo da Silva foi colaboradora no período de agosto de 2002 a janeiro de 2003, e bolsista no período de fevereiro de 2003 a julho de 2003.

II. Críticas e alternativas à prisão civil do devedor de alimentos

1. Conceito e considerações acerca dos institutos dos alimentos e da prisão civil

1.1. Dos alimentos

Em sentido jurídico, deve-se entender por alimentos tudo aquilo necessário à manutenção da vida digna de uma pessoa que não tem bens para prover-se nem tem condições de se manter às expensas de seu próprio trabalho. Tem-se então como essencial a alimentação, a habitação, o vestuário, a assistência médica e a educacional, o lazer, dentre outros itens.

Percebe-se assim que, nos moldes atuais, a obrigação de prestar alimentos deriva do princípio da solidariedade familiar, um dos vetores do Direito de Família moderno.

Em verdade, entende-se que o direito a alimentos tem conteúdo patrimonial, sendo a relação jurídica estabelecida entre o credor e o devedor meramente creditícia, obrigacional¹. Em que pese o conteúdo obrigacional da prestação alimentícia, convém salientar que, em virtude dos fundamentos² da referida obrigação, quais sejam os deveres de caridade e solidariedade familiares decorrentes de relações entre cônjuges e companheiros, de parentesco, e poder familiar, por exemplo, submete-se a obrigação alimentícia a um regime jurídico especial, que a faz distinta das obrigações habituais³.

Não se pretende negar que os alimentos estão estritamente ligados à proteção da vida de uma pessoa, sendo, por conseguinte, um direito personalíssimo. Todavia, de acordo com Maria Helena Diniz, seguidora, neste caso, da lição de Orlando Gomes, tal direito tem

[...] conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, conexas a um interesse superior familiar, apresentando-se como uma relação patrimonial de crédito-débito, uma vez que consiste no pagamento periódico de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, remédios e roupas, feito pelo alimentante ao alimentando, havendo, portanto, um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica.⁴

Observe-se que interessa tratar neste trabalho acerca dos alimentos inseridos nas relações familiares, resultantes das mencionadas obrigações legais.

1.1.1. Direito aos alimentos em face do inadimplemento

A partir do inadimplemento da obrigação alimentícia pode-se requerer a execução da sentença ou do acordo extrajudicial, com base

¹ VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. Direito de Família. Alimentos. Bem de Família. União Estável. Tutela e Curatela - Artigos 1.694 a 1.783. São Paulo: Atlas, 2003, v. 17, p. 12.

² Ao examinar as diversas classificações dos alimentos, serão abordadas outras causas da obrigação alimentícia, tais como a vontade e o delito.

³ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 34.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 463. A autora é seguidora da tese de Orlando Gomes.

no disposto no art. 732 e ss. do Código de Processo Civil – CPC e nos arts. 16 a 19 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.

O ponto principal a ser debatido é a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor, com base no art. 733 do CPC. No entanto, tal dispositivo apenas serve de fundamento para a cobrança das 03 (três) últimas parcelas vencidas, conforme orientação jurisprudencial.

A prisão pode ser decretada de 01 (um) a 03 (três) meses⁵, se o devedor não pagar a prestação devida em 03 (três) dias, nem justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento (art. 733, § 1º do CPC). Tal regra encontra respaldo no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, que permite excepcionalmente a prisão civil do devedor de alimentos desde que o inadimplemento da obrigação seja voluntário e inescusável.

Convém ressaltar que somente é passível de prisão a dívida referente aos últimos 03 (três) meses não pagos acrescidos das prestações vincendas ao longo do processo, uma vez que as demais parcelas devem ser cobradas por meio de execução por quantia certa contra devedor solvente, conforme o art. 646 e ss. do CPC, que por sua vez não admite a decretação de prisão civil por dívida patrimonial. Incumbe acrescentar que se tem exigido que o credor formule o pedido de prisão do devedor, não sendo possível a decretação *ex officio* pelo magistrado.

Com efeito, “a falta de pagamento da pensão alimentícia não justifica, pura e simplesmente, a medida extrema da prisão do devedor, havendo que se examinar os fatos apontados pelo alimentante em sua justificação.”⁶

Entende-se, em verdade, que em qualquer caso a prisão civil deve ser repelida, sendo mais razoável compelir o devedor por outros meios, haja vista a desproporção havida entre o descumprimento da obrigação e a medida coercitiva aplicável.

⁵ Este prazo é previsto pelo Código de Processo Civil. A Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, prevê, em seu art. 19, o prazo máximo de 60 dias para prisão do devedor de alimentos. Não interessa aqui abordar que regra deve prevalecer, pois se entende que ambas são desproporcionais e contrárias à tendência de humanização do direito.

⁶ TJAL, Pleno, 26.09.1995, RT 727/245.

A doutrina e a jurisprudência, todavia, entendem diversamente e adotam a medida de prisão, em tese após a consideração da justificativa apontada pelo devedor. De acordo com Nelson Nery Junior:

[...] a prisão pode ser decretada em qualquer caso de não pagamento de alimentos: provisórios, provisionais ou definitivos. A ordem de prisão tem eficácia imediata, devendo ser cumprida *in incontinenti* [...]. O pagamento da prestação alimentícia devida implica a suspensão do cumprimento da ordem de prisão.⁷

A despeito de o art. 733 do CPC fazer referência a alimentos provisionais, entende-se que a prisão é cabível para qualquer hipótese de não pagamento de pensão alimentícia, independentemente do tipo de alimentos pleiteado.

A execução das 03 (três) últimas parcelas de prestação alimentícia devidas por meio de procedimento especial, nos termos do art. 733 do CPC, é uma construção jurisprudencial⁸, hoje amplamente seguida, e que utiliza como argumento o caráter de urgência da obrigação alimentícia, entendendo que aquele que sobrevive durante três meses sem promover a execução tem condições de aguardar a demanda executiva ordinária contra o devedor solvente. Assim, do mesmo modo como os Tribunais fixaram tal critério temporal, podem também construir uma tese a fim de abolir a prisão civil do sistema jurídico brasileiro, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

1.2. Da prisão civil

A prisão civil constitui, em verdade, instrumento de coercibilidade pessoal com o intuito de satisfação de crédito. A justificativa utilizada para a manutenção desse meio coercitivo é a natureza do débito, notadamente o alimentar; entretanto, deve-se levar em consideração a falta de proporcionalidade e razoabilidade diante da

⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1734.

⁸ Cf. STJ – HC 11040/SP – 4ª T – Rel. Min. César Asfor Rocha – j. 02.12.99; STJ – RHC 8339/SP – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 25.03.99.

restrição à liberdade de um indivíduo que tem um débito para com outrem.

A prisão civil do devedor de alimentos encontra respaldo no argumento de que o alimentando tem direito à sobrevivência digna. Todavia, deve-se também levar em consideração a dignidade e a liberdade do devedor, que não podem ser atingidas em virtude de inadimplemento obrigacional. Ressalte-se que não se pretende negar o direito do credor de alimentos, mas tão-somente apontar alternativas ao meio coercitivo comumente adotado para compelir o devedor ao adimplemento.

Em sendo a prisão um meio de restrição à liberdade do indivíduo, deve ela ser aplicada apenas em casos extremos, tal como acontece no direito penal, em que se pretende, atualmente, a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Estado somente deverá recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento jurídico positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito.

Ademais, constitui ofensa à pessoa do devedor a sua submissão a estabelecimentos prisionais superlotados, sem as mínimas condições de abrigo e higiene, em que se pode encontrar todo tipo de criminoso. Pode-se afirmar, seguramente, que é muito maior o número de criminosos que saem dos presídios do que o de ressocializados, dada a nocividade de tais lugares à dignidade da pessoa humana.

Ainda que se sustente que a finalidade da prisão civil não é a imposição de pena, mas sim compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação, está ele sofrendo as mesmas restrições e sendo submetido aos mesmos dissabores que um criminoso.

De acordo com Márcio Thomaz Bastos, “a cadeia é algo condenável em todo o sistema legal moderno. A cadeia deve ser reservada a dois tipos de criminoso: o chefe de quadrilha, para separá-lo de sua organização, e o criminoso fisicamente perigoso.”⁹

2. A prisão civil do devedor de alimentos e o aparente conflito entre princípios

A Constituição Federal estabelece princípios e regras jurídicas com o intuito de “assegurar o exercício dos direitos sociais e

⁹ KRIEGER, Gustavo e MEIRELES, Andrei. Abaixo a cadeia. ÉPOCA. Rio de Janeiro: Globo, n. 283, 20 out. 2003.

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, [...] fundada na harmonia social e comprometida [...] com a solução pacífica das controvérsias [...].”¹⁰

A priori, a ordem jurídica brasileira parece admitir somente o encarceramento de criminosos que causem ou possam causar perigo à sociedade. Porém, na prática, o que prevalece é o equivocado entendimento de que a prisão é o melhor remédio para pessoas que cometem ilícitos e para aquelas que não honram suas obrigações, sejam elas quais forem.

É absolutamente desproporcional a possibilidade de restringir a liberdade de ir e vir de alguém em virtude de inadimplemento obrigacional. Notadamente porque devem prevalecer a dignidade da pessoa humana em qualquer situação e a tendência de humanização do direito, ainda que diante do alimentando que precisa de pensão alimentícia. Deve-se recorrer a outros meios para promover o adimplemento da obrigação.

O argumento frequentemente utilizado é de que o alimentando tem direito à existência digna, valor que se sobrepõe à liberdade do alimentante. No entanto, o alimentante, igualmente, tem direito à liberdade e à existência digna, não sendo proporcional ser encarcerado em estabelecimentos que ofendem a sua dignidade por descumprimento da referida obrigação.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias, “a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.”¹¹

Não se trata de aplicar, na hipótese proposta, os critérios de superação das antinomias propostos por Norberto Bobbio¹², mas de

¹⁰ Trecho extraído do preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo: Padma, vol. 12, out./dez. 2002, p. 25-38.

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

harmonizar as normas jurídicas relativas ao tema, buscando-se a compatibilização dos princípios da dignidade da pessoa humana (*in casu*, do alimentando e do alimentante) e da liberdade (do alimentante), sob a égide do princípio da proporcionalidade.

Deve-se buscar o meio mais adequado para obter o resultado pretendido, que não ofenda, ou ofenda o mínimo possível, outros valores fundamentais, e ainda, que se mostre mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente¹³. Suzana de Toledo Barros, assegura:

[...] o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal o que se busca é a garantia aos indivíduos e uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais.¹⁴

Considerando que a preocupação central do direito civil moderno é “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo”¹⁵, não se pode admitir o sacrifício da liberdade do devedor em face de inadimplemento obrigacional em virtude da desproporcionalidade evidente.

De acordo com Rizzatto Nunes, deve-se “incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra.”¹⁶. Nesse conflito, deve-se prezar pela existência digna do alimentante, cujo patrimônio pode ser alcançado para que a dignidade do alimentando também não seja contrariada.

¹³ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2002, p. 43.

¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 28.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

¹⁶ NUNES, Rizzatto. 2002, p. 50.

3. Necessidade de mudança do modo de aplicar o direito

A prisão civil é mesmo considerada o meio hábil para compelir o devedor ao pagamento da obrigação alimentícia, tanto pelos doutrinadores como pelos Tribunais. A matéria é pacífica, porém suscetível de discussão, críticas e sugestões.

Deve-se considerar que nem tudo o que está previsto na Constituição Federal tem valor absoluto, devendo ser cegamente considerado. Não se está afirmando que é possível desobedecer às previsões constitucionais, estimulando a desordem, mas tão-somente pretendendo alertar para a possibilidade de não seguir as determinações constitucionais por vezes atentatórias de princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro, promovendo a relativização de tais normas, quando possível.

Percebe-se, em verdade, a dificuldade que têm os juristas em criticar o ordenamento jurídico brasileiro e o apego exacerbado ao que determinam os Tribunais Superiores, que têm entendido constitucionais as hipóteses de prisão civil estatuídas na Constituição Federal. Convém salientar que são as decisões dos tribunais estaduais as mais criativas, e que direcionam, na maioria das vezes, o entendimento dos Tribunais Superiores.

No caso da prisão civil do devedor de alimentos, em especial, sabe-se que a resistência à mudança é enorme, dada a propagada "eficiência" da coerção pessoal em face do inadimplemento da obrigação alimentícia. No entanto, a alteração normativa é imprescindível. Enquanto não sobrevém, devem-se analisar as alternativas existentes, optando por aquelas que são menos atentatórias aos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

3.1. Alternativa estabelecida no próprio sistema jurídico para evitar a prisão civil

De acordo com o disposto nos arts. 16 a 18 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, existem três meios de promover a obrigação alimentícia: o desconto; a sub-rogação; e a coerção pessoal. O devedor pode então ter sua dívida adimplida mediante desconto direto em sua folha de pagamento, ou mediante a expropriação de "aluguéis de prédios ou de quaisquer outros rendimentos", ou ainda, mediante coação pessoal, ou prisão civil.

O legislador parecer estabelecer uma escala para satisfação do crédito alimentar, impondo prioritariamente a execução mediante desconto. Em não sendo possível lograr êxito com este meio, determina a expropriação, e por fim, se o crédito não for satisfeito mediante expropriação, o legislador sugere, no art. 18 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que o credor execute a sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do CPC.

Ressalte-se que o art. 18 mencionado estabelece com clareza a possibilidade de escolha ao credor, entre a expropriação, prevista nos arts. 732 e 735, e a prisão civil, prevista no art. 733, todos do CPC.

Resta evidente que o legislador da Lei de Alimentos pretendeu priorizar o desconto como meio executório, mas não sendo possível promovê-lo, facultou ao credor a possibilidade de executar o devedor por meio de expropriação ou prisão civil, indiferentemente.

Nesse sentido entende Araken de Assis:

Das cláusulas cuidadosamente dispostas nos textos legislativos resulta a seguinte gradação: primeiro, o desconto em folha; em seguida, a expropriação (de aluguéis e de outros rendimentos); por último, indiferentemente, a expropriação (de quaisquer bens) e a coação pessoal.¹⁷

Convém salientar, ainda, que o art. 620 do CPC estatui o princípio da menor onerosidade e prevê que será escolhido pelo juiz o meio menos gravoso para o devedor quando, por vários meios, o credor puder promover a execução. Ou seja, não sendo possível promover o desconto, e estando a expropriação ao lado da coerção pessoal como meio-executório, deve sempre ser escolhida a expropriação, a fim de compelir o devedor ao adimplemento da obrigação.

A pessoa do devedor merece respeito e não pode ter sua liberdade restrita, principalmente porque há alternativa no próprio sistema para evitar a prisão civil.

¹⁷ ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 116.

4. A vedação da prisão civil por tratados internacionais ratificados pelo Brasil¹⁸

O Brasil é signatário de dois tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e vedam a prisão civil do devedor. O primeiro é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, melhor conhecido como Pacto de San José da Costa Rica¹⁹, segundo o qual ninguém será detido por dívidas, com exceção do inadimplente de obrigação alimentar (art. 7º, § 7º). O segundo é o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos²⁰, determinando que ninguém será encarcerado por não poder cumprir uma obrigação contratual (art. 11).

A Constituição Federal, em seu art. 4º, inciso II, erige à categoria de princípio norteador das relações internacionais do Brasil a prevalência dos direitos humanos. E no art. 5º, § 3º, estabelece a possibilidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, a depender de certos requisitos.

In casu, a despeito de os referidos tratados terem sido ratificados pelo Brasil antes da publicação da norma prevista no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, por meio da EC 45/2004, entende-se que os mesmos devem-se integrar ao ordenamento jurídico também com *status* de norma constitucional, considerando que os direitos humanos representam “o principal elemento de integração do direito interno ao direito internacional, representando assim o núcleo pré-constitutivo da mencionada ‘sociedade universal do gênero humano’.”²¹ Neste sentido, destaque-se a opinião de Flávia Piovesan:

¹⁸ Algumas informações foram extraídas da Pesquisa de Iniciação Científica financiada pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), intitulada “A Inadmissibilidade da Prisão Civil por Dívida Decorrente da Alienação Fiduciária em Garantia”, em que a autora foi colaboradora no período de 08 de 2002 a 01 de 2003, e bolsista no período de 02 de 2003 a 07 de 2003.

¹⁹ O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

²⁰ O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos foi ratificado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos. Disponível, acesso em: 30 jul. 2003, 22h30min, em: <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_juiz.html>.

Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.²²

Não se pode olvidar que as normas constantes no Pacto de San José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos encerram direitos fundamentais, e como tais devem ingressar na ordem jurídica brasileira. Ademais, os indivíduos passam a ser titulares de direitos e garantias fundamentais previstos na ordem internacional.

5. Alternativas à prisão civil do devedor de alimentos

5.1. A necessidade de alteração normativa

Diante da evidente afronta à dignidade e à liberdade do devedor, a prisão civil definitivamente não constitui meio executório razoável nem proporcional para compelir o devedor ao adimplemento da obrigação alimentícia. E ainda, considerando que a ciência jurídica é essencialmente dinâmica, propõe-se a utilização de outros meios capazes de forçar o devedor a cumprir a obrigação, que não afrontem os valores fundamentais da ordem constitucional vigente.

Consoante entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, “se as tutelas tradicionais não são capazes de garantir de forma adequada os direitos, é preciso pensar, urgentemente, em uma nova forma de tutela jurisdicional.”²³ Com efeito, é este o objetivo do presente trabalho, propor a alteração normativa e, enquanto tal alteração não sobrevém, sugerir uma nova forma de coagir o devedor a cumprir sua obrigação.

É premente a necessidade de modificação das normas constantes na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais já mencionadas. Isto porque todas essas regras prevêem a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor de alimentos a fim de compeli-lo à satisfação do crédito alimentar, e afrontam à dignidade e à liberdade

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 83.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 22.

do devedor. Constitui, dessa forma, verdadeira disparidade a manutenção de tais dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro.

É contraditório o destaque conferido pela Constituição Federal à dignidade da pessoa humana, estabelecendo-a, inclusive, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a admissão, ainda que como restrição, da prisão civil do devedor de alimentos. É evidente a antinomia jurídica. Daí porque se pretende a modificação normativa, a fim de que a ressalva feita pelo art. 5º, inciso LXVII da Constituição seja eliminada, sendo a prisão civil totalmente extirpada do sistema jurídico.

5.2. Alternativas à prisão civil enquanto não sobrevém a alteração normativa

Enquanto não ocorre tal modificação normativa, podem os intérpretes do direito adotar mecanismos alternativos à prisão civil. Tais propostas não podem ser relevadas, pois já existem decisões, ainda que tímidas e minoritárias, nesse sentido. Observe-se:

PRISÃO POR DÍVIDA ALIMENTAR. Sem se esgotarem todas as outras formas de constrangimento, não se deve recorrer à pena de prisão que, em regra, em lugar de remediar, agrava a situação do devedor e dos credores. Concedida a ordem em definitivo. Decisão unânime. (TJRS – HC 584050991 – Rel. Des. Silvino Joaquim Lopes Neto – j. 13.02.95).

Em decisão acertada, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro afastou a prisão de dentista acusado de não pagar a diferença de pensão alimentícia depois que o valor da mesma foi elevado por decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O argumento utilizado no *habeas corpus* foi a inexistência do caráter alimentar da pensão, tendo em vista que mãe e filho já recebiam mensalmente a pensão de um e meio salários mínimos²⁴.

O Ministro Nilson Naves, também do Superior Tribunal de Justiça, já concedeu liminar em *habeas corpus* para impedir a prisão civil de empresário aposentado acusado de não pagar pensão alimentícia, sob a condição de que fossem pagas as três últimas

²⁴ Ver o HC 28656/MG

prestações vencidas na data do mandado de citação e as vincendas, durante a execução²⁵.

Tais decisões, ainda que dispersas, revelam a crescente tendência de extirpar a prisão civil do ordenamento jurídico. Ademais, como visto em decisão anteriormente transcrita, “o aprisionamento presta-se apenas para agravar as condições do alimentante, já que confinado, não teria capacidade de trabalho e, sem receber, também não poderia fornecer alimentos [...]”²⁶.

Assim, além das alternativas previstas no sistema processual vigente, sugerem-se outras opções a fim de combater a desproporção havida entre o descumprimento da obrigação alimentícia e o meio coercitivo utilizado para coagir o devedor ao pagamento da prestação. Pode-se submeter o devedor à realização de trabalhos em benefício da comunidade, à vedação de abrir e movimentar contas bancárias, à frequência compulsória a reuniões com psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e psiquiatras, todos voltados a demonstrar os prejuízos advindos da falta de cumprimento da obrigação²⁷.

Rolf Madaleno reproduz sugestão interessante de Gustavo Bossert, que propõe:

a criação de um registro nacional de devedores de alimentos, do qual constariam os nomes daqueles alimentantes que estivessem devendo mais de duas prestações alimentícias, ordenando que todas as pessoas físicas ou jurídicas que contratassem os serviços de outra, tivessem que consultar este registro para verificar se ela tem dívida de alimentos, para, neste caso, comunicar o novo emprego ao juiz que impôs a obrigação alimentícia. Do mesmo modo, bancos e instituições financeiras que abrissem contas-correntes e recebessem depósitos, ou que concedessem cartões de crédito a um devedor de alimentos, deveriam promover igual comunicação ao juiz alimentar. Similar aviso também estaria previsto para a expedição e renovação da carteira de

²⁵ Ver o HC 32854/MG.

²⁶ MADALENO, Rolf. O Calvário da Execução de Alimentos. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, p. 32-43, abr./jun. 1999.

²⁷ Cf. LIMA FILHO, Aldo Medeiros. Prisão civil por débito alimentar: a caminho da inaplicabilidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, p. 80-89, jan./mar. 2001.

motorista, ou para o registro de compra ou venda de algum veículo automotor. Ademais disto, enquanto constasse do cadastro nacional de devedores de alimentos, a pessoa ficaria impossibilitada de constituir alguma sociedade comercial, ou de atuar como diretor ou administrador em qualquer empresa mercantil.²⁸

É bastante pertinente a criação de um banco de dados com o nome dos devedores de alimentos a fim de constrangê-los a efetuar o pagamento do débito, sob pena de terem limitados alguns de seus afazeres diários, tais como abrir e movimentar contas bancárias ou mesmo ter habilitação para dirigir.

Ademais, incumbe salientar que, verificando a insuficiência dos meios executórios previstos no CPC, o magistrado também “tem a faculdade de aplicar a coerção da multa diária imposta mesmo em obrigação de pagar quantia certa, para pressionar o devedor a satisfazer o crédito do alimentário.”²⁹ São as denominadas *astreintes*, previstas no § 5º do art. 461 do CPC, e que constituem alternativa à prisão civil do devedor de alimentos.

Assim, enquanto não sobrevém norma específica estatuinto alternativas à prisão civil do devedor de alimentos ou mesmo eliminando esse instituto do direito privado, cabe aos intérpretes do direito promover, com criatividade, interpretação sistemática das normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proporcionalidade, de modo a fazer valer a tendência cada vez mais crescente de humanização do direito.

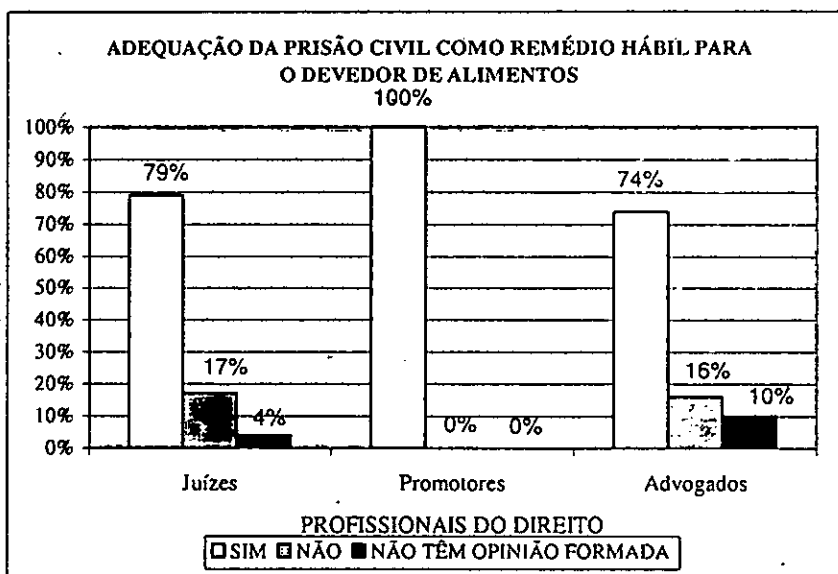
²⁸ BOSSERT, Gustavo A. *Regimén jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 545, *apud* MADALENO, Rolf. O Calvário da Execução de Alimentos, abr./jun. 1999.

²⁹ MADALENO, Rolf. O Calvário da Execução de Alimentos, abr./jun. 1999.

III. Resultados de uma pesquisa empírica: a opinião da comunidade jurídica local acerca da prisão civil do devedor de alimentos³⁰

1. Adequação da prisão civil como remédio hábil para o devedor de alimentos

De um modo geral, a prisão civil do devedor de alimentos é considerada meio hábil para a satisfação do crédito alimentar. Tal entendimento também é compactuado pela comunidade jurídica atuante nas Varas Cíveis da Comarca de Maceió, como se depreende da análise do gráfico abaixo:



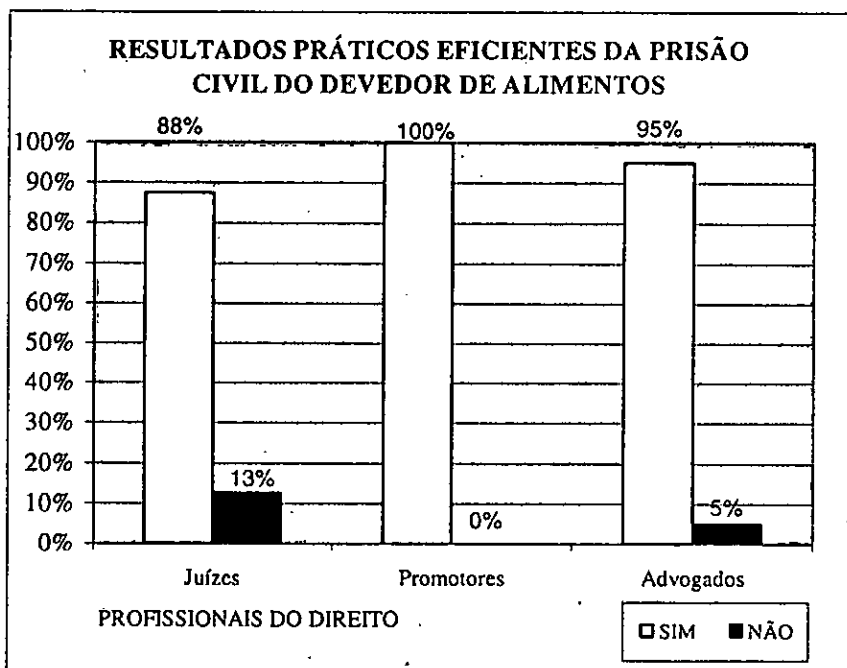
Observe-se que, dos entrevistados, mais de 70% (setenta por cento) são a favor da prisão civil como remédio hábil para o devedor de alimentos. Saliente-se que esta foi a opinião de todos os promotores entrevistados. Tais posicionamentos revelam o positivismo assente na comunidade jurídica local, que adota a norma constante no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal como verdade absoluta.

³⁰ Dados obtidos a partir da Pesquisa de Iniciação Científica financiada pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), intitulada “A Inadmissibilidade da Prisão Civil por Dívida Decorrente da Alienação Fiduciária em Garantia”, em que a autora foi colaboradora no período de 08 de 2002 a 01 de 2003, e bolsista no período de 02 de 2003 a 07 de 2003.

2. Resultados práticos eficientes da prisão civil do devedor de alimentos

Tanto juízes como promotores e advogados afirmam que, decretada a prisão, o devedor imediatamente providencia meios para cumprir a obrigação alimentícia. E ainda acrescentam que o devedor não paga a prestação alimentícia porque desacredita no Poder Judiciário, apenas cumprindo a referida obrigação mediante a coerção pessoal.

Observem-se os dados do gráfico abaixo:



Depreende-se da análise do gráfico que mais de 85% (oitenta e cinco por cento) dos entrevistados acreditam na eficiência da prisão civil para o devedor de alimentos, considerando positivo o resultado produzido pela prisão civil. Esta foi a opinião de 100% (cem por cento) dos promotores entrevistados.

IV. Conclusão

A partir dos dados obtidos nas normas existentes acerca da matéria, nas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais e nas entrevistas realizadas com a comunidade jurídica local, constatou-se que a prisão civil é mesmo considerada meio hábil para satisfação do crédito alimentar, a despeito dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proporcionalidade. Surpreende o posicionamento conservador adotado pelos doutrinadores, pela jurisprudência e pela comunidade jurídica local.

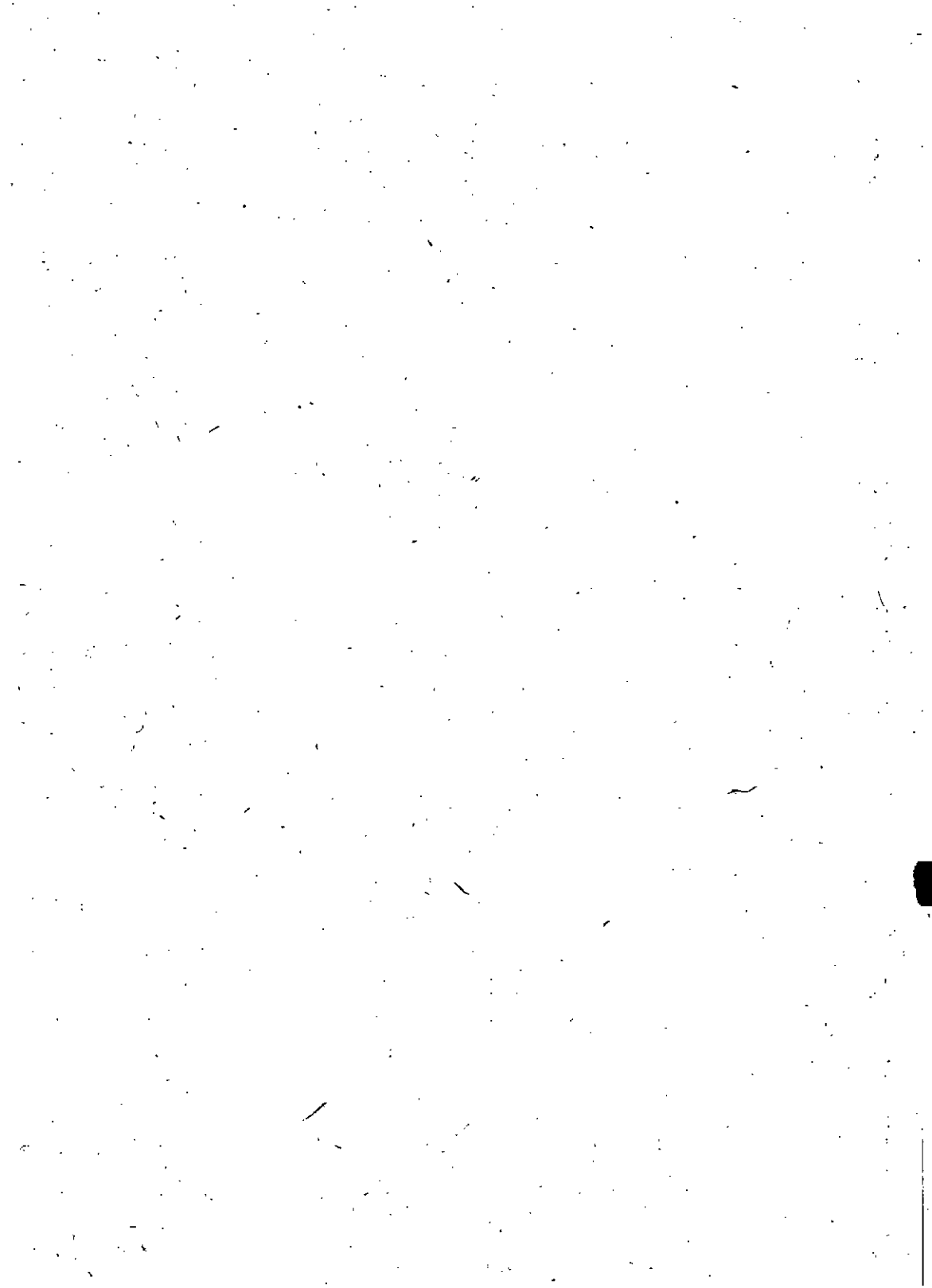
Em verdade, apesar de a prisão civil decorrer de ilícito civil e não ter função punitiva, como insistem os doutrinadores e a jurisprudência, ela produz o mesmo resultado da prisão criminal, qual seja, o encarceramento do devedor.

A prisão civil do devedor de alimentos é considerada verdade absoluta, sendo decretada muito facilmente pelos magistrados, que têm grande dificuldade de criticar as normas do ordenamento jurídico brasileiro e demonstram um apego exacerbado às decisões dos Tribunais Superiores, que a consideram constitucional. É importante destacar, no entanto, que alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça têm proferido decisões, dispersas a bem da verdade, afastando a prisão civil do devedor de alimentos em alguns casos específicos. Isso demonstra a relevância da matéria, que, apesar de parecer pacificada, ainda deve ser objeto de muita reflexão pelos operadores do direito.

É importante destacar que o próprio CPC aponta alternativas à prisão civil do devedor de alimentos. Ademais, não se pode olvidar que o Brasil ratificou tratados internacionais que vedam a prisão civil, cujas normas devem ser incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional, já que versam sobre direitos humanos.

Nesse diapasão, devem a Constituição Federal, a Lei de Alimentos e o CPC ser alterados no que concerne à prisão civil por dívidas, com o propósito de assegurar a prevalência da dignidade e da liberdade do devedor em detrimento do débito patrimonial. Não se está pretendendo relativizar a dignidade do alimentando, mas sim relativizar o rigor das normas que prevêm a prisão civil como meio de satisfação do crédito alimentar.

Considerando que o direito tem como objetivo primordial a realização da justiça, e que a prevalência dos direitos humanos é fator de extrema importância para o avanço do direito privado, tem-se como imprescindível a extirpação da prisão civil do devedor de alimentos do ordenamento jurídico brasileiro. No conflito, entre o ser e o ter é a pessoa humana que deve prevalecer.



ABORDAGEM PENAL DA LEI ANTIDROGAS: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Luiza Maria de Albuquerque Acioly

Advogada e Professora do CESAMA

Valter José de Omena Acioly

Promotor de Justiça do Estado de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Bem Jurídico. 3. Pena. 4. Delação Premiada 5. Conclusão.

1. Introdução

A Lei nº. 11.343/2006 será analisada tendo em vista sua contribuição para efetividade das leis penais com seu conceito sobre crime elaborado em categoria jurídica constitucional que extrapola os limites do Código Penal, assegurada por uma interpretação racional de argumentação formada nessas mudanças capazes de conciliar a criação de novos tipos penais sem perda do enfoque minimalista¹.

Com o estabelecimento dessas mudanças foi possível abolir crime² de redação vaga/imprecisa, criar novos tipos penais³, adotar nova espécie de sanção penal (pena educativa) e melhor equacionar a punibilidade em face da lesividade do bem jurídico e da interferência do autor.

¹ “Contudo, de acordo com o enfoque minimalista, não só a importância do bem permite a criação da figura típica, mas, além de tal aferição, mister se faz que ainda em um plano abstrato, o legislador chegue à conclusão de que os outros ramos do ordenamento jurídico, caso tentem protegê-lo, sozinhos, sem a intervenção do Direito Penal, não terão sucesso”. GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2006, p. 82..

² Lei nº 6.368/76, art. 12, § 2º, inciso II: contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

³ Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 3º: Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.

Merecem destaque as distinções legalizadas entre as figuras do usuário, do dependente e do traficante de drogas. Cominou penas direcionadas a prevenção⁴ aliada a reinserção social para usuário e impôs excessivo rigor para o traficante como forma de repressão à produção ilegal e ao tráfico de drogas.

Para adequação do conceito de crime a posse de entorpecente para consumo pessoal, apesar da Lei Antidroga, para esse tipo penal, não cominar pena⁵ de reclusão, de detenção e nem de multa, é necessário enfocar a reforma de 1984 da parte geral do Código Penal. Com aquela mudança foi dado o primeiro passo para atualização do conceito normativo de crime com a ampliação do elenco das penas através da introdução das modalidades de prestação de serviços a comunidade, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana. Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os modelos de penas até então existentes na legislação penal perderam a taxatividade porque em seu artigo 5º, inciso XLVI, autorizou a criação de outras espécies de penas como as educativas surgidas com essa lei Antidroga.

As inovações polêmicas têm linhas de raciocínios brilhantes sobre a natureza jurídica do art. 28; as dificuldades da segurança jurídica na aplicação do art. 33 e outras questões controvertidas, mas o presente artigo fica restrito a evolução da Lei em face de suas possibilidades de efetividade prática e de solução razoável e rápida decorrentes das questões penais controvertidas.

⁴ “No entanto, de maior significado penal foi, sem dúvida, a opção por uma Política Criminal de rejeição da prisão como instrumento válido de resposta punitiva à conduta de consumidor de drogas. Assim é que, de conformidade com o disposto no § 2º do art. 48, tratando-se de consumidor, ‘não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente’. Portanto, em hipótese alguma, o usuário de droga poderá ser levado à prisão”. João José Leal, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091>.

⁵ Decreto-Lei nº 39/14, de 9 de dezembro de 1947. Artigo 1º: Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; e contravenção, a infração penal que a lei comina isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

2. Bem jurídico

A Lei nº 11.343/2006 estabeleceu regras atualizadas com a doutrina e a jurisprudência predominantes de modo a apresentar conteúdo dentro dos padrões de evolução jurídica ao enfrentar a droga não permitida colocando os autores dos diversos tipos penais para responderem na proporção dos males causados sem desconsiderar as garantias individuais.

Tendo em vista a sua finalidade ser a proteção da saúde pública destaca-se, de imediato, com a criação do Sistema Nacional de Políticas Sobre Drogas – SISNAD e em seu art. 28 estimula salutar debate sobre a natureza e a eficácia da desprisonalização e os conceitos sobre crime com melhor ajuste a abrangência constitucional. A preservação da saúde pública engloba a saúde do próprio usuário que pode ser fundamentada com a linha de raciocínio abaixo:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançada com outras medidas político sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.⁶

A inutilidade da carcerização do usuário de drogas não permitidas para prevenção é tão real quanto à ofensa ao objeto (saúde pública) do bem jurídico protegido porque a saúde do consumidor piora e, assim, desestimula o prazer de viver com saúde por serem tendentes à autodestruição quando precisam enfrentar dificuldades e, por isso, aumentam o consumo.

A posse de droga para uso próprio não deixa de ser um mal social contrário à saúde pública, esta que tem necessidade da proteção penal. O fundamental, no que diz respeito ao usuário, é proteger a saúde

⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução: André Luis Callegarie Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Liv. advogado, 2006, p.16-17.

pública iniciando pelo incriminado que é ao mesmo tempo vítima porque investe contra a própria saúde. Por essas razões Rogério Sanches Cunha explica a objetividade da lei da forma seguinte:

O bem jurídico protegido é a saúde pública (tutela imediata) e a saúde individual de pessoas que interam a sociedade (tutela mediata). A saúde pública é um bem jurídico supra-individual que deve sempre ter como referência última os bens jurídicos pessoais.⁷

A diminuição da carga punitiva para o crime de posse para uso próprio também deve ser justificada pela necessidade de proteger o bem jurídico secundário, ou seja: a vida e a saúde do usuário, mesmo contra a sua vontade.

Com efeito, o traficante representa uma conduta social bem mais reprovável porque investe contra a saúde pública (bem jurídico principal) destruindo a saúde do usuário (bem jurídico secundário) pelos interesses imorais e ilegais de obter vantagens ilícitas. Consequentemente, a repressão ao tráfico com aumento da pena mínima entre as cominadas aos tipos penais é politicamente justificável.

Nesse contexto do bem jurídico cabe a apreciação da definição de droga por ter recebido conteúdo mais amplo pelo parágrafo único do art. 1º da lei 11.343, de 23.08.2006. Enquanto a primeira parte desse parágrafo é enaltecida, a parte final fermenta controvérsia por se tratar de norma penal em branco. Nesse particular a linha de raciocínio do Ms. Siqueira pode ser transcrita sem comentário devido à clareza seguinte:

A atualização referida nesse parágrafo há de ser freqüente por conta do surgimento constante de novas drogas ou do aprimoramento das existentes, mercê do progresso ininterrupto da ciência, sempre se superando nas pesquisas com resultados por vezes surpreendentes.

A ciência, eticamente, deve produzir a serviço do bem, mas nem sempre suas descobertas beneficiam a humanidade.*

Se os tipos penais pertinentes ao uso indevido, à produção desautorizada, ao tráfico de drogas não se objetivassem em normas penais em branco, as definições legais das condutas criminosas seriam gigantescas e teriam de ser alteradas com

⁷ GOMES, Luiz Flávio (Coord.) et all. *Nova Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo*. São Paulo, RT, 2006, p.147.

freqüência desaconselhada ao conhecimento que se deve ter das leis.

Norma incriminadora em branco não é de boa técnica legislativa ante o princípio garantista da reserva legal, mas esse caso não é único no ordenamento jurídico brasileiro e se justifica pelas circunstâncias, contudo não deve servir de exemplo à proliferação de outros. (Artigo distribuído em sala de aula).

As lúcidas ponderações do Ms Siqueira levam ao entendimento de que o legislador ao preferir a instabilidade da lei penal em branco, nesse caso particular, foi coerente com a realidade atual por permitir solução prática e mudança rápida capazes de manter a efetividade do Direito Penal ao longo dos anos vindouros.

3. Pena

A lei apresenta mudanças que vão da desencarcerização para a posse com fim de uso próprio até a exarcebação da pena mínima entre as cominadas para o tráfico ilícito da droga não permitida. Com essas novidades sobre as penas nessa lei, surgiu fervoroso debate em torno das penas educativas cominadas no art. 28.

Afastando-se da polêmica sobre a natureza jurídica da advertência, da medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo e da admoestação verbal inseridos no art. 28 como penas, resta analisar a sua efetividade prática na prevenção do consumo e na recuperação do reeducando. Nesse artigo é analisado o resultado proveitoso dessas penas de cunho educativo porque surge pela primeira vez na legislação penal e pelos debates existentes acerca de sua utilidade diante dos conhecimentos dos consumidores, da incapacidade intelectual dos juízes e da falta de estrutura nas comarcas para proporcionar medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Discordo da fundamentação de penas inadequadas em suas intensidades para a prevenção do delito de posse para consumo por entender que assim concluem aqueles que não trabalham com o Direito Penal no universo da racionalidade ética, do sistema de crenças admitido como segue:

A legislação penal, como o sistema penal em conjunto, se move no campo do controle social jurídico sancionador, controle destinado a garantir a ordem de convivência social. Essa ordem de convivência, que implica a interação e coordenação dos planos de vida dos diferentes membros da sociedade, não pode ser assegurada nem legitimada se não encontra correspondência com um sistema básico de crenças do conjunto da sociedade. Por sistema básico de crenças deve-se entender uma trama originária de atitudes vitais e de princípios reguladores do comportamento que condicionam de maneira determinante os modos de interação dos membros da sociedade e cuja aceitação está tão arraigada que só muito raramente algum de seus aspectos é submetido à discussão.⁸

O Direito Penal por esse ângulo crítico permite que as penas educativas cominadas no artigo 28 sejam vistas com maior rigor devido aos constrangimentos decorrentes do processo criminal com suas medidas coercitivas (condução pela polícia a presença de juiz ou delegado de polícia, a publicidade da conduta-objeto do processo entre outras) e a estigmatização oriunda da sentença condenatória.

Não se pode negar que a eficácia dessas penas de advertência e de admoestação depende da capacidade intelecto-moral do Juiz de Direito da Execução dessas medidas. Executadas de forma errada, restrita aos efeitos (conhecido do criminoso-consumidor) das drogas, transmitida com explosões de falsas éticas, com desrespeito ao princípio da dignidade do ser humano, a advertência revolta ou será sem efeito, em ambos os casos ineficaz aos fins juridicamente almejados. Aplicada corretamente, com entrosamento estimulador dos valores éticos será uma inovação na legislação penal brasileira de controle social pela palavra imposta que desperta no consumidor de droga a importância de sua saúde para preservação da saúde pública, encorajando-o a sair do egoísmo da autodestruição oriunda dos prazeres ilusórios.

A medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo é salutar desdobramento da advertência e, por isso, reconhecido o valor jurídico daquela, com somados argumentos esta fica fundamentada.

⁸ RIPOLLÉS, Díez José Luis. **A Racionalidade das Leis Penais: teoria e prática**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 117.

A repressão, no caso particular do consumidor de drogas, não apresentou qualquer resultado positivo. Com efeito, a substituição daquela pena pela educativa não prejudicará. Partindo-se do reconhecimento dos efeitos negativos da repressão ao consumidor e impossibilidade de prejuízo na pena educativa já se vislumbra lucro com a atualização adotada pela lei. A pena educativa é coerente com a Doutrina⁹ que defende ser a educação a melhor forma de prevenção do crime de posse de droga ilícita para consumo próprio.

A lei foi promulgada para ser executada por juiz dotado dos mínimos requisitos (psicológicos, sociológicos entre outros) para exercer a função e para produzir efeitos na generalidade de usuários que têm conhecimento sobre os males produzidos pelas drogas, limitados a própria saúde. A professora Elaine Costa, depois de entrevistar várias detentas do Instituto Penal Santa Luzia em Maceió-AL, envolvidas com drogas, sendo categórica em uma das entrevistas ao apresentar a análise seguinte:¹⁰

Ao afirmar que a droga nunca a dominou, Íris parece não perceber que é por conta de seu vício em maconha que já foi levada duas vezes à prisão. Sua fala parece não associar a dependência das drogas a todos os problemas que enfrenta desde a adolescência, e ela chega a contradizer-se ao afirmar: "Toda oportunidade que eu encontrar na rua, vou sempre estar usando maconha".

⁹ "Não se pode negar a força do argumento de que o traficante só existe porque a sua atividade ilícita é financiada pelos usuários e viciados em droga, mas por certo não será mantendo a previsão de pena carcerária que se alcançará a redução em relação ao consumo. Há real necessidade de levar o debate sobre programas televisivos, democratizando-se o acesso à informação sobre os males decorrentes do consumo e inclusive possibilitando que a juventude brasileira forme um juízo crítico acerca do problema. Não adianta 'tapar o sol com a peneira', o problema existe, não só aqui, mas praticamente em todo o mundo a melhor forma de combatê-lo não é gastando o dinheiro público com cadeias para os usuários e viciados, mas sim, com orientação, informação, educação tratamento curativo." SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Nova Lei Antidrogas: (Lei nº 11.343/2006): comentários e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2006, pág.22.

¹⁰ COSTA, Elaine. **Amor Bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas**. Maceió: EDUFAL, 2007, p. 135

Com relação à estrutura exigida para a execução dessas penas educativas foi confiada ao SISNAD (SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS). O certo é que para execução dessas novas modalidades não é necessário custo tão alto quanto o disponibilizado ao sistema penitenciário.

Ao se reportar sobre as novas modalidades de sanção penal adotadas pelo legislador é importante ressaltar que o art. 28 deu natureza de pena principal à prestação de serviços à comunidade que tem caráter de pena alternativa no Código Penal Brasileiro.

4. Delação Premiada

O Legislador estabeleceu a modalidade de atenuação de pena¹¹ por conduta posterior ao crime que gerou acirrado debate em torno da ética do Estado quando oferece “prêmios penais” como retribuição ao criminoso que trai os companheiros de desventuras.

A atitude do Estado é errada e que somente pode ser admitida em face de sua impotência para combater com ética os crimes cometidos por organizações criminosas. Na defesa dessa linha de raciocínio Luiz Flávio é enfático:

A delação premiada, com efeito, assenta-se na traição. A Lei não é pedagogicamente correta quando ensina que trair traz benefícios. Sendo eticamente reprovável (ou, no mínimo, muito discutível), deve a delação premiada ser restringida o máximo possível. Só teria cabimento em situações muito especiais. E, de qualquer modo, requer muita cautela porque pode haver incriminação puramente vingativa. Ela surgiu, em primeiro lugar, para combater as organizações terroristas. É, portanto, ‘filha’ do Direito Penal excepcional, que acabou incorporando-se ao direito comum, causando sua “corrosão”.¹²

Entre a fidelidade aos companheiros do crime e a opção pela conduta de reparação do erro (reparação parcial ou total do produto do

¹¹ Lei 11.343, art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹² GOMES, Luiz Flávio. 2006, p.194.

crime), essa atitude geradora de benefício social, é fundamental prevalecer à tese que admite ser evolução moral do Delator (o qual perde totalmente a credibilidade para voltar a integrar qualquer organização criminosa) que ao assim agir apressa sua volta à sociedade com possibilidade de viver com retidão.

Não se pode reconhecer na delação à traição porque sendo esta a quebra da fidelidade (sentimento nobre incompatível com o crime), o correto é admitir sua presença na conduta criminosa como elementar consistente na violação a confiança genérica que cada cidadão tem na sociedade (princípio da inocência). Admitir ser conduta viciosa colaborar com o Estado na reparação dos efeitos do crime e no restabelecimento da ordem é inverter o conceito de virtude.

A delação premiada, com essa interpretação errada, vem sendo amplamente criticada por ser compreendida como demonstração de fracasso do poder investigativo do Estado que para combater o crime precisa desse instrumento "repugnante".

Na realidade, melhor do que apontar as grandes dificuldades no caminho do enfrentamento do crime é fazer a análise do custo benefício com a clareza seguinte:

A prova contra os grupos organizados é de difícil produção e até mesmo a mais comum delas, a testemunhal, dificilmente é alcançada, em face do terror imposto pelos criminosos vinculados no "narcotráfico", os quais só reconhecem a "ética da força", sendo portanto legítimo e necessário lançar mãos de métodos menos ortodoxos para superar essas dificuldades em relação ao combate a essa especial forma de criminalidade, sendo a delação premiada uma dessas formas, que por sinal conta com a grande vantagem de propiciar que um agente conhecedor da sistemática criminosa colabore com os órgãos da persecução penal, fornecendo as provas necessárias ao desbaratamento da gangue.¹³

A delação premiada é fundamentada na ética e na moral e tem soluções seguras e rápidas para impedir novas ações criminosas dos delatados, maiores possibilidades de reparação do bem jurídico o fendido, diminui o custo processual e facilita a repressão. Com a delação premiada, assim interpretada, apresenta os louros da vitória

¹³ SOUZA, Sérgio Ricardo de. 2006, p.63.

garantida pelo caminho da oportunidade dada ao criminoso de demonstrar seu desempenho para romper seus compromissos com a criminalidade e a sociedade o conforto de restaurar a confiança perdida sobre a capacidade do Estado prevenir e combater a criminalidade exercendo suas atribuições com razoável eficiência.

Partindo dessa certeza de que a delação premiada promove a maximização geral do bem-estar para os envolvidos na sustentação da harmonia social, não sobra dúvida quanto a sua moralidade¹⁴, apesar da revolta provocada nos criminosos.

Não é imprescindível, portanto, que o agente delate eventuais comparsas. Basta que dê informações úteis à recuperação do produto do crime. Assim, o agente que sem dizer quem lhe vendeu a substância entorpecente diz aonde o produto se acha armazenado, possibilitando a apreensão de grande quantidade de droga, faz inequivocamente jus à aplicação do benefício. Da leitura do dispositivo vê-se que a colaboração pode se dar no curso do processo ou ainda no inquérito.¹⁵

No tocante a ética Kantiana a delação premiada para encontrar fundamento é bastante compreender que como o criminoso assumiu compromisso com a organização criminosa também tinha e continua tendo o dever de fidelidade com a lei sob pena de inviabilizar a vida. Considerando ter sido firmado este compromisso desde o nascimento com vida para vigorar até o final do ciclo biológico, sendo aquele compromisso com a sociedade criminosa incompatível não tem validade.

¹⁴ “A moderna filosofia moral de primeira ordem foi dominada pelo desenvolvimento de teorias morais, segundo as quais a moralidade consiste em uma consideração pertinente ou em um pequeno número delas. De acordo com o utilitarismo, conforme abraçado, por exemplo, por Moore e Hare, a única consideração diretamente relevante à questão de como viver é a maximização geral do bem-estar.” **Dicionário do pensamento social do Século XX** / editado por William Outhwaite, Tom Bottomore; com a consultoria de Ernest Gellner, Robert Nisbet, Alain Touraine; editoria da versão brasileira, Renato Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos; tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

¹⁵ ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais: (Lei 11.343/2006)**. São Paulo: Método, 2007.

4. Conclusão

A Lei nº 11.43/2006 aumentou os tipos penais, foi mais rigorosa na cominação da pena mínima entre as cominadas para o traficante, porém criou instrumentos atualizadores do Direito Penal que o deixou coerente com a realidade contemporânea sem afetar os princípios garantistas e a sua efetividade.

A lei analisada enfrenta o uso ilícito da droga respeitando a dimensão dos seus efeitos, solidária com as fraquezas do usuário e firme contra o egoísmo e a ambição do traficante. Essa Lei é teoricamente avançada e alarga o caminho para expansão do Direito Penal com possibilidades de efetividades práticas pelas suas inovações.



ALIMENTOS: SALÁRIO MÍNIMO *VERSUS* IGP-M

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

SUMÁRIO

1. A questão posta. 2. O salário mínimo. 3. O IGP-M. 4. As dificuldades do cálculo. 5. A opinião de especialistas. 6. O IPCA. 7. A opção da lei e da jurisprudência frente a vedação constitucional. 8. A única solução.

1. A questão posta

Algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹ proferidas em ações revisionais de alimentos surpreendentemente passaram a alterar, de ofício, o índice de correção da obrigação alimentar

¹ Esta foi a decisão que deu origem à nova orientação: APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS. PARTILHA. CULPA. 1. Os elementos dos autos não revelam situação de opulência financeira do varão, principal responsável pelo sustento da família ao longo do casamento. 2. A mulher, que conta mais de sessenta anos, faz jus a alimentos pela ponderação do binômio necessidade/possibilidade, pois a renda que auferi como professora aposentada é insuficiente para o custeio de suas despesas ordinárias. 3. O salário mínimo é instrumento de política econômica e não tem qualquer compromisso com a variação do poder aquisitivo da moeda. Tanto assim que a Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, já estabelecia a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária, regra que foi alçada à dignidade constitucional no inc. IV do art. 7º da Carta Magna. Por sinal, não é por outra razão que a Súmula 201 do STJ veda a indexação dos honorários advocatícios – de inegável cunho alimentar – ao piso salarial. O salário mínimo não pode mais se prestar para indexar os alimentos, sob pena de, a curto prazo, desestabilizar o equilíbrio do binômio alimentar, o que inexoravelmente dará origem a uma ação revisional. Por essa razão, a verba alimentar deva ser estipulada em valor certo, determinando-se sua correção monetária anual, a partir da data da decisão que os define (não de seu trânsito em julgado), conforme comando do art. 1.710 do Código Civil. E, dentre os indexadores, o IGP-M é o que se mostra mais adequado, tanto que é regularmente utilizado para correção de cálculos judiciais. Proveram em parte, à unanimidade. (TJRS - AC 70015627979 - 7ª CCív. - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos - j. 2.8.2006).

independentemente de solicitação de qualquer das partes. Fixados os alimentos em salários mínimos – quer por acordo, quer por decisão judicial –, diante da singela assertiva do alimentante de que o encargo tomou-se excessivo, o valor dos alimentos foi estabelecido em importância certa em dinheiro e determinada a atualização anual pelos índices do IGP-M. Cabe alertar que alguns julgamentos, ainda que unânimes, não retratam a posição de todos os integrantes das 7ª e 8ª Câmaras.²

A mudança foi levada a efeito mesmo sem comprovação da forma de correção dos ganhos do devedor. Independente da profissão do alimentante, de onde provêm seus ganhos ou qual sua fonte de renda, não sendo questionada sequer a ocorrência de descompasso de seus rendimentos com a valoração do salário mínimo. A intenção de tais julgados é garantir a equalização do valor dos alimentos para o futuro e, com isso, a evitar novas demandas revisionais. Seja qualquer o fundamento da ação – por exemplo, o nascimento de outro filho –, ocorreu a automática mudança do índice de correção.

Talvez o mais inusitado seja o fato de que tal alteração passou a ocorrer até quando é o credor quem recorre ao Tribunal. Ou seja, manejado recurso pelo alimentado pleiteando a majoração dos alimentos, o índice de atualização dos alimentos é alterado, adotando-se outro que lhe é desfavorável. Trata-se, de modo claro, de uma *reformatio in pejus*, o que é vedado pelo sistema jurídico pátrio.

Também cabe alertar que, em face da divulgação que vêm merecendo tais decisões, está-se avolumando significativo número de demandas revisionais na busca da alteração do índice de correção dos encargos alimentícios fixados em salários mínimos, para que seja adotado o IGP-M.

2. O salário mínimo

Diz a Constituição Federal (art. 7º, IV) que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Também determina que devam ocorrer reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

² A posição já não é mais majoritária, tendo alguns desembargadores abandonado essa tendência.

O comando constitucional nunca foi obedecido. Durante décadas o salário mínimo perdeu seu poder de compra e sempre foi reajustado bem abaixo da inflação, que durante longo período teve índices astronômicos. Somente nos últimos anos a atual política governamental vem buscando assegurar sua valorização. Os dois últimos Presidentes da República, com forte comprometimento de ordem social, é que procuraram recuperar o valor do salário mínimo. Significativo mesmo foi o último reajuste, ocorrido até com um mês de antecedência, abril de 2006, por casualidade, em ano eleitoral.

Ainda assim, e apesar de todas as promessas de campanha, não adquiriu o salário mínimo o seu real valor a ponto de atender à sua finalidade. O DIEESE³ comprova que, em agosto de 2006, o seu montante deveria ser quatro vezes maior, ou seja, R\$ 1.442,62 ao invés dos atuais R\$ 350,00.

Dados outros também evidenciam este desequilíbrio. O Centro de Estudos e Pesquisas Econômicas da UFRGS⁴, que elabora boletins econômicos mediante o histórico de uma série de produtos que compõem a cesta básica, como condomínio, gás, transporte, luz, telefone, material escolar, etc., reconhece que o salário mínimo, apesar de ter apresentado crescimento nos últimos períodos, continua defasado, pois o aumento do valor de tais produtos é superior à inflação.

3. O IGP-M

Sob a justificativa de que o aumento do salário mínimo supera o aumento dos ganhos do alimentante, foi eleito como índice de atualização o IGP-M. No entanto, se a intenção é corrigir o encargo pelo índice de inflação, dito indexador é o menos indicado, porquanto não mede a evolução do poder de compra dos itens que compõem a pensão alimentícia.

Simple análise da composição e do IGP-M elucida essa assertiva. O IGP-M é calculado com base em índices que levam em

³ Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Salário Mínimo Necessário*. Disponível e acesso em 04 out. 2006 em
<<http://www.dieese.org.br/rel/rac/salminset06.xml>>.

⁴ Centro de Estudos e Pesquisas Econômicas. Boletim Econômico. Porto Alegre/RS. Disponível e acesso em 04 out. 2006 em:
<http://www.ufrgs.br/iepebanco/pesq_produtos.asp>.

consideração elementos alheios às despesas que custeiam os alimentos. São eles:

- 60% do IPA (Índice de Preços do Atacado), que mede o preço de 431 produtos do atacado, sem relação imediata com o consumidor final.
- 30% do IPC (Índice de Preços ao Consumidor), que consiste na pesquisa de preços de 388 produtos no eixo Rio-São Paulo e apura a inflação diretamente das famílias que ganham de 1 a 33 salários mínimos.
- 10% do INCC (Índice Nacional da Construção Civil), que mensura a variação de preços de materiais de construção e de mão-de-obra, destinando-se primordialmente à atualização dos contratos de construção civil.

4. As dificuldades do cálculo.

Não se pode descartar outro fato. O ajuste de valores por indicador econômico depende de cálculos matemáticos de certa complexidade. Cabe lembrar que o IGP-M, utilizado na correção de condenações judiciais, é levado a efeito por um profissional especializado, o contador.

Ao depois, o IGP-M tem variação mensal, havendo a necessidade do cálculo da variação acumulada anual. Os índices publicados nos jornais nem sempre correspondem à taxa anual, sendo necessário buscá-la ou em publicações mais especializada, ou via *Internet*.

Assim, se o alimentante foi condenado, em julho de 2005, a pagar alimentos de R\$ 1.000,00, com correção anual pelo IGP-M, para calcular o valor da pensão, deverá consultar um contador ou encontrar jornais onde constem os índices de até um ano atrás. A outra possibilidade é acessar a *Internet*. No site www.4.bcb.gov.br, deve entrar nos links “serviços ao cidadão”, “calculadora do cidadão” e, por último, “correção de valores”. Optando pelo Manual da FGV, este explica – em treze páginas – como efetuar a atualização.⁵ Assim, após identificar o índice anual, que foi de 1,20% $\approx$ 0,0120, precisará fazer o seguinte cálculo:

⁵ Informação Econômica On Line. *Busca por assunto*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.fgvdados.com.br>> Acesso em 19 out. 2006.

$$1.000,00 \times (1+0,0120) = 1.012,00$$

Isso tudo para descobrir que o valor dos alimentos passou a ser de R\$ 1.012,00.

Mas não é tudo. Caso os alimentos sejam ajustados conforme índice do IGP-M, dependendo do mês, há o risco de que ocorra decréscimo no valor da pensão alimentícia, pois em muitos períodos esse índice é negativo, como ocorreu nos meses de setembro e dezembro do ano passado e em março e abril deste ano.⁶

5. A opinião de especialistas

Diante do inusitado da situação, e revestindo-se o tema de enorme complexidade, se fez necessário colher a manifestação de alguns especialistas em política econômica.⁷ Na opinião do Professor Antonio Carlos Pôrto Gonçalves,⁸ o IGP-M não é um índice adequado para o reajuste de pensões alimentícias. A substituição do salário mínimo pelo IGP-M *piora as coisas, pois se perde a praticidade e não se ganha em adequação*. Questionado sobre o índice mais adequado para medir a inflação, afirmou ser o IPC-FGV - *Índice de Preços ao Consumidor, o qual inclui os preços dos alimentos, do vestuário, dos serviços domésticos, os custos de escola, etc.* No entanto, acabou reafirmando: *mas não é tão prático quanto o salário mínimo, o qual é de aplicação imediata e não necessita de cálculos*.

Outro especialista ouvido, o Dr. Marco Antônio Rocha,⁹ também reconheceu a absoluta inadequação do IGP-M. No entanto,

⁶ Economia. *Canal Finanças Pessoais*. São Paulo. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/economia/financas/cotacoes/inflacao.htm>
Acesso em: 19 out. 2006.

⁷ A dificuldade na obtenção de informações levou ao contato direto com os Drs. Antonio Carlos Pôrto Gonçalves e Marco Antônio Rocha, que, de forma atenciosa, prestaram, por telefone e e-mail, as manifestações.

⁸ Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Chicago, EUA. Professor Titular de Economia da EPGE/FGV e da UFF e Professor da Escola de Direito Rio de Janeiro da FGV. Editor da Revista Notas do Instituto Liberal do Rio de Janeiro. Autor de artigos publicados em revistas especializadas. Diretor Executivo do Programa de Cursos Corporativos do IDE/FGV RJ.

⁹ Jornalista, advogado e editorialista econômico do Jornal Estado de São Paulo.

afirmou que, *ao pretender-se utilizar índices de inflação, o mais adequado seria o IPCA, considerado índice oficial da inflação e que serve de indexador nas negociações com o Fundo Monetário Internacional*. Ainda assim, esclareceu que *tais índices não espelham a realidade, pois a Fundação Getúlio Vargas, de forma freqüente, altera a metodologia para sua quantificação*.

6. O IPCA

Portanto, na hipótese de se pretender utilizar um índice de atualização dos alimentos, parece que o mais adequado não seria o IGP-M mas o IPCA, que é o termômetro para medição das metas inflacionárias, pois verifica as variações dos custos com os gastos das pessoas que ganham de um a quarenta salários mínimos nas regiões metropolitanas de Belém, Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador, São Paulo, Goiânia e Distrito Federal.

No entanto, nos últimos 8 anos, a comparação do salário mínimo com o IGP-M e o IPCA¹⁰ mostra a flutuação a que ambos estão sujeitos, não se podendo precisar, com segurança, qual melhor espelha a realidade.

Como o IPCA teve, em 2005, variação de 5,69%, acabando 1,91% abaixo do resultado de 2004, que foi de 7,60%, cabe trazer, a título de curiosidade, a justificativa apresentada: a redução na taxa do IPCA de 2004 para 2005 foi propiciada, basicamente, pela significativa influência do câmbio, mantendo certa estabilidade de preços em alguns produtos como os de higiene pessoal (0,31%) e contribuindo para a redução nos preços de outros, a exemplo dos aparelhos de TV, de som e de informática (-8,49%). Assim, aliado à boa safra do ano, o câmbio favoreceu a queda de preços de produtos agrícolas vinculados ao

¹⁰ Ministério do Trabalho e Emprego. *Salário Mínimo. Apresentação de 24.01.2006*. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/EstudiososPesquisadores/salariominimo/default.asp>. Acesso em 19 out. 2006. Economia. *Canal Finanças Pessoais*. São Paulo. Disponível e acesso em: 19 out. 2006 em: <http://www.estadao.com.br/economia/financas/cotacoes/inflacao.htm>.

mercado internacional. O óleo de soja ficou 17,21% mais barato, e a farinha de trigo passou a custar 6,91 % a menos.¹¹

Ano	Variação real do Salário Mínimo		IGP-M	IPCA
	R\$	%	%	%
1998	130,00	3,4	1,78	1,65
1999	136,00	1,4	20,10	8,94
2000	151,00	5,3	9,95	5,97
2001	180,00	11,3	10,37	7,67
2002	200,00	1,4	25,30	2,53
2003	240,00	0,5	8,69	-9,30
2004	260,00	2,2	12,42	7,60
2005	300,00	7,9	1,20	5,69
2006 *	350,00	3,0	1,97	4,03

(*) até junho/2006

Ao que tudo indica, a variação sofreu ingerência da flutuação do dólar. Cabe trazer então a tabela comparativa do salário mínimo com o dólar, ao menos desde 1994, quando a moeda passou a ser o Real, período em que houve 13 reajustes no salário mínimo.¹²

¹¹ MANCE, Euclides André. *Globalização, Subjetividade e Totalitarismo*. Elementos para um estudo de caso: O Governo Fernando Henrique Cardoso. 1998. Seções 14 a 19. Disponível em: <www.milenio.com.br/mance/qst/062.htm>. Acesso em 06 nov. 2006.

¹² Salário Mínimo no Brasil. Informação retirada do *Portal Brasil - Índices financeiros brasileiros; Taxa de câmbio fornecido pelo Banco Central do Brasil; Inflação do US dollar estimado usando o Inflation Calculator*. Disponível em: <http://www.wikipedia.org/wiki/Salário_mínimo> Acesso em: 5 nov. 2006.

Vigência	Valor (R\$)	Câmbio oficial médio no período	Valor (US\$)
01/julho/94 até 31/agosto/94	R\$ 64,79	US\$1,00 = R\$0,913	US\$ 70,96
01/setembro/94 até 30/abril/95	R\$ 70,00	US\$1,00 = R\$0,861	US\$ 81,30
01/maio/95 até 30/abril/96	R\$100,00	US\$1,00 = R\$0,954	US\$104,82
01/maio/96 até 30/abril/97	R\$112,00	US\$1,00 = R\$1,027	US\$109,06
01/maio/97 até 30/abril/98	R\$120,00	US\$1,00 = R\$1,102	US\$108,89
01/maio/98 até 30/abril/99	R\$130,00	US\$1,00 = R\$1,362	US\$ 95,45
01/maio/99 até 31/março/00	R\$136,00	US\$1,00 = R\$1,825	US\$ 74,52
01/abril/00 até 31/março/01	R\$151,00	US\$1,00 = R\$1,891	US\$ 79,85
01/abril/01 até 31/março/02	R\$180,00	US\$1,00 = R\$2,442	US\$ 73,71
01/abril/02 até 31/março/03	R\$200,00	US\$1,00 = R\$3,131	US\$ 63,88
01/abril/03 até 30/abril/04	R\$240,00	US\$1,00 = R\$2,924	US\$ 82,08
01/maio/04 até 30/abril/05	R\$260,00	US\$1,00 = R\$2,842	US\$ 91,48
01/maio/05 até 31/março/06	R\$300,00	US\$1,00 = R\$2,293	US\$130,82
a partir de 01/abril/06	R\$350,00	US\$1,00 = R\$2,181 até 27/Agosto/06	US\$160,47

Como se vê, o jogo de dados entre o salário mínimo e o dólar é muito sutil, fragilizando qualquer indexador que se sujeite às suas flutuações, não emprestando segurança para medir os custos dos produtos de primeira necessidade.

Essas explicações bastam para evidenciar que sequer o IPCA serve como indicador para o ajuste do valor da obrigação alimentar, que, de um modo geral, é a única fonte de subsistência de crianças e adolescentes.

Finalmente, cabe alertar que existem seis indicadores econômicos: INPC, IGP-M, IGP-DI, IPC-A, IPC-SP e IPC-Brasil. Também não se pode olvidar que inúmeros foram extintos e ensejaram enxurradas de demandas judiciais. A esta ciranda não podem ficar sujeitos os credores de alimentos.

7. A opção da lei e da jurisprudência frente a vedação constitucional

Ainda que a Constituição Federal (art. 7º, inc. IV) vede a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, e o Código Civil determine (art. 1.710): *as prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido*, nunca houve, em momento algum, qualquer preocupação em buscar outro indexador que não o salário mínimo para a atualização do encargo alimentar. Aliás, Yussef Cahali¹³ sustenta que não há como prevalecer a interpretação literal desse artigo, na medida em que o alimentante e o alimentário ainda continuam sendo árbitros de suas conveniências e possibilidades, prevalecendo o binômio necessidade-possibilidade.

Tanto a indexação das prestações alimentícias pelo salário mínimo não se revela incompatível com a Constituição, que foi consagrada pela jurisprudência. Há longa data o Supremo Tribunal Federal, de forma pacífica, permite a indexação como critério de fixação dos alimentos, pois ambos têm por natureza a mesma finalidade.

A regra jurídica do inc. IV do art. 7º da Carta Magna, inserida no Capítulo dos “direitos sociais” dos trabalhadores urbanos e rurais, veda, em sua parte final, a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Tal vedação visa a impedir a utilização do referido padrão como fator de indexação. O Supremo Tribunal Federal, sob a ordem constitucional precedente, considerou inaplicável a proibição do uso do salário mínimo como base de cálculo em se tratando de ato jurídico perfeito e em cálculo de pensão em ação de indenização por ato ilícito. A esse respeito versam os Recursos Extraordinários nºs 96.037, 108.414 e 89.569. No caso dos autos, a fixação da pensão com base no salário mínimo foi utilizada como parâmetro para o fim de assegurar ao beneficiário as mesmas garantias que o texto constitucional concede ao trabalhador e à sua família, presumivelmente capazes de atender às necessidades vitais básicas como alimentação, moradia, saúde, vestuário, educação, higiene, transporte, lazer e previdência social. **Sendo assim, nenhum outro padrão seria mais adequado à estipulação da pensão.** (STF – Primeira Turma - RE 170203 – Ministro Relator Ilmar Galvão – julgado em 30/11/1993).

¹³ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 660.

O entendimento firmado desde tão remota data é adotado até os dias de hoje:

[...] o aresto atacado mostra-se em consonância com o entendimento firmado pelas Turmas desta Suprema Corte, no sentido de que o art. 7º, IV, da Carta Federal proíbe tão-somente o emprego do salário mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como **base de cálculo de pensões alimentícias**. Cito, a propósito, o RE 170.203, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, unânime, DJ 15.04.1994, e o RE 166.586, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, unânime, DJ 29.08.1997. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do CPC). (STF – RE 274897 – Ministra Relatora Ellen Gracie – julgado em 20/09/2005).

A legitimidade de tal indexação está cristalizada na Súmula 490: *A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.*

Ademais, a utilização do salário mínimo como base de cálculo dos alimentos foi recentemente confirmada pelo legislador, por meio da Lei 11.232/05, que, incluindo no Código de Processo Civil o art. 475-Q, § 4º, determinou a aplicação do salário mínimo para fixação dos alimentos oriundos de indenização por ato ilícito.

Athos Gusmão Carneiro¹⁴ diz que a novidade elide qualquer dúvida de que os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário mínimo.

Outra não é a posição de Humberto Theodoro Junior¹⁵:

Muito se controvertia a respeito de ser, ou não, lícito o uso do salário mínimo como referência para fixar o valor de pensionamento derivado de ato ilícito. A controvérsia está superada, pois o atual parágrafo 4º do art. 475-Q, na redação da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005,

¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 38. Do “Cumprimento da Sentença”, conforme a Lei n. 11.232. Parcial Retorno ao Medievalismo? Por que não? p. 38.

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 43. Títulos Executivos Judiciais: o Cumprimento da Sentença segunda a Reforma do CPC Operada pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. p. 70.

dispôs claramente que 'os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário mínimo'. Com isso, guarda-se relação ao caráter alimentar da condenação na espécie e **simplifica-se o problema da correção monetária, diante da multiplicidade de índices existentes no mercado.** Aliás, o STF já vinha decidindo que a pensão no caso de responsabilidade civil deveria ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustada às variações ulteriores (Súmula n. 490).

Finalmente a opinião de Glauco Gumerato Ramos:¹⁶

[...] a fixação do valor da pensão em salários mínimos viabiliza uma maior segurança em relação aos valores devidos a este título, independentemente das discussões no plano nacional acerca do poder aquisitivo do valor nominal do salário mínimo. O mais importante, já que se trata de obrigação alimentar, é o firmamento de critérios seguros quanto aos limites da prestação imposta, o que sem dúvida é importante tanto sob a ótica do credor quanto do devedor.

Ora, se por força de lei os alimentos devidos em razão de ato ilícito, que sequer são fixados atentando às necessidades do credor, devem ter por base o salário mínimo, maior razão há para que as pensões alimentícias do âmbito do Direito de Família também o sejam. Mister que se faça uso do mesmo critério atualizador quando a dívida alimentar decorrente de obrigação que visa a garantir a subsistência do alimentando.

8. A única solução

Eleito, por lei, o salário mínimo como parâmetro para a fixação dos alimentos, descabida sua substituição por índice de atualização monetária. Não há como simplesmente alterar a base de cálculo sem que alguma das partes tenha buscado mudar o critério de atualização. Nada justifica que passe a Justiça, de ofício, a fixar pensões alimentícias de acordo com indexador sujeito a flutuações que não guardam consonância com a variação dos itens que integram o encargo.

¹⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. MAZZEI, Rodrigo. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Reforma do CPC. Cumprimento da Sentença e Obrigação Alimentar.** Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 288.

Aliás, sequer está havendo a preocupação de saber se a receita do alimentante está sujeita a qualquer defasagem, qual a forma de atualização de sua renda ou o índice de crescimento de seus lucros. Nem sempre os profissionais liberais ou os empresários deixam de ter ganhos compatíveis com o aumento do salário mínimo. Ao menos seria necessária a comprovação de que os rendimentos do devedor não alcançam o reajuste do salário mínimo. Assim, sem a prova de que os rendimentos do alimentante não acompanham os seus índices, é inadmissível a modificação, de ofício, do fator atualizador dos alimentos. Às claras que este proceder, sem que seja buscada tal alteração em juízo, se evidencia flagrantemente prejudicial ao alimentando.

Não bastasse tudo isso, é inadequado o índice escolhido. O IGP-M leva em consideração elementos alheios às despesas a serem custeadas pela prestação alimentícia. Além da insegurança, em face da possibilidade da sua extinção, também há o risco da ocorrência de deflação, o que poderia levar a eventual redução do valor dos alimentos. Finalmente, há o inconveniente da mensuração de tais valores, inacessível à maioria da população, por exigir cálculos com significativo grau de complexidade.

O salário mínimo como indexador possui a vantagem da simplicidade. Todos sabem, com antecedência, qual será o seu valor, e conseguem determinar, com facilidade, o que deve ser pago e o montante a ser recebido. Portanto, de todo desarrazoado deixar de aplicá-lo, em prol da utilização de um índice difícil de calcular e que sequer possui relação com as despesas que devem ser custeadas com a prestação alimentícia.

O compromisso da Justiça é resguardar o critério da proporcionalidade, não podendo, por mera expectativa de que futuramente possa haver eventual desequilíbrio, alterar o fator de atualização, sujeitando o credor dos alimentos à insegurança quando ao seu valor em face do índice escolhido.

Ainda que este motivo não deva nunca ser invocado pelo juiz na hora de julgar, não há como deixar de atentar à avalanche de demandas que já estão sendo ajuizadas com a finalidade de alterar o índice de correção, uma vez que a quase integralidade das pensões alimentícias são fixadas em salários mínimos.

De forma aleatória, e partindo da hipotética premissa de que eventualmente venha a ocorrer desequilíbrio futuro no binômio alimentar, não pode a Justiça colocar em risco a vida e a sobrevivência de crianças e adolescentes a quem o Estado assegura, com prioridade absoluta, especial proteção.

BIBLIOTECA ERNANI MERO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE ALAGOAS

LINGUAGEM, INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL*

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Juiz Federal Substituto em Salvador. Mestrando em Direito Público pela
Universidade Federal da Bahia.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Linguagem e interpretação: dificuldades hermenêuticas no processo e a linguagem como fio condutor da compreensão. 3. Interpretação e decisão judicial: interpretação, erro e importância da atividade interpretativa para a aplicação do direito. 4. Decisão judicial e fundamentação: motivação suficiente dos julgados e implicações da interpretação da fundamentação da decisão judicial. 5. Conclusão.

1. Introdução

A discussão sobre a implicação entre linguagem e interpretação não é nova. A questão da linguagem só pode ser estudada convenientemente a partir da verificação de seu curso histórico. Diversas correntes discorrem sobre a linguagem, havendo as que ressaltam sua importância bem com as que a ençobrem. Não se prescinde, em face de uma matéria permeada de dificuldades e considerada ainda em construção pela filosofia, de ter-se um estudo que evidencie aspectos que interessam à adequada aplicação do direito.

Poder-se-ia dizer, sob uma perspectiva preliminar, que a decisão judicial se reveste em forma de linguagem e é resultado de atividade interpretativa. Todavia, a afirmação não é imune a outras indagações, especialmente para saber se o direito é linguagem ou se o direito não é linguagem, mas simples instrumento, veículo, por meio do qual se manifesta.

Em verdade, volvendo-se para um período mais recente, é admissível relacionar a assertiva de que o direito não é linguagem com a ontologia clássica e, de outro lado, com a ontologia fundamental, a de que o direito é linguagem, já que se constitui dela. Da mesma forma, vê-

* Artigo publicado originalmente na Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.14, ano 2007.

se uma ligação da primeira com a relação sujeito-objeto, enquanto a segunda com a relação sujeito-sujeito.

Mas não se cuida de uma conclusão exata. Há doutrinas filosóficas que, conquanto digam que o direito é linguagem, perfilam a linha que trata a linguagem como uma relação sujeito-objeto. É que o mesmo dizer “direito é linguagem” só aparentemente tem igual significado. Há diferença no modo de pensar de cada uma das posições filosóficas.

De sua parte, as discrepâncias a respeito da interpretação são infundáveis. Um dos dilemas é saber se a interpretação é uma forma de extrair o sentido do texto ou se é aplicação do direito. A interpretação, a seu turno, parece estar longe de ser simplificada com a simples clareza do texto. Se a atividade judicial é interpretativa, com o lançamento dos fundamentos da decisão pelo magistrado, não se pode negar que sobre estes motivos deverão recair novas interpretações.

Colocados os pontos iniciais, de uma reflexão que não tem a pretensão de ser exaustiva, mas sim provocativa, serão abordadas, a seguir, nuances concernentes à linguagem, à interpretação, à decisão judicial e à fundamentação dos julgados, salientando os pontos de contato e decorrências para o processo judicial, em cotejo com diversos modos de percepção a depender da escola filosófica que venha a ser adotada.

2. Linguagem e interpretação: dificuldades hermenêuticas no processo e a linguagem como fio condutor da compreensão

A interpretação/aplicação do direito é a via própria para a compreensão. O direito é constituído pela linguagem. A linguagem, sob esse prisma, não é instrumento do direito, forma pela qual ele se manifesta. Diverge-se, assim, da dogmática hermenêutica, cuja tarefa é a de extrair o sentido do texto, determinar o “sentido das normas”, “tendo em vista a decidibilidade de conflitos”¹. Essa concepção mal esconde o seu compromisso com o formalismo jurídico, cuja incapacidade para fazer face à riqueza das situações lingüístico-jurídicas concretas é vista pelas “construções formais”, que “assentam num discurso de grande abstração e, como tal, marcado pela extrema redução

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 256.

das suas proposições”². É que não se vê mais a linguagem como “meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão”³.

Sem embargo, a viragem lingüística não adveio instantaneamente. Ao revés, a linguagem teve modificada sua feição por diversas vezes ao longo da história. Com Martin Heidegger, sobrelevou-se a saída do estado de letargia da linguagem que o pensamento moderno havia-lhe imposto, para proclamar “o ‘lugar’ ontológico desse fenômeno dentro da constituição ontológica” do “ser-ai”, como forma de abertura do “ser-no-mundo”⁴.

Antes da hermenêutica filosófica, muitas divergências já existiam, a exemplo das que contrapunham as teorias convencionalista e naturalista esposadas no Crátilo de Platão – “tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a linguagem”⁵, onde se debatia semanticamente se a relação entre a palavra e a coisa se dava por convenção ou com base na essência do objeto. Enquanto a tese convencionalista entende como “única fonte de significado das palavras” a “univocidade do uso de linguagem alcançada por convenção e exercício”, a teoria naturalista sustenta “uma coincidência natural entre palavra e coisa, designada pelo conceito de correção (*orthotés*)”⁶.

Mas a linguagem não é só de palavras. Gestos, feições expressivas ou inexpressivas, sons e mesmo o silêncio constituem a linguagem. A linguagem não é só de símbolos do texto. Não é

² CORDEIRO, António Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XX.

³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes / Universidade São Francisco, 2005, p. 497.

⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo: parte I**. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade São Francisco, 2005, p. 226.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 115.

⁶ GADAMER, Hans-Georg. 2005. p. 525.

despropositado dizer que a compreensão pode estar nas entrelinhas de um texto. É nesse sentido que Josef Bleicher, reportando-se à teoria hermenêutica de Betti, aviva que “compreender é sempre mais do que conhecer o sentido ou significado das palavras usadas no discurso”, pois “a compreensão é canalizada como um todo e pressupõe um empenhamento total – intelectual, emocional, moral – por parte do sujeito”⁷.

Com essas premissas, constata-se que linguagem e interpretação direcionadas a um entendimento que leve a uma compreensão não é tema fácil. Decerto, a questão da linguagem tem várias implicações, calhando averbar, especialmente – por estar ela própria envolvida em uma série de “histórias” que compõem a totalidade histórica –, que, de um lado, está à disposição do intérprete “toda a rica linguagem” do povo, “com a ampliação do horizonte” trazida pelas “ciências lingüísticas”, e, de outro, no dizer de Wilhelm Schapp, há o confronto “com a linguagem artificial dos filósofos, tal como ela foi mais ou menos codificada durante dois mil anos”, assim como “com a linguagem artificial das ciências em particular, especialmente das ciências naturais”⁸.

Daí que não cessam as dificuldades hermenêuticas no processo judicial – agravadas pela complexidade da vida hodierna, pela multiplicação dos litígios e pelos mecanismos de automação dos julgamentos –, exigindo-se do magistrado uma postura interpretativa que seja suficiente para uma aplicação do direito que leve em consideração a diferença ontológica de cada caso concreto.

Não se olvida, outrossim, que “mesmo que o intérprete se esforce para pensar diferentemente”, vale dizer, para se afastar daquele aprendizado de ver em tudo uma relação sujeito-objeto, deve ter consciência da contribuição negativa da “linguagem com que trabalha”, já que esta sempre constituiu o seu “ser-no-mundo”, numa “tradição”,

⁷ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980. pp. 51-52.

⁸ SCHAPP, Wilhelm. **Envolvido em histórias: sobre o ser do homem e o da coisa**. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 18.

num contexto que o situa em seu tempo⁹. A linguagem, com suas ambigüidades, é formativa do “ser-aí”, do *dasein* do jurista.

Não são poucas as perspectivas interpretativas que o juiz pode seguir para compreender o processo. Aliás, são muitas as variáveis que podem interferir na composição litigiosa através da prolação de sentença. São aspectos que influem no julgado: a legislação posta, a existência de verbetes de súmula vinculante, o “ser” do processo, a fase em que se encontra, a sua “história” processual, a qualidade das partes, o direito controvertido, a “tradição” e o estado de “humor” do juiz, como também a “verdade” que “aparece” e sua subsequente transcrição motivada.

As dificuldades podem ser protraídas de instância para instância, mediante a interposição de recursos. Os órgãos colegiados, ao analisarem os argumentos recursais em cotejo com a fundamentação da decisão vergastada, estarão a exercer nova atividade interpretativa, em situação hermenêutica diversa da do julgador *a quo*. Mas não é só. É cediço que a jurisprudência dos tribunais oscila com razoável frequência. É que o mesmo órgão a interpretar matéria já julgada antes não estará a repetir mecanicamente um veredicto. Cuida-se de um novo julgamento. A “verdade” que surge neste momento não é necessariamente idêntica a anterior, nem mesmo àquela que reluzirá quando da leitura do texto da decisão fundamentada, em determinado contexto temporal e local.

Não é sem razão que Hans-Georg Gadamer pontifica que “os conceitos da interpretação acabam por se suspender quando a compreensão se realizou”, haja vista que “estavam destinados a desaparecer”, explicando que “enquanto realização da compreensão”, a palavra interpretadora “é a atualidade da consciência histórica efetual”, sendo “verdadeiramente especulativa, ou seja, é inconcebível segundo seu próprio ser e, no entanto, devolve a imagem que se lhe oferece”¹⁰.

Malgrado o acerto da hermenêutica filosófica gadameriana, carece registrar filosofias não menos prestigiadas que tratam da questão

⁹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri**: (im)possibilidade de arguição de conflito de competência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 20.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. 2005, p. 611.

da linguagem, máxime no âmbito do direito. Aqui, de início são vistos dois planos: o plano prescritivo, deôntico – relativo ao “dever-ser” –, que é a linguagem do direito positivo, e o plano descritivo, ôntico, referente à ciência do direito (ou, sob uma outra ótica, deôntico, embora em sentido diverso do primeiro, haja vista a diferença do “dever-ser” descrito na linguagem da ciência do direito: esse functor “dever-ser” consta “em ambas as estruturas da linguagem”¹¹).

A doutrina não tem o condão de obrigar. Esse papel é do direito positivo. O direito positivo é linguagem, a doutrina, metalinguagem. Em acréscimo, tem-se a semiótica, definida, *grossa modo*, como o estudo dos signos lingüísticos. São eles estudados nos planos semântico, sintático e pragmático. As palavras, as sentenças e estas inseridas no contexto são entendidas na estrutura da relação sujeito-objeto. Analisam-se, assim, os signos. É nesse diapasão que Tércio Sampaio Ferraz Júnior obtempera que, para interpretar, impõe-se “decodificar os símbolos no seu uso”, isto é, “conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação” (semântica), “de controle das combinações possíveis” (sintática) e “de controle das funções (pragmática)”¹².

Entrementes, a importância da lógica supedaneada na simbologia da linguagem é verificada com Lourival Vilanova. A utilidade de sua teoria é demonstrada a partir da possibilidade de se constatar a (in)validade das normas a partir de suas estruturas lógicas. Nessa senda é que ele assevera que “a vantagem de uma notação simbólica em lógica é potenciar o formalismo e conferir precisão à análise formal”, isto porque “um raciocínio feito de proposições com significações especificamente determinadas não explicita a forma lógica; antes, a forma resulta ocultada pelas significações concretas”. Como se depreende, é uma “forma lógica purificada do contexto empírico em que está envolvida (do contexto lingüístico, do contexto em que se acha o sujeito pensante)”¹³. Trata-se de uma espécie de uso de “equações” destinadas a simplificar a diversidade dos casos

¹¹ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: AXIS MVNDI-IBET, 2003, v. 1, p. 329.

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 2007, p. 262.

¹³ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 52-53.

concretos, generalizando-os, de molde a “facilitar” a solução de um caso concreto no processo.

Veja-se, a título de exemplo, a “síntese da regra matriz de incidência tributária”, de Paulo de Barros Carvalho. Conquanto existam refutações de sua teoria, não se retira dela relevante utilidade, sendo um autêntico “esquema lógico de representação formal”, através de símbolos generalizantes, que tem o propósito de “identificação e conhecimento aprofundado da unidade irredutível que define a fenomenologia básica da imposição tributária”¹⁴. Todavia, o direito, no caso concreto, não se resume à regra simbólica. Ela é um tipo de abstração. Facilita (ou dificulta?) o julgamento de um litígio cujos elementos possam a ela subsumir-se. Parece que a participação humana não é dispensável.

Deveras, sob uma vertente diversa – porém na mesma linha kelseniana –, é exatamente isso que aduz Gabriel Ivo: “em todos os momentos” da interpretação/aplicação do direito “a presença humana é imprescindível”, verberando que não há sentido deontico em separar incidência da norma construída e aplicação, pois é a aplicação que dá o sentido da incidência, completando que é inadequada a separação, como se a incidência fosse divina, como se nunca errasse ou falhasse e como se a aplicação fosse humana, sujeita a erro. Em suma, “a incidência terá sempre o sentido que o homem lhe der. Melhor: a incidência é realizada pelo homem. A norma não incide por força própria: é incidida”¹⁵.

Como se percebe, são muitos os vieses interpretativos, muitas as possibilidades. Não é tema pacífico. A coerência jurisprudencial, a pretendida uniformidade, mesmo que por meio da vinculação de precedentes judiciais, parece ser uma realidade distante. O próprio texto de súmula vinculante está sujeito à interpretação diante das particularidades de um caso concreto. O espaço que se abre é o de um giro lingüístico. Direito é linguagem. A linguagem é a morada do intérprete. É nela que o “ser” se abre, em seu mundo.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 343.

¹⁵ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 61-62.

A interpretação/aplicação do direito parte sempre de um “pré-conceito”. Não do preconceito no sentido conhecido popularmente no Brasil. Cuida-se de um pré-juízo, de um pré-julgamento, de um tipo de pré-compreensão, de uma posição prévia a respeito de um assunto. Soma-se a essa posição prévia, em momentos subsequentes, uma visão prévia e uma concepção prévia. É o círculo hermenêutico heideggeriano. A historicidade está nela compreendida. O passado emerge ao presente como se não fosse totalmente reprochável e o atual não se revela mais como imune a contestações. Assim é que Heidegger assenta que “a interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”, sendo, no primeiro momento, uma “opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete”, ou seja, é o “que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”¹⁶. Daí que, com Richard Palmer, sublinha-se que foi em “Ser e tempo” que Martin Heidegger se incumbiu de revelar “o caráter ontológico da compreensão, de um modo que ultrapassou radicalmente a antiga concepção” que se tinha, “circunscrita ao esquema sujeito-objeto”¹⁷.

A *quaestio* da hermenêutica – da linguagem e da interpretação –, no processo, pode ser desvelada com Hans-Georg Gadamer. É ele que sustenta a fusão de horizontes. Com efeito, “o horizonte do presente está num processo de constante formação”. Tanto isso é verdade que, não raras às vezes, o mesmo órgão jurisdicional decide diferentemente feitos análogos. Nesse processo de formação do horizonte do presente, o jurista está obrigado a submeter seus preconceitos à prova, sendo parte desta “o encontro com o passado e a compreensão da tradição” que precede o jurista. Dessa maneira, “o horizonte do presente não se forma pois à margem do passado”, não existindo “um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem conceitos horizontes históricos a serem conquistados”. Compreender é, portanto, “o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”¹⁸.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. 2005, p. 207.

¹⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 229.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. 2005, p. 404.

3. Interpretação e decisão judicial: interpretação, erro e importância da atividade interpretativa para a aplicação do direito

Decisão judicial impõe atividades simultâneas. Não há, no ato de julgar – ao se proferir um aresto fundamentado –, precisa divisão alusiva às condutas de interpretar, aplicar, incidir e julgar. A compreensão é contínua. A verdade aparece e logo se suspende. Nessa frase, surgem indagações acerca da (im)possibilidade de erro do intérprete, da sua (i)neutralidade, da interpretação vista como aplicação do direito e de como se dá o processo interpretativo, vale dizer, se o que se está a interpretar é um objeto – texto, do qual o jurista extrai o sentido e o alcance – ou é um sujeito, como algo que vem à fala, numa fusão de horizontes gadameriana.

A interpretação está afeta à hermenêutica, cuja origem etimológica é grega, de Hermes, que “faz par com a deusa Héstia”, deusa esta “que se manifestava junto à lareira”, que “representava um papel análogo ao da *ágora* para a vida pública”. No dizer de Elton Luiz Leite de Souza, “a lareira era o umbigo que ligava a família ao passado imemorial, a casa eterna onde agora viviam todos os seus ancestrais” e “Hermes, por sua vez, tinha por espaço de manifestação exatamente a porta”, certificando assim que “interpretar algo é, de certo modo, colocar-se na ‘porta’ entre” o “mundo subjetivo e a realidade objetiva”. O jurista, desse modo, não interpreta apenas a partir de sua esfera subjetiva, nem tampouco interpreta apagando o seu mundo interno, devendo, ao contrário, “colocar-se na fronteira que separa/une” sua “subjetividade da objetividade da coisa a ser interpretada. Nesse sentido, interpretar é uma arte”¹⁹.

É mister que não seja, observe-se, mera empatia, de o leitor colocar-se no horizonte do autor do texto. A “idéia de interpretação psicológica e” a “noção de ‘identificação empática’ com o autor” do texto, defendidas por Schleiermacher – cuja hermenêutica objetiva “antes a compreensão do autor e não apenas a compreensão do texto enquanto texto, o que determina o enfoque teórico da hermenêutica

¹⁹ SOUZA, Elton Luiz leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2007, p. 234-235.

romântica como psicológico”²⁰ –, não são suficientes para uma concretização legítima do direito. Para isso, impõe-se estar presente a noção de horizonte, que engloba toda a consciência histórica – o do atual e o do passado –, alvitada por Gadamer. É um ato de deslocamento diferente da empatia “de uma individualidade com a outra” ou da “submissão do outro” ao padrão de quem está a compreendê-lo. “Antes, significa sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto” a particularidade do intérprete assim como a do outro. “O conceito de horizonte torna-se interessante aqui porque expressa essa visão superior e mais ampla que deve ter” o jurista, de molde a “aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele”, mas “precisamente para vê-lo melhor”²¹, de forma não reducionista e com melhor critério de justiça.

Se, de um lado, pode-se dizer que o intérprete é falível, que é possível uma decisão judicial equivocada, de outro, há quem veja que o intérprete não erra. A depender do ponto de vista, a contraposição de tais argumentos pode ser – ou não – aparente. A premissa filosófica inicial para o entendimento do problema é cartesiana. Descartes, elegeu o *cogito ergo sum* como base de seu método dedutivo, ocupando-se “somente da procura da verdade”, à medida que rejeitava “como absolutamente falso tudo em que pudesse imaginar a menor dúvida”²².

O pensamento filosófico iluminista herdou o cartesianismo. A processualística brasileira, por sua vez, descende do iluminismo. A busca pela certeza é uma constante, bastando verificar a existência de um amplo leque de possibilidades recursais para que a “certeza” do órgão *a quo* seja substituída pela do *ad quem*, com espeque na pressuposição de que o julgamento levado a termo por este é melhor, com menor possibilidade de erro.

É de ver, contudo, que a resignação de uma parte vencida com a decisão de primeiro grau – referente à matéria idêntica a de várias

²⁰ BRAIDA, Celso Reni. Apresentação. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. Tradução: Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 20.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. 2005, p. 403.

²² DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 37.

outras exaradas pelo mesmo órgão e que tenham sido impugnadas e reformadas em grau de recurso – pode resultar numa discrepância normativa, de sorte a ensejar o questionamento acerca de qual dos pronunciamentos judiciais está errado. A coisa julgada material, nesse exemplo, chancelou duas ou mais sentenças/decisões com conteúdos normativos opostos. Tratando-se de interpretação com lastro em texto legal que contenha abertura para maior conformação judicial, não haverá, a princípio, indicativo para o ajuizamento de ação rescisória.

Para Gabriel Ivo, “o aplicador do direito não erra nunca”, “porque a linguagem que produz não desafia os critérios de correção”: é uma linguagem prescritiva²³. Do enunciado legal é extraível tantas normas quantas o magistrado vislumbrar. Com esse entendimento, é possível defender a validade de decisões opostas, desde que reconhecidas suas validades na forma do sistema normativo. É assim que Hans Kelsen anota que “a interpretação jurídico-científica” deve “evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”. Para ele, a correção de uma interpretação “é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”, porquanto, em face da plurivocidade “da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”²⁴.

Essa perspectiva é abstrativa. Abstrai-se o conteúdo, para justificar a aplicação do direito no contexto de um sistema jurídico fechado. O fechamento é dado pela norma fundamental, pressuposta hipoteticamente pela “Ciência-do-direito”, em um nível de “metalinguagem”, isto é, de teoria da “Ciência-do-direito”²⁵. O fenômeno da linguagem aqui é visto de maneira bem distinta do que verificado com o giro lingüístico. A importância da linguagem ainda não está totalmente destacada, permanecendo, de certo modo, como um instrumento.

Para superar esse ficcionismo da impossibilidade de o intérprete errar e para suplantar o modelo cartesiano, impende ser mencionada

²³ IVO, Gabriel. 2006, p. 54-55.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 396.

²⁵ VILANOVA, Lourival. 2003, v. 1, p. 329.

uma abertura para a mudança do paradigma lingüístico. A noção de paradigma, nessa abordagem, não é tomada como sinônimo de crença, porém como de modelo exemplar, consoante o sentido mais utilizado por Thomas S. Kuhn que, por sua vez, deixa bem vincado fato que encontra eco na lingüística, consistente no processo único histórico de “competição entre segmentos da comunidade científica” tendente à “rejeição de uma teoria ou na adoção de outra”²⁶.

A ligação da (im)possibilidade de erro com o paradigma lingüístico adotado é total. A colocação da linguagem em nível secundário foi porta de entrada para o formalismo e para o reducionismo intelectual, com ênfase na especialização do conhecimento. Parafraseando Boaventura de Sousa Santos, “neste momento”, releva sublinhar a imprescindibilidade de “des-pensar” a linguagem simplesmente vista como objeto, como instrumento do direito, nesse “período de transição paradigmática”²⁷, de giro lingüístico existencialista. Em arremate, Thomas S. Kuhn aviva que “as pesquisas atuais que se desenvolvem em setores” como o “da lingüística”, “convergem todas para a mesma sugestão: o paradigma tradicional está, de algum modo, equivocado”²⁸.

Deveras, deve sobressair a importância da atividade interpretativa. Não aquela interpretação como exercício intelectual do sujeito cognoscente – o “ser-em-si-do-pensamento-pensante” – conducente a extrair o sentido do texto, num tipo reprodutivo do direito. A interpretação passa a ser aplicação do direito. Há produção (não reprodução) do direito. A linguagem deixa de ser secundária para assumir seu papel de fio condutor da compreensão e a tradição humanística é continuada pela linguagem. O texto é um sujeito que fala ao leitor: dá-se um diálogo hermenêutico. Nas palavras de Kelly Susane Alflen da Silva, “a compreensão é sempre uma apropriação do dito, até que este se converta em coisa própria”, aventando, a propósito, que não é, a interpretação, “um meio para se desenvolver a compreensão, pois

²⁶ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 27.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 171.

²⁸ KUHN, Thomas S. 2006, p. 158-159.

ela mesma se introduz no conteúdo a respeito do que se compreende; a fala do texto pertence à coisa mesma”²⁹.

No entanto, a linguagem se constitui de outras peculiaridades. Não é só a palavra que é linguagem. Também o silêncio pode significar uma resposta a uma pergunta. Decerto, “a questão da linguagem suscita a questão do silêncio”, que não é simplesmente “um vazio caótico entre as palavras faladas” ou “um não-tema”, vale dizer, “o silêncio, longe de ser um vazio caótico, é uma realidade comunicativa estruturante”, que se contém “na linguagem tal como esta é contida pelo silêncio”, havendo tanto “um silêncio escrito”, quanto “um silêncio falado”³⁰.

Também as sensações, a expressão facial, o tom de voz, a fala – ou vozes – que se ouve(m) ao ler um texto silenciosamente, as pausas do discurso e as entrelinhas fazem parte do tecido lingüístico. Não é sem razão que Martin Heidegger verbera que “um dos lugares fundamentais em que reina a indigência da linguagem é a angústia”, tomada esta no “sentido do espanto, no qual o abismo do nada dispõe o homem”, salientando que “o nada, enquanto o outro do ente, é o véu do ser”³¹.

A complexidade da linguagem ultrapassa o diálogo, ou seja, a sua possibilidade de ser “veículo” de comunicação entre os interlocutores. O “nada” lingüístico pode ser entendido pelo outro, como forma de manifestação da mediação da linguagem. Entretanto, a dialética entre “velamento” e “des-velamento” da linguagem, como abertura do horizonte para o “ser-no-mundo”, deságua em outros âmbitos. Cabe, assim, trazer à baila o perlustrado por Jürgen Habermas sobre o que denomina hermenêutica profunda: há uma linguagem que só o indivíduo compreende, símbolos bem próprios, que não corresponde à linguagem cotidiana. Habermas argumenta que a essa hermenêutica pertencem passagens onde, devido a desejos reprimidos –

²⁹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 320.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 37-38.

³¹ HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?; O fim da filosofia e a tarefa do pensamento; Sobre a essência da verdade**. Tradução: Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os pensadores: XLV, p. 249).

aludidos por Freud –, a linguagem comum é interrompida por símbolos incompreensíveis, que “não obedecem às regras gramaticais da linguagem ordinária”, sendo “ou ignorados ou camuflados (...) ou reduzidos a perturbações somáticas externas”³².

A problemática lingüística vai muito mais além. É Boaventura de Sousa Santos quem alerta para as diferenças intrínsecas de uma mesma linguagem, quando se dá, por exemplo, a comunicação de uma decisão judicial, com o uso de um mesmo vocabulário, a diversos réus, e estes não sabem se foram absolvidos ou condenados, em virtude dos “postulados culturais e” dos “códigos sócio-lingüísticos (...) de tal modo distintos que as mensagens se tornavam reciprocamente ininteligíveis”³³. As pessoas têm horizontes que não são coincidentes, surgindo, para o jurista, uma “aflição quando percebe que o que escreveu não lhe confere certeza de que o leitor/destinatário” entenderá idêntica ou diversamente a proposição jurídica que produziu³⁴.

Narradas até aqui as dificuldades interpretativas, torna-se ao ponto inicial do cartesianismo arraigado no Brasil: embora possa não parecer, a cultura processual, a dos processualistas, está com os pés calcados no iluminismo. As reformas processuais não conseguem suplantar a procura infundável da certeza, com a existência de um rol vasto de recursos. E quando se extingue um recurso através de uma alteração legislativa, isso não garante que não seja usado o mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Ovídio Araújo Baptista da Silva – sustentando uma verdade possível num determinado momento procedimental, como também aventando que o que interessa ao processo é o significado –, pontifica que se for considerada “a distinção entre ‘verdade’ e ‘significado’”, ver-se-á “que a própria natureza da linguagem determina uma essencial ‘plurivocidade’ de sentido”, chamando a atenção para o fato de que “a verossimilhança domina literalmente a ação judicial” e que a “civilização urbana de massa” tornou “ainda mais profunda a distância entre a verdade e as simples aparências”, para concluir que “a diferença entre ‘verdade’ e ‘significado’” viabiliza “compreender que a suposta

³² HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p. 244-245.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. 1988, p. 37.

³⁴ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. 2006, p. 28.

‘vontade da lei’ transforma-se na medida em que se transformam as circunstâncias históricas vividas pelo intérprete”, com o fito “de que o ‘significado’ da lei harmonize-se com as novas realidades sociais”³⁵.

O fecho da interpretação/aplicação do direito e da decisão judicial é de ser encontrado com Hans-Georg Gadamer. O paradigma da dogmática hermenêutica tendente a determinar o “sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos”³⁶ está ultrapassado. Com ele também não deve vigorar a idéia de impossibilidade de erro interpretativo. O equívoco pode ocorrer, tal como se dá quando o intérprete não logra se despregar de sua posição prévia (“pré-conceito”) equivocada. Essa afirmação não representa compromisso matemático algum. Muito pelo contrário, propende-se para uma ontologia da compreensão, cujo compreender seja “operar uma mediação entre o presente e o passado” e “desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige” ao leitor. É assim que haverá uma via para se chegar “à verdade sempre buscada”: a “tomada de consciência histórica” que é revelada “na relação de toda compreensão com a linguagem”³⁷.

4. Decisão judicial e fundamentação: motivação suficiente dos julgados e implicações da interpretação da fundamentação da decisão judicial

A decisão judicial é linguagem. Ela completa a interpretação/aplicação do direito e evidencia a compreensão da diferença ontológica da hipótese concreta. A sua fundamentação há de ser suficiente, com linguagem clara. O direito é linguagem. É a linguagem que abre o horizonte jurídico. Porém, a interpretação não se exaure com a prolação da decisão judicial. A concretização do direito

³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**; programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 274-275.

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 2007, p. 256.

³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 71.

pode depender da interpretação de seus destinatários. A precisão da linguagem, no momento da sentença, é importantíssima. Conceitos indeterminados, termos com textura aberta que venham a ensejar um espaço para a discricionariedade, devem ser evitados, para que não se resvale em “uma tomada de posição individual” do jurisdicionado³⁸.

No, entanto, mesmo com todas as cautelas tomadas pelo magistrado ao lançar suas razões de decidir, sempre haverá lugar para a interpretação. A sentença é um texto. Um texto que fala. Ao ser interpretado pelo leitor, ocorrerá nova fusão de horizontes. A decisão judicial é um existencial, contextualizada no tempo e no espaço. O comando normativo judicial, embora claro, não autorizará a utilização do brocardo in *claris cessat interpretatio*.

Com arrimo nesse entendimento, infere-se, *verbi gratia*, que o uso de precedentes vinculantes não autorizará uma aplicação automatizada do direito, generalizante e desgarrada da singularidade dos casos concretos. O “horizonte do universo compreensivo” do juiz “deve encontrar-se e fundir-se com o horizonte compreensivo do texto” da súmula vinculante³⁹. De forma idêntica, os horizontes dos leitores se encontram com o da sentença que a eles vem à palavra. É como se “o movimento da compreensão” fosse “simultaneamente progressivo (em direção ao resultado objetivo) e regressivo” (quando remonta “em direção à condição original”)⁴⁰.

Com efeito, a chave para uma relação adequada entre decisão judicial, fundamentação suficiente e interpretação do julgado é o fio condutor da linguagem, sob um enfoque heideggeriano-gadameriano. Com Lenio Luiz Streck, é possível finalizar atentando que “interpretação e aplicação são coisas inseparáveis” – e essa atividade não é privativa do juiz, o órgão autêntico kelseniano –, bem como que “a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição”, havendo “um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico”. Daí que quando se fala “da interpretação jurídica”, deve-se “falar em interpretação jurídico-concreta (factual)” e, “na medida em que a

³⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 241.

³⁹ PALMER, Richard E. 2006, p. 37.

⁴⁰ SARTRE, Jean-Paul. *Questão de Método*. Tradução: Virgílio Ferreira. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os pensadores: XLV, p. 184-185).

hermenêutica é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos” – nesse tópico, a sentença – só adquirem sentido como algo quando são interpretados, isto é, compreendidos como algo⁴¹.

• 5. Conclusão

A hermenêutica filosófica, propiciadora da viragem lingüística da ontologia fundamental, suplantou a idéia de que direito não é linguagem, pensamento este que via a linguagem como simples instrumento para comunicação entre os interlocutores. Na realidade, a linguagem é condição de possibilidade do ser. O ser habita na linguagem. É nesse sentido que direito é linguagem. O direito se constitui da linguagem e sua importância não pode ser secundária, porém central.

A par do afastamento da noção de linguagem insere no esquema sujeito-objeto e caminhando para a noção existencialista de entendê-la numa relação sujeito-sujeito, segue-se que a interpretação não deve ser vista como separada da aplicação. Aplicação/interpretação do direito é um só processo. O julgador, ao invés de extrair o sentido dos enunciados lingüísticos, reproduzindo o direito, passa a ter uma atividade criativa. Essa atividade é de compreensão que, por sua vez, ocorre na trilha condutora da linguagem.

De outra banda, a linguagem não se resume em palavras ou no contexto frasal. Antes, o silêncio também desempenha seu papel comunicativo, inserido na dialética do diálogo hermenêutico. Também a pausa do discurso, as interpolações lingüísticas decorrentes de falhas comunicativas, as sensações, os gestos, o tom da voz falada ou escutada mediante leitura silenciosa, os gestos e o contexto onde situado o intérprete constituem a linguagem. A linguagem que faz reluzir a verdade – e que logo após se suspende – funde o horizonte do jurista com o horizonte do texto que a ele vem à fala.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**; programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 162-163.

A questão da linguagem não é tema fácil. Com essas linhas, pretendeu-se traçar um simples esboço corroborativo da necessidade de se colocar o estudo da linguagem em posição de destaque. É que a linguagem, interpretação e decisão judicial estão intimamente imbricados. O direito se constitui da linguagem. O jurista só é “ser-no-mundo” pela linguagem, assim como a compreensão, a partir do círculo hermenêutico, é indispensável para se “des-velar” a diferença ontológica dos casos concretos. A interpretação/aplicação do direito, dessarte, deve dar-se com uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – a situação hermenêutica heideggeriana –, até o encontro de horizontes gadameriano.

Por fim, importa avivar bem que a interpretação é inexaustiva. A sentença, suficientemente motivada, é texto passível de interpretação, inclusive por parte de seus destinatários. A linguagem constitui o horizonte do mundo, do direito, da decisão judicial, entendendo-se a compreensão e a tradição humana com esteio no fio condutor lingüístico: essa visão tem a virtude de sair da metafísica, abrindo uma via para uma concretização adequada do direito, reforçadora da credibilidade judicial.

A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DESAFIOS E TRANSFORMAÇÕES DO PROCESSO CIVIL

Vanessa Tenório Maranhão

Pós-graduada em Teoria Geral do Processo na Universidade da Amazônia (UNAMA). Assistente de Promotoria do MP/AL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de acesso à justiça: evolução dos direitos. 3. Pánel constitucional do acesso à justiça. 4. O modelo tradicional do processo diante dos desafios do século XXI. 5. Poder Judiciário brasileiro: necessidade de reformas. 6. Reformas do Processo Civil: perspectivas e propostas para a garantia ao acesso à justiça. 7. Considerações finais.

1. Introdução

A Constituição Federal, desde o seu texto original, já trazia sedimentado o ideal de acesso à justiça como garantia de prestação jurisdicional efetiva, direito assegurado a todos os cidadãos, conforme os termos do art. 5º, em seu inciso XXXV, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Renovando as discussões sobre o tema do acesso à justiça, a emenda constitucional n.º45 de 2004, conhecida pela denominação: Reforma do Poder Judiciário, consagrou o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional ao rol dos direitos individuais do art. 5º, devendo ser vislumbrado como mais uma forma de projeção do devido processo legal, nos seguintes termos: “LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A bem da verdade, o aludido preceito já se encontrava integrado ao ordenamento jurídico nacional desde a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 1992, que traz em seu art. 8º, 1, a seguinte disposição:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de

qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Tais prerrogativas seriam de pouca valia se pensadas apenas sob aspecto formal, de uma vez que os titulares de posições jurídicas de vantagem, hipossuficientes na maioria dos casos, dificilmente poderiam vislumbrar resultados efetivos, considerando-se os obstáculos econômicos e sociais, num hipotético enfrentamento judicial perante interesses de poderosos grupos econômicos.

Por tais razões, os preceitos em destaque neste artigo são caracterizados pela doutrina em geral, como desdobramentos do devido processo legal sob seu aspecto material. Constituem garantias fundamentais das mais caras ao cidadão, sendo decorrentes do princípio maior da dignidade humana, sob o qual se encontra fundamentada a idéia do Estado Democrático de Direito, fonte dos demais direitos e garantias, tais como o acesso à jurisdição.

Para tanto é necessária a adoção de novos instrumentos capazes de viabilizar tanto a tutela de novos interesses socialmente eleitos à proteção jurídica, como também as novas formas de legitimação.

De outra forma, a compreensão sobre a prestação jurisdicional deve ser realizada sob a perspectiva de um serviço público, e como tal deve ser prestado de modo célere e eficiente, partindo-se da idéia de ser o jurisdicionado um consumidor de um serviço e o Estado-juiz, seu único fornecedor.

Nesse particular, no que diz respeito à Justiça Brasileira, o que se observa é a difusão da idéia de demora e ineficiência na prestação da tutela jurisdicional como praxe do serviço judiciário, sendo de certa forma tolerada pela sociedade como característica peculiar a todos os demais serviços públicos. Entretanto, cumpre destacar que tais práticas constituem em verdade, uma inaceitável violação a direito fundamental.

Não obstante as refutadas garantias constitucionais, os questionamentos sobre o problema do acesso à Justiça no Brasil e a constante busca por meios alternativos ao processo judicial, tal como hoje é formulado, há muito são fontes de inquietamento dos juristas e mesmo do pensamento doutrinário. Numa sociedade globalizada como

a nossa, torna-se ainda mais urgente a reinvenção do processo e de novas vias que sejam aptas a responder aos anseios desta coletividade.

Destarte, sob as linhas gerais, para o alcance da efetividade do processo, com a plena consecução de sua missão social de eliminação dos conflitos e fazer justiça, é necessária, primeiramente, a consciência sobre os fins motivadores de todo o sistema, sejam eles sociais, políticos ou jurídicos; e, de outro lado, superar os obstáculos que a experiência demonstre como forma de ameaça à boa qualidade do seu produto final. Tais óbices são emoldurados em quatro "*pontos sensíveis*": a admissão ao processo (ingresso em juízo); modo de ser do processo; a justiça das decisões e a utilidade dessas decisões¹.

Por tais razões, o tema aqui abordado encontra respaldo na própria representação do papel do Poder Judiciário, pois a partir do momento que o poder público passou a concentrar a função de exercer a tutela jurisdicional, coube a este se estruturar de modo a prestá-la de maneira capaz de satisfazer a todos os jurisdicionados que lhe confiaram este serviço; como forma destinada à pacificação dos conflitos e a promoção da paz social, como fim último.

Para tanto só se alcança à paz social com uma Justiça rápida, barata, eficaz e acessível a todos indistintamente. O desafio que se põe é este: democratizar o acesso à justiça, como questão de justiça.

Entretanto, o que se observa na prática, infelizmente, é que os excluídos da sociedade são também os mesmos excluídos pelo Poder Judiciário, gerando no indivíduo o sentimento de injustiça e o descrédito das instituições estatais.

Neste contexto, ganha forte apelo a necessidade da produção de estudos científicos sobre o tema em referência, dada a frequência como tais questões e seus problemas relacionados, são debatidos, e cada vez mais vêm ganhando destaque na doutrina e na jurisprudência, bem como na opinião pública.

O estudo que se propõe tem o objetivo de provocar reflexões sobre o problema do acesso à Justiça no Brasil, seus principais desafios

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2006, p.34.

e obstáculos, propondo sugestões de modo a contribuir para o pensamento do direito à jurisdição como extensão de cidadania.

2. Conceito de acesso à justiça: evolução dos direitos

A partir das transformações econômico-sociais decorrentes do cenário pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, bem como suas novas formas de organização social, foi posto em xeque o modelo de Estado Liberal e sua concepção individualista dos direitos fundamentais.

Segundo a já clássica doutrina de CAPELLETTI e GARTH², as instituições jurídicas moldadas conforme a concepção liberal dos séculos XVIII e XIX refletiam esta perspectiva individualista da defesa dos direitos humanos fundamentais e, junto com aquele modelo estatal, o ordenamento jurídico seu corolário revelou-se incapaz de atender as necessidades decorrentes das transformações sociais e da massificação das relações interpessoais.

A ampliação do sentido do princípio da igualdade, tomado sob seu sentido material, foi ponto de partida para uma tentativa de adaptação do Estado liberal-Burguês às condições sociais daquele momento, o Estado Social.

Tornou-se premente a necessidade do Estado abandonar a sua postura de distanciamento perante os conflitos submetidos a seu julgo, passando a adotar uma atitude pró-ativa de modo assegurar de modo efetivo o atendimento aos direitos sociais, então elevados à categoria de direitos humanos fundamentais.

Os domínios da interpretação constitucional testemunham controvérsias inumeráveis com relação ao conceito de igualdade, sobretudo em razão do prestígio que a igualdade fática ou material entrou a desfrutar naqueles sistemas onde a força do social positiva imprime ao Direito os seus rumos.³

O Estado tornou-se um garantidor de um mínimo de bem-estar social redistribuindo os recursos econômicos, sociais e culturais.

² CAPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p.10-11.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.377

Apesar destas transformações, no que diz respeito à garantia do acesso à justiça, teve seu desenvolvimento ainda insuficiente num primeiro momento, como ressalta CAPPELLETTI e GARTH, *in verbis*:

O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas, tais como a aptidão de uma pessoa reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.⁴

Neste contexto, dificuldades vivenciadas no decorrer processo judicial, como por exemplo; potenciais diferenças entre os litigantes quanto ao acesso ao sistema jurídico, ou mesmo quanto aos recursos disponíveis ao enfrentamento de um litígio, não eram ainda percebidos como problemas propriamente.

Esta percepção apenas foi experimentada a partir do aumento e complexidade das relações interpessoais, que a cada momento adquiriam um caráter cada vez mais coletivo, fazendo com que as constituições passassem a reconhecer direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, bem como a buscar a instrumentalização de meios que tornassem efetivos estes direitos e deveres.

Neste cenário, o problema do acesso à justiça pôde ser finalmente enfrentado como requisito fundamental, de uma vez que se trata de um dos mais básicos dos direitos humanos – em um sistema jurídico que se proponha ser moderno e fundado na igualdade, de modo a garantir, e não apenas proclamar os direitos.⁵

Assim, o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa, como direito subjetivo, consiste de fato em proporcionar uma paridade das

⁴ BONAVIDES, Paulo. 2006, p.10.

⁵ Idem, p.12.

armas dispostas aos litigantes, sob a luz do devido processo legal substancial.

Conforme a distinção idealizada por WATANABE, o problema do acesso à justiça não pode ser restrito aos *“acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”*⁶.

É neste sentido que se passou a conceber o conceito de acesso à justiça, como um direito subjetivo, do qual depende a tutela de todos os outros direitos titularizados pelo indivíduo, de uma vez que não se pode admitir o direito ao acesso a uma ordem jurídica justa apenas formalmente; sob o aspecto do acesso às instituições do Poder Judiciário, mas sim assegurar além do ingresso em juízo, o alcance de resultados úteis, proporcionando uma resposta rápida, precisa e justa.

3. Painel constitucional do acesso à justiça

A Constituição Cidadã de 1988, desde seu preâmbulo instituiu um Estado democrático, que tem como missão: assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça a cada pessoa que se encontre em território nacional, considerando tais valores como princípios supremos de uma sociedade fraterna e solidária.

Depreende-se que o texto constitucional de 1988 tem forte conteúdo ideológico, no qual se ressalta valores de cidadania e de construção de uma convivência social harmônica e pacífica.

Entretanto, este panorama descrito pelas disposições constitucionais só se torna possível quando se põe, ao alcance de todos os cidadãos, o acesso ao Judiciário, como única via de solução de conflitos.

Neste contexto, a expressão acesso à justiça, conforme empregado constitucionalmente pode ser tomada em acepções bivalentes: num primeiro momento, é possível atribuir às palavras Justiça e Judiciário o mesmo sentido, assim, seriam expressões sinônimas: acesso à justiça e acesso ao judiciário; num segundo

⁶ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.161.

momento, porém, será possível atribuir um conteúdo axiológico à expressão justiça, trazendo para expressão toda sorte de valores e direitos considerados fundamentais para o ser humano.

Resta latente que, de acordo com a hermenêutica constitucional vigente, o último sentido da expressão é continente do primeiro; de uma vez que não seria possível pensar o acesso ao judiciário apenas como serviço disponível a qualquer pessoa, do ponto de vista meramente formal, mas sim, que seja esse acesso compreendido como o campo destinado ao alcance da própria Justiça social.

Conforme expressão de CAPELLETTI e GARTH: *"A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade de armas' – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas."*⁷

Assinale ainda, que a Constituição Cidadã despertou no indivíduo o clamor pela valorização de seus direitos subjetivos e a certeza da obrigação do Estado em promover ações afirmativas de tais direitos individuais e sócio-econômicos consagrados pelos princípios constitucionais.

O tema da promoção de ações coletivas, na defesa de interesses difusos e coletivos ganhou ainda mais repercussão com a criação de novos instrumentos processuais, tais como o mandado de injunção, que tem como função viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas diretamente outorgados pela própria Constituição Republicana, de modo a impedir que a inércia do legislador comum seja, em última análise, capaz de gerar violação a direito fundamental, no momento em que frustra a eficácia de situações subjetivas de vantagem, já reconhecidas constitucionalmente.

Na contramão deste contexto social, cumpre ressaltar, entretanto, que a atuação da jurisdição estatal: lenta e dispendiosa; juntamente com a manutenção de diversos artifícios processuais que cumprem perfeitamente a sua missão de dilatar ainda mais o curso do processo em favor da parte que dispõe de maiores recursos, na maioria dos casos, dificilmente consegue atender às pretensões atuais.

⁷ CAPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. 1988, p.15.

Diante deste aparelho, como buscar rápida e justa indenização por danos ambientais? Ou ainda, como buscar a responsabilização das pessoas jurídicas? Questões como estas se tornaram pontos de confronto da chamada: “Crise do Judiciário”.

O acesso à justiça, norma constitucional inserida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira de 1988 é direito fundamental constitucionalizado, tendo aplicação imediata, exigindo-se do jurista, interpretação que conduza ao entendimento, que acesso à justiça, não é acesso ao prédio do Judiciário, às suas dependências físicas, de custas baratas e até de dispensa ou isenção de custas, advogados pagos pelo Estado (defensórias públicas), dispensa da presença do advogado, violação da necessidade do advogado, mas, essencialmente, realização efetiva da Justiça, como valor sem o qual o ser humano não sobrevive.

Esta concepção ganhou ainda mais reforço com o advento da Emenda Constitucional n.º45 de 2004, denominada Reforma do Poder Judiciário, que proclamou o direito a um processo sem dilações indevidas a todos os cidadãos, seja no processo civil, penal ou administrativo como direito individual. Entretanto, considerado o princípio do devido processo legal, sob seu caráter substantivo, este direito há muito já estaria implicitamente a salvo no texto constitucional, como prerrogativa decorrente deste princípio.

Se a Constituição, já no seu preâmbulo, abriga a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o pleno exercício dos direitos a qualquer pessoa, e elege a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que se pretende fraterna e pluralista; não poderia também deixar de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional e, com isto, a garantia da eficiência e efetividade deste controle.

As demais constituições brasileiras também enunciaram o princípio da garantia da via judiciária, mas como válido ressaltar, não apenas como mera gratuidade universal do acesso aos tribunais; como previa o modelo do individualismo liberal, mas a garantia, essa sim, universal, de que a via judiciária estaria franqueada para defesa de todo e qualquer direito, tanto contra particulares, como contra o próprio poder público, independentemente das capacidades econômicas de cada um.

Essa concepção, embora ainda dominante, já não satisfaz. Pode parecer ilusória a garantia do acesso ao Judiciário, quando tantos ainda são os obstáculos que se antepõem ao foro e ao efetivo pleito dos direitos vulnerados.

Em resumo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva ou mesmo preventiva compreende também a necessidade de adequação do processo a partir das características e necessidades do direito material⁸.

Este direito à prestação jurisdicional efetiva é mesmo decorrente da própria existência dos direitos subjetivos e como tal, é assim enfrentado em nossa Constituição: como um direito fundamental para a própria efetividade de todos os demais direitos, pois diante da possibilidade de ameaça ou agressão à esfera de interesses do cidadão, sempre restará a este a confiança na tutela jurisdicional, com o fito de coibir a lesão ou ameaça de lesão a seus direito.

4. O modelo tradicional do processo diante dos desafios do século XXI

Diante das dificuldades enfrentadas na obtenção da prestação jurisdicional, privilégio de poucos no Brasil, a busca por soluções para a democratização do acesso à justiça passou a ser a tônica para a adoção de novos procedimentos que minimizem os obstáculos antepostos neste caminho.

As dificuldades enfrentadas para a obtenção da prestação jurisdicional pelo cidadão comum são tamanhas. A linguagem jurídica é muitas vezes inacessível ao entendimento do homem médio, é ainda mais enigmática para aqueles que pouco sabem ler. Deste modo, apenas alguns privilegiados são capazes de alcançar soluções efetivas e oportunas para suas contendas levadas a juízo.

Este quadro corresponde a um verdadeiro reflexo de nossa sociedade, tal como ela se apresenta sócio-economicamente, pois se há excluídos na distribuição de renda e dos aparelhos produtivos, esses mesmos são também os excluídos da tutela jurisdicional.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em 25-1-2006.

Mesmo os sistemas jurídicos modernos são também passíveis de críticas em razão de seus custos sociais em comparação com os benefícios trazidos para a pacificação social⁹.

Ademais, com o advento da Constituição de 1988 e seus novos institutos, cresceu na sociedade um clima de alta litigiosidade. A valorização dos direitos difusos e coletivos que hoje é observada atuou de forma decisiva para as transformações ocorridas no campo do direito processual.

A compreensão tradicional do processo civil não atendia à proteção dos direitos difusos, uma vez que a visão do processo dizia respeito apenas a um litígio entre duas partes; destinava-se à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de interesses individuais em conflito.

Direitos que dissessem respeito a um grupo, ao público em geral ou mesmo a um segmento do público não se harmonizavam nesse esquema, pois as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares¹⁰.

A experiência demonstrou que não é suficiente a consagração de novos valores e a edição de normas visando à sua proteção e realização. Da mesma forma, também é evidente que o simples repúdio ao processo, enquanto instrumento estatal destinado à resolução de conflitos, não seria o bastante. Isto se dá pelo fato de que a ordem jurídica tem como base a perfeita conjugação entre os sistemas do direito material e do direito processual, sendo estes interdependentes.

Neste sentido, diante das transformações sociais e da valorização de novos bens jurídicos, tornou-se inevitável a revisão do sistema jurídico-processual, visando à mudança de paradigmas e à criação de novos instrumentos a fim de atender às chamadas “*ondas renovatórias do processo*”, que são:

Movimentos direcionados ao acesso efetivo à justiça e caracterizados dos interesses supra-individuais, pela necessidade de reformas estruturais, orgânicas e funcionais no conjunto geral de instituições judiciárias, nos mecanismos idôneos à obtenção de provimentos jurisdicionais e no direito

⁹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. 1988., p.7.

¹⁰ Idem, p. 49-50.

material, culminando, agora, com os esforços de implementação de técnicas e instrumentos adequados à obtenção de tutela jurisdicional efetiva.¹¹

Os desafios são propostos à medida que uma infinidade de novas relações jurídicas que não existiam há pouco tempo atrás, tornam-se uma constante numa sociedade globalizada.

O desenvolvimento de técnicas para oferecimento de tutelas diferenciadas objetiva à investigação de alternativas ao lento e inefetivo procedimento ordinário, que acaba por favorecer aquele que tem mais condições de procrastinar o curso do processo, muitas vezes, em detrimento daquele que dispõe de poucos recursos econômicos, caracterizando grave violação ao devido processo legal como garantia constitucional.

Foi neste contexto que se tornou indispensável a busca de novos olhares para o sistema jurídico-processual.

De fato, o que se deu foi uma verdadeira mudança das perspectivas e dos objetivos do processo, acompanhada da criação de novas técnicas para tanto eficientes.

Estas transformações deram vida às denominadas ondas renovatórias, em seu objetivo primordial: acesso efetivo à justiça. Esses movimentos podem ser caracterizados cronologicamente: pela assistência judiciária aos necessitados, pela representação dos interesses supra-individuais, pela necessidade de reformas estruturais, orgânicas e funcionais no conjunto geral de instituições judiciárias, nos mecanismos idôneos à obtenção de provimentos jurisdicionais e no direito material, culminando, agora, com os esforços de implementação de técnicas e instrumentos adequados à obtenção de tutela jurisdicional efetiva¹².

Destarte, para o alcance da efetividade do processo, com a plena consecução de sua missão social de eliminação dos conflitos e fazer justiça, é necessário, primeiramente, a consciência sobre os fins

¹¹ MARCATO, Antônio Carlos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Disponível em:
http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_civil.htm
Acesso em: 25.01.2006.

¹² Idem.

motivadores de todo o sistema, sejam eles sociais, políticos ou jurídicos; e, de outro lado, superar os obstáculos que a experiência demonstre como forma de ameaça à boa qualidade do seu produto final. Tais óbices são emoldurados em quatro “*pontos sensíveis*”: a admissão ao processo (ingresso em juízo); modo de ser do processo; a justiça das decisões e a utilidade dessas decisões¹³.

5. Poder Judiciário brasileiro: necessidade de reformas

As recentes reformas ocorridas no sistema processual brasileiro puderam revelar que nosso ordenamento jurídico acompanhou os movimentos de renovação da jurisdição, transformando num instrumento destinado à obtenção de resultados efetivos, deixando de lado a formalidade excessiva.

Em contraponto a este clima de reformas, ainda se percebe que o Poder Judiciário, em sua organização, no modo de executar suas tarefas, na solenidade dos ritos, na linguagem rebuscada e até mesmo nos trajes dos seus julgadores nos tribunais, permanece praticamente o mesmo de séculos atrás. Tudo isso ainda sem falar dos casos de corrupção que assombram os noticiários.

Na verdade, o próprio Poder Judiciário, ou mesmo os operadores do Direito em geral e o ensino das ciências jurídicas necessitam também de estudos destinados à sua adaptação às novas formas de tutela de direitos. A atuação desses sujeitos deve ser humanizada, e o uso da hermenêutica ocupa cada vez maior espaço na solução de conflitos, de modo a não se perder de vista os princípios constitucionalmente consagrados.

Se a justiça é o meio final de pacificação de conflitos e manutenção da coesão social, percebe-se que somente quando se debela o litígio com rapidez, sacia-se a vontade humana de se autotutelar. É possível afirmar, portanto, que uma decisão rápida e menos justa poderia apresentar, hipoteticamente, um menor potencial de prejuízo ao tênue equilíbrio desse sistema, do que uma decisão reputada justa, mas que exige o esforço de vários anos para ser tomada.

Afinal, um julgamento tardio acaba por perder progressivamente sua finalidade reparadora, na exata medida em que se

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* 2006, *passim*.

posterga o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e transcorre o tempo razoável para resolver a causa, de modo que qualquer solução será implacavelmente injusta, por maior que seja o mérito científico da decisão.¹⁴

Apesar das críticas, com o advento da súmula vinculante, põe-se termo à oposição persistente de vários magistrados que, mesmo diante da consagração de determinada tese jurídica pela Corte Suprema do País, mantinham-se fiéis a suas convicções pessoais e; em vez de defendê-las no profícuo campo acadêmico e doutrinário, preferiam vê-las ser debeladas no julgamento de recursos que poderiam ser evitados.

Tais batalhas muitas vezes constituíam fator determinante para a multiplicação de processos, irradiando graves conseqüências, como por exemplo: gerar uma esperança vazia de quem era premiado com decisão contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal ou, pior, permitir que dois brasileiros recebessem do Poder Judiciário, para conflitos intrinsecamente iguais, soluções absolutamente distintas. Na verdade, a súmula servirá para por fim a resistências injustificadas em grandes temas jurídicos de repercussão nacional.

Portanto, seja para se resgatar a unicidade do direito aplicado no Brasil, seja ainda para diminuir a quantidade de processos que emperram a engrenagem da Justiça, notadamente nos Tribunais Superiores, a súmula vinculante parece assumir um relevante papel nesse sentido.

Outra reforma importante trazida pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 foi a adoção de um novo critério para o conhecimento do recurso extraordinário: o critério da transcendência para admissibilidade do Recurso Extraordinário, prevendo que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Além de tratar da diminuição de processos, a Reforma pretendeu persuadir os juízes a trabalhar com mais afinco e decidir com maior celeridade. É bastante notar que ao dispor sobre a promoção dos

¹⁴ BIELSA, Rafael A. GRAÑA, Eduardo R. El tiempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Olata*. La plata, 1994 *apud* CRÍJZ e TUTTI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

magistrados, de entrância para entrância, no art. 93, II, a EC 45 elegeu como critério de merecimento, além da presteza no exercício da jurisdição e a frequência em cursos de aperfeiçoamento - que já estavam consagrados no texto anterior, critérios objetivos de *produtividade*.

Além disso, deixou expresso nessa mesma disposição constitucional, em sua alínea “e”, que não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

Cabe ressaltar, entretanto, que tais medidas, ainda que estabeleçam uma série de metas e objetivos ao Poder Judiciário, lamentavelmente, podem não surtir todos os efeitos esperados, no sentido de que a demora na prestação jurisdicional se explica muito mais pela enorme quantidade de processos, em contraposição ao pequeno número de juizes, além da infindável quantidade de recursos, do que em suposta indolência dos magistrados, dada a grande carga de trabalho.

Em verdade, a mudança mais importante é talvez a menos discutida: a Reforma do Judiciário fez inserir como último inciso do artigo 5º, da Carta Magna, o direito fundamental do indivíduo a uma justiça rápida, no seu inciso LXXVIII.

O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.¹⁵

Esta mudança tem como fito, trazer ao conhecimento geral a percepção de que, agora, existe enunciado taxativo no sentido de que tanto o processo judicial como os administrativos, não podem consumir tempo desarrazoado para sua conclusão, assegurando a todos “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Consoante dispõe o § 1º, do art. 5º da Constituição Federal, os

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

direitos fundamentais, têm aplicação imediata, portanto, pode-se inferir que, a despeito de serem criados instrumentos processuais específicos para assegurar a celeridade processual, se faz necessária uma nova forma de interpretar e aplicar as caras garantias constitucionais; principalmente no que diz respeito ao mandado de segurança e *habeas corpus*, além de outros instrumentos processuais, como a Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, para que enfim se reconheça nestes, legítimos mecanismos à eficácia do direito constitucionalmente tutelado.

Assim, pode-se antever que diante de uma hipotética paralisação de um processo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, por vários anos aguardando análise, a parte poderia impetrar mandado de segurança contra ato omissivo do responsável por sua apreciação, *in casu*, o Relator, para vê-lo compelido a levar o feito a julgamento.

A partir desse exemplo, pode-se também inferir o manejo de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a demora desarrazoada no julgamento de processos que poderão, em tese, se sujeitar a sua apreciação, inclusive nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, acaba por significar obstáculo ao exercício pleno de sua competência constitucional.

Também em matéria penal, pode-se imaginar que o réu, quando lhe for conveniente, utilize o *habeas corpus* para impor maior celeridade ao andamento do processo, quando tiver interesse em que seja logo reconhecida sua inocência ou quaisquer das causas excludentes de ilicitude ou extintiva da punibilidade.

Note-se que essa nova interpretação proposta sobre a utilidade desses instrumentos decorre da promessa constitucional de que a parte disporá de meios que garantam a celeridade; e, como se deve dar plena e imediata aplicabilidade à norma e não se vê, no ordenamento jurídico pátrio atual, mecanismos próprios capazes de fazê-lo, há de se lançar novo olhar sobre aqueles já existentes, para que a partir de uma metamorfose exegética, tais instrumentos já existentes passem a se prestar também a esse fim.

Caberá à doutrina e jurisprudência ditar o que se deve entender como 'prazo razoável' até que reforma legislativa faça a devida adequação aos denominados 'prazos impróprios', tanto no Código de

Processo Civil quanto nos Regimentos Internos dos Tribunais, para que esses lapsos temporais deixem de significar letra morta e constituam, na realidade, regra a ser observada, obrigatoriamente, pelos órgãos judicantes.

Pelo que se constata, a Reforma do Judiciário, a par de produzir também algumas mudanças pouco expressivas, conseguiu instituir significativos avanços, sobretudo no que diz com a súmula vinculante e a erradicação das férias coletivas, mas principalmente, ao assegurar como direito fundamental do indivíduo o acesso a uma justiça em prazo razoável, com meios que assegurem essa celeridade.

6. Reformas do Processo Civil: perspectivas e propostas para a garantia ao acesso à justiça

Especificamente no campo do processo civil, alvo de constantes reformas, é possível destacar que pouco importam modernas leis processuais se a organização judiciária; ou mesmo os juízes responsáveis pelo bom andamento do serviço não estejam em sintonia.

O que se vê, na maioria dos casos é a eterna escassez de magistrados; principalmente nas regiões mais longínquas deste país de dimensões continentais ao lado da má aplicação de recursos humanos e materiais.

Ora, são de pouca valia as constantes reformas processuais, se um juiz ainda é obrigado a trabalhar com níveis de eficiência em torno de milhares de processos sob sua responsabilidade, ou ainda, em outra seara, que a Fazenda Pública continue a dispor privilégios não extensíveis aos litigantes em geral e, ainda assim, insista em desprezar o cumprimento das decisões judiciais.

Nesse contexto, podemos inserir ainda o antigo e inadmissível instituto do precatório; a constantes intervenções da Fazenda Pública e seus inúmeros recursos protelatórios, ou mesmo as limitações legais à concessão de antecipações de tutela, liminares, cautelares contra as pessoas jurídicas de Direito público; a suspensão de provimentos jurisdicionais urgentes e até mesmo da eficácia das sentenças proferidas contra o Poder Público, que muitas vezes dependem do malfadado reexame necessário.

A partir do momento em que o acesso à Justiça foi encarado como direito- instrumento à consecução de todos os demais direitos e

garantias fundamentais, a doutrina, a produção legislativa e mesmo a jurisprudência passaram a ter como missão o estudo de mecanismos capazes de garantir a plenitude desse direito, desprendendo-se um pouco do rigor formalista em favor da efetiva proteção ao direito material.

O "acesso" não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹⁶

Sob este enfoque a Constituição de 1988, e mesmo as legislações anteriores à sua promulgação já pretendiam instituir instrumentos aptos a garantir o pleno acesso à justiça.

A defesa de interesses difusos e coletivos por meio de ações coletivas aos poucos passou a ganhar grande destaque dentre as demandas normalmente ajuizadas perante o Poder Judiciário. Apesar de alguns óbices – seja na jurisprudência como por inovações legislativas recentes, inclusive por meio de medidas provisórias do Poder Executivo – que buscam diminuir a eficácia, o cabimento ou a utilização das ações coletivas, são freqüentes, na atualidade, as ações que questionam interesses que afetam toda a coletividade.

O manejo de demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público tornou-se, então, uma via de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabaram assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa.

De outra maneira, servindo a este fim, esta classe de ação apresenta-se como elemento de realização de direitos fundamentais (convertendo-se em si em direito fundamental).

Tais instrumentos de demanda coletiva acabam por munir o cidadão de um inestimável poder para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no pólo passivo desta espécie de demanda. Entretanto, cumpre ressaltar que dificilmente esses procedimentos atenderão de forma efetiva aos seus devidos fins se persistirem as constantes alterações legislativas no

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. 1988, p.13.

sentido de restringir o campo de eficácia das decisões, bem como o rol de legitimados, as formas de ressarcimento.

Enfim, em todas estas limitações se observa ainda um grande conservadorismo e a clara vinculação à ótica individual do processo. Alguns magistrados ainda pouco se deram conta de que as ações coletivas envolvem outra forma de pensar o processo, e que as estruturas concebidas para as ações individuais nem sempre se aplicam ao processo coletivo.

Ainda hoje, várias decisões judiciais constituem verdadeiro desserviço à tutela coletiva; muitas vezes impondo restrições a ela inexistentes (na ordem jurídica), quer vedando as ações coletivas para certa finalidade, quer ainda transformando as ações coletivas em ações individuais em que se formaria um litisconsórcio ativo (como se fez com o art. 2o, e seu parágrafo único, da Lei n. 9.494/97).

Quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição¹⁷.

Ora, na verdade as soluções de técnica excessiva podem interessar ao magistrado, ou ao promotor, mas ao consumidor da Justiça o que importa mesmo é a solução rápida, o menos custosa possível e eficiente, cabendo ao Judiciário, apenas reconhecer e proteger o direito de quem o tem, ou, caso contrário denegá-lo, quando for o caso.

Na verdade, a efetividade da tutela processual não resulta exclusivamente da declaração da vontade concreta do direito, mas sim deve ser analisado à luz de sua utilidade plena: processo efetivo é aquele capacitado ao completo cumprimento de todos os escopos do sistema jurídico-processual.¹⁸

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28.

¹⁸ MARCATO, Antônio Carlos, 2006.

7. Considerações finais

Procedimentos complicados, excesso de rigor formal, ambientes intimidadores, dentre outros fatores, fazem com que as pessoas comuns associem à idéia do serviço judiciário aos piores tormentos a serem enfrentados frente à necessidade de resolução de um litígio.

Diante desse quadro é dever do Poder Judiciário, de cada operador do Direito, bem como do próprio Legislador: tornar o acesso à Justiça um direito efetivo para todos os cidadãos brasileiros, independentemente de classe social ou nível de instrução.

Atualmente, pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados no manejo de suas demandas têm vantagens óbvias ao propor ou defender ações judiciais, uma vez que elas podem pagar para litigar, bem como suportar toda dilação de um litígio.

O acesso à Justiça como única via de defesa de todos os demais direitos deve ser garantido a todos como questão de cidadania. Para tanto, viabilizá-lo às populações mais carentes, dos mais recônditos locais deste país de extensão continental, deve ser o único objetivo a ser perseguido por todos os operadores do direito, bem como dos próprios governantes, na formulação de suas políticas públicas de acesso.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL, SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E POSIÇÃO JURÍDICA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL. A CRISE DA APLICAÇÃO NORMATIVA ANTE UM PROCESSO PENAL MERAMENTE SIMBÓLICO.

Welton Roberto

Advogado criminalista, professor universitário da graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Maceió. – FADIMA-CESMAC, FAMA e ESAMC, mestre em Direito Público – Processo Penal pela Universidade Federal de Alagoas, Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas de Alagoas, conselheiro da OAB Seccional Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aspectos substanciais e formais. 3. O processo penal moderno. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Tem sido aceito, sem profundas discussões, que o devido processo legal repousa sua gênese na imposição feita pelos barões ao Rei João Sem Terra, filho de Henrique II, irmão de Ricardo I, na *Carta Libertatum* em 15 de junho de 1215, quando no artigo 39 havia a prescrição de que “nenhum homem livre poderá ser preso, encarcerado, desapossado, proscrito, banido, ou de qualquer modo subtraído, não podendo o rei sentenciá-lo, nem dar ordem de prisão contra o mesmo a não ser no caso de ter sido julgado por seus pares ou pela lei da terra”.¹

Não obstante, a cláusula que expressa de forma integral a denominação devido processo legal teria surgido pela primeira vez no reinado de Edward III quando então o parlamento inglês editou a *Statute of Westminster of the Liberties of London* que prescrevia que “nenhum homem de qualquer estado ou condição será expulso de suas terras ou propriedades, nem preso, deserdado ou condenado à morte sem haver respondido ao processo legal regular”²

¹ COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p.254.

² FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.15.

De uma forma ou de outra, o que nos interessa neste passo é estabelecer que no ordenamento pátrio tal cláusula adentrou no sistema como garantia constitucional de todo acusado conforme expressa determinação do artigo 5º, inciso LIV da Carta Magna vigente, mas de suma importância também estabelecer que tal cláusula se impõe contra o Estado, perfazendo assim um entendimento dicotômico em dois prismas, o substancial e o formal.

2. Aspectos substanciais e formais

Marco Aurélio Gonçalves Ferreira leciona, através do escólio de Joaquim Canuto, que é o Estado que se submete ao devido processo legal, uma vez que há impedimento expresso de se impor penas criminais sem o processo.³ Não obstante, a visão não se encontra completa. É bem sabido que não há crime e não há pena sem processo, dentro das linhas axiomáticas garantistas estabelecidas pela lição de Luigi Ferrajoli⁴, mas a cláusula também se insere no contexto de garantia ao acusado. Até porque sobre o poder de punir – *jus puniendi* – que ora se bifurca no poder-dever, o Estado detém sua exclusividade, e conforme a lição bem posta de Franco Cordero, poder e dever são duas figuras independentes, o juiz **deve** condenar somente os culpados, mas todos estamos expostos ao **poder** de punir do Estado, culpados ou não.⁵

Desta forma, verificamos que o referido poder-dever encontra, todavia, balizas limitadoras, pois não basta que seja qualquer processo, é necessário que haja um conteúdo substancial na formação da acusação, para tanto há a necessidade da existência de um conteúdo

³ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.61.

⁴ Ferrajoli estabelece os axiomas dentro de um princípio que chama de estrita legalidade, vazando assim o entendimento de tal estudo (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). In FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.76.

⁵ CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 8.ed. Milano: Giuffrè, 2006, p.14. Assim no texto original do autor: *Notiamo come potere e dovere siano figure indipendenti: il giudice deve condannare solo chi risulti colpevole, ma l'atto (non riformato o annullato) varrebbe anche se esorbitasse dal limite; l'unico rimedio sta nei meccanismi correttivi endoprocessuali. Siamo tutti esposti al potere di punire, colpevoli e no.*

mínimo (*justa causa*) que permita ao Estado movimentar-se contra o cidadão mediante uma ação que se revestirá de balizas na criação do instrumento ora vazado. Assim, de se destacar os ensinamentos que nesta esteira traz o jurista Luiz Fux contemplando que o princípio do devido processo legal tem como um de seus principais fundamentos o processo justo, que é aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados. O senso de justiça informa inclusive o *due process of law* na sua dupla conotação, a saber: a lei justa e processo judicial – substantive *due process of law* e *judicial process*.⁶

Portanto, estabelecido que a cláusula possua natureza de garantia formal e substancial, dirigida tanto ao cidadão, quanto ao Estado, resta-nos, neste limitado espaço de justificação temática, permear as partes de condições isonômicas a fim de permitir que haja equilíbrio na sustentação das demandas penais. E é assim que tentaremos verter a tese no sentido de estudar, dentro do enfoque do devido processo legal, as variantes que possuem as partes para se chegar à resolução dos conflitos neste campo, partindo-se da criação normativa penal à sentença que escolhe a tese vencedora entre os litigantes, não descuidando dos aspectos que envolvem a trama processual, sejam no campo dogmático, filosófico ou sociológico.

O professor Antônio Scarance Fernandes sacramenta que os postulados do direito processual em razão da cláusula do devido processo legal assentam o equilíbrio intrapartes contrapostas em que uma – o Estado – busca a eficácia da aplicação de seu poder punitivo e a outra – o acusado – precisa ter a garantia de que seja defendido de forma também eficaz antes de seu julgamento.⁷ O mestre processualista neste diapasão aprofunda o tema da inserção do devido processo justo, e aqui, parece-nos, que deve assim ser encarada a cláusula no sistema processual moderno, sem medo de uma incursão no campo filosófico acerca deste conteúdo, em razão de se buscar o exato equilíbrio entre as partes que irão persuadir o Estado-juiz a aplicar a norma.

⁶ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juízados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.99.

⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.21.

3. O processo penal moderno

Não obstante, não é o que se vê em face do processo penal moderno quando partimos para o campo da efetividade normativa. Os juízes no afã de controlarem a onda de criminalidade, através do instrumento processual, cada vez mais se distanciam das garantias individuais para cancelarem a qualquer custo um estado que vivencia uma histeria punitiva.

O medo tomou conta das decisões. A imprensa balizou a liberdade e a limitou para os “homens de bem”. A liberdade virou a exceção e o acusado deverá provar sua inocência, ainda que não precise para se livrar das garras do estado punitivo. As prisões temporárias, preventivas, buscas e apreensões genéricas viraram rotina no dia-a-dia do judiciário brasileiro, mediante decisões retóricas, sofismáticas, para atender ao fundamento de estarem “motivadas” e devidamente “fundamentadas”. O silogismo erístico é a tônica das hostes que apóiam as decisões cautelares. A ordem pública é pano de fundo para todo arbítrio estatal. As sentenças de pronúncia aos borbotões repetem o papel de Pilatus e encaminham a julgamento qualquer pessoa por mais inidôneo que possa parecer o indício a guisa de aplicação subsuntiva do artigo 408 do CPP em um automatismo muito confortável.

Estamos à volta com a absurda discussão da admissão da prova ilícita *pro societate* (a sociedade do bem). As escutas telefônicas clandestinas, ilegais e imorais bateram à porta até do STF. A assertiva do ministro Celso de Melo, que aqui vale transcrição na íntegra reflete exatamente este estado: *“É intolerável essa atmosfera que vivemos, com a conduta abusiva de agentes ou órgãos entranhados no aparelho de estado. A interceptação telefônica generalizada é indício e ensaio de uma política autoritária.”*⁸. Ainda que não comprovada a realização das referidas escutas, preocupa-nos já o fato de ser provável a sua existência, o que nos mostra a falta de segurança dos instrumentos garantidores das liberdades individuais dos cidadãos.

Não obstante, cabe a crítica aqui também às cortes superiores que foram ao longo destes últimos onze anos de vigência da lei acerca da autorização da escuta telefônica (lei n.º 9296/96), flexibilizando sua

⁸ MEDO NO SUPREMO. Revista Veja, 22 de agosto de 2007.

aplicação, chegando a cancelar escutas feitas por mais de dez meses, quando a própria norma limita o tempo máximo em trinta dias.⁹

Neste estado de coisas, o direito de defesa passa a ser atacado como se fosse um mero empecilho à justiça. Advogados criminalistas são inescrupulosamente tratados como malfeitores da sociedade, quando na verdade, estão ali para assegurar que o estado não possa usurpar seus limites acusatórios, formando, através da inserção garantista do devido processo legal, um processo de PARTES, e não de fantoches. Nicola Carulli, bem define que a história do processo é a história da própria defesa.¹⁰ Assim sendo não se pode admitir que o devido processo legal se transforme em um símbolo que esconda ou macule a verdadeira finalidade de sua criação. Por trás de tudo isto se encontra um direito fundamental, a liberdade, que como visto em artigo de nossa autoria se revela como um direito da própria personalidade.¹¹

4. Considerações finais

Voltando ao papel finalístico do processo, inegável a reflexão de que estamos diante de uma crise ideológica. O processo, virou mecanismo formal, mera passagem do estado de inocência para o estado de condenado. Os erros judiciários demonstram às ensanchas que a lição de Franco Cordero adrede destacada, tem se tornado uma tônica, mas de forma inversa, como se tivéssemos absorvido o conteúdo ensinado de maneira paradoxal. Devemos sim nos submeter ao poder punitivo estatal, e para tanto, podemos sofrer as imputações trasladadas em um processo, mas ao final, se inocentes, devemos ser assim declarados, pois como o mestre italiano ensinou somente os culpados merecem o peso da condenação.

⁹ Vide STJ – HC 50193/ES, RHC 15121/GO e RHC 13274/RS. Vide STF RHC 88371/SP, RHC 85575/SP, HC 84301/SP e HC 83515/RS.

¹⁰ CARULLI, Nicola. *Il diritto di difesa dell'imputato*. Napoli: Jovene, 1967, p.3.

¹¹ ROBERTO, Welton. *Os direitos de personalidade sob uma nova concepção fundamental de direitos humanos*. Revista do mestrado em direito – Universidade Federal de Alagoas – Ano 2, n. 2, p. 420. Como frisamos no texto: “Referido direito se encontra sob os aspecto da liberdade em seu sentido de ser o homem livre desde o seu nascimento até sua morte.”

Aqui merecida reflexão feita pelo douto Fernando Fernandes que aponta o processo penal na direção de servir como um instrumento de política criminal.¹² Todavia, tal instrumentalização precisa ser clara, pois no estado que vivemos ante uma crise ideológica profunda sobre os rumos do processo, tal prática poderia servir de distanciamento maior entre a funcionalidade e sua base garantista. De toda sorte, tal caminho pode ser levado mediante políticas criminais sólidas, claras e baseadas em garantias assecuratórias para os atores da relação processual.

Para tal desiderato, necessário que se faça tal qual no início do texto, uma nova revolução, ainda que de posicionamentos, de firmamento, para impor a este estado que se assemelha ao reinado do monarca Edward III, uma nova carta, a carta de um devido processo, mas de um devido processo penal justo, que consagre a igualdade no processo sua substância, requisito essencial para a aplicação normativa penal. Igualdade no tratamento, igualdade material e não meramente formal. Que a paridade de armas seja efetiva desde o início da imposição da acusação estatal mediante o indiciamento para que o jogo processual, a verdadeira esgrima entre acusação – Estado – e defesa – acusado – se inicie justa e paritária, pois assim, o medo ficaria tão somente balizado no campo da formação ideológica dos artífices deste jogo, e sobre este medo aplicar-se-ia o pensamento de Umberto Eco em sua célebre obra “*O nome da rosa*” que ainda em seu texto original vaticina: “*È sempre meglio che chi ci incute paura abbia più paura di noi*”.¹³

¹² FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p.53. Como inserido pelo autor: *Propõe-se, pois, a inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que na sua estruturação se levem em conta também as intenções político-criminais que orientam um sistema jurídico-penal como um todo.*

¹³ Tradução livre: *É sempre melhor que quem nos incute medo tenha mais medo do que nós.*